

GUSTAVO BRITTA SCANDELARI

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E OS ANTECEDENTES CRIMINAIS

CURITIBA

2008

GUSTAVO BRITTA SCANDELARI

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E OS ANTECEDENTES CRIMINAIS

Monografia apresentada à Comissão Julgadora do Instituto de Criminologia e Política Criminal - ICPC, em convênio com a Universidade Federal do Paraná, como exigência parcial para aprovação no Curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia.

Orientador Prof.: Juarez Tavares.

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E OS ANTECEDENTES CRIMINAIS,
monografia apresentada por Gustavo Britta Scandelari à Banca de Monografia
Jurídica, composta por:

Prof. _____

NOTA: _____

Prof. _____

NOTA: _____

Prof. _____

NOTA: _____

Curitiba, _____ de _____ de 2008.

Agradeço à minha família e amigos;
E ao Professor René Ariel Dotti, pelo
aprendizado constante e generoso auxílio
prestado com o vasto material de
pesquisa posto inesitantemente à
disposição.

“Percorramos a História e constataremos que as leis, que deveriam constituir convenções estabelecidas livremente entre homens livres, quase sempre não foram mais do que o instrumento das paixões da minoria, ou fruto do acaso e do momento, e nunca obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido orientar todas as ações da sociedade com esta finalidade única: todo o bem-estar possível para a maioria.”

(Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria.
Dos delitos e das penas, em 1764)

RESUMO

Embora na prática da advocacia criminal seja possível testemunhar o estágio avançado de decadência do *princípio constitucional da presunção de inocência* através de diferentes arbitrariedades sofridas pelos acusados em geral, apresenta-se essa crise, aqui, unicamente pela demonstração da confusão cismada em torno da noção do instituto do *antecedente criminal*. De início, é preciso entender a natureza e a importância da grave garantia fundamental, bem como rememorar a evolução histórica e os inúmeros esforços humanos que foram necessários ao seu reconhecimento, para depois compreender seu sentido contemporâneo, algo que transcende a simples exigência do trânsito em julgado da condenação. Após, importa restabelecer, com base na redação da própria lei, a importância máxima do antecedente criminal, eis que umbilicalmente ligado à liberdade e à própria vida com dignidade. Reunir alguns exemplos das sortidas opiniões técnico-jurídicas acerca da amplitude e do sentido do antecedente criminal, como prova de que há uma perigosa e generalizada indecisão a este respeito, é o próximo passo. Classificadas, para fins didáticos, estas acepções diversas, cabe eleger a mais adequada à Constituição. Após, em breve visita ao procedimento especial do Júri, justificada pela situação extremamente preocupante da manipulabilidade da idéia de antecedentes perante o conselho popular e os gravames que podem daí advir para o acusado, são feitas sugestões, como a da proibição criteriosa da discussão sobre os antecedentes criminais em Plenário, visando a melhora específica da qualidade da presunção de inocência na Corte Popular.

SUMÁRIO

Capítulo I – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E ATUALIDADE.....	01
1. Introdução.....	01
2. O princípio da presunção de inocência.....	03
3. A mídia, o risco e o <i>movimento de lei e ordem</i>	09
Capítulo II – A INTERPRETAÇÃO DO ANTECEDENTE CRIMINAL.....	19
4. A importância do antecedente criminal no sistema penal.....	19
5. Conseqüências: a <i>acepção irrestrita</i>	21
6. Benefícios de uma instrução bem conduzida.....	31
Capítulo III – O EXEMPLO DO ANTECEDENTE NO JÚRI.....	34
7. O debate em função do libelo-crime (CPP, art. 417).....	34
8. Antecedentes vinculados e não vinculados ao fato.....	36
9. Proposta legislativa ao código de processo penal.....	39

10. Conclusão.....	43
11. Bibliografia.....	48
12. Índice.....	51

1. Introdução

Nesta monografia se pretende abordar brevemente o período de ostracismo pelo qual passa a garantia fundamental da *presunção de inocência*, através da análise de como tem sido interpretado e aplicado um dos elementos jurídico-penais com os quais esta cláusula constitucional está estreitamente relacionada: o *antecedente criminal*. Assim, as noções principais desenvolvidas serão a *presunção de inocência* e o *antecedente criminal*, embora a compreensão ideal de cada um envolva e por vezes demande a análise de outros institutos constitucionais como o *devido processo legal*, a *ampla defesa*, o *direito à liberdade* e até mesmo a importante relação do Direito Penal com a Política Criminal e com variantes sociológicas como a condição sócio-econômica do réu. A indissolúvel interação entre todos esses componentes da vida em comunidade é inegável.

Porém, e como não se alega aqui ser exaustiva a pesquisa sobre o tema exposto, afigura-se possível atingir o objetivo proposto pela simples demonstração de que a *presunção de inocência*, no que tange ao manejo dos antecedentes criminais pelos operadores jurídicos, tem se mostrado um norte errático, algo servil que, combinado com a volubilidade da concepção do antecedente, pode agradar mais aos desígnios subjetivos do julgador ou dos jurados do que aos direitos constitucionais do acusado, o que é inaceitável num Estado Democrático e *Social*¹ de Direito.

Portanto, no Capítulo I estão dispostas as nuances básicas do preceito fundamental da *presunção da inocência*, muito difundido e estudado no âmbito acadêmico mas, paradoxal e estranhamente, bastante desdenhado na prática. Uma sumaríssima explicação sobre a influência do *movimento de lei e ordem* é feita, bem como suas relações com a mídia incontrolável de hoje e de amanhã, inseparável da

¹ Alberto Silva FRANCO edifica a noção do *Social* pelo raciocínio segundo o qual “a Constituição Federal de 1988 deu forma, na República Federativa do Brasil, a um tipo de Estado que recebeu a denominação de ‘Estado Democrático de Direito’. A conjugação dos três vocábulos – Estado, Democracia e Direito – poderá, à primeira vista, parecer que o Poder Constituinte só levou em conta, na formulação do modelo jurídico, o Estado liberal, não dando nenhuma relevância ao Estado social. Essa impressão inicial, decorrente da denominação dada ao modelo de Estado brasileiro, não é, contudo, correta. A simples leitura do Capítulo II do Título II da Constituição Federal é suficiente para demonstrar que o legislador constituinte, ao lado dos direitos e deveres individuais e coletivos, explicitou os direitos sociais, como direitos e garantias fundamentais. Destarte, a denominação ‘Estado Democrático de Direito’ diz menos do que a própria Constituição Federal enuncia em suas regras, pois o Poder Constituinte escolheu, na realidade, para o Brasil, um modelo de Estado que se acomoda, por inteiro, ao conceito de Estado Social e Democrático de Direito.” (FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 51-52).

discussão sobre os *riscos* provocados pela ação humana numa sociedade multifacetada da era da globalização, sem deixar de lado a participação da Política Criminal.

No capítulo seguinte, um apanhado dos métodos mais comuns dos exegetas da lei ao aquilatarem os antecedentes criminais do réu é feito. Torna-se possível perceber que o debate, no ponto, só fez levar a uma indefinição que aparentemente não deseja se encerrar, embora a solução seja simples: o fortalecimento da presunção de inocência. É como se a debilidade deste mandamento mínimo configurasse uma comodidade a alguns julgadores, que podem desconsiderá-la ou contorná-la de acordo com seu moto-próprio, sobrepondo à Constituição a *vontade de condenar* baseada no senso subjetivo, oculto, da dicotomia *culpado/inocente*. Para facilitar a diferenciação de cada método ou opinião, as orientações dos doutrinadores e julgadores foram classificadas em grupos, os quais não têm a ambição de abarcarem todas as variantes possíveis. Dada a gravidade que o tema adquire no Júri, eis que permite a participação popular, guarda-se atenção individualizada, no Capítulo III, a este procedimento extraordinário, deduzindo-se, inclusive, uma proposta de alteração legislativa com a finalidade de coibir a discussão descontrolada sobre todo e qualquer antecedente criminal do acusado em Plenário (item 9, p. 39).

2. O princípio da presunção de inocência

Esse *direito de todos* já podia ser usufruído desde a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, aprovada em 26 de agosto de 1789, quando motivou uma enorme ascensão político-social da classe burguesa, pois a conquista era um dos objetivos declarados da Revolução Francesa. Todos os acusados deveriam ser considerados inocentes, senão após o *trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Evidente que ainda não se havia produzido o vasto material científico sobre a idéia do trânsito em julgado da sentença, mas é justo afirmar que a presunção de inocência valia, desde o início, não só para se exigir da acusação uma prova absoluta (ou *beyond a reasonable doubt*) da culpa do réu, mas também para se assegurar a necessidade da existência condicional de um processo sempre que se procurasse condenar por algum crime. Sim, pois sentença condenatória presume ação penal, com contraditório e ampla defesa. Em seu art. 9º, pois, a norma universal perpetuou a regra da inocência: "Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado (...)". Independente de se vislumbrarem origens mais longínquas dessa garantia², o fato é que a primeira vez que algum instrumento público, com força de lei, o previu de forma indubitável, foi mesmo no final do século XVIII, como medida preparatória às codificações napoleônicas, iniciadas em 1804.

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948, também fez assentar, no art. 11, um bem elaborado princípio da presunção de inocência: "Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa". O *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de Nova Iorque)*, de 1966, a trouxe em seu art. 14, §2º. O *Pacto de São José da Costa Rica*, no art. 8º, §2º, fez inserir, também, o princípio da presunção de inocência. Este Pacto integra o ordenamento jurídico brasileiro, já que foi admitido pelo Decreto Federal nº 678/92.

² Nunes da Silva JUNIOR afirma que a obra de BECCARIA (1764) foi o verdadeiro germen da cláusula constitucional, que teria sido prevista, após, na Declaração de Direitos da Virgínia (1776). Porém, em nenhum momento essa Declaração traz a *presunção de inocência* de forma clara, mas somente outras garantias de cunho processual (SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 530).

Conforme observa Luiz Flávio GOMES, o avanço do Estado brasileiro é altamente notável “no que se refere à adesão ao movimento (e direito) internacional dos direitos humanos ou direitos fundamentais, que ganhou singular impulso depois da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). A internacionalização dos direitos humanos (ao lado da morte do positivismo legalista) constitui, provavelmente, a transformação jurídica mais saliente do século XX.”³ Importa considerar que todas essas previsões supra-nacionais são compatíveis com nossa Carta Magna (CF, art. 5º, §2º) e que a presunção de inocência é de aplicação imediata (CF, art. 5º, §1º).

Alexandre de MORAES explica que, atualmente, tanto o princípio da *presunção de inocência* como o do *in dubio pro reo* são espécies do gênero *favor rei*. Contudo, ambos não se confundem, pois o *in dubio pro reo* tem a utilidade instrumental de garantir um princípio maior, o da presunção de inocência, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CF, art. 5º, inc. LVII)⁴. Os dois consagram, nitidamente, a regra processual penal segundo a qual a liberdade do ser humano é para ser preservada intacta. Somente medidas excepcionais, embasadas em elementos concretos legalmente previstos (arts. 312 e 315 do Código de Processo Penal), ou a sentença condenatória irrecorrível (art. 105 da Lei de Execução Penal) são aptos a permitir o decreto judicial de prisão.

A Constituição expõe, assim, o dever, que o Estado chama para si, de *provar* a culpa (existência e autoria do fato) do indivíduo, constitucionalmente presumido inocente, sob pena de se prestigiar abusos. Ainda pra MORAES, essa garantia essencial possui quatro funções básicas, quais sejam: a) limitação à atividade legislativa; b) critério condicionador das interpretações das normas vigentes; c) critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos e; d) obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador⁵. É claro que os princípios constitucionais estabelecem condições aos três Poderes de nossa forma

³ GOMES, Luiz Flávio. *O Brasil e o sistema de proteção dos direitos humanos fundamentais*. In: <http://www.parana-online.com.br/noticias/index.php?op=ver&id=153715&caderno=5>, acessado em 07 de agosto de 2007.

⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 385-389.

⁵ Ob. cit., p. 386.

republicana de governo e à conduta humana. E caso a disposição de lei soe contrária a tais condicionantes, ao intérprete caberá a urgente compatibilização.

É que a *presunção de inocência* é indissolúvelmente ligada à imortal *garantia da liberdade*. E à medida que o exercício da vida em toda sua plenitude corre riscos diante do desrespeito à *inocência nata* do ser humano, a *dignidade da pessoa humana* também está em xeque, pois não vive com dignidade quem é injustamente encarcerado ou inclusive processado sem que haja justa causa.

No Tribunal do Júri, todas essas relações se acentuam. Sabe-se que as penas na Corte Popular partem de limite alto e podem alcançar patamares elevadíssimos, pelo que quase sempre a condenação implicará no cerceamento da liberdade de locomoção, isto é, na aplicação da pena corporal por excelência – reprimenda tradicionalíssima que a criminologia crítica encara como uma *pena de morte indireta*⁶. Por isso, qualquer deslize na compreensão do antecedente fatalmente contribuirá para a gravíssima e sempre irreparável restrição ao estado natural de todo ser humano.

