

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA. RECURSO EM LIBERDADE. ANTECEDENTES DO RÉU

Weber Martins Batista

I — Recurso em liberdade

1. A consagração do princípio de inocência do réu na Constituição de 1988 está dividindo doutrina e jurisprudência na interpretação do art. 594, do CPP, havendo quem defenda a idéia de que, com o advento da norma constitucional, o “famigerado art. 594 do CPP perdeu sua razão de ser” (Tourinho Filho, “ADV/COAD”, 04-89, pp. 19/22). Nesse sentido, algumas decisões têm afirmado que a regra do inciso LVII, do art. 5º, da Constituição “importou a supressão de eficácia do art. 594 do CPP relativamente a réu que respondeu solto ao processo, cujo recurso terá, validamente, efeito suspensivo” (Ac. un., TACRIM-SP, “RT” 645/296).

Em sentido contrário, Damásio (*CPP Anotado*, 1989, pp. 638/639) e a maioria das decisões dos Tribunais (“RT” 648/286, 644/280, 638/298) vêm entendendo que a consagração da regra constitucional não importou em revogação das modalidades de prisão preventiva ou cautelar existentes no CPP (“RT” 648/286 e 644/280), ou em leis extravagantes, como a Lei nº 6.368/76 (“RT” 640/280) ou a Lei nº 7.492/86, que define os crimes do colarinho branco. (Damásio, loc. cit.)

O princípio de inocência — como estabeleceu o XII Congresso da *Association Internationale de Droit Pénal* — exige que ninguém seja condenado ou formalmente declarado culpado sem o devido processo legal, com as garantias do contraditório, da ampla defesa e do princípio do *in dubio pro reo*.

Tempos houve, sobretudo na década de 1930 — o comentário é de Figueiredo Dias — em que a doutrina e a jurisprudência de certos países europeus, tomando o princípio da presunção de inocência no sentido mais imediato e terminante das palavras, chegaram a sustentar que o mesmo invalidaria todo e qualquer tipo de prisão preventiva. Agora, no entanto, não há “nenhum autor e nenhuma jurisprudência” que vejam nele um óbice à prisão preventiva (*A Revisão Constitucional*, Lisboa, 1981, p. 82).

2. O princípio de inocência, como se sabe, surgiu na Idade Média e foi acolhido na Ordenação francesa de 1670, como regra segundo a qual “a absolvição por falta de prova da culpabilidade trazia consigo uma presunção de inocência do réu” (Tornaghi, *Compêndio*, 1967, III/1.082). Acontece que a

Declaração de Direitos francesa, de 1791, foi muito além do que se pretendia, ao consagrar, não a simples presunção de inocência do réu absolvido, mas que “todo homem é inocente até que seja declarado culpado”.

Esta última regra acabou espalhando-se pelo mundo, ao ser acolhida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas, em 1948, e em algumas constituições atuais, como a italiana, a portuguesa, a argentina e, agora, a Constituição brasileira de 1988. Nestas, em vez de afirmar-se que o réu se presume inocente até ser declarado culpado, declara-se que o mesmo não se considerará culpado antes da condenação.

De qualquer modo, qualquer que seja a redação, a regra vale tão-somente — e todos concordam nisso — como uma idéia-força, no sentido de impedir que o réu seja tratado como se já estivesse condenado, que sofra restrições de direitos que não sejam necessárias à apuração dos fatos e ao cumprimento da lei penal, em suma, que não seja tratado como mero objeto de investigações, mas como sujeito de direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal, sobretudo “as garantias da plena defesa” (*Bettiol, Scritti Giuridiche in onore di Francesco Carnelutti*, 4º, Napoli, p. 132).

As críticas à presunção de inocência, tal como foram formuladas, são numerosas e irrespondíveis. De fato, não se pode presumir alguém inocente, exatamente quando está respondendo a processo, porque há prova de que foi cometido um crime e indícios de que é seu autor, ou quando, por força daquela prova e em razão de indícios ainda mais sérios, é posto sob custódia preventiva. O acusado, diz *Garofalo*, só é acusado porque existem razões pelas quais o magistrado que o envia a julgamento acredita que seja culpado (*in Velez Mariconde, Derecho Procesal Penal*, II, 2ª ed., p. 34).

A fórmula consagrada em nossa Constituição, portanto, tomada em sentido puramente literal, não escapa à mesma crítica, por contrariar a lógica mais elementar. Diz o item LVII, do art. 5º, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ora, a sentença condenatória *com* trânsito em julgado pressupõe, necessariamente, uma sentença condenatória *sem* trânsito em julgado, e esta, a seu turno, só pode ser prolatada se o juiz, mais do que presumir, tiver *certeza* de que o réu é culpado. Logo, é evidente que o réu deve presumir-se culpado *antes* da decisão condenatória com trânsito em julgado.

