

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Setor de Ciências Jurídicas

Faculdade de Direito

CLAUDIO MÜLLER PAREJA

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
E A APLICAÇÃO DA PENA**

CURITIBA

2001

CLAUDIO MÜLLER PAREJA

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
E A APLICAÇÃO DA PENA**

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Luiz Chemim Guimarães
Co-Orientador: Ricardo Rachid de Oliveira

CURITIBA

2001

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
E A APLICAÇÃO DA PENA**

por

Claudio Müller Pareja

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em direito, no Curso de Graduação em Direito, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR:

Professor Luiz Chemim Guimarães

CO-ORIENTADOR:

Professor Ricardo Rachid de Oliveira

Professor Ítalo Tanaka Júnior

Curitiba, 20 de novembro de 2001.

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO.....	II
SUMÁRIO.....	III
RESUMO.....	V
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	4
SEÇÃO I – BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA	4
SEÇÃO II – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.....	6
SEÇÃO III – ACEPÇÕES DO TERMO PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	10
CAPÍTULO II – A APLICAÇÃO DA PENA	14
SEÇÃO I – AS FASES DA APLICAÇÃO DA PENA.....	16
SEÇÃO II – APLICAÇÃO DA PENA-BASE	17
SEÇÃO III – CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS.....	21
CAPÍTULO III – A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA INCIDÊNCIA NA APLICAÇÃO DA PENA	25
SEÇÃO I – DISTINÇÕES ENTRE ANTECEDENTES, REINCIDÊNCIA E CONDUTA SOCIAL	27
SEÇÃO II – A CIRCUNSTÂNCIA “ANTECEDENTES” À LUZ DA CONSTITUIÇÃO	30
CONCLUSÃO.....	35
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	38

RESUMO

O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 prevê de forma expressa o princípio da presunção de inocência, o que nunca houvera existido no ordenamento jurídico brasileiro. A sua origem remonta ao Iluminismo, sendo que surgiu em contraposição ao período inquisitorial, onde o ônus de se provar a inocência era incumbido ao réu. Por ser um princípio constitucional, tem aplicação imediata, independente de norma que venha a regulá-lo, bem como informa todo o ordenamento jurídico. Devido esta característica, tem-se que as normas infraconstitucionais já existentes devem ser interpretadas de forma a não contrariarem tal princípio, pois caso contrário, devem ser consideradas como não recepcionadas pela Carta Política, da mesma forma que as normas criadas na sua vigência devem se amoldar ao princípio. Dentre as várias aplicações deste princípio, releva-se a sua incidência na interpretação do artigo 59 do Código Penal, o qual prevê as circunstâncias judiciais que servem de parâmetro para todo o processo de individualização judicial da pena. Dentre as circunstâncias previstas no referido artigo, está a de possuir ou não o réu antecedentes. Chega-se à conclusão de que só há duas hipóteses que configuram antecedentes, após a entrada em vigor da Constituição vigente, a saber: a condenação anterior à data do crime, desde que já esgotado o prazo de cinco anos entre a extinção ou o cumprimento da pena e a prática do novo crime, período este que configura a reincidência; e a condenação anterior, ainda não trânsita em julgado na data em que se praticou o novo crime, desde que o trânsito em julgado se dê anteriormente à nova sentença. Esta conclusão se justifica pelo fato de que apenas nestes casos há pronunciamento judicial declarando ser o réu culpado, inexistindo assim afronta ao princípio constitucional.

INTRODUÇÃO

A presente monografia, apresentada como requisito para obtenção do grau de bacharel em direito, tratará de um dos mais importantes tópicos do direito penal, qual seja, o da aplicação da pena. Como se sabe, dentre as principais funções do direito penal está a de exercer o controle ao Poder Estatal de punir, balizando as hipóteses em que ao Estado é possível retirar a liberdade de alguém. Já a aplicação da pena é o momento crucial desta limitação da liberdade dos cidadãos imposta pelo Estado.

Porém, antes de se tratar da aplicação da pena, ter-se-á uma visão rápida e geral sobre o princípio da presunção de inocência, traçando-se um breve retrospecto histórico sobre o princípio, bem como demonstrando a sua característica de princípio constitucional, e as peculiaridades que disso decorre. Por fim, tratar-se-á sobre a acepção do termo presunção de inocência, demonstrando-se como se deve interpretá-lo.

Após o estudo do princípio da presunção de inocência, passa-se à análise da aplicação da pena, tratando-se rapidamente de seus fundamentos, principalmente a respeito das três teorias mais importantes sobre a matéria. Também tratar-se-á sobre as fases judiciais da individualização da pena. Menciona-se expressamente o adjetivo “judicial” porque, como se sabe, a individualização da pena, nos moldes determinados pela Constituição Federal, é feita em três etapas: a primeira delas é a legal, que é a realizada pelo Poder Legislativo, quando determina várias espécies de pena, bem como a quantidade mínima e máxima de pena que pode ser aplicada a uma atividade considerada criminosa. A segunda delas é a judicial (da qual se tratará neste estudo), na qual se determina a pena a ser aplicada e qual a sua quantidade a ser imposta ao criminoso, “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”¹. Por fim, tem-se a fase administrativa, que é a da execução da pena.

¹ Parte final do artigo 59 do Código Penal.

Na análise da individualização judicial da pena, primeiramente referir-se-á às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, pois este artigo é a pedra fundamental no estudo do processo de aplicação da pena. Num primeiro momento será demonstrada a visão da doutrina tradicional acerca destas circunstâncias (capítulo II, Seção II). Também serão analisadas as circunstâncias legais, as quais incidirão sobre a pena-base aplicada com base no artigo retro referido.

Finda a análise das circunstâncias judiciais e legais, será realizada uma distinção pormenorizada entre os vocábulos “reincidência”, “antecedentes” e “conduta social”, tudo isto para que seja possível uma interpretação conforme a constituição do artigo analisado, pois só assim é possível preservá-lo no ordenamento jurídico.

Continuando, passa-se a demonstrar a influência na aplicação da pena da correta concepção sobre o princípio constitucional da presunção de inocência, no que toca à circunstância legal “antecedentes”, interpretando-a de maneira a não afrontar o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Ao final, faz-se uma análise sobre as situações que geralmente são discutidas nos tribunais se podem ou não ser consideradas como maus antecedentes, ensejando assim um aumento da pena. Para isso, tratar-se-á de cada uma das situações, chegando-se à conclusão a respeito da possibilidade ou não de serem consideradas como maus antecedentes.

Com isso, encerra-se o presente estudo, que tem por objetivo principal o de fazer uma interpretação do artigo 59 do Código Penal à luz da Carta Magna, o que não deve ser entendido como uma situação especial de interpretação de legislação federal

conforme a constituição, mas sim como a regra geral, qual seja, a da interpretação sistemática das regras, para que as normas advindas destas sejam constitucionais².

² Parte-se, aqui, de uma distinção entre regra e norma, onde esta última é o resultado da interpretação que se faz daquela.

CAPÍTULO I – O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Seção I – Breve Notícia Histórica

O princípio da presunção de inocência vem inserido no artigo 5º da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, artigo este que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, e está inserido no título que trata dos direitos e das garantias fundamentais. O princípio está previsto no inciso LVII do artigo 5º, vindo assim formulado: **“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”**.

Esse dispositivo, como aí está inserido, não constava em nenhuma das Constituições anteriores. As Constituições anteriores, “embora sempre pródigas na enumeração de garantias fundamentais da justiça repressiva, jamais haviam feito referência ao princípio da presunção de inocência”³.

Vê-se aí um grande atraso do ordenamento jurídico brasileiro, pois como leciona o Professor Luiz Alberto Machado, “é declaração velha, da Revolução Francesa, que todo acusado beneficia-se da presunção de inocência;...”⁴.

Tal preceito foi consagrado por força das idéias liberais que animaram a reforma do sistema repressivo do século XVIII, no artigo 9º da Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789⁵, que tinha a seguinte redação: “Sendo todo homem presumido inocente, se for julgada indispensável a sua prisão, todo rigor desnecessário à sua segregação deve ser severamente reprimido pela lei”⁶. Pela forma que foi

³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, p. 30.