Mais além, deve-se lembrar que, hodiernamente, no Direito Penal e no Processo Penal, a garantia da presunção constitucional não pode ser vista unicamente pelo prisma da *segurança da liberdade de ir e vir*. Todo o andamento da ação deve ser influenciado pela noção certa e segura de que o réu *é de fato um inocente*, e não um provável condenado. Os operadores jurídicos devem lidar com o réu da maneira como gostariam de ser tratados fossem eles a ocuparem o fatídico banco. Ou seja, há uma garantia de *preservação da humanidade* e da *incolumidade* do acusado como pessoa, cuja vida é inestimável, e como sujeito de direitos, pois é assim que todos são, inclusive após condenados. Roberto DELMANTO Júnior, ao notar esse *especial intuito* da estipulação constitucional, escreve que:

“Atualmente, ela afeta não só o mérito acerca da culpabilidade do acusado, mas, sobretudo, o modo pelo qual ele é tratado durante o processo, como devem ser tuteladas a sua liberdade, integridade física e psíquica, honra e imagem, vedando-se

⁶ Cfe., p.ex., ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima – códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. Vide, por todos, sobre a *criminologia crítica*: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal – introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997 e; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. 2 ed. Curitiba: ICPC, Lumen Iuris, 2006.

abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com o seu status, mesmo que presumido, de inocente.”⁷

Descabe, portanto, dizer que não existiria *presunção de inocência* no ordenamento pátrio, mas sim *presunção de não-culpabilidade*. Os partidários dessa opinião⁸ se embasam numa análise positivista-literal do art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República, cujo texto não menciona a palavra inocente, mas culpado. Mesmo que se admitisse válido esse argumento⁹, basta repetir que o *Pacto de São José da Costa Rica*, no art. 8º, §2º, proclama: “*toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.*”. Assim, embora o constituinte de 1988 tenha preferido dizer que “ninguém será considerado *culpado*”, em 1992 o Decreto Federal nº 678 internalizou o *Pacto de São José da Costa Rica*, cuja redação, de acordo com o art. 5º, §3º, da nossa Constituição, vale como emenda constitucional. Disso se conclui que desde 1992 no Brasil vige, inclusive textualmente, a *presunção de inocência*¹⁰.

Daí o moderno e humanitário entendimento de que, para que se processe criminalmente um sujeito de direitos, há de estar presente a condição da *justa causa*, que pode ser resumida como a reunião de indícios mínimos, sérios e concretos, da autoria e materialidade do delito narrado na inicial, bem como da presença do elemento subjetivo (seja *dolo* ou *culpa*) no agir do acusado, caso contrário a denúncia

⁷ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Desconsideração prévia de culpabilidade e presunção de inocência*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 70/Ed.esp., p. 18-19, set. 1998.

⁸ No Brasil, o mais recente adepto dessa vertente talvez seja Walter Nunes da Silva JUNIOR, *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 533-542. Um dos autores em que se louva Nunes da Silva é MANZINI, para quem se presume a procedência da acusação, e não o contrário.

⁹ A interpretação da *presunção de inocência* não pode prescindir de sua contextualização histórica. Seu verdadeiro significado transcende a letra, e é cognoscível pelos rastros que deixou nas instâncias jurídicas de várias nações e em momentos políticos distintos. A exemplo dos diplomas internacionais já citados, é a maior amplitude da noção que vale, a qual jamais poderá ser restringida por um jogo de palavras eventualmente diferentes de *presunção de inocência* constante da lei. Como disse Shakespeare, citado por Luís Roberto BARROSO, “Aquila que chamamos rosa, tivesse qualquer outro nome, teria o mesmo perfume” (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil)*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 206). É que, cfe. Lenio Luiz STRECK, “a noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 39). Ou seja, é a lei (Constituição) que deve se adaptar ao conteúdo material do direito fundamental, e não o oposto.

¹⁰ Esse fato já foi notado por Antônio Magalhães GOMES FILHO (*Presunção de inocência: princípios e garantias*. In: Estudos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 2003, p. 126). Some-se a isso sua perspicaz observação: “a presença ou não do termo ‘presunção’ não altera o valor operativo do princípio, pois entre ‘inocente’ e ‘não culpado’ não há um terceiro significado intermediário que possa tornar equívoca a expressão;” (*Presunção de inocência...*, p. 124).

não pode ser recebida pelo Judiciário. E, se ausente a *justa causa* e mesmo assim for recebida a peça póstica, está configurado constrangimento ilegal por violação ao princípio da presunção de inocência, sanável pela via heróica do *habeas corpus*. Ou seja, não é só a *liberdade de se locomover* que está sob a guarda do preceito grave, mas todos os direitos do cidadão com ela relacionados.

A proibição do debate desregrado sobre os antecedentes do acusado, assim, previne não só a prisão de cidadão inocente mas, além de evitar sofrer processo indevido por preconceitos não revelados expressamente, também assegura a aplicação de pena justa e uma recepção pública solidária, por parte da sociedade e dos titulares dos cargos oficiais, à pessoa recém ingressa no sistema processual penal brasileiro. Trata-se de reforçar o *respeito* aos seres humanos que experimentam o julgamento também por seus pares, pois, diante do *princípio da igualdade*, não pode o antecedente criminal de um indivíduo ocasionar conseqüências mais graves no Júri do que o de outro no procedimento criminal comum.

Nessa linha, é forçoso convir que se o conhecimento dos jurados sobre o significado de um antecedente criminal é meramente intuitivo, e por isso mesmo muito distante do seu real sentido técnico-jurídico, notadamente em harmonia com a presunção de inocência em seu sentido mais amplo (o único aceitável), o mesmo mal aflige a opinião pública em seu contingente geral. E é claro que os meios telemáticos de comunicação, hoje mais apelativos do que nunca, valem-se dessa desinformação incontida para a promoção de manchetes espalhafatosas sobre investigações policiais em andamento e prematuras, o que ocasiona, no mais das vezes, condenações antecipadas, resultado do abusivo julgamento sumário ao qual são submetidos os mal afortunados que estampam a capa dos jornais, revistas e periódicos, verdadeiros instrumentos políticos de convencimento a serviço de um Poder informal não submetido a controle externo.

A problemática da *malversação do antecedente criminal* pelos operadores jurídicos representa, em verdade, somente uma ínfima parte da crise atualmente suportada pela garantia constitucional em questão, dentre outras igualmente contrariadas. A decretação automática de seqüestro/arresto prévio de absolutamente todos os bens móveis e imóveis do acusado de crime financeiro; a busca e apreensão de pertences pessoais que não têm qualquer relevância para o deslinde da investigação

criminal; o oferecimento e o conseqüente recebimento de denúncias por atacado; o uso desmedido e suspeito de interceptações telefônicas e de dados por parte do Poder Público; o abusivo compartilhamento de informações sigilosas com a mídia¹¹; o indeferimento injustificado de pedidos de vista de autos e de outros requerimentos corriqueiros, além de mais uma série de outras características semelhantes, identificam o processo penal¹² de hoje e significam, igualmente, o abandono - sem remorso aparente - da cláusula constitucional. “Sob o pretexto de combate à criminalidade organizada”, anota TAVARES, “volta-se aos serviços secretos, abusa-se da expropriação de bens sob suspeita, dissemina-se a prisão para averiguações e, para delitos comuns, criam-se os agentes especiais. A política criminal se há transformado, enfim, em política de segurança, até mesmo com o chamado à intervenção das forças armadas.”¹³

¹¹ DOTTE enfatiza essa questão: “A mídia impressa ou eletrônica se encarrega de ampliar o impacto dos episódios denunciados. Aliás, essa parceria entre o Ministério Público e a imprensa tem sido freqüentemente percebida quando os meios de comunicação publicam documentos submetidos por decisão judicial a sigilo ou ao exame de medidas cautelares (busca e apreensão, indisponibilidade de bens etc.) ou denúncia criminal, com detalhes quanto aos fatos e à tipificação antes mesmo de sua distribuição ao juízo competente. Cria-se com esse tipo de inconfidência forense um formidável paradoxo: o público toma conhecimento de elementos da acusação e de sua apresentação formal antes do magistrado ao qual a Constituição e a legislação atribuem o exercício do controle das atividades de investigação, das providências de cautela e dos termos da denúncia.” (DOTTE, René Ariel. *Um bando de denúncias por quadrilha*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 174, p. 6-8, maio 2007.)

¹² Esclarece-se que a presunção de inocência não é princípio exclusivo de processo penal. Celso LIMONGI, sobre isso, realça que “embora seja inteiramente correto afirmar-se que o ‘due process of law’ constitui paradigma do Direito Processual, não há nenhuma incorreção afirmar-se que também constitui princípio basilar do Direito Penal” (*Um bom exemplo de análise da Lei Penal, à luz do princípio constitucional do devido processo legal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 101, abril 2001, p. 1). O mesmo vale, e com mais acerto, visto não se tratar do devido *processo* legal, para a presunção de inocência.

¹³ TAVARES, Juarez. *A globalização e os problemas de segurança pública*. In: Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha (Stephan Hollensteiner, org.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 60.

3. A mídia, o risco e o movimento de lei e ordem

A humanidade, hoje, vinca em sua história o paradoxo em que a evolução das técnicas comunicativas democratiza informações e simultaneamente incentiva o esbulho da privacidade dos cidadãos, fomentando a intimidação social e o terror moral. Essa contradição foi recentemente maximizada por um processo conhecido como *globalização*. Para Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO “o fenômeno da globalização (ou globalizações, como querem alguns), porém, parece não ter mais retorno, sem embargo dos seus inúmeros inimigos. Bem estruturada na difusão, atinge a todos, mas só faz gozar a poucos, deixando à maioria tão-somente a esperança ou a desilusão, onde, definitivamente, coloca-se em risco.”¹⁴

Há quem faça uma análise deveras realista desse novo e irrevogável método de divulgação de informações. ZAFFARONI, ao criticar a globalização e as atuais orientações da política criminal¹⁵, enfoca a tendência globalizante como *administração de poder* e publicação de um pensamento único que se auto legitima. “Neste entendimento”, prossegue o autor,

“a globalização não é um discurso, senão nada menos que um novo momento de poder planetário. Se trata de uma realidade de poder ilegal e que, como as anteriores, não é reversível. A revolução mercantil e o colonialismo (séculos XV e XVI), a revolução industrial e o neocolonialismo (séculos XVIII e XIX) e a revolução tecnológica e a globalização (século XX), são três momentos de poder planetário.”¹⁶

E este poder tem de fato ditado as regras comportamentais das populações. Pelo viés econômico, o aclamado baiano Milton SANTOS, Prêmio Nobel de Geografia (1994), definiu o fenômeno como “o estágio supremo do imperialismo”¹⁷. Sua obra *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal* (13. ed. em 2006) é provavelmente a crítica mais completa e ousada no ponto.

No plano sociológico, ao mesmo tempo, é lícito sustentar que políticos, cientistas, autoridades policiais e judiciárias, empolgados pelos efeitos relaxantes da

¹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, nº. 32. São Paulo: RT, out./dez. 2000, p. 299.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*. In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.) *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La globalización...*, p. 11.

¹⁷ Frase proferida durante um debate promovido pela TV Cultura, no programa *Roda Viva*, exibido em março de 1997. O programa pode ser adquirido no formato *dvd* em lojas especializadas.

verdade por repetição do journalisme à sensation, porém desatentos à natureza efêmera e alienante desse estímulo vazio, se deixam imergir na cultura do capital e passam a aplicar, propagar e autenticar as manchetes publicitárias com a mesma naturalidade com que os letreiros em neon da *times square* nova-iorquina alardeiam as promoções dos produtos em vitrines. Tudo isso, sempre, em desfavorecimento escancarado a direitos fundamentais, como a presunção de inocência. Juarez TAVARES, discorrendo sobre o tema da globalização e os problemas da segurança pública, aponta que:

“... o Estado atual incorpora em todos os seus segmentos o ideário da paz americana, pela qual a intervenção no âmbito da liberdade e dos direitos fundamentais dos cidadãos é justificada tão-só pelo pretexto e se satisfaz, simplesmente, com a destruição do inimigo. Diante deste desiderato perverso, cabe à teoria científica do direito traçar com nitidez os recursos de que se deve valer para enfrentar esta modalidade de Estado, de modo a exigir-lhe o respeito aos direitos fundamentais.”¹⁸

Dentre esses recursos, um que conseguisse atordoar, ao menos, esse *festival midiático* da confusão e ilusão, seria precioso. Em convenientes e elucidativas palavras, o búlgaro Elias CANETTI, Prêmio Nobel de Literatura (1981), retrata o pesaroso espetáculo da adesão crescente das massas populares às organizações nazistas, na Alemanha e Áustria da década de 30 do século passado. Aludindo à *enfermidade do julgamento* como um sintoma generalizado da humanidade, alinhavou com lucidez e vigor:

“Temos constantemente a oportunidade de flagrar conhecidos, desconhecidos e a nós mesmos nesse processo do condenar. *O prazer do veredito negativo é sempre inequívoco*. Trata-se de um prazer rude e cruel, que não se deixa perturbar por coisa alguma. *Um veredito somente é um veredito se proferido com uma segurança algo sinistra. Desconhece a clemência, da mesma forma como desconhece a cautela*. Chega-se a ele com rapidez, e que tal se dê sem reflexão é algo perfeitamente adequado à sua essência. A paixão que o veredito revela está ligada a sua velocidade. O veredito incondicional e o veloz são os que se desenham como prazer no rosto daquele que condena. (...)

O juiz sentencia continuamente, por assim dizer. Seu veredito é a lei. O que ele julga são coisas bastante específicas; seu extenso saber acerca do bem e do mal provém de uma longa experiência. *Mas mesmo aqueles que não são juízes – aqueles aos quais ninguém designou nem designaria em sã consciência para tal cargo -, mesmo esses atrevem-se sem cessar a proferir vereditos, e em todas as áreas. Nenhum*

¹⁸ TAVARES, Juarez. *A globalização e os problemas de segurança pública*. In: Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha (Stephan Hollensteiner, org.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 77-78.

conhecimento objetivo é exigido para tanto: podem-se contar nos dedos aqueles que reservam para si seus vereditos porque deles se envergonham. Essa enfermidade de julgamento é uma das mais disseminadas entre os homens, acometendo praticamente a todos.¹⁹

A atualidade do texto, primeiramente editado em 1960 e num contexto social bem diferente, é bastante reveladora. Demonstra que embora fenômenos como a globalização possam evidenciar os *riscos da sociedade* no que tange à movimentação telemática, estes sempre estiveram latentes na forma dos já referidos por René Ariel DOTTI como *juizes paralelos*²⁰: A mídia, a opinião pública dela resultante, as *massas controladas* que fazem a diferença antes por maioria do que por acerto.