Acontece que talvez em relação a nenhuma outra regra caiba, com mais propriedade, a afirmação de Figueiredo Dias, segundo a qual um preceito jurídico — e, de forma muito especial, um preceito constitucional — é naturalmente o seu texto, mas é também, e sobretudo, a sua história.

A origem da norma, sua evolução histórica, seu significado, hoje nas Constituições de alguns países, mostram que a mesma não deve ser interpretada como afastando a presunção *hominis*, do juiz, que lhe permite impor medidas restritivas ao réu, as chamadas "*presunções naturais*, sem as quais nenhuma decisão seria possível" (Figueiredo Dias, *A Revisão Constitucional*, Lisboa, 1981, p. 83), mas deve ser entendida como exigindo que se dê ao réu ainda não condenado em definitivo um tratamento compatível com seu *status* de acusado.

Esse tratamento implica o direito a um processo onde sejam asseguradas as garantias da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e, sobretudo, onde não sofra restrições à liberdade que não sejam rigorosamente necessárias à apuração dos fatos e ao cumprimento da lei.

A prisão cautelar do réu que não é primário ou não tem bons antecedentes, como condição para recorrer da sentença condenatória, atentaria contra a norma constitucional que consagra o princípio de inocência? Parece evidente que não, e isso por todos os motivos.

Primeiro, porque tal medida não implica presunção de culpa. O juízo da cautela é mero juízo de periculosidade, não de culpabilidade. Ao determinar a prisão do réu condenado, *porque* reincidiu na prática de crime ou porque tem maus antecedentes e cometeu um delito de maior gravidade (se a condenação for por ilícito de pequena ou de média gravidade, o réu poderá recorrer em liberdade, sob fiança ou porque se livra solto), a lei não o presume culpado, mas perigoso.

O *fumus boni iuris*, um dos pressupostos da medida cautelar, que é um juízo de mera probabilidade, na prisão em flagrante, na prisão preventiva e na pronúncia, torna-se quase um juízo de certeza na sentença de condenação recorrível. O outro pressuposto da medida, o *periculum in mora*, deixa de existir como garantia da instrução criminal, não há dúvida, mas em compensação torna-se muito mais intenso na modalidade do risco de fuga.

Por que, então, afirmar que não cabe a medida cautelar nesse momento, se todos concordam em que as demais formas de prisão cautelar não foram atingidas pela norma do art. 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988?

3. Afaste-se, portanto, a idéia de que o art. 594 do CPP impede que o réu reincidente ou de maus antecedentes recorra em liberdade da decisão que o condenou por crime mais grave *porque* o presume *culpado*: ele o faz porque o presume *perigoso*. A pergunta que se deve fazer é, portanto, outra: pode existir essa presunção, em face de nova norma constitucional?

O princípio constitucional de inocência — não há dúvida — não permite que o legislador ordinário formule normas que restrinjam a liberdade pessoal do réu, fora ou além dos limites necessários para assegurar a aplicação da lei penal ou garantir a ordem pública. A necessidade da restrição resulta, normalmente, da apreciação dos fatos pelo juiz, em cada uma das hipóteses concretas por ele examinadas.

Nada impede, no entanto — é o que a própria Constituição impõe concluir —, que o legislador afirme antecipadamente, com base na natureza do crime, nas qualidades do agente, na repercussão do fato ou em outros elementos semelhantes, a necessidade ou conveniência da medida cautelar, havendo inúmeros exemplos, a respeito, na legislação ordinária.

A reincidência e, de um modo geral, os maus antecedentes do réu são consagrados em inúmeros dispositivos de leis, tanto de direito processual como de direito material, como capazes de gerar uma presunção *absoluta* de periculosidade.

Não se concede fiança ao preso em flagrante pela prática de crime doloso que tenha sido anteriormente condenado, em sentença transitada em julgado, por outro crime doloso (CPP, art. 323, III), porque o legislador o presume perigoso.

Pelo mesmo motivo, não se concede a suspensão condicional da pena ao condenado reincidente (CP, art. 77, I), e este só poderá obter o livramento condicional depois de cumprir mais de metade, e não apenas mais de um terço da pena a que foi condenado (CP, art. 83, II). A recente Lei nº 8.072, de 25.07.90, a seu turno, que dispõe sobre os crimes hediondos, arrola uma série de crimes (arts. 1º e 2º) em que, entre outras coisas, não cabe a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 2º, II).

Ora, parece impossível dizer que estas normas, porque consideram necessária a prisão do réu, com base no crime por ele praticado ou no fato de ser o mesmo reincidente, contrariam o princípio de inocência. De um lado, porque implicam a formulação de um juízo de periculosidade, não de culpabilidade, como o profbe a Constituição. De outro, porque, ao contrário do que se alega, estão de acordo com norma expressa da Constituição, o inciso XLIII, do art. 5º, que consagra hipótese em que a prisão cautelar é necessária, por força de natureza do crime praticado.

