

AFIRMAÇÃO CONSTITUCIONAL DA DESCONSIDERAÇÃO DE CULPABILIDADE PREMATURAMENTE ASSENTADA E CONSEQÜENTE DIREITO DO ACUSADO DE RECORRER EM LIBERDADE

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

Professor Titular de Direito Processual Penal da
Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo

Um dos temas que não têm recebido uniforme e correto tratamento doutrinário jurisprudencial, dada a manifesta inaplicação do disposto no inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, é o referente ao reconhecimento do direito do acusado de recorrer em liberdade.

Realmente, e com abstração de nosso propagado entendimento (v. Devido processo penal e alguns de seus mais importantes corolários, em **Devido processo legal e tutela jurisdicional**, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1993, págs. 21/25; e **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, São Paulo, Saraiva, 1993, págs. 401/418), acerca da distinção entre prisão provisória tipicamente cautelar (prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva) e prisão provisória de natureza processual (decorrente de ato decisório de pronúncia, ou de sentença condenatória recorrível), temos que a mais grave falha da percepção de eminentes jurisperitos, a esse propósito, reside na asserção da necessidade de ostentar o acusado primariedade e bons antecedentes, a fim de obter o (também atecnicamente) afiançado “benefício” legal (cf., e. g., julgamento do Recurso de Habeas Corpus n. 2.616-2/SP do S.T.J., Relator Ministro JOSÉ CÂNDIDO, publicado no DJU, exemplar de 06.09.1993, por ementa; Rev. Trim. de Jurispr., vol. 134, pág. 805; Jurispr. do STJ e TRFs, vols. e págs. 26/264, 15/203, - este com apoio no entendimento de DAMÁSIO E. DE JESUS, **Código de Processo Penal anotado**, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, págs. 638/639; Rev. dos Tribs., vols. e págs. 660/346, 648/286, 640/301, 619/378; **Rev. de Jurispr. do TJESP**, vols. e págs. 136/536, 129/542, 128/539, 124/534, 122/545).

Chega-se mesmo a ressaltar, em alguns desses julgados (laborando-se, aliás, em manifesto equívoco, determinante do ora proclamado erro na sobrelevação das ineficazes disposições contidas nos arts. 408, § 2º, e 594 do Código de Processo Penal), que a “regra” é o recolhimento da pronunciado, ou provisoriamente condenado, à prisão, para recorrer; e a “exceção” a sua liberdade...

No primeiro dos indicados atos decisórios (procurando apenas exemplificar, também), fez-se, com indisfarçável caráter dogmático, essa inusitada e inaceitável afirmação, lendo-se, na parte inicial da ementa, **verbis**: “RECURSO DE HABEAS CORPUS. RECLAMADO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE (ART. 594, DO CPP). MAUS ANTECEDENTES COMPROVADA REINCIDÊNCIA DO PACIENTE. A regra estabelecida pelo art. 594, do Código de Processo Penal, é a do recolhimento do réu à prisão para apelar da sentença condenatória. A exceção decorre da sua condição de primário e de bons antecedentes ...”).

Finca-se a orientação nele sobrelevada, por certo, no enunciado da Súmula nº 9 do mesmo Superior Tribunal da Justiça (“A exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”), que, por sua vez, se mostra jungida à literalidade do art. 594 do Código de Processo Penal, assim redigido, **verbis**: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.

E, por isso, à evidência, e com o devido respeito, não pode (melhor: não deve) continuar prevalecendo, por ser afrontosa da referenciada preceituação constitucional, que, para não ser contrariada por tais pronunciamentos, deveria ter a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, se for primário e tiver bons antecedentes”...

Tal, aliás, o inominado absurdo da compreensão desse exigível (como suporte da ora guerreada tese pretoriana) complemento, que torna despiciendas mais alentadas considerações, porventura alvitradas pelo analista dos dispositivos constitucional e legal apontados, ao confrontá-lo exegeticamente.

2. Determinação conceptual de primariedade e bons antecedentes

2.1. Primariedade

Insta, outrossim, para melhor exame do importantíssimo tema, inclusive para justificar, devidamente, as precedentes asserções, determinar os conceitos de primariedade e de bons antecedentes, aduzidos, como visto, à redação originária dos aludidos arts. 408 e 594 do Código de Processo Penal pela Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, no primeiro com a adição do § 2º (até então inexistente), e no outro em ponto intermediário, **verbis**: “...se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória...”.

