

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O CONCEITO DE BONS ANTECEDENTES PARA APELAR EM LIBERDADE

ALBERTO ZACHARIAS TORON

Advogado criminal em São Paulo. Professor da
Faculdade de Direito da PUC-SP. Diretor do Instituto
Brasileiro de Ciências Criminais

1. Introdução — 2. O conceito de bons antecedentes — 2.1 Ações contemporâneas e posteriores ao crime podem ser consideradas como “antecedentes”? — 2.2 Inquéritos arquivados e ações penais em andamento podem macular os antecedentes penais? — 2.3 Os antecedentes prescrevem? — 3. O que se pode levar em conta em matéria de antecedentes? — 4. Os bons antecedentes dentro da sistemática do processo em face da Constituição de 1988 e da Lei dos Crimes Hediondos.

“Não percebo, disse Alice. É terrivelmente confuso!
“É a consequência de se viver para trás”, disse a Rainha
afavelmente. “Ao princípio fica-se um pouco entontecido”.¹

1. Introdução

No trabalho “O indevido processo legal, a ideologia da *law an order* e a falta de citação do réu preso para o interrogatório”, publicado na RT 685/277, procurei demonstrar, com apoio na valiosa lição da Prof.^a Ada Pellegrini Grinover, “que a prática judiciária penal é fortemente influenciada pelas condições sociais sob as quais se desenvolve o processo”.² Desse modo, em nome de um maior rigor ou eficiência do sistema punitivo, não raro, desprezam-se caras garantias de natureza processual.

No que concerne ao tema objeto do presente trabalho, em que pese a nova Constituição, não se passa diferente. Exemplo mais eloquente é a edição da Súmula n. 9 do c. Superior Tribunal de Justiça que proclamou, entre outras coisas, plenamente vigente a regra do art. 594 do CPP.

Em face do princípio constitucional da presunção de inocência, não se concebe porque alguém que tenha permanecido em liberdade durante o transcurso da ação penal deva, em razão de decisão recorrível de primeiro grau, recolher-se ao cárcere para recorrer em virtude, unicamente, de não possuir bons antecedentes.

Neste trabalho, com apoio em sentenças monocráticas e julgados de segundo grau, serão apontadas algumas das dificuldades do conceito de *bons antecedentes* e as diferentes maneiras de se encará-lo. Na sequência, será abordado o tratamento que o assunto vem recebendo por parte das Cortes Superiores e, por fim, como a temática deveria ser totalmente repensada do ponto de vista recursal em face da garantia de que se reveste o princípio da presunção de inocência, ou de não-culpabilidade segundo a preferência de alguns.

2. O conceito de bons antecedentes.

Como sensivelmente observa o Prof. Antonio Magalhães Gomes Filho: “enquanto o conceito de primariedade é objetivo, resultando da existência ou não de condenação anterior, a idéia de *bons antecedentes* é extremamente fluida, o que tem possibilitado a adoção de critérios jurisprudenciais extremamente largos, que incluem apreciações subjetivas a respeito da personalidade do agente e de circunstâncias do fato criminoso, estranhos à valoração da situação de perigo exigível para a decretação ou manutenção da custódia cautelar”.³

Para que se tenha idéia das dificuldades, vejamos o trecho de uma sentença lavrada por um ilustre juiz do interior paulista:

“Muitos foram os seus envolvimento anteriores com o crime, ainda que em alguns tenha sido absolvido (*geralmente por falta de provas*).

Um bom cidadão nem sequer é absolvido. Na verdade nem se envolve. É comum ouvir certas pessoas dizerem, como prova de bom cidadão: “nunca entrei e nem sei como é uma delegacia de polícia e no Fórum só fui tirar o título de eleitor”. É o meio de nossa sociedade medir o comportamento de uma pessoa. *Como não dar valor algum a uma série de arquivamentos de inquéritos e absolvições relativamente a uma mesma pessoa?* Não é o Juiz, é a sociedade que diz que tal pessoa não é boa cidadã.

Mas, abstraia-se da vida do réu os inquéritos instaurados contra ele e arquivados bem como todas as absolvições e também os processos em andamento, alguns já com condenação em primeira instância. Ainda assim se encontra a fls. 93 uma certidão dando conta de que foi condenado, com sentença transitada em julgado em 1.6.87, à pena substituta de 10 dias-multa, por infração ao art. 129, *caput*, do CP. (Estranhamente, no pro-

cesso respectivo havia sido denunciado por tentativa de homicídio e por fim foi condenado a meros 10 dias-multa. Não faz muito sentido isso porque, *ao que parece, o caso deve ter sido grave.* Talvez coisas assim tenham estimulado o acusado a continuar com seus desacerços) — os grifos são meus.