⁴ MACHADO, Luiz Alberto. A presunção constitucional de inocência. In *Revista da Faculdade de Direito*, p. 37.

⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, p. 403.

⁶ “Tout homme étant présumé innocent, s’il est jugé indispensable de l’arreter, toute rigueur Qui ne serait pas necessaire pour s’assurer de as personne doit être sévérement reprimée par la loi”.

redigido o texto, depreende-se que é um “direito natural, inalienável e sagrado do homem”⁷.

Vários anos depois, em 10 de dezembro de 1948, constou da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, a chamada de Carta da ONU, no artigo XI, *verbis*: “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Na época do chamado período inquisitório, o acusado não era um simples suspeito, mas alguém já considerado culpado pela opinião pública, ao qual cumpre o encargo de destruir aparências, demonstrando a própria inocência⁸.

Na verdade, o princípio da presunção de inocência nada mais é do que a “reação a todo um sistema processual-repressivo fundado nas provas legais e no uso indiscriminado de medidas odiosas contra a pessoa do acusado, cuja expressão máxima era a tortura”⁹.

Portanto, “o direito penal iluminista, resultado das lutas da burguesia que culminaram na Revolução Francesa, se legitima como instrumento de defesa da sociedade civil, frente a um estado (absolutista) que atuava factual e normativamente com total arbitrariedade e discricionariedade. Em contrapartida, o direito penal deve constituir-se de um sistema de técnicas que assegure as liberdades individuais frente ao poder político”¹⁰.

⁷ GOMES FILHO, A. M. Obra citada, p. 09.

⁸ LÉVY-BRUHI, Henri, citado na obra de GOMES FILHO, A. M., *idem*, *ibidem*.

⁹ GOMES FILHO, A. M. *Idem*, p. 10.

¹⁰ MENDEZ, Emilio Garcia. Prefácio da obra de Nilo Batista, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*.

Assim, vem o princípio dar maiores garantias à pessoa que está sendo acusada de algum delito, tratando-a como qualquer outra pessoa que assim não esteja, ou seja, na condição de inocente, até que seja reconhecida indubitavelmente a sua culpabilidade, no caso, com uma sentença penal condenatória trãnsita em julgado. Deste modo, “o princípio da presunção de inocência vem relacionado, portanto, ao direito à tutela jurisdicional, assegurando-se ao acusado que a demonstração da culpabilidade seja feita através de procedimento público e legal, com a efetividade do direito de defesa”¹¹.

Assim é o ensinamento de Beccaria, que diz: “un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, nè la societ  pu  togliergli la pubblica protezione se non quando sia deciso ch’egli abia violati i patti, co’quali gli fu accordata”¹².

De tal modo, “o apelo à presunção de inocência assumia, assim, importante valor emblemático no quadro de uma reforma penal e processual-penal que postulava a estrita legalidade das puni es e a substitui o do procedimento inquisitório e secreto, característico do *ancien régime* por um processo acusatório, público, oral e estruturado para assegurar a igualdade entre a acusa o e a defesa”¹³.

Esta   a breve notícia histórica da origem do princípio da presunção de inocência.

Se o II – Princípio Constitucional

O princípio da presunção de inocência   constitucional, e por assim ser, deve ser tratado como todos os demais princípios constitucionais. Assim, possui duas

¹¹ GOMES FILHO, A. M. Obra citada, p. 18.

¹² BECCARIA, Cesare. Citado em GOMES FILHO, A. M. Obra citada, p. 11. Em tradu o livre: “Um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode tirar a prote o pública senão quando se decidiu que ele tenha violado as regras, com as quais lhe foram acordadas”.

¹³ GOMES FILHO, A. M. Obra citada, p. 11.

características fundamentais que devem ser levantadas neste estudo. A primeira delas é que um princípio constitucional tem aplicação imediata, independente de norma infraconstitucional que venha a regulá-lo. “Evidente que a norma enquanto definidora de garantia fundamental tem aplicação imediata”¹⁴. Esta característica ganha mais força nos dias atuais, quando vemos um Poder Legislativo que não se atém aos limites da própria constituição, nem tampouco se preocupa com a edição de leis que venham a reforçar a sua aplicação.

A segunda das características dos princípios constitucionais é que eles informam todo o sistema. Também pensa assim o autor Rogério Lauria Tucci, quando diz: “Manifesta e constante é, com efeito, a influência exercida pelos preceitos constitucionais sobre todas as demais normas componentes do ordenamento jurídico à luz deles editadas...”¹⁵.

Isto ocorre porque a Constituição vigente trouxe uma tábua axiológica, e as normas existentes quando da sua promulgação devem estar em congruência com tais valores, e se não estiverem, estão automaticamente revogadas, ou como alguns autores defendem, não são recepcionadas pelo novo texto constitucional.

Portanto, toda ordem jurídica deve ser “lida à luz dela [da Constituição] e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformem com ela. São três os componentes principais desta preeminência normativa da Constituição: (a) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição (princípio da interpretação conforme a Constituição); (b) as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional; (c) salvo quando não são exequíveis por si mesmas, as normas

¹⁴ TOVO, João Batista & CLÁUDIO, Paulo. *Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova constituição*, p. 25.

¹⁵ TUCCI, Rogério Lauria & CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, p. 15.

constitucionais aplicam-se directamente, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela”¹⁶.

“Não se confundem as regras e princípios constitucionais com as normas, sendo certo que estas configuram o produto de interpretação daqueles”¹⁷. É por esta razão que é possível que de uma regra se abstraia uma norma inconstitucional e outra constitucional. “Neste contexto, é certo que dentre as diversas normas plausíveis de construção, algumas delas sejam constitucionais e outras inconstitucionais. Diante desta situação, impõe-se a utilização da chamada **interpretação conforme a Constituição**”¹⁸ (grifos no original).

Assim, para salvar (preservar)¹⁹ as normas existentes com o surgimento da nova constituição, resta a saída aos juristas interpretá-las conforme a carta política, de forma que não mais entrem em choque com as normas e princípios dela. Portanto, deve-se sempre buscar uma solução no caso concreto para que permaneçam em vigência as normas já existentes.

Não obstante todo o exposto, resta saber se o princípio existia ou não na égide dos ordenamentos anteriores. Sobre a existência deste princípio no sistema anterior à Constituição de 1988, Luiz Antonio Câmara levanta que “ainda que não previsto na ordem constitucional anterior – e também nas antecedentes – é inegável que tal princípio sempre informou o ordenamento processual penal”²⁰.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital. Citado em SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Contributo para uma dogmática constitucional emancipatória*, dissertação de mestrado, pp. 88-89.

¹⁷ SCHIER, P. R. *Idem*, p. 123.

¹⁸ SCHIER, P. R. *Idem*, *ibidem*.

¹⁹ Termos utilizados por Luiz Flávio Gomes, obra citada, p. 43, quando busca dar interpretação plausível ao artigo 594 do Código de Processo Penal, para que se amolde ao princípio constitucional da presunção de inocência.

²⁰ CÂMARA, Luiz Antonio. *Lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar – Prisão e Liberdade Provisória*, p. 40.

Já Celso Ribeiro Bastos foi categórico ao dizer, quando tratando do histórico do princípio, que tal não constava de modo explícito nas Constituições anteriores²¹. Com razão, pois não se duvida de que as Cartas Políticas anteriores, embora silenciassem sobre tal assunto, implicitamente forneciam subsídios para se extrair que tal princípio estava presente. Assim, não há dúvida de que tal princípio já estava presente no ordenamento jurídico brasileiro na vigência das Constituições anteriores.

Como assevera Gomes Filho, a doutrina acertadamente reconhecia a presença do princípio no ordenamento anterior a Carta Política vigente, senão vejamos:

“Apesar disso, com base na norma de encerramento do rol de direitos e garantias, segundo a qual a enumeração destes não é taxativa, mas meramente exemplificativa, não excluindo preceitos semelhantes que decorram da natureza do regime de princípios que o informam, verifica-se por parte da doutrina grande sensibilidade ao considerar a presunção de inocência como princípio informador do nosso ordenamento, especialmente em face da adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948”.