No artigo mencionado, Tourinho Filho fala em “famigerado art. 594, do CPP”. Na realidade, esse artigo consagra uma conquista do processo penal brasileiro, ao permitir que os réus condenados, salvo exceções, recorram em

liberdade da decisão de primeiro grau. A por ele denominada “liberal Constituição de outubro de 1988” (loc. cit.) é que não tem, em tema de liberdade provisória, nada de liberal. Ao contrário, dá um verdadeiro “passo atrás”, ao consagrar a possibilidade — na realidade, não apenas permite, mas *impõe* — da prisão cautelar com base apenas na gravidade do fato praticado.

Esta solução, além de tratar com o mesmo rigor de ações muito ou muitíssimo graves, como as de quem pratica ou manda praticar um crime hediondo, a ação de pequena gravidade, como a de quem, por não ser herói, se omite no evitar a prática do crime, o que não é justo, contraria — o que não é correto — tudo o que se tem defendido entre nós e em todo o mundo civilizado, sobretudo a partir da década de 1960 (veja-se, do autor, *Liberdade Provisória*, Forense, 2ª ed., pp. 46 e segs.).

De qualquer modo, crítica à parte, o inciso XLIII, referido, mostra que é *constitucional* o estabelecer, antecipadamente, com base na natureza do fato ou em outros elementos semelhantes, hipóteses onde a prisão cautelar é necessária. Logo, parece evidente a conclusão de que a norma do art. 594, do CPP, não atenta contra o princípio de inocência do réu e, em consequência, não foi ab-rogada pela Constituição.

4. É comum ler-se que a norma do art. 594 do CPP, que permite ao condenado primário e de bons antecedentes recorrer em liberdade, não constitui direito do acusado, mas mera faculdade deixada prudentemente ao arbítrio do juiz. Em parecer a acórdão do Col. STF, de 14.10.80, afirmou o douto Procurador que não se pode ignorar que a Lei nº 5.941, no que tange à concessão do direito de apelar em liberdade, outorga ao juiz uma faculdade e não uma obrigatoriedade, acrescentando que não é outra a orientação mais recente do Pretório Maior, quando proclama tratar-se de faculdade do julgador (“*Lex-Juris. STF*”, 29/345).

Não é esta, *data venia*, a melhor interpretação da regra do art. 594. O poder discricionário — como se vê na lição dos administrativistas, em cujo campo o instituto ocupa posição de relevo — caracteriza-se pela liberdade que tem o agente, em presença de uma determinada situação de fato, de optar por uma das várias soluções postas à sua disposição, ou, se se preferir, à sua discricção.

Nem sempre é possível — como argumenta Barbosa Moreira — que a lei determine com nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, descrevendo exaustivamente todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Acontece que esses conceitos indeterminados integram a descrição do fato, ao passo que a discricionariedade se situa todo no campo dos efeitos (“*Regras de Experiência*”, in “*R. For.*”, 261/14-16).

No caso do art. 594, referido, o *fato jurídico* compõe-se de dois elementos: a primariedade do réu e seus bons antecedentes. A caracterização do primeiro se faz objetivamente; mas a do segundo exige o exame de dados mais ou menos subjetivos. Nem por isso se pode dizer que se trata do exercício de um poder discricionário, pois, identificado o fato, a consequência legal é uma só, a possibilidade do condenado apelar em liberdade.

Assim tem decidido o Col. STF, como se vê em acórdãos mais antigos ("RTJ", 73/101) e mais recentes ("*Lex-Jurisp. STF*", 19/323).

5. De acordo com o texto do art. 594, do CPP, pode recorrer em liberdade o réu primário e de bons antecedentes, "assim reconhecido na sentença condenatória". Não é imprescindível, no entanto, o reconhecimento *expresso* na sentença; basta que o réu *seja* primário e *tenha* bons antecedentes.

Pode acontecer que o juiz não reconheça, expressamente, o direito do condenado de recorrer em liberdade, mas os termos em que é prolatada a decisão não deixam qualquer dúvida quanto a seus bons antecedentes e a sua primariedade. Isso ocorre quando a sentença nada diz contra sua pessoa, impõe-lhe pena mínima, concede-lhe favores legais só conferíveis aos réus naquela situação etc. Nesses casos, apesar do silêncio do prolator, parece evidente o direito do condenado de apelar em liberdade.

Mas não é só no silêncio do julgador que se pode interpretar a hipótese em favor do réu. Mesmo quando o juiz nega a este o direito de recorrer em liberdade, mas o faz fundado em motivo que, a toda evidência, não justifica a restrição, pode e deve o Tribunal assegurar-lhe o direito ao recurso em liberdade.