O excerto aqui transcrito oferece um quadro bastante ilustrativo das questões que o conceito de *bons antecedentes* pode suscitar. Há nele desde um problema de natureza metodológica quanto aos dados que podem ser levados em consideração para sua aferição (se o senso comum ou os ditames da ciência do direito) até os limites cognitivos do juiz com relação a processos findos.

Fazendo um paralelo das dificuldades, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça caminha num sentido diametralmente oposto ao esboçado na sentença. Para exemplificar, o Min. Celso de Mello conduziu mais de um aresto unânime em cuja ementa ficou dito:

“A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais, ou a perseguições criminais de que não haja ainda derivado qualquer título penal condenatório, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional consagrador da presunção de não-culpabilidade dos réus ou dos indiciados (CF, art. 5.º, LVII).

E inquestionável que somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com ela, descaracteriza-se a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade do réu, que passa, então — e a partir desse momento —, a ostentar o *status* jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes.

Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não

definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído (HC 68.641.9-DF — 1.^a T. — j. 5.11.91 — RT 690/390)⁴.

O magistrado paulista, para aferir bons antecedentes quando invoca o *saber popular* dizendo “um bom cidadão nem sequer é absolvido. Na verdade nem se envolve” acredita estar captando, no senso comum, uma espécie de fonte definidora “legítima e pura”.

Em primeiro lugar, nessa linha de pensamento, esquece-se, como bem adverte o Min. Marco Aurélio, que “O Direito é ciência e como tal possui institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio”.⁵ Depois, omite-se o fato de que o intérprete dá o colorido, o tom e o conteúdo que bem entende ao que, em verdade, *imagina ser* o pensamento popular o qual, aliás, pode ser muito elitista.

A propósito, o irracionalismo no Direito Penal, que prosperou na Alemanha nazista sob a orientação da escola de Kiel, “pretendendo captar o senso jurídico dos fenômenos em termos intuitivos e emocionais”, representa a sua própria decadência.⁶

O i. Prof. Nilo Batista, no seu fabuloso *Decisões criminais comentadas*, faz uma valiosa resenha sobre o que pensam os mais representativos doutrinadores no que concerne ao entendimento do conceito de *bons antecedentes*. Assim:

“Bento de Faria já recomendava que se devesse examinar “o seu comportamento (do réu), a extensão de suas relações, a consideração e o respeito que lhe são manifestados nesse ambiente, a atenção manifestada ao seu lar, a assistência e carinho dispensado à família”, acrescentando: “como bem observa Nélson Hungria, também devem ser pesquisados os antecedentes judiciais (...)” (*Código Penal Brasileiro*, Rio, 1961, III/7).

Aníbal Bruno igualmente recomenda seja verificada “sua inclinação ou repugnância ao trabalho ou a outras atividades honestas” (*Comentários ao Código Penal*, Rio, 1969, p. 95).

No mesmo sentido é a lição do grande Costa e Silva, para quem a conceituação de bons antecedentes seria extraída não só dos “antecedentes penais e judiciais” mas também “da vida anterior do mesmo réu, do procedimento contemporâneo ou posterior deste, e das condições de vida individual, familiar e social do mesmo” (*Comentários ao Código Penal Brasileiro*, S. Paulo, 1967, p. 188).

Costa e Silva, endossava, na passagem citada, o magistério de Manzini, que da mesma forma, após mencionar os “*precedenti penali e giudiziali*”, indicava a observação “dalla condotta e dalla vita del reo prima del reato; dalla condotta contemporanea e susseguente al reato; dalle condizioni di vita non solo individuali e familiari, ma altresì sociali del reo” (*Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino, 1959, v. III, p. 17).

O que se vê, portanto, é que os bons antecedentes defluirão de uma apreciação globalizante da vida anterior do acusado, não se podendo cingir a um só aspecto (um eventual desajuste familiar, um eventual traço anti-social, um eventual precedente judicial, etc.). Dessa forma, poder-se-á falar em antecedentes péssimos, maus, bons e ótimos.

E foi Hungria quem falou: “Os antecedentes a que se refere o art. 42 são todos os fatos ou episódios da vida anteacla do réu, próximos ou remotos (...). Tanto os maus e os péssimos antecedentes, como os bons e os ótimos” (*Novas Questões Jurídico-Penais*, Rio, 1945, p. 155).