No mesmo sentido, afirma Cernichiaro, tratando da Constituição vigente, que “a inovação, porém, é meramente formal”²². Sem embargo de a doutrina, de modo acertado, reconhecer a sua existência, cabe indagar se o princípio era efetivamente observado, pois para a visualização de um princípio implícito na Constituição há a necessidade de uma sutileza e grau de reflexão apurados, o que nem sempre se tem.

Abandonando um pouco o estudo a respeito da existência ou não do princípio, vale aqui ressaltar que se mostra louvável a atitude do constituinte em inserir o

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º volume, p. 277. Enfatizo, aqui, a expressão “explícito”.

²² CERNICHARO, Luiz Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*, p. 86.

princípio da presunção de inocência dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, para que assim não seja possível a negação de sua existência.

Deste modo, o princípio opera em todo o sistema, a começar pela revogação (não recepção) das leis infraconstitucionais, bem como no momento legislativo, como alerta a doutrina: “O princípio impõe-se inclusive no processo de elaboração legislativa, razão pela qual se endereça, inicialmente, ao legislador...”²³. No mesmo sentido, afirma MANZINI que o princípio demonstra sua máxima eficiência sobre o momento legislativo, sendo portanto um critério de política legislativa²⁴.

Assim, sabe-se que estava presente de modo implícito nos ordenamentos anteriores, mas atualmente consta na Constituição vigente de modo explícito, o que força, de maneira indubitável, que todas as normas estejam em conformidade com tal princípio.

Seção III – Acepções do termo presunção de inocência

Como observa CARRIÓ, a divergência na interpretação dos enunciados ocorre fundamentalmente em razão do significado emotivo de certas palavras, pelo qual elas possuem a virtude de despertar atitudes de aprovação ou desaprovação quando empregadas no discurso²⁵.

E a “presunção de inocência” inclui-se certamente nessa classe, seja pelas peculiaridades do momento histórico em que foi utilizada, seja por seu multiforme emprego nas legislações, seja pela diversidade de interpretações que tem propiciado²⁶.

²³ CÂMARA, L. A. Ob. Cit., p. 40.

²⁴ MANZINI, citado em CÂMARA, L. A., ob. cit., p. 41.

²⁵ CARRIÓ, Genaro R., citado em GOMES FILHO, A. M. Obra citada, p. 35.

²⁶ GOMES FILHO, A. M.. Obra citada, p. 35.

O termo “presunção” pouco tem que ver com “a idéia de consequência que a lei extrai de um fato conhecido para um fato desconhecido, significando, antes disso, uma atitude emocional de repúdio ao sistema processual até então vigente, no qual o acusado devia comprovar a improcedência da acusação”²⁷, “repúdio” este já mencionado quando tratava-se do estudo do histórico do princípio (Seção I).

Por outro lado, “a inocência” (do latim *in + nocens*, não nocivo) também pouco tem que ver com a noção de não-culpabilidade, revelando, antes disso, a crença rousseaumiana na bondade inata do ser humano”²⁸.

Assim, por ser um conceito indeterminado, de definição de certa forma equivocada, várias interpretações são possíveis, o que também dá margem à manipulação da interpretação. Outro ponto a ser levantado é que os princípios nunca devem interpretados de forma restritiva, mas sim da forma mais extensiva possível. Este é o princípio da máxima eficácia dos direitos fundamentais.

No particular, leciona Themístocles Brandão Cavalcanti: “a garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidoso”²⁹. Sendo assim, “não se pode ter qualquer dúvida acerca de que, inspirado no ideal de liberdade, o legislador constituinte consagrou a regra ora analisada com uma única intenção, qual seja, a se favorecer o imputado”³⁰.

Como levantado, a interpretação de enunciados sempre é difícil, devido à carga emotiva, o que ocorre com o princípio analisado, como ressalta Luiz Flávio

²⁷ GOMES FILHO, A. M. *Idem*, p. 36.

²⁸ MARUCCI, Alberto, citado em GOMES FILHO, A. M. *Obra citada*, p. 36.

²⁹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*, p. 164.

³⁰ TUCCI, R. L.. *Direitos e...*, pp. 411/412.

Gomes : “o art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, em virtude de uma redação não muito feliz, permitiu no começo da sua vigência certa tergiversação interpretativa”³¹.

No entanto, com adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), através do Decreto Legislativo nº 27, como leciona Gomes Filho, tornou-se indiscutível no nosso ordenamento jurídico a extensão da presunção de inocência, pois prescrito no art. 8º, nº 1, da seguinte forma: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”³². Complementa LUIZ FLÁVIO que culpa, aqui, logo se percebe, deve ser entendida como ‘culpabilidade’, ou seja, ‘atribuição culpável de um injusto típico ao seu autor’³³.

Não obstante a confusão na doutrina sobre a interpretação do princípio, que está paulatinamente desaparecendo, sabe-se que o princípio da presunção de inocência é de fundamental importância no ordenamento jurídico, pois como diz RIBEIRO BASTOS, “seria um fardo pesado para o cidadão o poder ver-se colhido por uma situação em que fosse tido liminarmente por culpado, cabendo-lhe, se o conseguisse, fazer demonstração da sua inocência. Uma tal ordem de coisas levaria ao império do arbítrio e da injustiça”³⁴.

A regra da presunção de inocência, como enfatizou Weber M. Batista, com apoio no pensamento de Bettiol, “vale como uma idéia força, no sentido de impedir que o réu seja tratado como se já estivesse condenado, que sofre restrições de direito que não sejam necessárias à apuração dos fatos e ao cumprimento da lei penal, em suma, que não seja tratado como mero objeto de investigações, mas como sujeito de

³¹ GOMES, Luiz Flávio. *Direito de Apelar em Liberdade*, p. 39.

³² GOMES FILHO, A. M., citado por GOMES, Luiz Flávio. Obra citada, pp. 39/40.

³³ GOMES, L. F. Obra citada, p.40.

³⁴ BASTOS, C. R. Obra citada, p. 277.

direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal, sobretudo as garantias da plena defesa”³⁵.

No âmbito do direito material (penal), afirmam COBO DEL ROSAL e VIVES ANTON que “além de projetar sua eficácia para a interpretação das leis penais (em igualdade de condições, deve-se preferir o sentido mais favorável ao acusado), ‘a presunção de inocência representa um limite frente ao legislador. Em virtude desse limite, e dada a natureza constitucional do mesmo, serão nulos os preceitos penais que estabeleçam a responsabilidade baseada em fatos presumidos ou em presunções de culpabilidade’ ”³⁶.

Finalizando, ressalta-se que o aspecto mais importante do princípio da presunção de inocência, não se descartando, em hipótese alguma, os demais, é a “vedação a qualquer forma de identificação do suspeito, indiciado ou acusado à condição de culpado”, o que se torna mais relevante “na medida em que reafirma a dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da atividade repressiva do Estado”³⁷, como asseverado no artigo 1º, inc. II, da Constituição Federal de 1988.

³⁵ BATISTA, Weber Martins, citado em Luiz Flávio Gomes, obra citada, p. 41.

³⁶ Citado em GOMES, L. F. Obra citada, p. 42

³⁷ GOMES FILHO, A. M. Obra citada, p. 42.

CAPÍTULO II – A APLICAÇÃO DA PENA

O primeiro direito a surgir foi o penal. A pena representava inicialmente a vingança privada da própria vítima, de seus parentes ou do agrupamento social (tribo) a que pertencia³⁸. Com a fundação de Roma, já no direito romano, a pena era aplicada para aplacar a ira dos deuses. Para o direito germânico, a pena era tida como expiação religiosa, sendo o crime reputado como assunto privado. Outrossim, no Direito Canônico, as penas visavam à justa retribuição, bem como ao arrependimento e à emenda do condenado³⁹.

O conceito de pena foi, pois, evoluindo, juntamente com as leis e a própria justiça penal, cuja reforma foi impulsionada pelo Iluminismo, surgido nos fins do século XVIII. Atualmente, a pena ou “sanção penal” volta-se a todos os cidadãos, seus efeitos são *erga omnes*, e pressupõe uma relação de soberania, que se exercita sob a forma de jurisdição. Bettioli assim conceituava a pena: “Conseqüência jurídica do crime, ou seja, a sanção prefixada pela violação de um preceito penal”⁴⁰.