Não sem antes frisar, com a força da convicção formada em larga experiência científica e profissional, que qualquer deles jamais se apresentou, devida e necessariamente, como requisito do exercício do direito de recorrer em liberdade.

E, isso posto, verificando, de logo, que o de primariedade reclama aceção necessariamente técnica, a saber:

a) inexistência de condenação do acusado por sentença transitada em julgado, ou seja, de reincidência, tal como se tem, a contrario sensu, do disposto no art. 63 do Código Penal, assim redigido: “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”; ou,

b) embora existente mencionada condenação, ineficácia da reincidência, na forma prescrita no subsequente art. 64, **verbis**: “Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional se não ocorrer revogação; II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos”.

Como bem explica CELSO DELMANTO (v. **Código Penal comentado**, 3ª ed., atualizada por Roberto Delmanto, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 1991, págs. 102 e 104), reconhece a lei, no art. 63, que primário é “o agente que não tenha contra si a reincidência perfeitamente caracterizada, não obstante possa ter sofrido anteriores condenações não transitadas em julgado”; ou, tendo-a, esta não mais prevalece, dada a sua temporariedade

(cinco anos), perdendo, após o decurso do lapso temporal previsto no art. 64, I, a “sua força”, com relação ao “crime subsequente”.

Por outras, e quiçá mais simples, palavras, verifica-se a primariedade do agente quando este: a) não tenha sofrido condenação por sentença transitada em julgado precedentemente à prática de “nova” infração penal; b) sofrendo-a, o tenha sido por crime militar próprio ou político; ou, c) haja decorrido prazo superior a cinco anos, desde o cumprimento ou extinção da pena nela imposta, até a data da “infração posterior”, computando-se, outrossim, neste caso, “o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não houver revogação”.

Em suma, incorrendo reincidência pela prática de crime comum, ou dado o seu exaurimento, por força de decurso do mencionado prazo, tem-se a primariedade do agente de “nova” infração penal, a sua condição de primário.

Trata-se, como de início ressaltado, de conceito legal, por isso que eminentemente técnico, de sorte a inibir qualquer espécie de conjectura desatrelada dos dispositivos penais materiais que o embasam.

2.2. Bons antecedentes

2.2.1. Conceituação

Já a conceituação de bons antecedentes, é, sem dúvida alguma, mais difícil de ser estabelecida.

Diz, aliás, mais propriamente, com a inexistência de antecedentes, quais sejam lato sensu considerados, “todos os fatos ou episódios da vida anteacta” da pessoa envolvida numa persecução penal, e que “possam interessar de qualquer modo à avaliação subjetiva do crime” (cf., a respeito, **Julgados do TACrim-SP**, vol. 39, pág. 167; e voto do Juiz SÉRGIO PITOMBO na Revisão Criminal nº 236.782/8 da Comarca de São Paulo), - especialmente, no que interessa, de perto, ao estudo ora desenvolvido, do pronunciado ou provisoriamente condenado.

E, de qualquer modo, reclama, desde logo, desapego a qualquer subjetivismo, devendo ser determinada objetivamente.

Assim também, a superação de óbices ínsitos à concepção científica de instituições, no âmbito do Direito (não bastando, portanto, que se afirme ter bons quem não tem maus antecedentes, - vazia fórmula que poderia

ganhar sentido se, e quando, fixados estes, aqueles o fossem por exclusão...).

Por via de conseqüência, considerados todos os aspectos supra focalizados, torna-se possível asseverar, em abreviada síntese, que, bons antecedentes, na linguagem da lei, deveriam corresponder, em princípio, e rigorosamente, a digna e reta vivência pretérita, quer no seio da família e do trabalho, quer no da sociedade, sem qualquer mácula, sobretudo de natureza penal.

Avulta, entretanto, e certamente, nessa concepção, o derradeiro enfoque, até porque o viver bem, familiar, laboral e socialmente, é verificável sem maior dificuldade, e não representa, ao menos consoante implícito entendimento pretoriano, dado realmente expressivo (em senso crítico-técnico) no contexto da perquirição procedida, a respeito, pelo agente de Poder Judiciário - juiz ou tribunal, - no exercício da jurisdição criminal.