Hungria, após anotar que “embora sem antecedentes judiciais, um indivíduo pode ter uma vida pontilhada de deslizes, de pequeninas infâmias ou faltas morais”, mencionava que “pode acontecer igualmente que um indivíduo com antecedentes judiciais já tenha praticado

atos de benemerência ou de especial valor social" (loc. cit.). E concluía, cunhando sua fórmula famosa: "Ao juiz compete extrair-lhe a conta-corrente, para ver se há saldo credor ou devedor" (loc. cit.).

E conclui: "Da lição de Hungria, conjugada ao ensinamento comum dos autores, se extraem duas conclusões importantes. Em primeiro lugar, a de que a idéia de bons antecedentes não corresponde à de pureza absoluta, apanágio dos santos e de uns poucos cidadãos virtuosos, mas sim a uma valoração positiva, numa escala que vai da apreciação de péssimos antecedentes à de ótimos antecedentes: havendo "saldo credor", há bons antecedentes, por modesto que seja o saldo. Em segundo lugar, a da relatividade dos antecedentes judiciários, que verdadeiramente (até pelo princípio da presunção de inocência) só podem fornecer uma fração das informações necessárias à composição de um quadro geral da conduta do acusado, a partir do qual se procuraria definir e avaliar seus antecedentes".⁷

No caso brasileiro, embora a doutrina e a jurisprudência apontem para a necessidade da pesquisa da vida familiar e social do acusado, a prática dos juízes, salvo raras e honrosas exceções, é a de verificar somente as ocorrências policiais e judiciais. De resto, não é ocioso destacar que as assim chamadas testemunhas de antecedentes recebem da parte de não poucos juízes e promotores o jocoso e depreciativo qualificativo de *testemunhas de canonização*. Isto dá bem uma idéia da preocupação que se tem com os antecedentes.

A verdade, para não se cometer nenhuma injustiça, é que em matéria de pesquisa de antecedentes não se pode dizer que uma estrutura altamente burocratizada e saturada como a do judiciário, onde não raro os prazos de formação da culpa de réus presos são excedidos, permitisse por mais ingentes que sejam os esforços do juiz, coisa qualitativamente diferente da que se tem.

2.1 Ações contemporâneas e posteriores ao crime podem ser consideradas como "antecedentes"?

Considerados apenas os antecedentes como registros policiais e judiciais, podem as ações atuais e posteriores ao crime ser objeto de consideração?

A resposta a se oferecer é no sentido negativo. Como realça antiga jurisprudência referindo-se ao direito de recorrer em liberdade: "Se a lei condicionasse o direito ao: "bom comportamento" admitiria que o Juiz confundisse o comportamento pretérito com o comportamento presente, inerente ao fato criminoso. Mas ela fala em "antecedentes" pelo que briga com a semântica considerar como antecedente circunstância presente e atual" (RTJ, 70/353); *apud*, RJTJESP 103/503.⁸

2.2 Inquéritos arquivados e ações penais em andamento podem macular os antecedentes penais?

Por outro lado, inquéritos arquivados, ações penais em andamento ou que redundaram em absolvição, podem ser levados em consideração para se impedir o recurso em liberdade a pretexto de maus antecedentes? Aqui, em que pese a opinião do Prof. Paulo José da Costa Júnior manifestada no seu "*Comentários ao Código Penal*"⁹ a resposta, igualmente, até pelos julgados antes destacados do STF e do STJ, é negativa.

Sobre o tema, com sólida argumentação, o i. Prof. Weber Martins Batista arremata:

"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 induzem maus antecedentes.

No caso de inquéritos, porque, a não ser assim, estaríamos considerando o agente culpado sem processo. No dos processos em andamento, porque isso

seria 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 em 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. 5.º da CF”.¹⁰

2.3 Os antecedentes prescrevem?

Outra questão importante está em saber se o fato de alguém um dia ter sido condenado há mais de cinco anos e, portanto, tecnicamente primário, deverá ser eternamente considerado portador de maus antecedentes?

Recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça indica que não. Com efeito, o Min. Vicente Cernicchiaro, em acórdão não unânime da 6.ª T., deixou assentado o seguinte:

“Direito penal. Reincidência. Antecedentes. O art. 61, I do CP determina que, para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a cinco anos. O dispositivo se harmoniza como o Direito Penal e a Criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é pere-ne. Limita-se no tempo.