Para uns, a razão de ser da pena está na retribuição⁴¹, equivalendo ela ao mal praticado. O réu recebe a pena por que praticou um ilícito. Para outros, a pena teria um caráter correcionalista, ético-pedagógico, visando à redenção moral do condenado e a sua ressocialização. Ainda, há aqueles que vêem na pena uma fundamentação utilitarística; seria “um meio para dissuadir os criminosos da prática delituosa”⁴². Modernamente, adotou-se um posicionamento eclético quanto às funções e natureza da pena. É o chamado “pluridimensionalismo” ou *mixtum compositum*, de forma a conciliar as funções retributiva e intimidativa da pena com a função ressocializante da

³⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal: Curso Completo*, p. 10.

³⁹ COSTA JÚNIOR, P. J. da. *Idem*, pp. 10-11.

⁴⁰ BETTIOLI, Giuseppe citado em COSTA JÚNIOR, P. J. da. *Idem*, p. 117.

⁴¹ COSTA JÚNIOR, P. J. da. *Idem*, *ibidem*.

⁴² COSTA JÚNIOR, P. J. da. *Idem*, p. 118.

sanção⁴³. O Código Penal atual assumiu um posicionamento nítido, de forma a considerar que a pena deverá ser necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime.

Assim, como levantado por Zaffaroni e Pierangeli⁴⁴, é que a doutrina costuma classificar as teorias da pena em absolutas, relativas e mistas. As teorias absolutas são as que sustentam que a pena encontra em si mesma a sua justificação, sem que possa ser considerada um meio para fins ulteriores. Fragoso⁴⁵ ressalta ainda que nesta teoria a pena é exigência de justiça, ou seja, quem pratica um mal deve sofrer um mal. Assim, a pena nada mais é do que uma retribuição do mal causado. Esta teoria era sustentada por Kant e Hegel.

Já as teorias relativas surgiram em oposição às teorias absolutas, e concebem a pena como um meio para a obtenção de ulteriores objetivos. Essas teorias são as que se subdividem em teorias relativas da prevenção geral e da prevenção especial. Naquela, a pena surte efeito perante a sociedade para que não venham a delinquir, enquanto esta age sobre o réu condenado de um crime.

Por fim, as teorias mistas são as que partem das teorias absolutas e tentam corrigir as suas falhas. São as mais difundidas na atualidade, e vêem a retribuição impraticável em suas conseqüências, mas da mesma forma não aderem à prevenção especial. Mesmo assim, entendem que “a pena é retribuição mas deve, por igual, perseguir os fins da prevenção geral e especial”⁴⁶.

“De qualquer maneira, qualquer que seja o fundamento que se lhe dê, a pena deve ser pública, determinada, proporcionada e justa, devendo ser cumprida em

⁴³ COSTA JÚNIOR, P. J. da. *Idem*, p. 119.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, pp. 119/120.

⁴⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral*, p.275.

⁴⁶ FRAGOSO, H. C. *Idem*, p. 276.

condições que preservem a dignidade do homem e permitam que toda sua terapêutica se faça sentir de modo a atingir seus objetivos”⁴⁷.

Seção I – As fases da aplicação da pena

A aplicação da sanção penal condiciona-se aos elementos do crime, mas também deve a pena, de alguma forma, mostrar-se útil. Além disso, a pena aplicada deverá ser justa, correspondendo ao exato grau de culpabilidade do agente⁴⁸.

No início, o rei era absoluto, exercendo as funções de administrador, legislador e julgador. No entanto, a tarefa de julgar era delegada a um terceiro que não tivesse interesse no desfecho da questão. Por fruto desta delegação, tal tarefa era exercida da forma mais arbitrária possível⁴⁹.

Com o tempo, para tentar acabar com as arbitrariedades, surgiu uma nova forma de aplicação da pena: a estrita legalidade. Assim, era o legislador que fixava a pena a todos os casos, e o juiz se transformou num mero executor de sua vontade. “Não mais vigia o princípio da máxima liberdade na fixação e sim o da extraordinária legalidade”⁵⁰.

Chegou-se à conclusão de que esta não era a melhor saída. Assim, como solução, recorreu-se à velha máxima aristoteliana de que a virtude está no meio termo. Foi então que se retirou a arbitrariedade do juiz, bem como se abandonou a idéia da extrema legalidade. Assim, “o legislador – a quem, em tese, compete prever o que é

⁴⁷ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*, pp. 32/33.

⁴⁸ Segundo COSTA JÚNIOR, P. J. da, “poderá contudo ser inferior ao grau da culpabilidade, aplicando-se ao condenado um regime de cumprimento de pena mais benéfico, desde que presentes determinados fatores, como a desagregação familiar que pudesse derivar do afastamento do *pater familias*”. Idem, p. 129.

⁴⁹ FERREIRA, G. Obra citada, p. 45.

⁵⁰ FERREIRA, G. Idem, p. 46.

bom e o que é ruim para seu povo – jamais poderia estabelecer, *a priori*, a pena que deveria ser aplicada para cada tipo de criminoso e de crime”⁵¹. Este é o modelo adotado pelo Código Penal pátrio.

A individualização da pena é de tal importância que o constituinte originário inseriu-a no título que trata dos direitos e garantias individuais do cidadão, no artigo 5º, inciso XLVI, que diz: “a lei regulará a individualização da pena...”.

As etapas da individualização judicial da pena estão previstas nos incisos do artigo 59, e são, nesta ordem: primeiro decide-se qual a pena aplicável dentre as cominadas; depois a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; por fim, a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível.

Neste estudo, trataremos mais especificamente das circunstâncias judiciais, as quais servem de base para se fazer a individualização da pena, previstas no *caput* do artigo 59 do Código Penal, bem como das circunstâncias legais, que são as que servem, em conjunto com as circunstâncias judiciais, para se fixar a quantidade de pena aplicável dentro dos limites fixados em lei.

Seção II – Aplicação da pena-base

O cálculo da pena é baseado nos critérios do artigo 68, que prevê três etapas judiciais para a fixação da pena, *verbis*:

⁵¹ FERREIRA, G. Obra citada, p. 49.

“A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

As diretrizes para a fixação da pena-base estão relacionadas no art. 59 do Código Penal atual, que conservou da sistemática anterior os seguintes critérios para a aplicação da pena: antecedentes, personalidade do agente, os motivos, circunstâncias e conseqüências do crime. Inovou ao introduzir também o comportamento da vítima, bem como desdobrou os antecedentes do agente em antecedentes propriamente ditos e na conduta social.

Vale ressaltar, no entanto, que as circunstâncias tratadas no artigo 59 do *Codex* “não contribuem para a existência ou não-existência do crime, nem fazem mudar a sua designação típica. São condições acessórias, que acompanham o fato punível mas não penetram na sua estrutura conceitual e, assim, não se confundem com os seus elementos constitutivos. Vêm de fora da figura típica, como alguma coisa que se acrescenta ao crime já configurado, para impor-lhe a marca de maior ou menor reprovabilidade”⁵². Diz citado artigo:

“Art. 59 O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

I- omissis

II- a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.

(...)”

A maioria da doutrina sustenta que com este artigo o legislador abriu um campo de discricionariedade para que o Juiz, no caso concreto, determine a quantidade de

pena a ser aplicada. O conceito de discricionariedade utilizado por estes autores é o mesmo aplicado no Direito Administrativo, trazido do Direito Francês. Não obstante a maioria entender em sentido contrário, não parece ser o melhor entendimento, como leciona o Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “no momento em que é possível fixar a pena, o que se faz não é um juízo de conveniência-oportunidade, próprio da Administração Pública, mas simplesmente **um juízo técnico estabelecido sobre uma determinada condição concreta**”⁵³ (grifos no original).

Segundo a doutrina tradicional, os antecedentes são todos os fatos ou episódios da *vita anteacta* do réu, próximos ou remotos, que possam interessar de qualquer modo à avaliação subjetiva do crime. Seguindo este entendimento, seriam considerados os precedentes policiais e judiciais do acusado, bem como a sua vida pregressa, dados correlatos, apurados durante a instrução, como maus antecedentes.