Como se afirmou há pouco, a tendência da explosão dos veículos de informação é causar, sempre, alguma confusão. Quando se discutem aspectos emotivos, então, tais quais os invocados por assuntos sempre inflamantes como a criminalidade, a vida e a morte, esse sintoma se torna ainda mais concreto, como é natural. É nesse contexto que Juarez TAVARES aduz a banalização da idéia de violência²¹, algo muito conveniente para a Política Criminal decorativa que se vem desenvolvendo. A violência, segundo o jurista, tem seu sentido simplificado e depois, deturpado, havendo também uma ocultação de todos os processos violentos usados do próprio Estado. Em suma, “não se quer definir a violência, o que se quer é combatê-la, mas combatê-la, sem eliminá-la. Esta contradição que se opera no Estado globalizado fortalece, como consequência, a identificação entre violência e criminalidade.”²² É que, ainda de acordo com TAVARES, “a grande virada teórica da sociedade contemporânea consistiu em ligar, de maneira indissolúvel, o conceito de violência ao de crime. Violência e crime passaram a ser vistas como expressões, praticamente, sinônimas”²³, o que facilita muito, ao Estado, a promoção de estratégias criminalizadoras: basta que se diga ser determinada conduta ou postura, de certa forma, *violenta*, por mais que não se saiba ao certo o que esta venha a ser.

¹⁹ CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Trad. de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 296-297. Os destaques em itálico não são do original.

²⁰ DOTTI, René Ariel. *A temeridade de um juiz paralelo*. In: O Estado do Paraná, Caderno Direito e Justiça, em 02.09.2001.

²¹ TAVARES, Juarez. *Reflexões sobre a relação “violência e criminalidade”*. In: Direito penal no terceiro milênio – estudos em homenagem ao Prof. Francisco Munõz Conde. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 443-453.

²² TAVARES, Juarez. *A globalização...*, p. 76-77.

²³ TAVARES, Juarez. *Reflexões...*, p. 448.

É alinhado a este quadro geral que Paulo Silva FERNANDES obtempera:

“Escusado será tentar adivinhar que a conseqüência deste estado de coisas na comunidade é acima de tudo o sentimento de insegurança. Sentimento de insegurança real, emergente da própria sociedade de risco de *per si*; mas também sentimento de insegurança potenciado por uma ênfase dos meios de comunicação social, não fosse esta também uma sociedade de informação, onde os *media* transmitem uma imagem da realidade em que o distante e o próximo têm uma presença quase idêntica da representação do receptor da mensagem. Isso dá lugar, em algumas ocasiões, diretamente a percepções inexatas; e em outras, em geral, a uma sensação de impotência.”²⁴

Dá-se que o abuso de investigações sem começo nem fim, conluído com a deformação das notícias e conceitos, enseja a *epidemia do medo*, que será cada vez mais palpável caso as soluções continuem rumando a mesma senda. Genuína, pois, a advertência de que “perante a imprevisibilidade e a incontrollabilidade dos riscos e dos seus efeitos, torna-se difícil legislar em termos de os prevenir, ou – o que se torna tarefa verdadeiramente inglória – de os reprimir.”²⁵ Claro, há vários tipos de repressão. A ideal seria uma que unisse a eficiência ao respeito aos direitos humanos. Mas como estes sempre foram, conforme lembra TAVARES, “para os arautos do autoritarismo, *um estorvo*, na mais perfeita reedição de uma célebre frase, por todos lembrada com apreensão: *Menschenrecht bricht Staatsrecht*”²⁶, a idéia da proteção é impraticável na ordem do dia. Desta forma, passa a vigorar a repressão oficial, cujas ferramentas de trabalho são o estigma e a estereotipia, num apelo demagogo que em muito lembra a antiga política do *panem et circenses*, sobre a qual o poeta romano Juvenal tanto escreveu em suas *Sátiras*, nos séculos I e II da era cristã. Ao que tudo aponta, lamentavelmente, tal *técnica política* é hoje milenar.

O fato é que os índices de criminalidade sempre amedrontaram as classes sociais e alimentaram a mídia. O conhecido *movimento de lei e ordem*, iniciado na década de setenta nos Estados Unidos, é visto por vários estudiosos como um dos evidentes fundamentos à preconização pública pela criminalização cega. Trata-se, evidentemente, de um mecanismo de defesa da sociedade, a qual se manifestou através de movimentação política com vistas a proporcionar, de modo ágil, uma sensação de

²⁴ FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal. Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 21.

²⁵ FERNANDES, Paulo Silva. *Idem*.

²⁶ TAVARES, Juarez. *A globalização...*, p. 61.

segurança aos cidadãos do país, impressionados ante os supostamente elevados e crescentes indicadores do crime. René Ariel DOTTI explica:

“A ocorrência de um imenso número de fatores determinantes da criminalidade violenta em nível mundial, por um lado, e a liberdade de informação, por outro, têm provocado vagas de insegurança coletiva que são multiplicadas ao infinito pelos meios de comunicação por satélites. A reação a esse fenômeno, no plano interno, tem como resposta imediata o acréscimo de propostas de medidas repressivas. Os crimes classificados como hediondos são apresentados pelos *mass media* e por alguns políticos como um fenômeno terrível, gerador de insegurança e causado pela suposta *dulcificação* da lei penal. O remédio contra esse mal não seria outro senão o implemento de reformas ditadas pela ideologia da repressão, fulcrada em severos regimes punitivos e que aparecem sob a capa de *movimento de lei e de ordem*.”²⁷

Óbvio que a polêmica em torno da imprecisão dos medidores da criminalidade jamais chega a influenciar a imagem do crime vendida às massas. A defasagem entre a real criminalidade e as taxas implantadas na comunidade é mais conhecida na criminologia como a *cifra negra da criminalidade*, uma mancha escura que escapa aos holofotes das estatísticas²⁸. Ocorre que há uma enormidade de *crimes baixos* (*street crimes*) em sua maioria os patrimoniais de furto e roubo, que enchem as ruas mais das periferias e que nunca serão registrados, bem como há os inúmeros *crimes de burguesia*, notadamente os de *colarinho branco*, que devido à *seletividade* natural e volátil do sistema penal atual são desviados dos autos públicos. A propósito, CIRINO DOS SANTOS nota que por conta da revelia das informações fidedignas do crime se viabilizou a aprovação de leis puramente repressoras, ao sabor dos detentores dos cargos de poder:

“No Brasil, exemplo dos efeitos reais resultantes da ação do poder político sobre a *imagem da criminalidade* através dos meios de comunicação de massa sobre a opinião pública, é a *legislação penal de emergência* dos anos 90, que introduziu os conceitos de *crime organizado*, de *delação premiada*, de *agente infiltrado* e outras, com a conseqüente supressão ou redução de direitos e garantias democráticas do processo penal.”²⁹

²⁷ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 21, 2004.

²⁸ Jorge de Figueiredo DIAS destaca que a *criminologia crítica*, ou *nova*, dentre outras coisas, “traduz-se na desvalorização das estatísticas oficiais como instrumento ideal de acesso à *realidade* do crime, porque elas colocavam necessariamente aporias insuperáveis dum ponto de vista gnoseológico.” (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ltda., 1984, p. 43).

²⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal, parte geral*. 2 ed. ver. e ampl. Curitiba: ICPC; Lumen Iuris, 2007, p. 699.

Surge, então, um ideário fundado sob a iminência de se promover um escudo legal contra certos indivíduos que, por rotulados perigosos pela política da *tolerância zero*, foram segregados, enquadrados como seres que não mais integram a sociedade, desmerecedores, enfim, da tutela jurisdicional equitativa. Insinuou-se, conseqüentemente, uma ciência jurídica tendenciosa que, enquanto viabilizava a feitura de leis inconstitucionais, portava, inadvertidamente, o estandarte do preconceito. Alberto Silva FRANCO captou, em célebre passagem, a real natureza da corrente sociológica:

“(...) o Movimento da Lei e da Ordem compreende o crime como o *lado patológico* do convívio social, a criminalidade como uma *doença infecciosa* e o criminoso como um *ser daninho*. A sociedade era separada num traço simplificado, entre pessoas *sadias* incapazes da prática de atos desviados e pessoas *doentes* prontas para a execução de atos transgressivos. (...) Toda a sociedade sem manchas deve ser mobilizada para a eliminação do tríplice mal: crime, criminalidade e criminoso. Com esse objetivo, era mister, com urgência, restabelecer a lei e a ordem, únicas exigências capazes de fazer justiça aos homens de bem; (...) Na esteira do discurso passional da *Law and Order*, estruturam-se tipos penais novos, exacerbam-se as cominações de tipos já existentes, apesar de que todos tenham ciência da ineficácia desse agravamento punitivo; (...) reforça-se, em resumo, a máquina repressiva a dano da liberdade do cidadão e a serviço de posturas políticas autoritárias.”³⁰

Como toda ação reflexiva, o *law and order* foi marcado por nuances imediatistas; seus efeitos, meramente terapêuticos, sempre muito distantes da causa do problema. O movimento se baseou, desde sempre, em concepções arcaicas da *Justiça*. Afinal, “os defensores desse pensamento partem do pressuposto maniqueísta de que a sociedade está dividida entre *bons e maus*”³¹.

Inegável, contudo, que as especulações radicais dos meios de comunicação em massa instigaram fortemente a opinião popular, aparentemente justificando e robustecendo toda a revolta da qual se via acometida a comunidade pelo incutido sentimento de impunidade. Não se está contrariando, aqui, a gravidade da proliferação delituosa em âmbito nacional, por mais falaciosas que possam ser as estatísticas da fé-pública. Contudo, é errado desconsiderar a facilidade com que a população, num

³⁰ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, p. 85-86, 2007.

³¹ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal, parte geral*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 21.

ambiente globalizado, tende a ser manipulada por uma chamada jornalística, cuja função primeira é necessariamente atrair a atenção do leitor.

É sensível, assim, a falta de espaço, na Lei e Ordem, para noções como *individualização* e *presunção de inocência*, o que certamente só poderia acarretar na postergação de princípios constitucionais, verdadeiros símbolos da Democracia.

3.1 Política Criminal

O Movimento da *law and order*, é certo, incorporou as paixões não só da sociedade, mas também do legislador e, por fim, refletiu a postura do Estado, pois executou a *neocriminalização*³². Assim, cumpre convir: integrava também parte de um todo, que pode ser identificado como *política criminal*. Descabe olvidar que o movimento nunca poderia ter vigorado e produzido resultados legislativos se não dispusesse do apoio de meios e diligências fornecidos pela própria máquina estatal. Ou seja, a tendência retirava da própria política então empregada seu fundamento legítimo de validade.

Para tornar compreensível a influência da política criminal no esvaziamento do conteúdo da presunção de inocência, nesta ocasião exemplificado pela má compreensão acerca dos antecedentes criminais causada pelo desarranjo social que a mídia promove, cumpre identificar a relação entre aquela e a confecção das leis em nosso país.

Segundo Franz Von LISZT, o conhecimento da pena como um dos instrumentos de oposição ao delito é meio de condução para além do Direito vigente, sendo que “este conhecimento nos aproxima da questão do *fundamento jurídico* e dos *fins do poder penal*, assim como da *origem* e da *natureza do crime*. A solução

³² A propósito do tema *neocriminalização*, Jorge de Figueiredo DIAS já observou: “Forçados a verter direito sobre domínios novos e progressivamente mais extensos, os legisladores contemporâneos terminam normalmente os seus diplomas pela já ritual criminalização das condutas que se afastam dos padrões de conformidade que pretendem instaurar.” (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ltda., 1984, p. 435). DOTTI contribuiu com um conceito: “A *neocriminalização* consiste na atividade estatal de agravar as hipóteses já previstas de crimes, ampliando os seus contornos típicos, aumentando as sanções ou reduzindo as garantias processuais do acusado ou condenado. Como exemplos podem ser referidas: a) a Lei nº 8.072, de 25.7.1990 (...).” (DOTTI, René Ariel. *Curso...*, p. 77).

científica destas questões é objeto da POLÍTICA CRIMINAL, que se fundamenta na *criminologia* e na *penologia*.³³

É de autoria do estudioso alemão, também, a notória frase segundo a qual pode-se entender o Direito Penal como *a barreira intransponível da Política Criminal*. A atualíssima assertiva do preceptor expressa de modo objetivo a natural interação existente entre Direito e Política no campo penal. Em análise desta premissa, René Ariel DOTTI complementa:

“A Política Criminal e o Direito Penal atuam como *vasos comunicantes* da realidade social. No processo de seleção dos bens jurídicos a serem protegidos e das normas penais *lato sensu* desenham-se o perfil da sociedade e o modelo estatal na prevenção e na repressão da criminalidade. O Código Penal e as leis especiais são frutos de uma determinada vontade política manifestada pelos cidadãos através de seus representantes junto aos poderes do Estado. Mas não somente a legislação é produto da Política Criminal, adotada num lugar e num tempo delimitados; também a doutrina e a jurisprudência são igualmente formas de manifestação da ciência penal. Como consequência, elas reproduzem as tendências que o legislador deve interpretar.”³⁴

Desta maneira, a política dita a razão da sociedade, e o ordenamento jurídico, com seus mecanismos próprios, a traduz, se possível e relevante para atender o bem-estar social, em leis. Deduz-se, logo, da obrigação de que se incumbe o legislador, qual seja, a de interpretar as intenções populares e a ciência jurídica antes de convertê-las em disposição normativa, que não basta simplesmente acatá-las *ipsis litteris* para que esteja consumada a obediência à realização do interesse público. Tal nunca será aplicação razoável de política criminal, nem da criminologia na qual se assenta.

Por isso, o Poder Legislativo que reproduz, em letras legais, o exato teor do que clama a multidão que melhor se fizer ouvir, sob o pretexto de estar legislando para a maioria, incorre em flagrante corrupção deslegitimadora. Ora, desnecessário mencionar as nocividades de um governo enodado pela característica tirânica. São de autoria de ZAFFARONI, neste tocante, os seguintes comentários:

“As novas tendências político-criminais, que já influenciaram a legislação positiva dos países centrais, chegaram com extrema rapidez, mercê da extraordinária capacidade de propagação dos meios de comunicação, aos países periféricos, e se adaptaram bem à visão autoritária dos segmentos hegemônicos dominantes. Na

³³ LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*. 4.ed. Tradução da 18. ed. alemã por Luis Jimenez de Asua. Madri: Réus, p. 7, vol. 1, 1999, 3 v. Todos os destaques são do original.