É o que aconteceria — por ex. — se a negativa se fundasse no só fato de ser o réu revel, ou no de ter faltado com o "dever de lealdade para com o Juízo, negando a prática de crime que, a toda evidência, cometeu", ou — todos os exemplos são de casos reais — no de, sendo revel, não ter feito prova de que tinha habilitação para dirigir veículo motorizado, o que levou o magistrado a admitir (a condenação decorreu de acidente no trânsito) que o condenado poderia reincidir no mesmo ilícito.

Em todos esses casos, embora o silêncio do juiz ou, mesmo, sua negativa expressa, parece evidente o direito do réu de recorrer em liberdade.

6. Quem decide se o réu é primário e tem bons antecedentes e, em consequência, pode recorrer em liberdade é o juiz de primeiro grau. Por esse motivo, se este permitir que o condenado recorra solto e, dessa decisão, não houver recurso do MP, o Tribunal não poderá deixar de conhecer, por esse motivo, do recurso interposto.

Tem-se afirmado, em contrário, que sendo a primariedade e os bons antecedentes pressupostos de admissibilidade do recurso, não tem direito de apelar em liberdade o réu reincidente ou o que não tem bons antecedentes, e como compete ao Tribunal do recurso, antes do exame do mérito decidir se estão presentes aqueles pressupostos, pode o mesmo deixar de conhecer do apelo recebido pelo órgão de primeiro grau.

Esta afirmação não parece a melhor. O réu que praticou o crime a ele imputado não tem o *direito* de ser absolvido, mas se o for e o MP não recorrer, não pode o Tribunal modificar aquela decisão. A mesma coisa acontece na hipótese examinada. Se o juiz, ainda que por engano, entendeu que o réu era primário e tinha bons antecedentes e, por esse motivo, permitiu-lhe apelar em liberdade, sem recurso do MP, não pode o Tribunal deixar de conhecer do apelo, pois não pode piorar a situação do réu em seu próprio recurso.

Diferente é a hipótese em que o prolator da sentença, com base no fato de ser o condenado reincidente ou ter maus antecedentes, negou-lhe o direito de recorrer solto e, a seguir, por engano, ele mesmo ou outro juiz recebeu a apelação interposta pelo réu. Nesse caso, pode e deve o Tribunal deixar de conhecer do apelo, por falta de pressuposto de admissibilidade.

7. Algumas decisões têm negado a possibilidade de ser reapreciada em *habeas-corpus* a decisão do juiz de primeiro grau que nega ao réu, por causa de seus maus antecedentes, o direito de recorrer em liberdade. É evidente que não cabe — para usar a expressão da maioria — “nos limites estreitos” desse procedimento sumarríssimo a análise subjetiva de toda a prova colhida no processo sobre a personalidade do réu.

Se, no entanto, e tal como ocorre com qualquer outro problema de restrição ilegal à liberdade do indivíduo, o pedido fundar-se em prova indubiosa, evidente, inafastável de que o paciente tem direito ao benefício, ou seja, desde que se trate de direito líquido e certo, *pode* e *deve* o problema ser examinado em pedido de *habeas-corpus*.

As hipóteses antes mencionadas, de admissão implícita, pelo juiz, dos bons antecedentes do condenado, ou de negativa do direito fundado em motivo que a toda evidência não a justifica, caracterizam situações de constrangimento ilegal evidente, sanáveis por meio de *habeas-corpus*.

8. O conceito de primariedade não é pacífico, na hipótese. Estabelece o art. 63, do CP, que “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

O Código não deixa dúvida quanto à conceituação da reincidência. O que se discute é sobre a possibilidade de existir um terceiro gênero de réu que não é reincidente, mas também não é mais primário. O problema é importante na análise do art. 594, do CPP.

Suponha-se um réu condenado por crime de furto, que praticou quando ainda não tinha contra si nenhuma condenação por crime anterior, com trânsito em julgado. Acontece que, ao ser condenado pelo furto, verifica o juiz que, depois da prática desse crime, o réu acabou sendo condenado, por outros crimes, com decisões transitadas em julgado. Não há dúvida de que *não* é ele reincidente. Seria, no entanto, *primário*?

Delmanto (*CP Com.*, 1988, p. 111) e Damásio (*Comentários*, 1985, 2º vol., p. 632) entendem que sim, que o conceito de *primariedade* é o único que se contrapõe ao de *reincidência*, ou seja, o réu que não é reincidente, é primário.

A meu ver, não. É certo que, ao condená-lo pelo furto mencionado, não pode o juiz agravar sua pena por força da reincidência, que não existe, mas pode e deve negar-lhe o direito de recorrer solto, pois não se trata de réu primário, vocábulo que deve ser reservado para quem ainda não sofreu nenhuma condenação anterior, com trânsito em julgado.