Com relação à conduta social, cabe mencionar a importante alteração na reforma, sendo ela destacada da circunstância “antecedentes”⁵⁴. “Por conduta social deverá entender-se o papel que o acusado teve em sua vida pregressa, na comunidade em que se houver integrado. Se foi um homem voltado ao trabalho, probo, caridoso, altruísta, cumpridor dos deveres, ou se transcorreu os seus dias ociosamente, exercendo atividades parasitárias ou anti-sociais. Será ainda considerado o comportamento do agente na família, no ambiente de trabalho, de lazer ou escolar. Alguns se adaptam às normas de convivência social, outros reagem, manifestando condutas de agressividade ou inconformismo. É este comportamento que servirá de guia ao magistrado na fixação da pena”⁵⁵. Note-se que para a doutrina tradicional não há muita diferença entre os antecedentes e a conduta social, com o que não se pode concordar, como será demonstrado no próximo capítulo.

⁵² BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*, p. 107.

⁵³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Discrição Judicial na Dosimetria da Pena: Fundamentação suficiente*. In *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, nº 21, p. 148.

⁵⁴ COSTA JÚNIOR, P. J. da. *Obra citada*, p. 163.

⁵⁵ COSTA JÚNIOR, P. J. da. *Idem, ibidem*.

A personalidade está intimamente ligada à conduta, podendo ser a pena aumentada ou atenuada em sua função. Deverá o magistrado “ter em atenção a boa ou má índole do delinqüente, seu modo ordinário de sentir, de reagir, sua maior ou menor irritabilidade e o seu maior ou menor grau de entendimento”⁵⁶. Deve a personalidade ser analisada juntamente à conduta social, a fim de que seja valorada em seu aspecto dinâmico e global.

Os motivos do crime são os precedentes causais da ação, de natureza psicológica. É a força psicológica que desencadeia a vontade, acionando a conduta. Não se confunde o motivo com o escopo, finalidade, uma vez que, enquanto este dispõe de natureza predominantemente cognoscitiva, pois o agente representa a finalidade que busca atingir, o motivo é essencialmente psicológico. Sua valoração deve ser feita conforme as normas ético-sociais⁵⁷.

As circunstâncias judiciais, previstas no art. 59⁵⁸, são aqueles elementos meramente acessórios, que não integram o crime, mas influem sobre sua gravidade, deixando inalterada sua essência⁵⁹. Seu reconhecimento fica jungido à avaliação do juiz, podendo-se citar, entre elas, os meios e o local do crime, o tempo de sua duração, a relação entre autor e vítima, e a atitude manifestada durante a conduta delituosa, tais como insensibilidade, indiferença, frieza, comoção e arrependimento.

Por fim, com relação ao comportamento da vítima, assume ele especial relevo na redação dada pelo Código atual, seja antes ou durante o fato punível. Muitas vezes, o comportamento da vítima se transforma em fator criminoso, por constituir-se em

⁵⁶ JTACrim, 39: 167.

⁵⁷ COSTA JÚNIOR, P. J. da. Obra citada, pp. 163-164.

⁵⁸ Ver *supra*.

⁵⁹ COSTA JÚNIOR, P. J. da. Obra citada, p. 164.

provocação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes⁶⁰.

Seção III – Circunstâncias Legais

Como esclarecido na Seção anterior, “circunstância é tudo que modifica um fato, sem alterar-lhe a essência. São elementos, acidentais e acessórios, que se põem em derredor do tipo, influenciando apenas na quantificação penal”⁶¹. As circunstâncias ditas obrigatórias ou legais são aquelas arroladas pelos artigos 61, 62 e 65 do Código Penal, de aplicação cogente, e, dentre elas, há aquelas que aumentam a pena (agravantes) e as que diminuem a pena (atenuantes).

As circunstâncias agravantes são tratadas nos artigos 61 a 64 do Código Penal, e são: a) a reincidência; b) a prática do crime; b1) por motivo fútil ou torpe; b2) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; b3) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; b4) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; b5) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; b6) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade; b7) com abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo, ofício, ministério ou profissão; b8) contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida; b9) quando o ofendido estava sob imediata proteção de autoridade; b10) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; b11) em estado de embriaguez preordenada; c) em concurso de pessoas.

⁶⁰ COSTA JÚNIOR, P. J. da. *Idem*, *ibidem*.

⁶¹ COSTA JÚNIOR, P. J. da. *Idem*, p. 167.

A norma do art. 61 não estabelece o *quantum* da agravação nem oferece os critérios norteadores da fixação do aumento, ficando sujeito à avaliação judicial. Depois de estabelecida a pena-base, aplica-se, então, essas circunstâncias legais. Cabe lembrar, ainda, que o agravamento não se verifica quando a circunstância constituir ou qualificar o crime⁶².

Dentre todas as circunstâncias agravantes mencionadas, o presente trabalho cingir-se-á apenas ao estudo da reincidência, tratando-a, principalmente, em contraponto com o conceito de antecedentes, na tentativa de delimitar o que seja antecedente, desde que congruente com o princípio constitucional da presunção de inocência (vide *infra*).

A reincidência, como definiu Paulo José da Costa Júnior, “é a situação daquele que pratica um fato punível quando definitivamente condenado por crime anterior”⁶³. Significa, pois, aquele que volta a delinquir após ter sofrido uma condenação anterior, revelando um obstinado desprezo pela lei e pelo magistrado. Nesse sentido, o aumento da pena é justificado pelo fato de que, nesse “novo episódio delinqüencial”, a autoridade da lei e o prestígio do Estado vêm a ser gravemente ofendidos⁶⁴.

Os efeitos da reincidência são vários. Nos termos do art. 61, I, agrava a pena, em quantidade indeterminada; segundo o art. 67, configura uma das circunstâncias preponderantes, no concurso de agravantes; pelo art. 77, I, impede a concessão da suspensão condicional da pena, se o crime for doloso; conforme arts. 44, II, e 60, 2, obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou pecuniária; nos termos do artigo 33, §2º, b e c, impede que o regime inicial de cumprimento da pena seja o aberto ou semi-aberto, a menos que se trate de pena detentiva; segundo o artigo 83, II, se doloso o crime, aumenta o prazo de cumprimento

⁶² COSTA JÚNIOR, P. J. da. Idem, *ibidem*.

⁶³ COSTA JÚNIOR, P. J. da. Idem, *ibidem*.

⁶⁴ COSTA JÚNIOR, P. J. da. Idem, p. 168.

da pena para obtenção de livramento condicional; aumenta de um terço o prazo prescricional da pretensão executória (art. 110); acarreta a revogação obrigatória do *sursis* em condenação por crime doloso (art. 81, I) e facultativa se o crime for culposo ou por contravenção (art. 81, I); implica, nos termos do art. 86, a revogação obrigatória do livramento condicional sobrevivendo condenação à pena privativa de liberdade e, nos termos do art. 87, a revogação facultativa, em caso de crime ou contravenção, quando não aplicada; acarreta ainda, segundo dispõe o art. 95, a revogação da habilitação, quando sobrevier condenação diversa da pecuniária; impede o reconhecimento de certas causas de diminuição de pena (artigos. 155, § 2.º, 170, 171, § 1.º); interrompe a prescrição (art. 117, VI); e, finalmente, consoante dispõe o art. 323, III, do Código de Processo Penal, impede a prestação de fiança em caso de condenação por delito doloso⁶⁵.

Já as circunstâncias atenuantes, tratadas nos artigos 65 e 66 do Código Punitivo, têm igualmente aplicação cogente, mas atuam diminuindo a reprovabilidade da ação e conseqüentemente a culpabilidade pelo crime praticado. A enumeração do art. 65 não é taxativa, pois a pena poderá ser reduzida em função de atenuante não prevista (art. 66)⁶⁶.