³⁴ DOTTI, René Ariel. *Curso...*, p. 73.

própria Constituição Federal, de 1988, o modelo garantístico e o princípio da intervenção penal mínima, que são, sem dúvida, dados caracterizadores do Estado Democrático de Direito, não o foram acolhidos em sua inteireza, admitindo nocivas interferências.”³⁵

E arremata:

“(…) o que menos interessava, nessa altura, era utilizar o mecanismo controlador penal como instrumento de tutela de bens jurídicos valiosos. O mais importante era apenas acalmar coletividade amedrontada, dando-lhe a nítida impressão de que o legislador estava atento à problemática da criminalidade violenta e oferecia, com presteza, meios penais cada vez mais radicais para sua superação.”³⁶

Resta claro, então, que deve haver profundo e rígido controle, a ser desenvolvido pelos três Poderes integrantes da República, de tudo aquilo que pretende se manifestar no plano das leis, de modo que exista verdadeiro *filtro* dos propósitos coletivos, um que consiga evitar situações como esta imediatamente acima relatada, a mesma que causa o verdadeiro *cancelamento* da presunção de inocência testemunhado nos dias de hoje. Sim, a política criminal e a criminologia que causam este abuso são inconstitucionais. Frise-se, por oportuno, que o principal destinatário de leis mal formuladas e em descompasso com todo o restante da ordem jurídica nacional não outro é senão a própria sociedade.

Dessarte, duas principais falhas podem ser distinguidas: a sociedade, ansiosa, logicamente erra em exigir do Estado a aplicação de leis inviáveis como forma de acachapar eventual *descontrole disciplinar* de alguns de seus membros; e este, órgão de representação de todos, é defeituoso por não dar conta do engano em que a primeira incorreu e, ao rapidamente concretizá-lo, na senda da conveniente política criminal que vem possibilitando, não antever a esterilidade assente no âmago do movimento *neo-lombrosiano* em exame. Torna-se fácil detectar, portanto, a influência dessa *ideologia da morte* na noção que muitos operadores do Direito têm acerca do papel dos antecedentes criminais num processo criminal.

Diante do postulado constitucional da *presunção de inocência*, e.g, não se pode permitir a interferência do subjetivismo do magistrado ou do membro do Ministério

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 10, 2002.

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual...*, p. 11.

Público nas considerações sobre eventuais ações penais ou inquéritos contra o acusado. E a dúvida, como se sabe, sempre favorecerá o acusado.

Essa preocupação não é nova. Veja-se, nesse sentido, o alerta de Hélios MOYANO (1993):

“Poucos assuntos têm ficado tanto a cargo de critérios exclusivamente subjetivos dos Magistrados - provocando, por isso, de forma preocupante, inúmeras decisões divergentes - quanto a questão do acusado possuir ou não (maus) antecedentes criminais. E a preocupação é ainda maior quando verificamos que a questão está diretamente relacionada a temas de inquestionável relevância, tanto de direito material quanto processual - por exemplo, fixação da pena (art. 59 do CP); ‘*sursis*’ (art. 77, II do CP); prisão por decisão de pronúncia (art 408, § 2º do CPP) etc. Penso que nada justifica esse subjetivismo, pois diante do nosso ordenamento jurídico vigente, partindo do princípio constitucional de presunção de inocência, (...) é perfeitamente possível se elaborar um critério inteiramente objetivo - e portanto de fácil aferição e segura aplicação - a respeito da matéria.”³⁷

Incorre em flagrante desrespeito à Carta Magna, por conseguinte, quem reputa *maus antecedentes* a mera existência de procedimento criminal em desfavor do sujeito, por desconsiderar a possibilidade de que possa resultar em absolvição ou arquivamento por outro motivo. Ou seja, há, nesse raciocínio, uma intolerância desumana, uma presunção de culpa, um prejulgamento desautorizado. Aí reside, precisamente, a nociva contribuição da *Law and Order*, maximizada pela *mídia comercial*: parte estimulada pela não delimitação legal do antecedente criminal; parte pela incessante pregação dos iludidos seguidores do movimento.

³⁷ MOYANO, Hélios Alejandro Nogués. *Um critério objetivo em antecedentes criminais*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 8, p. 07, set. 1993.

4. A importância do antecedente criminal no sistema penal

Em praticamente todos os processos criminais o juiz é obrigado por lei a avaliar os *antecedentes* do réu. Tanto é assim que logo no início da ação e conforme a pena cominada ao delito, o magistrado e as partes frequentemente têm de discutir a viabilidade da *suspensão condicional do processo* (Lei nº 9.099/95, art. 89). Na fase da sentença se poderá discorrer acerca da aplicabilidade de institutos como as *penas alternativas* (CP, art. 44, inc. III) e o *sursis* (CP, art. 77, inc. II). O art. 33, §3º, CP, vincula expressamente o *regime de cumprimento da pena* à análise das circunstâncias do art. 59, CP, dentre os quais, o antecedente criminal.

Nos casos de condenação essa obrigação é sempre absoluta, por integrar uma das fases do procedimento indispensável chamado *dosimetria da pena*. A *continuidade delitiva* reclama, em sua forma mais grave, a apreciação dos antecedentes como subsídio aos critérios de aumento de pena fornecidos pelo Código Penal. Posteriormente, na fase da execução penal, não se concederá o *livramento condicional* ao condenado que não ostente os mesmos *bons antecedentes*.

Há também prescrições retrógradas e inconstitucionais, porém vigentes, que vinculam diretamente o *direito à liberdade* à natureza do antecedente. Após a sentença de primeiro grau, p.ex., o art. 594 do CPP prevê que somente o réu primário e com *bons antecedentes* poderá apelar em liberdade. A decisão que pronuncia o acusado no Júri, por sua vez, só não se fará acompanhar por decreto de prisão quando provados seus *bons antecedentes* (CPP, 408, §2º). E essas ainda não são todas as situações em que se deverá estudar a natureza dos antecedentes criminais do cidadão para que se defina sua situação jurídica.

4.1 Ausência de conceito legal

É dizer, trata-se de *noção legal* recorrente na legislação penal e processual penal. E isso não é de hoje. A referência aos antecedentes já existia, no Brasil, desde a redação original do Código Penal, elaborado durante os anos trinta do século passado, em seu art. 42. Afora isso, é fato que longe do âmbito técnico-jurídico a expressão é comumente utilizada para designar *toda* a vida pregressa do indivíduo, algo de ampla e

não raro indeterminada abrangência. Qualquer dicionário confirma esse significado popular do termo.

Talvez por isso mesmo os legisladores tenham evitado, ao longo dos anos, descrever em que consiste o *antecedente criminal*. Claro, pois é desnecessário conceituar algo que já é de conhecimento geral. Correto? Errado. E nem é preciso arriscar uma densa teorização para a negativa. Basta a constatação empírica de que o debate sobre o conteúdo da palavra antecedente, em âmbito penal, mostra-se inevitável sempre que se nega a suspensão do processo ou se agrava a pena sob a alegação de que o réu é portador de maus antecedentes, máxime quando apresenta certidão negativa. Ora, se o sentido normativo de um *antecedente* é discutível, um *mau antecedente* padece do mesmo problema.

É natural que a autoridade competente se abstenha de formular um *conceito legal* de palavras ou idéias secundárias que raramente interferem nas decisões judiciais ou cujos significados jamais serão objeto de alteração. É grave descuido, por outro lado, não se dar conta de que o vocábulo antecedente é assíduo em textos legais como requisito imprescindível ao reconhecimento de direitos e garantias importantíssimas, quase sempre relacionadas à liberdade individual. Não se há que confundir a seara popular com a técnica. A inércia do legislador, portanto, ocasiona a flexibilidade infinita da noção de antecedente, em negação direta ao *princípio da legalidade*, e permite que o arbítrio de alguns magistrados campeie solto, injetando cargas subjetivas inconstantes e não declaradas numa palavra desprovida de moldura legal e legitimando, finalmente, um poder descontrolado de cerceamento à irrevogável *conquista da liberdade*.

5. Conseqüências: a *acepção irrestrita*

É possível localizar precedentes totalmente divergentes no ponto. Alguns fornecem conceitos, outros discorrem sobre a natureza do elemento. É identificável uma compreensível indefinição, na jurisprudência, sobre qual a melhor técnica. Há significativa porção da jurisprudência que se relaciona com essa falha da lei de maneira humanitária, preenchendo o *vácuo semântico* com interpretações *favor rei*, como sempre há de ser nessas situações. Naturalmente, essa lida não produz eco em todas as cortes, como se pode constatar logo abaixo.

O Supremo Tribunal Federal, em 1999, fez publicar acórdão em *habeas corpus* onde se afirmou que “*na avaliação dos bons antecedentes o juiz não fica adstrito à ausência de antecedentes penais, podendo concluir pela inexistência de bons antecedentes para negar o benefício*”³⁸. Como fundamento, utilizou-se outro precedente, de 1980 e também da Suprema Corte, no sentido de que “*não fica o juiz adstrito à objetividade da ausência de antecedentes penais e à ignorância de fatos negativos. Pode ele, em face das circunstâncias do crime e à personalidade do agente, e outros que possam ocorrer, concluir, validamente, pela inexistência de bons antecedentes a que fica, segundo a lei, subordinado o direito de apelar solto o réu*”³⁹. Note-se que a lógica do aresto permite desconsiderar a certidão negativa de antecedentes em detrimento do réu.

Dessa orientação se deduz que não basta a objetividade do documento que ateste a inexistência de antecedentes criminais e nem a falta de notícia nos autos sobre a vida pregressa do réu para se dar pela ausência de *maus* antecedentes; e que essa ausência não significa prova de *bons* antecedentes. “*Com efeito*”, ponderou o Min. Maurício Corrêa, nos mesmos autos, “*a exegese da norma*⁴⁰ *implica em distinguir três hipóteses: maus antecedentes, ausência de antecedentes e bons antecedentes*”, podendo o juiz levar em conta inclusive a gravidade da acusação ao apurar-lhes a qualidade. Concluiu o relator por permitir a prisão decorrente de pronúncia, por

³⁸ STF - HC 79304/SP – Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – 2ª T. – DJ: 10.09.1999.

³⁹ STF – HC 58010/RJ – Rel. Min. THOMPSON FLORES – 1ª T. – DJ: 29.08.1980.

⁴⁰ Referindo-se ao art. 408, §2º, do CPP: “Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.”

inexistir prova dos bons antecedentes, necessária diante da *ausência de maus antecedentes*.

Do julgado mais antigo se nota que não houve diferenciação entre os antecedentes e as outras circunstâncias judiciais do art. 59, CP. Ou seja, é dado ao magistrado agravar a pena pela personalidade do agente, p.ex., e após, considerando esse mesmo quesito um indício de mau antecedente, agravar novamente a reprimenda. No mesmo sentido já julgou o STJ: “*Por maus antecedentes não se consideram apenas as condenações criminais, porém, o comportamento social, profissional e familiar; a conduta anterior e o procedimento do réu posterior ao delito a que responde*”⁴¹.

São todas insinuações do que se pode denominar *acepção irrestrita* do antecedente criminal. Precedente exemplar desta linha é o seguinte: “*E antecedentes, para efeitos penais, são todos aqueles comportamentos do réu anteriores à prolação da sentença, ainda que posteriores ao delito objeto de apuração.*”⁴² Não há qualquer limite, pois, ao que pode ser visto pelo julgador como antecedente. Essa *imprecisão* é exatamente o que dá margem à insegurança. *Insegurança jurídica*.

Essa concepção ampla não é gratuita, nem inexplicável. É, na verdade, um conveniente instrumento de adaptação do *contexto processual* em que se encontra o acusado numa ação criminal. Sim, pois se torna incrivelmente maleável a figura que o réu representa quando absolutamente *toda a sua vida* pode ser revista e classificada pelo magistrado ao sentenciar. Aí é que os hábitos pessoais do réu, o trato que tem com seus vizinhos, sua relação conjugal, sua profissão, sua personalidade e até suas opiniões se transmudam em argumentos. E quando isso ocorre, geralmente favorecem a condenação. Esse subterfúgio é utilizado, via de regra, quando o acusado responde a outro(s) procedimento(s) investigativo(s) ainda em curso. Embora o julgador seja familiarizado com a *presunção de inocência*, não a prestigia nesses momentos. Há uma indisfarçável preferência pela *antecipação da culpa*. É como se o juiz estivesse condenando um estereótipo, não um sujeito individualizado. Negam-se os benefícios, agrava-se a pena, rotula-se. Gilberto FERREIRA, num raro deslize, afirmou, nessa

⁴¹ STJ – HC 2327-7 – Rel. Min. JESUS COSTA LIMA – 5ª T. – DJ: 14.03.1994.

⁴² TACRIM-SP – AP 1092103/5 – Rel. RUI STOCO – J: 17.03.1998.

direção, que “o simples envolvimento num fato criminoso, do qual foi absolvido por falta de provas, por exemplo, já é um indicativo negativo...”⁴³

A base de raciocínio dessa concepção é idêntica à do fracassado movimento da *lei e ordem*. As premissas e conclusões de ambos são gêmeas siamesas.

5.1 As demais acepções

A prática forense permite a percepção de, ao menos, três principais acepções jurídicas do antecedente criminal, que podem ser assim denominadas: **a)** a *irrestrita*, já vista; **b)** a *restrita* e **c)** a *alternativa*. As duas últimas são apresentadas a seguir.

5.1.1 A *acepção restrita*

Convém chamar de restrita a concepção que difere da irrestrita por não se filiar à idéia de que absolutamente *todos* os fatos precedentes da vida do sujeito podem ser levados em consideração na escolha do mau antecedente. No entanto, essa corrente deve ser subdividida, por questões didáticas, em duas outras: **a)** a *factual* e **b)** a *constitucional*.