Na maioria das vezes, é certo, o juiz terá como negar o benefício do art. 594, referido, fundado na consideração de que o condenado não tem bons antecedentes. Juridicamente, no entanto, poderá fazê-lo pela simples falta do pressuposto da primariedade.

9. Os bons antecedentes dizem respeito a toda a vida do réu, sob o aspecto individual, familiar, social, profissional, intelectual, todos os fatos de sua vida, com base nos quais é possível concluir se o ilícito praticado é um episódio esporádico ou, ao contrário, retrata com perfeição seu modo de ser.

As anotações em folha penal, não esclarecidas, de inquéritos ou de processos em andamento contra o réu e, sobretudo, de inquéritos arquivados e de processos em que o mesmo foi absolvido — como se analisa, mais demoradamente, na segunda parte do artigo — não podem ser consideradas como maus antecedentes.

Mesmo que o réu mantivesse um bom comportamento antes de praticar o delito, mas desde que passou a ter uma conduta reprovável, à época do crime ou depois dele, mas *antes* da sentença condenatória, parece evidente que não tem direito de apelar em liberdade.

Para se saber se o réu possui, ou não, bons antecedentes, disse-o a douta Procuradora Haydevalda Sampaio, deve-se examinar toda a sua conduta,

não só antes do crime, mas até a época da sentença. Seria uma contradição que alguém pudesse apelar em liberdade, embora tenha se tornado um mau elemento, mas apenas porque tinha, antes do crime, um comportamento exemplar.

Esse tem sido o entendimento do Col. STF, que vem decidindo que se deve considerar na apuração dos antecedentes do réu toda sua conduta, não só antes do crime, como até a época da sentença (Ac. un., 2ª Turma, 01-03-83, "*Lex-Jurisp. do STF*", 54/398).

O vocábulo *antecedentes* não é usado nos Códigos com o sentido único daquilo "que antecede ao crime". Quando o Código Penal trata dos antecedentes do réu, como causa de agravação ou de atenuação de sua pena, é lógico concluir que se refere às circunstâncias que antecederam o cometimento do crime.

No caso do art. 594, do CPP, no entanto, como se cuida da formulação de um juízo para o futuro, com base em tudo o que aconteceu *até então*, deve-se entender que o vocábulo se refere a todos os fatos ocorridos até o momento da prolação da sentença.

10. Pode o juiz considerar maus os antecedentes do réu, não com base em outros fatos, mas nas próprias circunstâncias do crime pelo qual foi condenado? Em voto proferido no Col. STF, afirmou eminente Ministro que não, sobre o fundamento de que as circunstâncias do crime *não* são antecedentes, são o próprio crime, em sua moldura fática. O comportamento do réu no fato criminoso da condenação — acrescentou — serve de base à fixação da pena e af exaure suas consequências imediatas ("*RTJ*", 77/146).

Esse entendimento, no entanto, ficou vencido. Como o ressaltou o culto Min. Cordeiro Guerra, em seu voto vencedor, não impressiona a alegação de que as circunstâncias do crime não são antecedentes, são o próprio crime, pois, como observa *Altavilla*, *nel reato é tutto il delinquenti*, isto é, seu passado, a revelação do que é capaz de fazer.

Por isso mesmo, acompanhando seu voto, a Col. 2ª Turma do STF decidiu que o juiz pode, face às circunstâncias do crime e à personalidade do agente, concluir validamente pela inexistência dos bons antecedentes a que fica, na lei, subordinado o direito de apelar em liberdade ("*Lex-Jurisp. do STF*", 29/345).

A verdade é que a análise dos bons ou maus antecedentes do réu não pode ser dissociada do comportamento do acusado, quer nas circunstâncias subjacentes, quer no evento criminoso em si, pois o que importa é impedir que os réus perigosos sejam colocados em liberdade.

Esse entendimento — ao contrário do que se chegou a dizer — não implica consagrar um *bis in idem*. A condenação e o grau de pena são impostos ao réu na medida de sua culpa, pelo que *fez*: o direito de recorrer em liberdade lhe é negado pelo que *poderá* vir a fazer.

O juiz examina as circunstâncias ligadas ao fato e à pessoa do réu para realizar dois tipos de julgamento. De um lado, formula um juízo de certeza: com base no que o réu *fez*, em razão de sua *culpabilidade*. Impõe-lhe um tipo de pena, em qualidade e em quantidade. De outro lado, formula um juízo de probabilidade: com base no que o réu *é*, e imaginando o que *poderá* vir a fazer se permanecer solto, decreta ou mantém sua prisão cautelar. Assim o fazendo, estará presumindo a *necessidade* da medida, em face da possibilidade de o réu fugir ou pôr em risco a ordem pública.

Não é novidade dizer que o mesmo fato pode atrair para o agente mais de uma consequência jurídica grave. No caso específico da prisão cautelar — e é dela que se cuida —, ninguém reclama porque o fato em que se funda a custódia do réu é o mesmo que *poderá* servir de base a sua condenação.