São elas: ser o agente menor de 21 (vinte e um) anos na data do fato, ou maior de 70 (setenta) na data da sentença; o desconhecimento da lei, ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; confessado espontaneamente, perante autoridade, a autoria do crime e cometido o crime sob influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

⁶⁵ COSTA JÚNIOR, P. J. da. Idem, *ibidem*.

⁶⁶ COSTA JÚNIOR, P. J. da. Idem, p. 174.

Ou seja, tratam-se de privilégios previstos pela norma para os casos de menoridade, desconhecimento da lei, motivação, arrependimento, coação, cumprimento de ordem, violenta emoção, confissão espontânea e multidão em tumulto.

Existem, ainda dentro das circunstâncias atenuantes, aquelas chamadas “circunstâncias inominadas”, determinadas no art. 66 do Código Penal:

“Art. 66 A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Essas circunstâncias são importantes na medida que o legislador não pode tudo prever. Como salientou Paulo José da Costa Júnior, “em cada conduta humana faz-se sentir o imponderável, já que a miopia do legislador o impede de prever todas as hipóteses que irão surgir. Nenhuma lei seria capaz de prever, catalogar, definir e sistematizar todos os fatos que irão desencadear-se na realidade fenomênica futura”⁶⁷. Tais circunstâncias podem ter ocorrido anterior ou posteriormente ao crime praticado.

Finalmente, há que se considerar a hipótese de concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, uma vez que, ao fixar a pena-base, quase sempre o magistrado irá defrontar-se com várias circunstâncias. Deverão ser consideradas dominantes as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência⁶⁸. Desse modo, o legislador emprestou maior relevo às circunstâncias de natureza subjetiva, coerente com o moderno direito penal da culpa⁶⁹.

⁶⁷ COSTA JÚNIOR, P. J. da. Idem, p. 175.

⁶⁸ Ver *supra*.

⁶⁹ COSTA JÚNIOR, P. J. da. Obra citada, p. 175.

CAPÍTULO III – A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA INCIDÊNCIA NA APLICAÇÃO DA PENA

Como foi dito anteriormente (Capítulo I, Seção II), a Constituição Federal informa todo o ordenamento jurídico, com a sua tábua axiológica. Não só as leis promulgadas após a Constituição são por ela informadas, mas também as leis já existentes, como é o caso das que compõem o ordenamento jurídico penal.

A doutrina também reconhece a influência da Constituição sobre o ordenamento penal, como vemos da lição de COSTA JÚNIOR: “Profunda é a conexão entre o direito penal e o constitucional, já que a *Magna Charta* imprime ao estatuto penal sua índole, liberal ou totalitária”⁷⁰.

Assim, as normas anteriores, para que se as tenha por não revogadas pelo novo texto (contexto) constitucional, devem ser interpretadas à luz da Constituição. Este é o trabalho do intérprete, salvar as normas pré-constitucionais, ou quando não for possível, vê-las como tacitamente revogadas, o que é uma solução mais drástica.

Outro ponto importante é que a Constituição vigente veio a sedimentar uma nova visão do direito penal, o qual não serve para punir o cidadão, mas sim regulamentar a atividade estatal coercitiva. Como leciona MACHADO: “A visão correta é, pois, que a Constituição e o direito criminal existem em favor do administrado, regulamentando a atividade coercitiva, de força da administração pública, não o contrário, ...”⁷¹.

Ainda, o saudoso FRAGOSO diz: “O Direito Constitucional, estabelecendo a estrutura política e administrativa da nação e firmando princípios que constituem garantia da liberdade individual em face do poder público, apresenta uma série de

⁷⁰ COSTA JÚNIOR, P. J. Idem, p. 5.

⁷¹ MACHADO, L. A. Obra citada, p. 42.

disposições intimamente ligadas ao Direito Penal. O Direito Constitucional sobrepõe-se a todos os demais ramos do direito, que, assim, devem subordinar-se aos princípios da Carta Magna”⁷².

Assim, não há que se questionar a importância da Constituição Federal ao informar a interpretação de todo o ordenamento jurídico. No entanto, deve-se destacar a incidência sobre o direito penal e o direito processual penal, pois estes trabalham com um dos direitos de maior relevância, qual seja, o direito à liberdade.

Na seara do direito penal, várias são as hipóteses em que há a incidência de princípios constitucionais. Aqui se destacou um deles: o princípio da presunção de inocência. Analisaremos a incidência deste princípio num dos momentos mais cruciais do direito penal, ou seja, a aplicação da pena, pois é neste momento que se define quais direitos serão restringidos, em qual proporção e por quanto tempo.

Para a aplicação da pena, viu-se que o ponto-chave de tal mister é o artigo 59 do Código Penal, o qual traz as circunstâncias judiciais para se determinar qual pena aplicável entre as previstas, qual a quantidade de pena, o regime inicial de cumprimento da pena restritiva de liberdade, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena.

Viu-se também que uma das circunstâncias judiciais elencada em tal artigo é a de possuir ou não o réu antecedentes. Não se escolheu aleatoriamente tal circunstância, mas sim pelo fato de ser esta uma das mais ventiladas quando da fixação da pena-base, bem como quando da substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direito, e ainda quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

⁷² FRAGOSO, H. C. Obra citada, p. 06.

Seção I – Distinções entre Antecedentes, Reincidência e Conduta Social

Para que seja possível a análise da circunstância judicial “antecedentes”, primeiramente faz-se necessário a diferenciação dela de reincidência e de conduta social. Isto porque estão elas intimamente ligadas, sendo que dizem respeito à vida do acusado anterior ao fato criminoso.

Também se faz necessária a correta distinção entre as circunstâncias judiciais e legais, pois “não pode haver, no processo de determinação da pena aplicável, uma dupla valoração jurídica do mesmo elemento”⁷³. Este é o princípio tão tratado pela doutrina, e por vezes esquecido pelos aplicadores do direito, do *ne bis in idem*. Assim, não se pode valorar duplamente uma característica do acusado, *e.g.*, ter inquérito instaurado contra si, como indicador de antecedentes bem como de conduta social reprovável⁷⁴.

O Superior Tribunal de Justiça inclusive já editou Súmula a este respeito: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”⁷⁵.

O que cabe mencionar é que “pretender realizar um informe criminológico de um processado é penetrar no âmbito de privacidade e intimidade de uma pessoa, que a lei presume inocente, e que de modo algum autorizam os mais elementares princípios do Estado de direito”⁷⁶.

⁷³ FRAGOSO, H. C. Obra citada, p. 322.

⁷⁴ Como será tratado, não pode ser considerado inquérito policial nem como indicador de maus antecedentes nem tampouco de conduta social, mas dá-se de exemplo pelo fato de que a doutrina tradicional sempre trata de tal forma.

⁷⁵ Súmula 241 do STJ, publicada no DJ, em 15/09/2000, p. 229.

⁷⁶ ZAFFARONI, E. R. & PIERANGELI, J. H. Obra citada, p. 830.

Não obstante tal posicionamento de inconstitucionalidade da análise da personalidade do agente, neste estudo não se tratará de tal tema, mas apenas será proposta uma nova interpretação da circunstância “antecedentes” para que não tenha por eivada de inconstitucionalidade. Assim, passa-se a fazer a distinção anteriormente proposta.

A reincidência como esposado anteriormente, é uma das circunstâncias judiciais que agravam a pena, nos termos do artigo 61, inc. I, do Código Penal. A reincidência é definida pelo próprio *Codex* como sendo a circunstância de ter o agente cometido novo crime, depois de transitar em julgada sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Excetuam-se duas situações: os crimes militares próprios e políticos anteriores aos fatos não são considerados como reincidência, bem como se do término do cumprimento ou extinção da pena de crime anterior já houver passado cinco anos.

Para a distinção entre conduta social e antecedentes, faz-se necessário tecer um comentário inicial. Na reforma do Código Penal, o legislador operou a separação entre antecedentes e conduta social. Se o legislador distinguiu, é porque deve haver uma diferença, caso contrário não teria o legislador alterado.

Havendo esta diferença, cabe ao intérprete demonstrá-la. Parece que a solução mais coerente é a de tomar os antecedentes como dizendo respeito à “vida criminal” das pessoas, ou seja, todo e qualquer ato que diga respeito ao direito penal e processual penal deve ser estudado sobre o prisma dos antecedentes.