Com efeito, a par de determinados fatos muito pouco ou nada significarem na apuração dos antecedentes do indiciado ou do acusado (como, equivocadamente, alvitram alguns autores, v. g. **ARIOVALDO ALVES DE FIGUEIREDO, Comentários ao Código Penal**, São Paulo, Saraiva, 1985, vol. I, Pág. 164; referindo-se, inclusive, a “condenação em ação de desquite”...), presta-se a sua conduta social, precipuamente, para a individuação da pena, a teor do art. 59 do Código Penal.

Esclarece-o, satisfatoriamente, **PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, Comentários ao Código Penal**, São Paulo, Saraiva, 1986, Vol. I, Págs. 312/313, - após afiançar o destaque, em relação aos antecedentes, da conduta social, que, deles desdobrada, “adquiriu autonomia própria”, - expressando, **verbis**:

“Por conduta social deverá entender-se o papel que o acusado teve, em sua vida pregressa, na comunidade em que se houver integrado. Se foi um homem voltado ao trabalho, probo, caridoso, ou se ao revés transcorreu os seus dias ociosamente, ou exercendo atividades parasitárias ou anti-sociais. Será igualmente considerado o comportamento do agente no seio da família, o modo pelo qual desempenhou-se como pai e como marido ou companheiro. Será igualmente considerada sua conduta no ambiente de trabalho, de lazer ou escolar. Se se mostrava o agente sociável, cordial, educado, prestativo, ou introvertido, ríspido, egocêntrico, egoísta, agressivo para com seus colegas de trabalho, ou de escola, ou para com seus companheiros de clube”.

Ora, sobre o fato de não serem essas circunstâncias, normalmente,

objeto de indagação, pelo juiz, quando da verificação de antecedentes, constitui, na realidade, autêntico *bis in idem* (que deve, tanto quanto possível, ser evitado, posto que repugnante ao Direito...) a concomitante consideração da conduta social na individuação da pena e na determinação de outros efeitos, relacionados com os referidos antecedentes.

E, assim sendo, a perquirição destes, pelos órgãos jurisdicionais, deve cingir-se, como de fato se cinge, em linha de princípio, aos penais, referenciando a doutrina e a jurisprudência, como tais - aliás diversificada desuniformemente, - os alusivos a precedentes:

a) investigação criminal e indiciamento, durante o desenrolar de respectivo procedimento, do suposto autor de fato tido como penalmente relevante; e,

b) processo-crime, e, neste, especialmente, condenação por sentença ou acórdão transitado em julgado.

Daí, com abstração dos multifários e desencontrados pronunciamentos de juristas e magistrados, e até com o inescandível propósito de questioná-los, a importância de estabelecer, qual ou quais, dentre estes, implicaria, em desfavor do pronunciado, ou provisoriamente condenado, a inexistência de bons antecedentes, para os fins especificados na legislação penal, e, como tal, por eles alvitados.

2.2.2. Precedência de investigação criminal e de indiciamento

Em primeiro lugar, guardada a ordem da enunciação, o envolvimento em investigação criminal e, durante o seu desenrolar, o indiciamento do envolvido.

Bem é de ver, antes de qualquer outra averiguação, a esse propósito, que a sujeição de pessoa física, membro da coletividade, aos efeitos da instauração da *informatio delicti*, deve resultar, inafastavelmente, da notícia da prática de infração penal (*notitia criminis*), e de suposição, pela autoridade dela encarregada, de autoria delituosa.

À falta, ainda, de dados indicativos convergentes de que o investigado tenha cometido crime ou contravenção penal (v., a respeito, nosso Indiciamento e qualificação indireta, na Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983, vol. 571, pág. 292), inadmissível afigura-se, por certo, a convicção

de constituir o procedimento administrativo-persecutório de colheita de elementos instrutórios hábeis à basificação da propositura de ação penal fato negativo de bons antecedentes: qualquer outro entendimento levaria, como de fato leva, ao inominado absurdo de ter-se como previamente culpado ser humano ao qual totalmente alheia a infringência de norma penal material.