Se se admite que o indiciado ou réu pode ser mantido preso cautelarmente, *antes* da sentença condenatória, mesmo sendo primário e não havendo outros fatos que desabonem seus antecedentes, mas apenas porque as circunstâncias ligadas ao crime por que responde fazem supor que, em liberdade, porá em risco a aplicação da lei penal ou a ordem pública, parece evidente a conclusão de que é possível supor a *mesma* coisa, com base nos *mesmos* elementos, após a sentença condenatória.

Em conclusão: o juiz deverá negar ao réu o direito de recorrer solto sempre que entender — com base em fatos desabonadores praticados antes ou depois do crime por que está sendo condenado ou fundado nas próprias circunstâncias do crime por ele cometido — que o mesmo, em liberdade, põe em risco a aplicação da lei ou a ordem pública.

II — Antecedentes do réu

1. No que tange à caracterização dos bons ou maus antecedentes do réu, para o efeito da dosagem da pena a ser-lhe imposta na sentença condenatória, o princípio constitucional de inocência tem ainda maior importância.

A partir da consagração, no Código francês de 1810, do poder de fixar o juiz a pena do réu dentro de limites mínimo e máximo estabelecidos na lei, as legislações modernas passaram a dar àquele uma liberdade cada vez maior na escolha, não apenas da quantidade, como também da qualidade da reprimenda.

menda a ser imposta. Para isso, arrolam uma série de elementos ou circunstâncias, que o juiz deve considerar na imposição da pena, algumas, de forma obrigatória, como as agravantes ou atenuantes especiais de algumas figuras típicas; outras, como agravantes ou atenuantes genéricas; outras, enfim, como elementos que o juiz sopesa para a escolha e fixação da pena-base.

Entre estas últimas, como elemento importantíssimo na caracterização da personalidade do agente, estão seus antecedentes *judiciais*, como todos os episódios de sua vida como pessoa, antecedentes que compreendem não apenas os antecedentes como membro da família e como membro da sociedade. Os antecedentes do réu permitem ao juiz verificar — o que é muito importante — se o fato praticado está conforme a personalidade do agente ou, ao contrário, é um episódio esporádico em sua vida.

O moderno direito penal da culpa ainda continua sendo, em todo o mundo civilizado, um Direito Penal de *ato*, não um Direito Penal de *autor*. O agente é punido pelo fato que praticou, não pela conduta imprimida à sua vida. Apesar disso, a culpabilidade pela *conduta da vida*, ou a *culpabilidade de caráter* exerce, hoje, uma influência muito grande, em alguns casos, na escolha e, em todos eles, na mesma medida da pena.

Todos os estudiosos do problema concordam em que a gravidade da reprimenda se mede pela gravidade do delito. Ocorre que, para sopesar esta última, devem ser considerados, não só os elementos que se ligam ao fato, como também os que dizem respeito à pessoa de seu autor.

O réu, não há dúvida, é punido pelo que *fez*, mas a pena lhe é imposta, em grande parte, pelo que *é*. Por isso mesmo, talvez se possa dizer que todas as normas que criam as figuras e estabelecem as penas são verdadeiras normas penais em branco, que precisam ser preenchidas, em cada caso, com a pessoa do réu, com suas grandezas e suas misérias humanas, com suas qualidades e com seus defeitos. Entre os elementos que compõem a *personalidade* do agente e, portanto, influem na apenação, ocupam posição de relevo seus antecedentes.

Como diz Anibal Bruno, a pena não tem que referir-se unicamente ao crime, na sua objetividade, mas também ao homem que o cometeu. Os antecedentes do réu contribuem a definir-lhe a personalidade, a forma normal do seu comportamento, as reações que costuma opor às provocações do ambiente e que são sinais reveladores de sua maneira de ser. E, para isso, não só os seus antecedentes penais judiciais, mas os seus hábitos de comportar-se em contato com a família, com os seus próximos e com os vários núcleos de vida social de que partilha. (*D. Penal*, P.G., t. III, pp. 154/155).

2. Acontece que os antecedentes extrajudiciais do réu, as coisas boas ou más que fez fora da justiça, como pessoa humana, no seio da família, como membro de um grupo, raramente são trazidas a júízo. A averiguação da vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social — que deve ser feita pela autoridade policial, segundo determina o art. 6º, IX, do CPP — constitui, pelo menos entre nós, um ato formal, sem nenhum valor, em que um funcionário subalterno limita-se a anotar as informações pelo próprio investigado.

Não há, na realidade, nenhuma averiguação, nenhuma investigação sobre os antecedentes extrapenais do réu. A defesa ainda traz, algumas vezes, a notícia de comportamento a ele favorável, mas a acusação nunca ou quase nunca arrola os fatos menos nobres praticados pelo agente longe dos olhos da justiça.