5.1.1.1 *Acepção restrita factual*

De acordo com essa tese, fatos passados podem ser classificados como maus ou bons antecedentes, mas não todos. Parte da doutrina reconhece que, “geralmente falando, [*maus antecedentes*] são os fatos concretos do currículo da vida pregressa do acusado...”⁴⁴, porém, somente aqueles que demonstram “hostilidade franca, ou militante incompatibilidade em relação à ordem jurídico-social”⁴⁵. Ou seja, abre-se a possibilidade para que aspectos pessoais (factuais) passados do réu sejam levados em conta na eleição do antecedente desfavorável, mas há limites: somente os que permitam notar uma concreta inclinação do acusado para o crime. O mesmo tipo de

⁴³ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 85.

⁴⁴ BIASOTTI, Carlos. *Conceituação de maus antecedentes*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.7, p. 07, ago. 1993.

⁴⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 1951, vol. III, pág. 83. *Apud*: BIASOTTI, Carlos. *Idem*.

inferência pode suceder também na avaliação dos bons antecedentes: “Tem bom antecedentes se ostenta vida pregressa limpa, com conceito social, reputação ilibada, nenhum envolvimento com o crime.”⁴⁶

Veja-se que esse critério exprime certa preocupação com a abrangência do conceito de antecedente ao procurar restringir um pouco o universo de acontecimentos que podem definir um, notadamente quando se busca definir um negativo. No entanto, ainda consente com a inadmissível avaliação íntima pelo magistrado daquilo que possa representar um fato verdadeiramente indicativo de mau antecedente. O que vem a ser, p.ex., uma “vida pregressa limpa”? É dizer, esta acepção acaba por redundar no mesmo problema nuclear do entendimento irrestrito, qual seja, encorajar a criação de conceitos e noções não previstos em lei, em clara e insistente afronta ao *princípio da legalidade*.

É lógico que a idéia que um juiz faz sobre a hostilidade, a agressividade ou a ética presentes no portar de um réu pode ser muito divergente da cultivada por outro. Desta feita, a prestação jurisdicional do Estado se apresenta inconstante e incerta, pois os critérios individuais de cada julgador para que se decida sobre a liberdade das pessoas, bem como sobre a possibilidade de concessão de benefícios processuais, tornam-se imprevisíveis e insustentáveis, por carentes de amparo legal ou factual.

5.1.1.2 Acepção restrita constitucional

A orientação *factual* parece ter sobrevivido à sua época, que foi antes da Reforma de 1984, quando no art. 42 do Código Penal não se encontrava a *conduta social* dentre as circunstâncias judiciais. Por isso, era possível que o antecedente se confundisse com aspectos da moral desfrutada pelo acusado no meio em que vivia.

Após, contudo, tornou-se ilegal averbar de antecedente (seja mau ou bom) qualquer fato ou evento relacionado à vida pregressa do réu, por inserida, no art. 59, CP, a *conduta social* como critério indisponível de análise na aplicação da pena. É que não se pune duas vezes pelo mesmo motivo.

⁴⁶ STJ – RHC 4965 – Rel. Min. EDSON VIDIGAL – 5ª T. – DJ: 18.03.1996.

Alberto Silva FRANCO e Rui STOCO já anotaram que a análise dos episódios da *vita anteacta* sofreu

“Restrição em face da introdução no art. 59 do CP, do conceito de ‘conduta social’, como um fator independente de determinação da pena. Destarte, o conceito de antecedentes veio a ter um relativo esvaziamento, destinando-se agora não mais a expressar um quadro referencial abrangente (comportamento social, inclinação ao trabalho, relacionamento familiar, etc. do agente) mas apenas um quadro menor referente à existência ou não, no momento da consumação do fato delituoso, de precedentes judiciais.”⁴⁷

Edilson Mouguenot BONFIM e Fernando CAPEZ lembram que o conceito de antecedente “tinha abrangência mais ampla, englobando comportamento social, relacionamento familiar, disposição para o trabalho, padrões éticos e morais etc. A nova lei penal, porém, acabou por considerar a ‘conduta social’ do réu circunstância independente dos antecedentes, esvaziando, por conseguinte, seu significado.”⁴⁸ Portanto, uma importante conclusão: “antecedentes passam a significar, apenas, anterior envolvimento em inquéritos policiais e processos criminais. Assim, consideram-se para fins de maus antecedentes os delitos que o condenado praticou antes do que gerou sua condenação.”⁴⁹

De 1940 a 1984, assim como hoje, não havia conceito legal de antecedente, o que permitiu a proliferação de julgados e teses simpatizantes com a *acepção irrestrita* e a *restrita factual*, já que a aceitação de ocorrências da vida do acusado era generalizada e, ao que muito indica, incontroversa. Após a reforma de 1984, entretanto, houve sensível melhora na situação, antes por exclusão dedutiva do que por intenção deliberada do legislador: criou-se a categoria legal da *conduta social*, muito mais adequada à idéia que se fazia do antecedente do que a que remanesceu. Os acadêmicos e operadores jurídicos em geral se viram obrigados a adotar uma ou outra expressão para designar os fatos pretéritos. Quase todo o domínio do *reino da inventividade*, portanto, acabou sendo transferido à novel circunstância da *conduta social*, numa compatibilização residual harmônica. A seara do antecedente, pois,

⁴⁷ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código Penal e sua interpretação – doutrina e jurisprudência*. 8 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 344.

⁴⁸ BONFIM, Edilson Mouguenot e CAPEZ, Fernando. *Direito penal, parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 710.

⁴⁹ Ob. cit.

desguarnecida, passou a acomodar, de sobra, unicamente a interpretação da *folha de antecedentes criminais* do réu, documento conhecido por todos, que sempre levou “antecedentes” no nome, sem o qual um processo criminal não chega ao fim regulamente.

E então, a noção de antecedente se tornou composta somente por *atos judiciais*, o que, por coincidência e não por planejamento político-social, conciliou com a Constituição. “Maus antecedentes não são qualquer conduta anterior”, assevera categoricamente Maria Fernanda PODVAL. “Após a reforma penal de 84”, continua,

“No conceito incluem-se apenas os atos judiciais anteriores à conduta criminosa. A postura do agente na sociedade não constitui ‘antecedentes’ no sentido legal, mas conduta social (outro ponto que também deve ser avaliado). Como, no entanto, a norma do art. 59 do CP refere-se a antecedentes e conduta social, não se pode aceitar que sejam dois conceitos relativos a um mesmo objeto.”⁵⁰

De forma mais direta, Guilherme de Souza NUCCI expressa a mesma opinião: “Ora, não se pode concordar que os *antecedentes* envolvam mais do que a folha corrida”⁵¹ de registros criminais.

Esse, por conseguinte, o salutar *critério objetivo*: o da consulta à certidão de antecedentes criminais. Nada mais pode; nada mais deve ser avaliado. Seja para evitar a operação do *bis in idem*, seja por afastar aplicação de pena com base em subjetivismos não permitidos ou não previstos em lei. Tudo isso em homenagem à *presunção de inocência*, para citar uma só garantia.

5.2 Procedimentos criminais em curso

Por mais consolidada que pareça a posição majoritária, segundo a qual não se computam como maus antecedentes a existência, contra o acusado, de inquéritos ou ações penais em curso, ou até mesmo de condenações não transitadas em julgado, não é difícil deparar-se com decisões contrárias. Ainda hoje alguns julgadores determinam o cumprimento de penas de um ano e dez dias no regime inicial semi-aberto pelo fato

⁵⁰ PODVAL, Maria Fernanda de Toledo Rodovalho. *Maus antecedentes: em busca de um conteúdo [Comentário de jurisprudência]*. Boletim IBCCRIM. Jurisprudência. São Paulo, v.2, n.17, p. 53, jun. 1994.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado, parte geral*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 357.

de o condenado constar como investigado num procedimento investigatório policial, p.ex. Pois essa orientação, dissociada da evolução do Direito como ciência, como ofício e como arte, é bastante rechaçada pelos mais importantes tribunais brasileiros.

Da leitura da íntegra de recente acórdão do Supremo Tribunal Federal se extrai que para a maioria dos ministros desta Corte não podem ser considerados maus antecedentes a tão-só existência de inquéritos e ações penais⁵². O que se discute é se essa proibição deve ser *absoluta* (cf. defende o Min. Marco Aurélio) ou se deve depender do *exame do caso concreto*⁵³ (cf. o Min. Joaquim Barbosa). Ao votar numa *Ação Originária*, em sessão ocorrida no Plenário em junho de 2007, o Min. Marco Aurélio ressaltou: “*Concordo com o relator. Processos ainda em curso não revelam maus antecedentes, todos nós estamos de acordo*”⁵⁴. *Tal doutrina sempre foi sustentada na Casa pelo ministro Celso de Mello.*”⁵⁵

A tendência atual do STJ é equivalente à adotada pelo Min. Marco Aurélio, pois considera “*impossível*” ou “*defeso*” tomar inquéritos e ações penais como maus antecedentes, *independentemente* do exame do caso concreto e em respeito à *presunção de inocência*⁵⁶.

Essas duas correntes já foram distinguidas por Juarez CIRINO DOS SANTOS, que convencionou chamar de *tradicional* a orientação de quem considera maus antecedentes a existência dos procedimentos criminais na ficha do acusado e de *crítica* a que considera maus antecedentes “*somente condenações criminais anteriores que não configuram reincidência, excluindo todas as outras hipóteses – na verdade, a única compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência (...)*”⁵⁷. O jurista aponta, também, que de acordo com a moderna teoria alemã, maus antecedentes são exclusivamente *penas* criminais anteriores, “*e, portanto, ausência de penas criminais*

⁵² STF – Ação Originária 1046 / RR – Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Pleno – DJ: 22.06.2007.

⁵³ Vincular a afirmação pela existência ou não de maus antecedentes ao caso concreto é no que consiste a *acepção alternativa*, cf. item 5.3 desta monografia.

⁵⁴ Cf. informações da ata do Julgamento: “*Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia. O Ministro Celso de Mello estava ausente justificadamente.*”

⁵⁵ STF – Ação Originária 1046 / RR – Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Pleno – DJ: 22.06.2007.

⁵⁶ Vide, nessa trilha: STJ - HC 48340/MG – Rel. Min. GILSON DIPP – 5ª T. – DJ: 29.05.2006; STJ - HC 52697/RJ – Rel. Min. PAULO MEDINA – 6ª T. – DJ: 15.05.2006; STJ - REsp 748196/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, 5ª T., DJ: 27.03.2006; STJ - HC 49143/DF – Rel. Min. GILSON DIPP – 5ª T. – DJ: 08.05.2006;

⁵⁷ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal, parte geral*. 2 ed. ver. e ampl. Curitiba: ICPC; Lumen Iuris, 2007, p. 563.

significaria *bons antecedentes*, com efeito redutor da pena”⁵⁸, o que contraria o exposto pelo Min. Maurício Corrêa na transcrição feita no item 5 (p. 21), sobre a *ausência de antecedentes* poder ser interpretada em prejuízo ao acusado. Em verdade, na falta de provas ou indícios de qualquer tipo a permitir gravame na situação do réu, a *presunção de inocência* e o *in dubio pro reo* impõem seja essa ausência considerada em seu favor. Ou melhor, *ausência de antecedentes* equivale, de fato, a *bons antecedentes*.

5.3 A acepção alternativa

Essa é uma avaliação realista e recente. Um modelo bem acabado dessa acepção é apresentado por Wellington Cabral SARAIVA. Ele reconhece que

“A existência de inquéritos policiais ou processos criminais em andamento não representa demonstração de culpa formalmente reconhecida pelo aparato estatal. Todavia, inquéritos e processos em curso podem funcionar como indício, mais ou menos veementes, de reprovabilidade da conduta social do agente e, até, de sua periculosidade.”⁵⁹

De acordo com o autor, há que se respeitar a *presunção de inocência* na análise da certidão de antecedentes, mas existem casos em que as anotações do documento deverão ser utilizadas para aumentar a pena, afastando-se o princípio constitucional. E segue:

“A existência de antecedentes, portanto, impõe o exame do caso concreto por parte do Ministério Público, não devendo servir como impediente absoluto para a proposta de suspensão condicional do processo e, ao mesmo tempo, não deve ser desprezada em homenagem cega ao princípio da *presunção de inocência*.”⁶⁰

E há repercussão na jurisprudência. O STF conta com acórdão relatado pelo Min. Joaquim Barbosa, onde escreveu que:

“O simples fato de existirem ações penais ou mesmo inquéritos policiais em curso contra o paciente não induz, automaticamente, à conclusão de que este possui maus

⁵⁸ Idem, p. 563.

⁵⁹ SARAIVA, Wellington Cabral. *Antecedentes do réu e direito à suspensão condicional do processo penal*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.7, n.79, p. 5-6, jun. 1999.

⁶⁰ SARAIVA, Wellington Cabral. Idem.

antecedentes. A análise do caso concreto pelo julgador determinará se a existência de diversos procedimentos criminais autoriza o reconhecimento de maus antecedentes.”⁶¹

O Tribunal de Justiça paulista decidiu, sobre o assunto, que “cada caso deve ser solucionado diante das provas e dos elementos dos autos, segundo o livre convencimento do julgador, fundamentando as razões da decisão.”⁶² É sóbria a admissão de que aquilo que consta da folha de antecedentes sempre diz um tanto sobre o acusado.

Trata-se de um elemento de convicção, sem dúvida. Por isso, o réu que registre na certidão só um inquérito contra si em andamento e outro que suporte o peso de várias ações penais, principalmente quando pelo mesmo crime, talvez mereçam respostas penais diferenciadas. Jamais, todavia, a título de maus antecedentes. Devem ser observadas as regras do art. 59, CP, bem como alguns ditames constitucionais: caso o magistrado tenha a intenção de agravar a pena com base em fatos passados da vida do acusado, que o faça na análise da *conduta social* ou da *personalidade do réu*, de acordo com a natureza do fato, e desde que devida e concretamente comprovados. Mais do que isso, ao mesmo tempo em que realizado o agravamento da pena com base em elementos de uma certidão de antecedentes, deve-se reconhecer a impossibilidade absoluta de nova majoração com base nos mesmos elementos, seja o *nomen iuris* que se queira atribuir-lhes qual for, em acatamento à proibição do *bis in idem*.