Já a conduta social do réu seria a análise da vida não criminal do réu, ou seja, o seu convívio na sociedade, o seu relacionamento com a família, as boas ações na comunidade em que vive, bem como as atitudes reprováveis, desde que não haja a possibilidade de serem enquadradas como infração penal.

Assim, a conduta social é tudo o que ocorreu na vida de uma pessoa, desde que tal não configure ato ilícito-criminal. Levanta FERREIRA que cabe ao juiz, no caso concreto, sopesar como foi “o comportamento do réu como estudante, como pai, como trabalhador e, enfim, como pessoa componente da vida social”⁷⁷. Assim, tem relevância também as relações com a sua família, com o ambiente de trabalho, com o estudo e a um estilo de vida honesto ou reprovável.

Já os antecedentes, na definição de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira⁷⁸, são “os fatos anteriores, que deixam prever os que hão de seguir-se”. Complementa FERREIRA⁷⁹ que, dessa definição, duas conclusões são possíveis: que somente os acontecimentos anteriores ao fato podem ser considerados, com exceção do artigo 66, que prevê que circunstâncias posteriores podem ser aplicadas quando servirem para atenuar a pena; e que somente os episódios que, direta ou indiretamente, ou que, de alguma forma tenham relação com o fato, devem ser levados em consideração, seja porque tenham influenciado, ainda que remotamente, o acontecimento, seja porque revelam maior periculosidade do agente. Esta característica é de fundamental importância, pois caso contrário, ter-se-ia adotado o princípio da responsabilidade objetiva, princípio esse tão repudiado pelos estudiosos do Direito Penal.

Outro ponto levantado por FERREIRA é que, na análise dos antecedentes, deve ser considerado tudo que aconteceu de positivo e de negativo na vida do réu antes do fato. Com o devido respeito, não se pode concordar com tal interpretação da circunstância “antecedentes”, pelo simples motivo de que não se pode confundir antecedentes com conduta social, sendo que a concepção aqui adotada será demonstrada na próxima seção (Seção II deste Capítulo).

⁷⁷ FERREIRA, G. Obra citada, p. 86.

⁷⁸ FERREIRA, A. B. de H, citado em FERREIRA, Gilberto. Obra citada, p. 83.

⁷⁹ FERREIRA, G. Obra citada, pp. 83/84.

Portanto, viu-se que são perfeitamente distinguíveis os conceitos de reincidência, que só ocorre nas estritas hipóteses elencadas no *Codex Criminal*, conduta social, que diz respeito à vida “não-criminal” do agente, e antecedentes, que trata da vida “criminal” do agente. Passa-se agora à análise da incidência do princípio da presunção de inocência sobre a circunstância “antecedentes”, para se chegar à conclusão de quais situações podem ser considerados como maus antecedentes, ensejadores de aumento da pena.

Seção II – A circunstância “antecedentes” à luz da Constituição

Como já explanado na seção anterior, a circunstância antecedentes se refere à “vida criminal do agente” que praticou um crime. Portanto, todos os fatos pretéritos da vida do réu que digam respeito à esfera criminal devem ser analisados dentro desta circunstância, respeitados os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Dentre os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos está o princípio da presunção de inocência, ou como tratado por alguns, o da não-consideração de prévia culpabilidade. Este princípio tem grande valia na aplicação da pena, incidindo na circunstância judicial antecedentes.

O que está protegido pelo princípio, referente à circunstância antecedentes, é o fato de se considerar culpado uma pessoa que sequer foi submetida ao devido processo legal, atendidas às garantias do contraditório, ampla defesa e outras estabelecidas pela Carta Maior. Pois como disse DOTTI, o primado da *nulla poena sine culpa*, expressamente declarado no art. 19 do Código Penal, está em harmonia “com a concepção democrática da pena segundo perspectiva e os princípios que regulam as atividades de um Estado Social e democrático de direito”⁸⁰.

⁸⁰ DOTTI, René Ariel. As bases constitucionais do Direito Penal Democrático. In *Reforma Penal Brasileira*, p. 344.

Sendo assim, se não houve culpa, nem mesmo processo, não se pode tomar um mero indício como caracterizador de maus antecedentes, pois antes de findo o processo não se pode afirmar ser ou não o réu é culpado, senão tê-lo como inocente. Assim, passa-se a analisar algumas situações concretas, verificando se podem ou não ser consideradas como antecedentes.

Primeiramente, passa-se a analisar se processo criminal em curso pode ser considerado como antecedentes na fixação da pena. Cabe lembrar que processo criminal diz respeito à vida criminal do agente, e por isso tem de ser analisado dentro desta circunstância judicial. Chega-se à conclusão de que processo criminal em curso não pode ser considerado como antecedentes, pois em vista da presunção de inocência, não havendo o trânsito em julgado da sentença, não pode o réu ser considerado culpado por um eventual crime anterior.

Tem-se que, pelos mesmos motivos, não se pode considerar como mau antecedente a existência de inquérito policial em curso, mesmo com indiciamento contra o réu, e aqui com mais razão, pois no processo criminal já se teve o oferecimento da denúncia, na qual se analisa a existência da justa causa, ou seja, indícios de autoria e prova da materialidade do delito praticado. Este é o entendimento de DELMANTO: “Processos ou inquéritos em curso, mesmo com indiciamento: não devem ser considerados como maus antecedentes, diante da garantia constitucional da presunção de inocência”⁸¹.

Além do princípio da presunção de inocência proteger o acusado, não o considerando culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vale ressaltar que o processo criminal, bem como o inquérito policial, são garantias postas à disposição dos cidadãos, juntamente com vários princípios constitucionais, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e outros, não se podendo

considerar uma simples investigação como sendo um ônus a ser arcado pelo acusado ou indiciado, pois até então não se tem nenhuma certeza, se é ele inocente ou culpado, o que só ocorrerá após o trânsito em julgado da sentença.

Da mesma forma, não podem ser considerados como maus antecedentes os processos em que houve absolvição, independente do fundamento que se lhe dê, bem como os inquéritos policiais arquivados, nem tampouco os processos em que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, pois em todos estes casos não se tem nada que prove no sentido contrário à presunção estabelecida pela lei, ou seja, a de inocência, o que implica considerá-los como se não tivessem existido⁸².

Como já demonstrado anteriormente, a condenação transitada em julgado anterior ao fato não pode ser considerada como antecedentes, uma vez que caracteriza a reincidência, e pela vedação do *bis in idem*, não pode ser sopesada novamente.

Outro ponto relevante diz respeito à situação de já ter decorrido o prazo de cinco anos caracterizador da reincidência. DELMANTO trata este tema da seguinte forma: “Caso o prazo do depurador de cinco anos (CP, art. 64, I) já tenha passado, não deve igualmente ser considerada nos antecedentes, pois não seria coerente que a condenação anterior, não gerando mais reincidência, passasse a ser considerada mau antecedente”⁸³. Não parece ser esta a solução mais razoável.

O Estatuto Criminal prevê a figura da reabilitação nos seus artigos 93 e seguintes, a Lei de Execução Penal traz tal figura no seu artigo 202, prevendo que depois de cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer

⁸¹ DELMANTO, Celso e outros. *Código Penal Comentado*, p. 103.

⁸² DELMANTO, C. Idem, *ibidem*.

⁸³ DELMANTO, C. Idem, *ibidem*.

notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

Assim, com esta ressalva de informação nos casos de prática de novo crime, admite-se que as condenações anteriores, mesmo que com pena cumprida e réu reabilitado, devem ser levadas em conta como maus antecedentes. Cabe mencionar que tal interpretação não entra em choque com o princípio da presunção de inocência, pois este visa proteger apenas as pessoas que não foram condenadas por sentença trânsita em julgado.

Sem embargo de entender-se que não afronta o referido princípio, não se pode aceitar a figura do estigma penal perpétuo, *a fortiori* pelo fato de que no Brasil não se admite a prisão perpétua, mostrando-se a repugnância pela longevidade da condenação. Assim, o que se deve pensar é também em um lapso temporal, como o estipulado para a configuração da reincidência, sendo que depois de decorrido, não poderia nem mais ser considerado como mau antecedente.