Restam, portanto, para caracterizar a personalidade do réu e influir na pena a ser-lhe imposta, seus antecedentes judiciais, que ajudam o juiz a verificar se o ilícito cometido foi, ou não, um episódio isolado na vida daquele. A folha de antecedentes, as certidões dos distribuidores e as certidões dos cartórios dos júzcos criminais permitem esse exame. O que se discute é em que circunstâncias as anotações de inquéritos policiais e de processos anteriores, a que respondeu ou a que está respondendo o réu, podem ser consideradas como maus antecedentes.

Afasta-se, desde logo, a consideração de anotações por fatos *posteriores* ao crime em julgamento. Como a lei fala em *anteriores*, parece indubitosa a conclusão de que não se pode aumentar a pena do réu com base no que ele fez *depois* de praticado o crime por que está sendo condenado.

A ementa de um acórdão relatado pelo autor registra: “Pena. Eleição e dosimetria. Fatos posteriores — Agente que, mesmo após a condenação no júízo de primeiro grau, insiste em reiterar, com uma agressividade pouco comum, as ofensas feitas ao querelante. Embora isso seja sumamente reprovável e possa, até mesmo, dar origem a outros processos contra ele, não pode servir de base para a agravação da pena imposta neste processo, pois tais fatos são posteriores ao crime aqui narrado” (Ap. 19.385, 3ª Câmara, ac. un., 17.11.83).

3. Problema maior diz respeito à existência de inquéritos policiais ou de outros processos em andamento contra o réu e, sobretudo, da notícia de que foi absolvido em outro processo por falta de provas. Hungria sempre defendeu a idéia de que caracterizam maus antecedentes inquéritos arquivados por causas impeditivas da ação penal, condenações ainda não passadas em julga-

do, processos em andamento e “até mesmo absolvições anteriores por deficiência de prova” (*Comentários*, vol. V, Forense, 1981, p. 470), entendimento acolhido por Paulo José da Costa Júnior (*Comentários*, vol. I, Saraiva, 1987, p. 312).

Manzini, do mesmo modo, ao tratar dos maus antecedentes judiciais do réu, menciona expressamente as “absolvições por insuficiência de provas” (*Tratado de Derecho Penal*, trad. S.S. Melendo, I, 4, 1ª Parte, *Ediar*, 1949, pp. 24 e 309). Roberto Lyra vai mais longe, ao admitir como reveladores de maus antecedentes “os processos arquivados ou concluídos com absolvição, sobretudo (meu, o grifo) por falta de provas” (*Comentários*, vol. II, Forense, 1942, p. 182). Ou seja, o acréscimo da palavra *sobretudo* impõe a conclusão de que a sentença absolutória gera maus antecedentes, mesmo não sendo o réu absolvido por falta de provas.

Em sentido contrário, Fragoso e Delmanto. Depois de dizer que a folha de antecedentes policiais e as certidões dos distribuidores criminais permitem o exame dos antecedentes do réu, acrescenta este último que “processos com absolvição ou arquivados não podem ser pesados em desfavor do agente, pois há a presunção de sua inocência” (*CP Comentado*, Renovar, 1988, p. 97). Fragoso faz a mesma afirmação e acrescenta que os pobres, pelo ambiente em que vivem, estão mais sujeitos a envolver-se, injustamente, em processos (*Lições*, P.G., Forense, 1987, p. 336).

Os tribunais estaduais têm acolhido, em maioria, este último ponto de vista. Em acórdão do Eg. TJ-RS, o eminente Des. Cristóvão afirmou que “por força do princípio da presunção de inocência, reafirmada sentencialmente, defeso negar-se os bons antecedentes, forte apenas na existência de processos, solucionados com a rejeição da pretensão acusatória” (Ac. da 1ª C. Crim., Rec. nº 6.850, 16.10.85).

No mesmo sentido, tem decidido o TACRIM-RJ que “meras anotações na folha penal, mormente se o réu foi absolvido ou teve arquivados os processos aí mencionados, não podem levar, ao contrário do que se conclui, à presunção de culpa com relação a estes crimes. Mesmo havendo outro processo em andamento contra o réu, o juiz não pode, só com base nesta notícia, agravar sua pena” (Ap. nº 18.637, ac. un., 3ª Câm., 30.06.83, relatado pelo autor.).

Assim também o TACRIM-SP (Ac. un., 2º Grupo de Câmaras, 15.09.83), “*Julgados*”, 78/14.

O Col. STF, no entanto, continua acolhendo o ponto de vista contrário, que sempre foi defendido por Hungria. Foi o que fez, ao confirmar decisão do

TJ-GO, que considerou maus os antecedentes do réu porque este fora absolvido em outro processo “por falta de provas” (Ac. un., 2ª T., 08.05.84, “RTJ”, 114/563).