O juiz deve proceder com cautela nesses casos, como é curial. Lembre-se, ademais, que *conduta social* e *personalidade do réu* são noções legais que sofrem de males parecidos com os do *antecedente*. Também não são definidos em lei e, assim, estão sujeitos às mesmas interferências pessoais e subjetivas de quem os interpretar. Ao menos são expressões de frequência bastante menor nos textos legais.

Não por isso, entretanto, pode o julgador se olvidar de que, dependendo da idéia que faça de uma ou outra circunstância judicial, corre o risco de aumentar a reprimenda de crime já contemplada como elementar normativa na sua respectiva pena cominada. Aníbal BRUNO, sobre essa questão, explicou que:

⁶¹ STF – HC 84088/MS – Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – 2ª T. – DJ: 20.04.2007.

⁶² TJSP – Emb. Infr. 168167-3/0-01 – Rel. Des. FERRAZ FELISARDO - 4ª C. Crim. – J: 27.11.1995. RT: 728/527.

“tais circunstâncias não se confundem com as elementares do tipo legal e nem com as causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição de pena. 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.”⁶³

É dizer, a *análise do caso concreto*, aqui, deverá sempre ser minuciosa ao extremo, para que se afaste qualquer possibilidade de prejuízo ao acusado por conta de interpretação diferente da verdade material, posto que, quando houver a discussão sobre o aumento da pena com base nas informações da certidão de antecedentes, invariavelmente os discursos trarão carga potencialmente tendenciosa.

⁶³ BRUNO, Aníbal. *Direito penal – parte geral*. Tomo 3º. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 107.

6. Benefícios de uma instrução bem conduzida

É inegável a importância de se medir com a maior exatidão possível os aspectos humanos do réu; seu caráter e sua índole. Essa é a única tarefa que cumpre com as inúmeras exigências legais de se apurar o estado interno do acusado num processo criminal. A maneira como isso é feito, todavia, não segue um padrão, como seria aconselhável. Antes, tem servido de *técnica adaptável* ao alvedrio de cada juiz, e *não-vinculante*, na medida em que seus critérios podem deixar de ser declarados. É o que ocorre na *acepção irrestrita*.

As *acepções restritas* trazem pontos de vista justificáveis, um mais preso à conotação não técnica do termo antecedente (*factual*) e outra (*constitucional*), por apego à *Lei das Leis*, limita e diminui as fronteiras da imaginação do intérprete ao divulgar que somente o que consta da folha de antecedentes pode ser visto como um, provendo, com isso, o indispensável sentimento de *segurança jurídica* a todos os que participam da aplicação da lei penal. Lembre-se que, de acordo com Cláudio do Prado AMARAL, “no direito penal, a segurança jurídica se expressa mais enfaticamente como um dos fundamentos do princípio da legalidade e está ligada a uma conquista histórica da humanidade.”⁶⁴ Sugere, portanto, a *acepção restrita constitucional*, a proibição de se discutir o conceito de antecedente criminal, em atenção ao princípio da *estrita legalidade em matéria penal* e à *presunção de inocência*. Fosse esta a única diretriz seguida pelo Judiciário, a questão provavelmente estaria resolvida.

Mas, como se demonstrou, a indefinição na matéria persiste. Um esboço de unificação dos métodos é representado pela *acepção alternativa*, que está longe de ser adequada. Ao condicionar a conclusão sobre a existência ou não de maus antecedentes ao exame de cada caso, transmite uma preocupação nem um pouco ingênua com a Constituição, o que é bem-vindo, visto que há réus efetivamente merecedores de punição mais grave tendo em vista a eventual habitualidade na incidência criminosa; punição que não se fará na seara do antecedente, como já se explicou.

Daí a importância de uma instrução criminal bem conduzida. Na colheita dedicada da prova, quando da entrevista com o réu, o juiz tem a preciosa oportunidade

⁶⁴ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 46. Obra lançada no 13º Seminário Internacional do IBCCRIM, em outubro de 2007.

de indagar-lhe *quem é* aquela pessoa. É óbvio que não será nesse ato solene e breve que poderá o magistrado conhecer com a profundidade ideal as suas características pessoais. Mais certo, de outro plano, que saberá menos ainda sobre o cidadão caso não perquirir acerca de sua *conduta social*, seus *antecedentes* e *personalidade*, para citar apenas algumas as judiciais já mencionadas.

É que, na prática, tanto o membro do Ministério Público quanto o magistrado acabam por *deduzir* muito sobre a pessoa do processado. Da natureza do crime descrito na denúncia o juiz extrai sua primeira impressão do incriminado e, no mais das vezes, é uma que dificilmente sucumbe durante a instrução. Por conseqüência, o presidente da ação criminal pode acabar por indeferir a oitiva das chamadas *testemunhas abonatórias* ou determinar sejam juntados aos autos seus depoimentos escritos, pois não presenciaram o fato. DOTTI teve a oportunidade de criticar essa substituição da inquirição oral, assim:

“Algumas objeções decorrem do próprio CPP: *a)* A lei não discrimina a fonte da prova oral: ‘*Toda pessoa poderá ser testemunha*’ (art. 202); *b)* Há interesse público em prevenir o falso testemunho pelo compromisso de dizer a verdade e pela advertência do processo se faltar ao *juramento* prestado (art. 203); *c)* A testemunha não pode documentar prova cuja natureza e extensão é avaliada pelo Juiz, como seu gestor; *d)* ‘*O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito*’, salvo ‘*breve consulta a apontamentos*’ (art. 204 e parág. ún.); *e)* Nos depoimentos por escrito, as perguntas serão previamente formuladas pelas partes e deferidas pelo Juiz (art. 221, § 1º); *f)* O interesse do Ministério Público e seu assistente em fazer reperguntas (art. 212); *g)* A declaração extrajudicial de testemunha de defesa restringe a formação de convencimento por parte do Juiz, do Ministério Público e do acusador particular, embora sumário, sobre a verdade e a mentira.”⁶⁵

Ademais, descabe coadunar com a recorrente diminuição, durante a instrução criminal, do valor probatório da *testemunha abonatória* ou *de caráter*. Magistrados, autoridades policiais, membros do Ministério Público em geral e também advogados, têm lidado com essa prova testemunhal de maneira displicente. Pressupõem que o testemunho não presencial não poderá contribuir com a verdade material, pelo que acabam reduzindo a importância de sua produção. Contra isso, e com razão, DOTTI assevera:

⁶⁵ DOTTI, René Ariel. *Testemunha abonatória: um tipo de prova?* (I). In: O Estado do Paraná, Caderno Direito e Justiça, em 22.07.2007. Negritos e itálicos do original.

“(…) remanescem fundadas dúvidas quanto à possibilidade de separação absoluta entre a pessoa do autor e o fato por ele praticado. Com efeito, há determinados tipos de ilícito cuja comprovação típica irá depender precisamente do exame daqueles atributos personalíssimos. A gestão temerária, o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias afins, são alguns entre muitos exemplos. A *habitualidade*, como elemento característico de certos delitos, revela extratos da *personalidade* do agente e de sua *conduta social*. E o que dizer, então, dos *criminosos de colarinho branco* quando desfrutam de elevado prestígio social que lhes abre portas e caminhos para a criminalidade econômico-financeira? Os *antecedentes*, que funcionam para aumentar ou reduzir a pena, são trechos da existência e da realidade humanas que não podem se confinar no instrumento da declaração extrajudicial. Eles devem ser conhecidos pelo julgador em sua direta e universal comunicação. Mesmo porque, à frente do Juiz e dos procuradores das partes, a *testemunha abonatória* pode narrar atitudes e fatos que desabonem o conceito do réu que a arrolou.”⁶⁶

É evidente. Até mesmo para a compreensão dos antecedentes do acusado o depoimento da testemunha abonatória importa. Essa hipótese, facilmente verificável no dia a dia, traz uma evidência sobre como têm sido esquecidas as circunstâncias judiciais na produção probatória: ao juiz somente importa o fato – como se a personalidade do réu não fosse intimamente relacionada com a causa do evento dito criminoso, com a *situação conflituosa*. Caso as testemunhas nada digam sobre a narrativa da inicial, são reputadas desnecessárias ou impertinentes. Ou seja, aí, foi exclusivamente a partir da versão da denúncia que o juiz criou sua imagem do réu e, por isso, passa a desconsiderar qualquer outra prova das características individuais do acusado, como se estas não demandassem esclarecimentos, complementos, atenção. O resultado se verá na sentença, onde a dosimetria fatalmente consignará elementos não provados nos autos, muitos dos quais já integrantes do núcleo do tipo penal objetivo. E, se a sentença for de pronúncia⁶⁷, a problemática se torna mais grave, e o debate deve ir mais longe.

⁶⁶ DOTTI, René Ariel. *Testemunha abonatória: um tipo de prova?* (Final). In: O Estado do Paraná, Caderno Direito e Justiça, em 29.07.2007. Itálicos do original.

⁶⁷ Não se ignora a discussão doutrinária a respeito da natureza jurídica da decisão de pronúncia (se é decisão interlocutória, sentença, despacho no sentido amplo etc.) No entanto, para os fins deste trabalho, discorrer a este tanto é irrelevante.

7. O debate em função do libelo-crime (CPP, art. 417)

No procedimento especial do Tribunal do Júri todas as colocações feitas atrás, no tocante aos antecedentes criminais, assumem igual validade. A problemática quanto às acepções, as generalizações e a indeterminação conceitual, por razões naturais, reina com mais autoridade no Plenário do conselho popular. Ocorre que aqui, de acordo com a legislação atual, os jurados também avaliarão os antecedentes do réu, características que inelutavelmente influirão no senso de cada um deles sobre a pessoa do acusado.

De acordo com a redação do art. 417, inc. III, parte final, do Código de Processo Penal, o libelo conterá, dentre outros, “*a indicação de todos os fatos e circunstâncias que devam influir na fixação da pena*”. Esse leque de possibilidades logicamente abrange a circunstância do antecedente, por inscrita no art. 59 do CP como algo a que deve o juiz atender ao fixar a pena. Porém, essa redação legal, ante dispositivos da Constituição Federal, não pode continuar assim.

7.1 O questionário

Quase nunca se pode afirmar ser o antecedente do réu diretamente vinculado ao fato pelo qual está sendo julgado, de modo que deve ser considerada inconstitucional a menção indiscriminada, no libelo, de *todos* os fatos e circunstâncias envolvendo a vida pregressa do cidadão. Somente as que efetivamente se relacionem *diretamente* com o evento descrito na inicial deverão ser nela incluídas. Embora essa proibição não esteja prevista em lei, o sistema de quesitos do júri não contempla a indagação a respeito de antecedente quando desvinculado do fato típico em julgamento.

Como é consabido, o rol do art. 484 do CPP não é taxativo. Contudo, pauta-se na técnica legislativa e pode ser observado como diretriz. Assim, na prática, os quesitos são formulados a respeito: **a)** do *fato principal*: autoria e materialidade do crime; **b)** fato ou circunstância de *exclusão* do crime ou de *isenção* de pena; **c)** do fato ou circunstância *qualificadora* do delito; **d)** do fato ou circunstância de especial *diminuição* de pena; **e)** do fato ou circunstância de *desclassificação* do crime e, por fim; **e)** das circunstâncias *agravantes* ou *atenuantes*.

Ou seja, inexistente a indicação de um quesito sobre *fato secundário* ao principal, como geralmente é o antecedente do acusado. Ressalte-se que, quando no art. 484, inc. II, CPP, a lei permite formulação de quesito sobre circunstâncias que não tenham conexão essencial com o fato, refere-se às agravantes e atenuantes, não às judiciais. Desse modo, a legislação processual penal mostra um *apego implícito* à necessidade de se evitar quesitos objetivamente irrelevantes ao julgamento e que possam, de alguma maneira, causar perplexidade nos jurados.

8. Antecedentes vinculados e não vinculados ao fato

Quando o Direito é aplicado por exercícios de interpretação, não se pode jamais deixar de contar com a hipótese de que a mesma escrita seja compreendida de formas diferentes de acordo com o leitor. Não obstante, é mister tentem se engendrar critérios de fácil apreensão para que se separe o antecedente vinculado ao fato (*direto*) do não vinculado (*indireto*). É claro que, por mais objetivos que pareçam, jamais serão imunes a subjetividades, o que não deve ser visto como óbice invencível à comunicação entre a lei e o legislado, mas como estímulo.

8.1 Antecedentes vinculados

Também podem ser chamados de *diretos*, pois fazem parte do fato principal, que é o que está sendo julgado, ou, no mínimo, têm com ele estreita relação de *causa e efeito*, determinada ou determinável. Como o Júri se resume, em regra, ao julgamento do *crime contra a vida*, é tranqüilo o entendimento: será *antecedente vinculado* o registro, em certidão, de agressão anterior contra a *mesma vítima* do crime pelo qual o réu sofre processo. E não se trata de qualquer agressão. Somente aquela ocorrida há margem razoável de tempo, cujos motivos, circunstâncias e detalhes não se tenham perdido com o passar dos anos. Naturalmente, só se considera vinculado o crime cuja natureza permita perceber um *ataque personalíssimo* contra a vítima, através de violência física ou moral, como o homicídio tentado, crime contra a honra, contra a integridade física, liberdade individual etc. Haverá dúvidas, e estas sempre se resolverão em favor do réu. Não pode existir receio de se aplicar a Constituição.

8.2 Antecedentes não vinculados

Partindo da linha esposada no item imediatamente acima, qualquer outro registro na folha de antecedentes criminais que não diga claramente com o crime pelo qual a pessoa foi a Júri é visto como *indireto*. Nesse tom, caso o acusado no Plenário do Júri seja réu em outra ação penal por crime de roubo contra terceiro estranho ao fato, tal é absolutamente impertinente ao conselho popular e jamais poderá ser

ventilado pela acusação a nenhum título, sob pena de nulidade do julgamento por violação ao princípio constitucional da presunção de inocência. Por mais que sofra outra acusação de homicídio, se for contra vítima diferente, é *desvinculada* do fato principal e não merece a consideração dos jurados. A mera citação, durante a sessão, de um antecedente sem relação com o fato sob apreciação, fatalmente teria o peso, aos jurados, por serem leigos, de uma prova da autoria do fato descrito no libelo, e não de uma ocorrência secundária na vida do acusado, a ser sopesada exclusivamente pelo juiz na dosimetria da pena.