Da mesma maneira, o indiciamento – que reclama, em nossa opinião, atrelada à de ilustres processualistas penais (v., por todos, SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO, **O Indiciamento como ato de Polícia Judiciária, em Inquérito policial - novas tendências**, Belém, Cejup, 1986, págs. 35/45; e, ainda, Projeto de Lei elaborado pela Comissão de Juristas nomeados pela Portaria nº 349, de 16 de setembro de 1993, do Senhor Ministro de Estado da Justiça, para proceder à reformulação do processo penal brasileiro), precedência de ato formal da autoridade encarregada da investigação criminal, determinando-o motivadamente, - apesar de sua bem mais acentuada expressividade, não pode ser considerado antecedente denegridor da personalidade e do caráter do indiciado.

Vários, e igualmente relevantes, aliás, são os motivos justificativos dessa afirmação, a saber:

a) a ordem de indiciamento, sem a indispensável basificação probatória, apresenta-se, vezes inúmeras, abusiva;

b) o fato do indiciamento pode ser, desde logo, inoperante, em face do arquivamento dos autos de inquérito policial, dada a atipicidade, a incomprovação da materialidade do fato tido como ilícito, antijurídico e culpável, ou a verificação prévia da inexistência de qualquer indício suficiente de autoria delituosa;

c) mesmo indiciado e, em seguida, submetido aos efeitos de aforamento de ação penal, o acusado poderá ser absolvido, com fundamento num dos incisos do art. 386 do Código de Processo Penal, especialmente os de números I (comprovação da inexistência do fato), III (atipicidade do fato ou dos fatos narrados na proposição acusatória) e V (existência de circunstância excludente de crime, ou determinante de isenção de pena); e, por derradeiro,

d) um fato não pode, ao mesmo tempo, ser tido como irrelevante, com relação a um efeito, e, num antagonismo até chocante, relevante no tocante a outro.

Em abono dessa última afirmação, deve ser trazido, já agora, à colação o diuturnamente reiterado entendimento da jurisprudência nacional, inclusive

do Excelso Pretório, e, mais recentemente, do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, em princípio, “não constitui constrangimento ilegal o indiciamento em inquérito policial, haja vista tratar-se de procedimento administrativo que não encerra juízo acusatório. Cabimento do Habeas Corpus tão-só quando o fato em apuração não constitui, sequer em tese, ilícito penal, o que caracterizaria abuso de poder de indiciar da autoridade policial” (v., com farta referência pretoriana, lastreadora desse enunciado, **Jurispr. do STJ e TRFs**, vol. 48, págs. 616/619; e, no mesmo sentido, **Rev. Trim. de Jurispr.**, vols. e págs. 131/601, 121/79; **Rev. dos Tribs.**, vol. 658, pág. 336).

Ora, seria, na realidade, autêntico contra-senso (ou, no dizer de eminente e saudoso jurista paulista JOSÉ FREDERICO MARQUES, um “não-senso”, equivalente, por certo, a falta de senso...), proclamar a inoportunidade de constrangimento ilegal, quer na sujeição aos efeitos da instauração de inquérito policial, quer no indiciamento nos respectivos autos efetivado; e, em frontal antagonismo, conceber um deles, ou ambos, como fato ou fatos determinantes de antecedente penal, verificável em detrimento do investigado ou do indiciado...

E, por isso mesmo, sobretudo por amor à coerência - exigível sempre nas, embora diversificadas, parelhas situações, - e com o devido respeito aos que se equivocam na sua diferenciada análise, não há como vislumbrar-se nelas a existência de maus antecedentes, ou, em sentido inverso, a inexistência de bons antecedentes.

2.2.3. Sujeição a processo-crime

Por outro lado, a sujeição aos efeitos da formação e subsequente desenvolvimento de processo-crime de caráter condenatório, a partir da oferta de acusação, pelo Ministério Público ou querelante, e sua recepção a processamento, pelo órgão jurisdicional, também não se faz suficiente, per se, à efetividade de antecedente penal.

E isso, à evidência, não só pelo fato de o acusado poder ser absolvido, com fundamento no apontado art. 386 do Código de Processo Penal, especialmente nos incs. I, III e V, também já destacados; como, por igual, não se poder vislumbrar nos atos decisórios de pronúncia e de condenação recorrível (passíveis, por certo, de reforma ou revogação) a afirmação definitiva de culpabilidade do denunciado ou provisoriamente condenado.