4. Acontece que aquelas primeiras opiniões e esta última decisão contrariam hoje, não apenas a lógica, como também o mandamento constitucional que consagra o princípio de inocência do réu, cujo propósito inicial, como se viu, era evitar que o réu fosse considerado culpado — *culpado*, mesmo, e não apenas *perigoso* — antes de ser condenado e, principalmente, depois de ter sido absolvido.

Sob esse aspecto, a norma constitucional não apenas é formal e substancialmente lógica, jurídica, como gera consequências práticas de grande importância. Se o réu foi absolvido no processo a que respondeu, ainda que isso tenha acontecido por falta de prova, *não* se pode presumi-lo culpado nesse processo. Sendo assim, a sentença que o absolveu por aquele motivo não pode servir, como fato jurídico, como atestado de maus antecedentes, para agravar sua pena em outro processo.

Esta afirmação parece incontestável. Se o juiz da causa, examinando todas as provas colhidas no processo, não se convenceu de que o acusado praticou o crime que lhe foi imputado, ou que o fez injurídica e culposamente, como admitir que outro juiz ou Tribunal, que nem sequer examinou aquelas provas, transforme a dúvida do prolator em certeza contra o réu?!

Transitada em julgado a decisão absolutória, ainda que consagre uma injustiça, ainda que tenha sido proferida em processos nulos, não mais pode ser modificada em desfavor do réu. A coisa julgada põe limite ao livre convencimento do julgador, impedindo que este, ainda quando apoiado em novas provas, julgue em desacordo com o que nela se decidiu.

Ora, se esta imutabilidade da sentença não pode ser atacada, nem mesmo em face de provas seguras, em contrário ao que se decidiu, como admitir que o seja, sem qualquer prova nova e — o que é pior — em hipótese onde o juiz ou Tribunal, ao fazê-lo, nem mesmo toma conhecimento das provas que levaram à absolvição do réu?!

5. Aventou-se a possibilidade de o juiz ou Tribunal, ao considerar, em desfavor dos bons antecedentes do réu, os processos em andamento e os processos terminados com absolvição por falta de provas, estar exercendo um legítimo poder discricionário, indeparável de sua função ao aplicar a pena. Acontece que ele não poderá considerar maus os antecedentes com base em coisas ou fatos de que *não há prova* no processo.

O prolator pode considerar na sentença circunstâncias judiciais e legais (CP, arts. 59/64) não mencionadas expressamente na inicial; é-lhe defeso, no entanto, fazê-lo sem base em prova, no processo, da existência daquelas circunstâncias, prova colhida com as garantias do contraditório e da ampla defesa. Ora, a simples notícia do inquérito ou do processo em andamento não constitui essa prova.

Se todas as pessoas com inquérito policial ou com processo em andamento acabassem sendo condenadas, e se todos os réus absolvidos por falta de prova fossem *culpados*, seria correto aceitar como prova de maus antecedentes a notícia do outro inquérito ou processo, ou da absolvição por aquele fundamento. Acontece que não é isso o que ocorre. Muitas pessoas respondem a processo mesmo sendo inocentes, e muitos dos absolvidos por falta de provas *são* inocentes. Assim, considerá-los culpados sem que tenham sido condenados implica formular um juízo que nem sempre corresponde à realidade e — o que é pior — que contraria, hoje, um dispositivo expresso da Constituição Federal.

É possível que o réu, que responde a outro processo, nele seja condenado. Se em vez de um estiver respondendo a dois, três ou mais processos, sua condenação, mais do que possível, pode ser considerada até mesmo *provável*. Em nenhuma das hipóteses, no entanto, ela é certa e, sem esse juízo de certeza, não se lhe pode impor pena ou — o que implica a mesma coisa — agravar sua reprimenda.

A simples notícia, não apoiada em qualquer outra prova idônea contra o réu, de inquéritos ou processos em andamento, bem como a de arquivamentos ou absolvições por falta de provas, não induz maus antecedentes. No caso dos inquéritos, porque, a não ser assim, estaríamos considerando o agente culpado *sem* processo. No dos processos em andamento, porque isso significaria antecipar a decisão do juiz competente e fazê-lo sem o exame da prova colhida contra o réu. Na hipótese de absolvição por falta de provas — por último —, porque isso implicaria verdadeira revisão criminal contra o réu, feita por autoridade incompetente, sem o devido processo legal, sem o exame da prova e em desconformidade com o mandamento consagrado no inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal.

Por todo o exposto, parece inafastável a conclusão de que não pode o juiz ou Tribunal considerar maus os antecedentes do réu e, em consequência, agravar sua pena fundado tão-somente na notícia de inquérito policial ou de processo em andamento contra ele e, sobretudo, na de que foi absolvido em outro processo, ainda que por falta de prova.