8.2.1 O exemplo da legislação inglesa

A legislação estrangeira não é indiferente ao fato de que a exposição desmedida dos jurados aos eventuais antecedentes criminais do acusado configura descaso com a presunção constitucional de inocência. O melhor exemplo disso talvez ainda resida na *common law* do Reino Unido.

O *Consolidated Criminal Practice Direction* é um conjunto de variadas disposições editado pelo mais alto cargo do judiciário inglês, o *Lord Chief Justice*. Embora não seja lei, trata-se de um regulamento com *força de lei*; um compêndio, na prática, de regras de conduta absolutamente vinculantes a todos os envolvidos na dinâmica forense cotidiana. Desde vestimentas e maneiras de endereçamento oral a autoridades até o modo e a data correta do protocolo de recursos são abordados.

No que tange aos antecedentes, constam as seguintes orientações, em sua Parte I, capítulo 6⁶⁸:

a) "... é recomendado que tanto as cortes como os advogados levem a efeito a intenção do parlamento de nunca se referirem a condenações cumpridas quando essa referência puder ser razoavelmente evitada" (I.6.4);

b) "Ninguém deverá se referir, em julgamento, a uma condenação já cumprida sem permissão do juiz, e tal permissão não deverá ser dada a menos que os interesses da justiça assim o exijam" (I.6.6);

⁶⁸ Informa-se que as passagens aqui transcritas do *Consolidated Criminal Practice Direction* foram traduzidas livremente. A íntegra do documento pode ser obtida no *site* do Poder Judiciário Britânico, mais especificamente em: http://www.justice.gov.uk/criminal/procrules_fin/contents/practice_direction/pd_consolidated.htm, acessada em 15 de novembro de 2007.

c) "*Quando sentenciar, o juiz não deverá fazer referência a uma condenação já cumprida, a menos que a menção seja necessária para explicar a sentença que está sendo proferida*" (I.6.7).

Calha considerar que, para os ingleses, condenação já cumprida (*spent conviction*) é, para nós, o mesmo que uma condenação não só já cumprida mas pela qual o sujeito já foi reabilitado⁶⁹. É diferente, pois, do antecedente criminal que normalmente consta da ficha, relativo a procedimentos em andamento ou pelos quais o acusado ainda cumpre pena.

Não obstante isso, esses deveres e recomendações transcritos acima também têm como fundamento a preservação da condição de inocente do réu até que se haja uma condenação irrecorrível. E isso não só no Júri, mas absolutamente todas as searas da prática criminal.

Essa preocupação, no presente momento, ainda não é contemplada pela legislação pátria em nenhum nível. No Brasil se tem somente a redação do art. 5º, inc. LVII, da Constituição, mas nada, no âmbito infraconstitucional, que facilite sua realização. Ao menos já existem previsões no direito estrangeiro para servirem de inspiração. Ou para serem simplesmente importadas, como sói ocorrer.

⁶⁹ Para mais informações sobre o sistema criminal inglês, vide: SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy, 2001.

9. Proposta legislativa ao código de processo penal

É de primeira importância a compreensão do seguinte: o jurado, via de regra, desconhece a técnica jurídica e por isso entende o antecedente em sua concepção vulgar e popular, aquela dos dicionários. Para o jurados em geral, portanto, antecedente é absolutamente *tudo* o que tenha acontecido na vida do acusado até o exato momento do julgamento. São todos eles, assim, naturalmente filiados à *acepção irrestrita*, e pior, desprovidos de noções fundamentais da ciência criminal, como a *presunção de inocência*, para citar uma. E isso não pode vigorar no meio especializado. Em realidade, a gravidade do crime pelo qual o Ministério Público acusa, tão-só, é suficiente para que a opinião pública questione o próprio *direito de defesa*, e tem sido assim há séculos. Que chance têm noções menos difundidas como a *presunção de inocência* quando o acusador passar a ler a ficha criminal do réu?

Deste modo, a acusação costumeiramente se vale do uso da folha de antecedentes para produzir tese sobre a propensão do sujeito ao crime; para provar, em última análise, a *autoria do crime*, mas daquele pelo qual responde no momento, e não dos outros pelos quais sofre ou sofreu processo, mesmo estando eles ainda em discussão perante os Juízos correspondentes. Sempre que o promotor de justiça brada, diante do Júri, que “*este réu tem antecedentes criminais!*”, o que entende o jurado? Que ele é investigado em procedimentos que podem redundar em arquivamento ou absolvição e que não se pode considerá-lo culpado até que exista decisão condenatória transitada em julgado? Não. Que pode estar sendo processado injustamente por aqueles fatos? Não. Que o fato pelo qual sofre ação penal pode ser (e geralmente é) totalmente desimportante à elucidação do crime debatido no Júri? Não. Entenderão, sim, que o acusado já cometeu crimes anteriormente, pelo que se trata de *criminoso habitual* ou de pessoa com forte *tendência criminosa*. E assim se pune alguém duas vezes pelo mesmo fato: uma pela existência de processo próprio do evento passado e outra quando esse sujeito eventualmente for a júri.

É imaginável o impacto que argumentos baseados nos antecedentes causam no jurado. Dependendo da maneira como são explorados, impõem peso decisivo. De modo que, nos dias de hoje, o sujeito que responda a qualquer tipo de processo criminal anterior tem mais chances de ser reconhecido autor de crime contra a vida do

que o réu primário. É como se a balança da justiça estivesse *viciada*. Tudo isso quando ante a presunção de inocência é inadmissível qualquer dedução estatística sobre o desfecho do processo com base nos antecedentes. E, se isso houver, a Constituição prega seja exclusivamente em favor do réu. A doutrina não é insensível aqui: “até o trânsito em julgado, a situação do acusado ainda não está definida e, portanto, a pena do segundo delito não pode ser majorada. Responder a um processo não pode ser tido como probabilidade de condenação.”⁷⁰

Essas razões levam à formulação de uma proposta de alteração da parte final do inc. III, art. 417 do CPP. Assim: “Art. 417... III - a indicação das circunstâncias agravantes e atenuantes, expressamente definidas na lei penal, e de todos os fatos e circunstâncias que devam influir na fixação da pena, *com exceção de antecedentes relativos a investigações criminais ou ações penais em curso ou com decisão não transitada em julgado, salvo se diretamente relacionados à mesma vítima do crime pelo qual se acusa no Júri.*” E essa relação deve ser aquela direta, como se colocou no item 8.1 (p. 36).

A preocupação em alterar a legislação é mais urgente no Tribunal Popular porque lá o juiz não tem o absoluto domínio sobre o efeito que o antecedente causará no reconhecimento da existência do crime e de sua autoria; não determina o sentido da sentença, pois. Isso enquanto no procedimento comum o magistrado pode se servir da doutrina especializada, da jurisprudência e de sua experiência para calcular a real importância ou relevância deste ou daquele registro na certidão para fins de aumento de pena ou da concessão de determinados benefícios. É que julgador teve longa formação acadêmica sobre os temas constitucionais e *sabe* qual o *alcance* do antecedente criminal. Para os jurados, contudo, não é assim; a existência do antecedente se confunde com a certeza da prática do crime discutido no júri, e essa situação é absurdamente perigosa na ciência criminal garantista que hoje se promove.

⁷⁰ PODVAL, Maria Fernanda de Toledo Rodovalho. *Maus antecedentes: em busca de um conteúdo [Comentário de jurisprudência]*. Boletim IBCCRIM. Jurisprudência. São Paulo, v.2, n.17, p. 53, jun. 1994. Destacamos.

9.1 Limitação do debate no júri por ato do juiz

Pode surgir a preocupação sobre a implementação deste controle, sobre como se dirá qual antecedente é vinculado e qual é desvinculado. Pois é dever do juiz *exercer a presidência* do julgamento no Júri e, de acordo com o art. 497, do Código de Processo Penal, essa tarefa compreende várias funções. Segundo o artigo citado, cabe ao juiz de direito, durante os debates em plenário: a) regular os debates (inc. III) e; b) resolver as questões incidentes que não dependam da decisão do Júri (inc. IV). O bom andamento dos trabalhos, assim, é um dos encargos do presidente, que o garante pela monitoração e regulação das discussões, dúvidas, questões de ordem e apartes que normalmente surgem no calor das argumentações.

Desta maneira, a fiscalização judicial poderá ser implantada obedecendo a critérios mais ou menos rígidos. O controle poderá ser largo, sem contemplar qualquer *filtro documental* antes das sustentações orais, acerca de qual antecedente poderá ser ventilado. Nessa situação hipotética, o juiz pode fazer cessar imediatamente o julgamento assim que perceber o *mal uso*, por qualquer das partes, de um antecedente criminal. Sabe-se que “*a interrupção dos trabalhos do júri insere-se nas prerrogativas do juiz, ex vi do art. 497, VIII, que a exercerá com prudente arbítrio, evitando prejudicar as partes.*”⁷¹ Assim, no uso de suas demais atribuições, o presidente registraria advertência à parte responsável e explicaria ao corpo de jurados, com os detalhes e a técnica que entender necessária, que a menção foi indevida e não poderá ser considerada na avaliação da culpa ou da autoria.

Outra possibilidade é a análise prévia da certidão de antecedentes do réu, exclusivamente pelo magistrado, que escolherá, atendendo à nova redação do art. 417, inc. III, qual(is) deles poderá(ão) ser citado(s) durante os trabalhos, deixando as partes formalmente cientes desta seleção, a qual, se desrespeitada, será causa de nulidade absoluta por ataque aberto à *presunção de inocência*. Aqui, portanto, haveria o citado *filtro documental*, o que se constitui num controle rígido e mais aconselhável, tudo com vistas a assegurar meios concretos de amparo a uma das cláusulas mais sagradas do *direito dos homens*. É claro que a eficiência de todo esse procedimento dependeria

⁷¹ TJSP - Ap. Crim. 128.852 – Rel. Des. MENDES PEREIRA. RT 492/285.

do acerto de detalhes menores com vistas à preservação do sigilo dos antecedentes, que não poderia ser levantado aos jurados em hipótese alguma antes de votarem os quesitos.

10. Conclusão

Parece sempre presente a lembrança de Cândido Furtado MAIA NETO, de que “infelizmente, depois de dezoito anos de vigência do Texto Maior se declara que ‘*O Brasil é um país inconstitucional*’, pelos flagrantes desrespeitos às garantias individuais e indisponíveis do cidadão.”⁷² De fato, eventos como a morte lenta do princípio constitucional da presunção de inocência são um dos muitos que contribuem para essa constatação. Talvez esse problema tenha sido sempre uma constante na história do país, já que, segundo o estudo de Juarez TAVARES, “o Brasil do Império e da República é um só: um país cujo Estado sempre esteve dominado pelos grupos detentores de riqueza e de poder, internacionais e nacionais, mas legitimados, cada qual a seu modo no decorrer da evolução política, pelas regras jurídicas que fundamentam e disciplinam suas relações de hegemonia.”⁷³

A problemática da *malversação do antecedente criminal* pelos operadores jurídicos representa, portanto, somente uma ínfima parte da crise atualmente suportada pela garantia constitucional em questão, dentre outras igualmente contrariadas. A decretação automática de seqüestro/arresto prévio de absolutamente todos os bens móveis e imóveis do acusado de crime financeiro; a busca e apreensão de pertences pessoais que não têm qualquer relevância para o deslinde da investigação criminal; o oferecimento e o consectário recebimento de denúncias por atacado; o uso desmedido e suspeito de interceptações telefônicas e de dados por parte do Poder Público; o abusivo compartilhamento de informações sigilosas com a mídia⁷⁴; o indeferimento

⁷² MAIA NETO, Cândido Furtado. *Dos delitos e das penas no Brasil – em busca da justiça perdida dos direitos humanos das vítimas*, p. 67-87. In: *Notáveis do Direito Penal: livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti*. Brasília: Consulex, 2006, p. 68. A assertiva foi proferida num discurso do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Doutor Roberto Busato, na posse do Ministro Nelson Jobim na presidência do Supremo Tribunal Federal.

⁷³ TAVARES, Juarez. *A globalização e os problemas de segurança pública*. In: *Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha* (Stephan Hollensteiner, org.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 53.

⁷⁴ DOTTI enfatiza essa questão: “A mídia impressa ou eletrônica se encarrega de ampliar o impacto dos episódios denunciados. Aliás, essa parceria entre o Ministério Público e a imprensa tem sido frequentemente percebida quando os meios de comunicação publicam documentos submetidos por decisão judicial a sigilo ou ao exame de medidas cautelares (busca e apreensão, indisponibilidade de bens etc.) ou denúncia criminal, com detalhes quanto aos fatos e à tipificação antes mesmo de sua distribuição ao juízo competente. Cria-se com esse tipo de inconfidência forense um formidável paradoxo: o público toma conhecimento de elementos da acusação e de sua apresentação formal antes do magistrado ao qual a Constituição e a legislação atribuem o exercício do controle das atividades de investigação, das providências de cautela e dos termos da denúncia.” (DOTTI, René Ariel. *Um bando de denúncias por quadrilha*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 174, p. 6-8, maio 2007.)

injustificado de pedidos de vista de autos e de outros requerimentos corriqueiros, além de mais uma série de outras características semelhantes, identificam o processo penal de hoje e significam, igualmente, o abandono - sem remorso aparente - da cláusula constitucional. “Sob o pretexto de combate à criminalidade organizada”, anota TAVARES, “volta-se aos serviços secretos, abusa-se da expropriação de bens sob suspeita, dissemina-se a prisão para averiguações e, para delitos comuns, criam-se os agentes especiais. A política criminal se há transformado, enfim, em política de segurança, até mesmo com o chamado à intervenção das forças armadas.”⁷⁵

Num sistema jurídico em que a licitude é ditada de cima para baixo, ou seja, da Constituição para a legislação infraconstitucional, um problema desse aporte deve, ou deveria, gerar muita preocupação. Sim, pois é uma falha nuclear, um *defeito de base*, algo que contamina e adoece toda a dogmática que segue. Não é difícil entender que quando se parte de uma premissa equivocada, nula, todas as conclusões subseqüentes apresentarão, invariavelmente, a mesma mácula.