Pode ser considerada como antecedentes a condenação anterior, que ainda não tenha transitado em julgado na data do novo crime, mas que transite anteriormente a sentença a ser prolatada no novo processo. Tal condenação deve ser sopesada como mau antecedente, sendo que na esteira da fundamentação anterior, não se vai de encontro com o disposto pelo princípio da presunção de inocência, pois houve um processo, no qual foi determinada a culpabilidade do réu. E só pode ser considerada como antecedentes porque não constitui reincidência, pois esta só ocorre com a prática do crime após o trânsito em julgado da sentença.

O que deve ficar bem claro é que se não houve o trânsito em julgado da sentença anteriormente à sentença que se está aplicando a pena, não poderá ser levada em conta, pois neste caso trata-se de processo em curso, do qual já foi referido, mencionando ser hipótese de não caracterização de antecedente.

Por fim, as últimas hipóteses comumente levantadas quando da aplicação da pena são os processos suspensos nos termos do artigo 89 da Lei 9.099/95, bem como a transação penal, também prevista nesta lei. Em ambos não se pode admitir sejam considerados como maus antecedentes, pois no primeiro caso o processo está suspenso, e portanto pendente, e no segundo sequer pode-se cogitar da existência de um processo, pois não houve sequer a fase postulatória.

Além disso, nas duas situações analisadas, embora o acusado aceite algumas restrições a direitos seus, para que com isso não se dê prosseguimento ao processo, não se está assumindo a culpa, e mesmo se estivesse não poderia ser considerado como antecedentes, pois mesmo em casos de confissão por parte do réu o processo deve seguir aos seus ulteriores termos, para que apenas ao fim, se possa dizer de forma juridicamente válida que o réu é culpado.

Assim, apenas duas hipóteses podem ser consideradas como antecedentes a justificar um aumento da pena com base na circunstância judicial “antecedentes” prevista no artigo 59 do Código Penal, quais sejam: no caso de condenação anterior, desde que passado lapso temporal superior a 5 (cinco) anos entre a extinção ou cumprimento da pena e a prática do novo crime, para que finde o prazo da reincidência; ou no caso de condenação anterior ao novo crime, desde que o trânsito em julgado da sentença se após a prática do crime, mas antes da sentença no novo processo.

Assim, esta deve ser a interpretação do artigo 59 do Código Penal à luz da Constituição vigente, que foi a primeira a trazer de forma explícita o princípio da presunção de inocência, pelo qual não se pode considerar qualquer pessoa culpada até que haja sentença transitada em julgado afirmando tal condição.

CONCLUSÃO

O artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Esta regra instaura expressamente o princípio da presunção de inocência, que até então não estava previsto nas Constituições anteriores. Este princípio surgiu em reação a um sistema opressivo, vindo com a Revolução Francesa, juntamente com outras garantias aos cidadãos. Sua primeira expressão foi no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

O princípio da presunção de inocência está previsto no Título que trata dos direitos e garantias individuais. Assim, sendo um princípio, possui todas as características peculiares destes, ou seja, possui aplicação imediata, independente de legislação que venha a regulá-lo, bem como é informador de todo o sistema, característica esta de fundamental importância quando se vão interpretar as normas infraconstitucionais.

Com o surgimento de uma nova Constituição, as normas já existentes devem encontrar seu fundamento na “norma fundamental”. As que contrariem o texto constitucional, não são recepcionadas, ou como querem alguns autores, foram revogadas pela Constituição. Importante mencionar que quando for possível extrair-se de uma mesma regra normas constitucionais e inconstitucionais, não se deve ter a regra por revogada, mas sim se deve lançar mão da interpretação conforme a Constituição, onde se procura interpretar as regras que aparentemente seriam contrárias à Carta Magna de forma que se adaptem ao prescrito por ela.

A previsão do princípio constitucional da presunção de inocência é que ninguém deve ser tratado como culpado até sentença transitada em julgado que assim o declare. Não se poderia admitir, em um país onde vigora a democracia, que se

imputasse aos cidadãos o ônus de demonstrar o contrário. Também não se pode equiparar um imputado, ou acusado de um crime, a um indivíduo que já foi condenado.

Como se disse, na interpretação das leis infraconstitucionais, deve-se sempre ter por parâmetro a Constituição. Assim é que foi escolhida a análise de um dispositivo do Código Penal, qual seja, o artigo 59, o qual traz as circunstâncias judiciais que servem de base para todas as demais fases da aplicação da pena.

No artigo 59 do referido *Codex* estão previstas as seguintes circunstâncias: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima. Para o presente estudo, elegeu-se apenas a circunstância antecedentes, por ser uma das mais importantes (do ponto de vista prático) no momento da aplicação da pena.

Para que seja possível bem compreender a circunstância “antecedentes”, faz-se necessário diferencia-la de outras duas circunstâncias: a conduta social e a reincidência. A reincidência trata das hipóteses em que houve condenação anterior, com trânsito em julgado, desde que não tenha decorrido o prazo de cinco anos entre a data da extinção ou cumprimento da pena e a prática do novo crime; já a conduta social diz respeito à vida “não-criminal” do agente, ou seja, todas as condutas que não digam respeito à seara criminal, como relacionamento com a família, no trabalho, vida estudantil, etc.; por fim, os antecedentes dizem respeito à “vida criminal” do agente, tudo o que tenha relação com o direito penal e processual penal.

Sendo assim, inquéritos policiais, processos criminais e outros procedimentos desta natureza devem ser analisados dentro da circunstância antecedentes. Acontece que, analisando esta circunstância, não se pode esquecer da previsão constitucional do princípio da presunção de inocência. O que se protege com este princípio é que não se considere qualquer pessoa culpada até que haja o trânsito em julgado de sentença

condenatória. Portanto, só quando esteja estabelecida esta culpa é que tal pode vir a agravar a pena de um acusado por novo crime.

Assim, processos ou procedimentos criminais não acabados, como inquéritos policiais, processos suspensos ou em andamento não podem ser levados em conta para prejudicar a condição do acusado, por dois principais motivos: no Brasil não se permite a imposição de sanção sem que haja culpa (*nulla poena sine culpa*), e esta só será demonstrada ao final de um processo penal, no qual estejam presentes todas as garantias previstas para tal mister (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, e outros); o segundo motivo é que o processo tem de ser tomado como uma garantia do cidadão, para que haja a fiscalização do poder estatal de punir, e não como um ônus a ser suportado pelas partes, e assim, a existência de um processo não pode ser tomada como indicativa de maus antecedentes quando da aplicação da pena em um outro processo.

Ante o exposto, tem-se que qualquer alusão a processos ou procedimentos criminais em andamento, ou que não se tenha decisão trânsita em julgado condenando o acusado, quando da aplicação da pena é ilegal, consistindo em afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inc. LVII, da Constituição vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º volume, São Paulo: Saraiva, 1989.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral*. Tomo 3º, 3ª ed., São Paulo: Forense, 1967.

CÂMARA, Luiz Antonio. *Lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar – Prisão e Liberdade Provisória*. Curitiba: Juruá, 1997.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CERNICHIARO, Luiz Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal: Curso Completo*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Discrição Judicial na Dosimetria da Pena: Fundamentação suficiente*. In *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, nº 21, 1993.

DELMANTO, Celso e DELMANTO, R. e DELMANTO JÚNIOR, R. E DELMANTO, F. M. de A.. *Código Penal Comentado*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DOTTI, René Ariel. *As Bases Constitucionais do Direito Penal Democrático*. In *Reforma Penal Brasileira*, Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral*. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito de Apelar em Liberdade*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MACHADO, Luiz Alberto. A presunção constitucional de inocência. In *Revista da Faculdade de Direito*, a. 27, n. 27, Curitiba, 1992/1993.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Contributo para uma dogmática constitucional emancipatória*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, setor de Ciências Jurídicas, curso de pós-graduação em direito, 1999. Dissertação Mestrado.

TOVO, João Batista & CLÁUDIO, Paulo. *Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

TUCCI, Rogério Lauria & CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 2^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.