E os sintomas dessa *patologia jurídica* se apresentam na prática, onde o acusado sente na pele que na realidade não é presumido inocente, mas culpado. A gravidade desta depreciação constitucional é sempre notada com mais facilidade na seara criminal, onde os contornos das garantias assumem especial relevo, por sempre interagirem de maneira intensa com a liberdade, a dignidade, e com a própria vida. Na realidade, o fato de que revoluções e vários outros sacrifícios foram necessários para que se pudesse proclamar a inocência como regra absoluta hoje não passa, para a maioria e ao que tudo indica, de uma reminiscência fabulosa e alheia. Não à toa que João MESTIERI já expressava o seu espanto em 1992:

“Pretende-se construir um Direito Penal órfão da história, ignorante dos princípios e conquistas já apropriados pela humanidade, em homenagem a um tratamento sintomático do crime. (...) É de se parar para pensar. O que motiva esse trabalho de regressão uterina? Por que estamos a voltar às raízes da vingança privada? Será que o aprendizado de nossa humanidade, imensamente sofrido, foi uma quimera inútil? Devemos acreditar que milhões foram imolados na pira filosófica da superação humana... inutilmente?”⁷⁶

⁷⁵ TAVARES, Juarez. *A globalização e os problemas de segurança pública*. In: Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha (Stephan Hollensteiner, org.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 60.

⁷⁶ MESTIERI, João. *Leis hediondas e penas radicais*. In: Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Paulo Pimentel. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 194-195, 1992.

Os causadores desta fonte de interrogações, não se pode olvidar, somos nós. Os que redigem e também os que aplicam a lei. Talvez por isso, a *condição humana*, sobre a qual Hanna ARENDT tratou, devesse ser o objeto de estudo, ou ao menos de consideração. É evidente, pois não raro ao Direito Penal descabe trazer as respostas ao comportamento intrincado dos operadores jurídicos, animais humanos. Eis que julgadores, entretidos em *eliminar o mal*, cegos de acreditar na inanimada promessa da *law and order*, de que o rigor das penas, por si só, corta as raízes da delinquência, se criam no ambiente constitucional defasado da atualidade. Não seria de se estranhar, nesse passo, que se insuflasse a instituição, no Brasil, da pena de morte, pois ela sim estaria apta a afugentar os criminosos, ou os *inimigos*, como quer a construção beligerante do alemão Günther JAKOBS.

Como se a lei, por ser um documento público e sancionado por quem de direito, não contivesse falhas, ou não necessitasse adaptações ao dizer constitucional, cuja base é escorada na experiência multissecular dos povos. Daí que a aprovação açodada de leis, atividade que no combate à criminalidade passou a ser um fim em si mesmo, encontra um ambiente cômodo: é o que a população quer; e é o mais oportuno ao administrador estatal, que, como regra, só tem compromisso com a duração do seu mandato. E ao invés de se trabalhar a solução de um problema, cria-se outro.

Desembargador paulista aposentado, Alberto Silva FRANCO sabe que “o juiz de hoje é o resultado final de uma formação universitária que desemboca numa petrificante postura positivista, de um sistema de recrutamento que privilegia a cultura normativista.”⁷⁷ O magistrado que tem suas bases técnicas fixadas, isoladamente, em textos de lei, acaba por demonstrar conduta insegura, já que parte da idéia de que a lei é insubstituível e infalível, capaz de resolver todos os conflitos. “A submissão à lei é de tal ordem que, mesmo quando ela se mostre em flagrante colisão com o conteúdo material da Constituição, é dever do juiz preservá-la a qualquer preço. (...) A realidade, em sua dinâmica mudança, é incorporada seletivamente na medida do interesse do

⁷⁷ FRANCO, Alberto Silva. *E o juiz?* In: Boletim IBCCRIM. São Paulo, a. 12, n. 144, p. 2, nov. 2004.

juiz. Fora dele, nada importa: é de uma indiferença total.”⁷⁸ São a *boca repetidora da lei*. Não da Constituição.

De quebra, assume lugar nesse *turbilhão do desgoverno* a mídia, que ainda traz as cicatrizes de uma época em que a censura militar imprimia a supressão nas redações e matérias em geral. De alguns anos pra cá, há tempos livre dessas amarras, porém não satisfeita com sua irrestringibilidade ideológica, passa ganhar vigor no *risco* da exposição da intimidade e na exploração da privacidade, como se cobrasse da sociedade a dívida de todos aqueles anos de enclausuramento institucional. Não se poderá apurar com precisão se foram os *mass media* que se aproveitaram da venalidade de conceitos como a *lei e ordem* ou se foi o ente público que descobriu na telepublicidade global a ponte para a otimização das suas mensagens de momento. O mais provável é que ambos tenham sobrevivido desde o início numa relação de simbiose mútua.

O fato, independente dessas questões, é que está instalada e pulsante uma espécie de *mix* do *Panóptico*, de Jeremy BENTHAM, com o *Big Brother*, do 1984 de George ORWELL, tudo funcionando mais ou menos sob os auspícios de *Vigiar e Punir*, de Michel FOUCAULT, com a diferença de que a *consciência da vigilância*, hoje, tem na mídia um de seus principais patrocinadores, sempre contando com o apoio das ações investigativas oficiais indiferentes à presunção de inocência e imprescindíveis para configurar o *justiçamento sumário*, tipo de julgamento ultramoderno composto somente de contundente e espalhafatosa prisão provisória, que parece muito saciar a opinião pública.

Devido processo legal? Presunção de inocência? Se um dia conceitos desta natureza ocuparem manchetes jornalísticas haverá motivo para comemoração. Basta prestar atenção a um detalhe: se noticiam mais prisões ou mais absolvições? No Brasil parece haver uma cultura da descrença na absolvição; uma tendência a suspeitar da ausência da prisão corporal. Pena alternativa equivale à não efetivação da justiça. E o Judiciário, mormente nas primeiras instâncias, ciente dessa previsível e tradicional reação da comunidade, perde a chance de provar independência e solidez e passa a

⁷⁸ Idem.

manter altas taxas de condenações graves como exemplo e prova de eficácia.

Eficácia burocrática.

Ainda na atualidade, portanto, tal como na Roma antiga, vale o adágio: “à mulher de César não basta ser honesta, tem de parecer honesta”. Mais recentemente, SHAKESPEARE, que em suas obras imortais revelou conhecer profundamente os seres humanos, além da Filosofia, da Política, da Moral e tantas variantes do espírito, disse muito bem através de Hamlet, o Príncipe da Dinamarca: “Ainda que sejas tão casto como o gelo e tão puro como a neve, não escaparás da calúnia” (Ato III, cena 1). Isso que naquelas épocas não se havia a globalização. O *ônus da prova*, na prática, é para ser visto ao reverso: deve-se provar a inocência, e à exaustão.

O descompasso pontual entre a Constituição Federal e a prática criminal, ora apresentado, não pode ser visto como um pequeno defeito que não representa o enfraquecimento da presunção de inocência. Deve ser sentido antes como mais um sintoma, como que por amostragem, dentre os inúmeros que se podem reconhecer na militância, de que este patrimônio jurídico da humanidade - a presunção de inocência - é cada vez mais dilapidado, mais sucateado, não só na aplicação das leis como também na feitura e execução destas. E quem sabe, assim, este preceito-promessa possa realmente *ser*, em toda a sua extensão, aquilo que a redação do art. 5º, inc. LVII, da Constituição de 1988, tão-somente simboliza: "*Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*".

Com sobriedade, logo, é oportuno o enfrentamento da questão, pois muito há para fazer; bem menos há para crer. Como motivação inicial, valorosa a prudente reflexão do sociólogo Herbert de SOUZA: “Somos os utópicos, os diferentes, os fora de moda, mas sejamos também capazes e ousados. É preciso quebrar o gelo diante dos problemas graves que, de tão comuns, teimam em parecer normais. Indignar-se é o primeiro passo.”⁷⁹

⁷⁹ SOUZA, Herbert de. In: Almanaque Brasil de Cultura Popular, São Paulo, a. 4, n. 48, p. 4, mar. 2003.

11. Bibliografia

1. AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007. Obra lançada no 13º Seminário Internacional do IBCCRIM, em 2007.
2. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima – códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
3. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal – introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
4. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil)*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.
5. _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
6. BIASOTTI, Carlos. *Conceituação de maus antecedentes*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.7, ago. 1993.
7. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
8. BONFIM, Edilson Mougnot e CAPEZ, Fernando. *Direito penal, parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.
9. BRUNO, Aníbal. *Direito penal – parte geral*. Tomo 3º. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
10. CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Trad. de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
11. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC, Lumen Iuris, 2006.
12. _____. *Direito penal, parte geral*. 2. ed. ver. e ampl. Curitiba: ICPC; Lumen Iuris, 2007.
13. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, nº. 32. São Paulo: RT, out./dez. 2000.
14. DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Desconsideração prévia de culpabilidade e presunção de inocência*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, nº 70/Ed.esp., set. 1998.
15. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Ltda., 1984.
16. DOTTI, René Ariel. *A temeridade de um juiz paralelo*. In: O Estado do Paraná, Caderno Direito e Justiça, em 02.09.2001.

17. _____. *Curso de direito penal – parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
18. _____. *Testemunha abonatória: um tipo de prova? (I)*. In: O Estado do Paraná, Caderno Direito e Justiça, em 22.07.2007.
19. _____. *Testemunha abonatória: um tipo de prova? (Final)*. In: O Estado do Paraná, Caderno Direito e Justiça, em 29.07.2007.
20. _____. *Um bando de denúncias por quadrilha*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 174, p. 6-8, maio 2007.
21. FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
22. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2007.
23. _____.; STOCO, Rui (Coord.). *Código penal e sua interpretação – doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007.
24. _____. *E o juiz?* In: Boletim IBCCRIM. São Paulo, a. 12, n. 144, nov. 2004.
25. GOMES, Luiz Flávio. *O Brasil e o sistema de proteção dos direitos humanos fundamentais*. In: <http://www.parana-online.com.br/noticias/index.php?op=ver&id=153715&caderno=5>, acessado em 07 de agosto de 2007.
26. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência: princípios e garantias*. In: Estudos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 2003.
27. LIMONGI, Celso. *Um bom exemplo de análise da Lei Penal, à luz do princípio constitucional do devido processo legal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 101, abril 2001.
28. LISZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*. 4.ed. Tradução da 18. ed. alemã por Luis Jimenez de Asua. Madri: Réus, vol. 1, 1999, 3 v.
29. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
30. MAIA NETO, Cândido Furtado. *Dos delitos e das penas no Brasil – em busca da justiça perdida dos direitos humanos das vítimas*, p. 67-87. In: *Notáveis do Direito Penal: livro em homenagem ao emérito Professor Doutor René Ariel Dotti*. Brasília: Consulex, 2006.
31. MESTIERI, João. *Leis hediondas e penas radicais*. In: Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Paulo Pimentel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
32. _____. *Manual de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

33. _____. *Projeto de revisão e atualização das regras mínimas da onu para tratamento dos presos (1955)*. Relatório apresentado ao Comitê Permanente da América Latina, da Fundação Internacional Penal e Penitenciária. Rio de Janeiro, novembro de 2007.
34. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
35. MOYANO, Hélios Alejandro Nogués. *Um critério objetivo em antecedentes criminais*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 8, set. 1993.
36. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado, parte geral*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
37. PODVAL, Maria Fernanda de Toledo Rodovalho. *Maus antecedentes: em busca de um conteúdo [Comentário de jurisprudência]*. Boletim IBCCRIM. Jurisprudência. São Paulo, v. 2, n.17, jun. 1994.
38. SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.
39. SARAIVA, Wellington Cabral. *Antecedentes do réu e direito à suspensão condicional do processo penal*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.7, n.79, jun. 1999.
40. SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy, 2001.
41. SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
42. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
43. TAVARES, Juarez. *A globalização e os problemas de segurança pública*. In: Estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha (Stephan Hollensteiner, org.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.
44. _____. *Reflexões sobre a relação “violência e criminalidade”*. In: Direito penal no terceiro milênio – estudos em homenagem ao Prof. Francisco Munõz Conde. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.
45. TV CULTURA. Programa *Roda Viva*, exibido em março de 1997, tendo como participante Milton SANTOS. O programa pode ser adquirido no formato *dvd* em lojas especializadas
46. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
47. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*. In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.) *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

12. Índice

A) Resumo.....	v
B) Sumário.....	vi
Capítulo I – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E ATUALIDADE.....	01
1. Introdução.....	01
2. O princípio da presunção de inocência.....	03
3. A mídia, o risco e o <i>movimento de lei e ordem</i>.....	09
3.1 Política criminal.....	15
Capítulo II – A INTERPRETAÇÃO DO ANTECEDENTE CRIMINAL.....	19
4. A importância do antecedente criminal no sistema penal.....	19
4.1 Ausência de conceito legal.....	17
5. Conseqüências: a <i>acepção irrestrita</i>.....	21
5.1 As demais acepções.....	23
5.1.1 A <i>acepção restrita</i>	23
5.1.1.1 <i>Acepção restrita factual</i>	23
5.1.1.2 <i>Acepção restrita constitucional</i>	24
5.2 Procedimentos criminais em curso.....	26
5.3 A <i>acepção alternativa</i>	28
6. Benefícios de uma instrução bem conduzida.....	31
Capítulo III – O EXEMPLO DO ANTECEDENTE NO JÚRI.....	34
7. O debate em função do libelo-crime (CPP, art. 417).....	34
7.1 O questionário.....	34
8. Antecedentes vinculados e não vinculados ao fato.....	36
8.1 Antecedentes vinculados.....	36
8.2 Antecedentes não vinculados.....	36

	52
8.2.1 O exemplo da legislação inglesa.....	37
9. Proposta legislativa ao código de processo penal.....	39
9.1 Limitação do debate no júri por ato do juiz.....	41
10. Conclusão.....	43
11. Bibliografia.....	48
12. Índice.....	51