Transcorrido o tempo referido, evidencia-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a Justiça Penal. A conclusão é válida também para os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada” (RHC 2.227-2 MG; j. 18.12.92, DJ 29.3.93, p. 5.268; apud: *Boletim de Jurisprudência do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, abril de 1993, n. 3).

3. O que se pode levar em conta em matéria de antecedentes?

Na linha do que se expôs, não se pode dizer, como, genericamente, pretende o Prof. Paulo José da Costa Júnior no seu *Comentários ao Código Penal*, que “antecedentes são *todos* (grifei) os fatos ou episódios da *vita anteacta* do réu, próximos ou remotos, que possam interessar de qualquer modo à avaliação subjetiva do crime (JTACrim, 39/167)”.¹¹ Mesmo porque, afora as questões suscitadas pela nova Constituição, não se pode olvidar que as ações privadas do indivíduo, aquelas que de nenhum modo afetam a terceiros, inserindo-se nos domínios da vida privada, também não podem ser levadas em conta para macular os antecedentes de um acusado. Como expressivamente destaca o art. 19 da carta Política argentina: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.¹²

Nessa conformidade, vê-se que em face da nova Carta Política os antecedentes do acusado, do ponto de vista de registros policiais e judiciais, só se considerarão maculados quando houver decisão transitada em julgado. Dessa forma, não se poderá computar o mero registro de inquéritos e ações penais em folha de antecedentes para se impedir o recurso ou o aguardo do julgamento pelo júri em liberdade.

De idêntico modo, para se considerar maus os antecedentes do imputado quando se quiser levar em consideração fatos da vida social como dívidas ou desavenças, há que existir nos autos do processo informes em quantidade e qualidade sérios e idôneos. Assim, não é qualquer desavença com vizinhos ou dívida que pode repercutir no processo penal de modo, por exemplo, a impedir o recurso

em liberdade. Admitir o contrário, seria prestigiar um tipo de puritanismo incompatível com a vida de nossos tempos e absolutamente fora da realidade ou aquilo que é, na afortunada síntese do Prof. Nilo Batista, Apanágio dos Santos e de uns poucos cidadãos virtuosos.¹³

Sem embargo, por mais que se queira depurar o conceito de “bons antecedentes”, este é, como leciona o Prof. Warat, citado pelo Prof. Antonio Magalhães ao se referir ao conceito de ordem pública, “uma expressão estereotipada, portadora de evidente carga emocional, cujo significado real depende de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos”.¹⁴

4. Os bons antecedentes dentro da sistemática do processo em face da Constituição de 1988 e da Lei dos Crimes Hediondos.

Lembrando o valioso escólio de Claria Olmedo, o e. então Juiz substituto no Tribunal de Justiça de São Paulo, hoje Juiz do TACRIM, Péricles Piza, assinalou ser evidente: “... que sendo o réu presumidamente inocente, enquanto não transitar em julgado sentença condenatória, “las medidas de coerción personal que contra aquél se dicten sólo deben tener carácter cautelar y provisional y estar limitadas a lo estrictamente necesario” (Base para Orientar en Latinoamérica La Unificación Legislativa en Materia Procesal Penal, p. 45). Assim, tendo sido o princípio já consagrado, de presunção de inocência, convertido em dogma constitucional, não se pode deixar de reconhecer, como garantia do cidadão contra prisões prematuras, agora só admissíveis em casos excepcionais, casos não ocorrentes. Como se percebe, enquanto não definitivamente condenado presume-se sua inocência, sem prejuízo é lógico da apuração de sua responsabilidade penal, “sua prisão antes do transito em julgado sentença condenatória, somente se justifica e se admite a título de

cautela, desde que reinante o *periculum in mora*, pedra de toque das prisões *ad processum*” (RJTJESP, Lex, 129/540; obs: ementa na p. 539).

Sobre o assunto os renomados Profs. M. Cobo Del Rosal e T. S. Vives Anton advertem: “Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia comporta la prohibición de que las medidas cautelares y, en especial, la prisión preventiva, sean utilizadas como castigos, esto es, que más allá de su finalidad de aseguramiento del juicio, se utilicen para infligir al imputado, anticipadamente, la pena.

Las exigencias de la presunción de inocencia como regla de tratamiento pueden ser vulneradas por el legislador, cuando éste establece una regulación que permite u obliga a utilizar las medidas cautelares personales como penas anticipadas, “con fines de prevención general o especial, ajenos al aseguramiento del juicio...” (in. *Derecho Penal*, Valencia, Ed. Tirant lo blanch, 1987, parte general, p. 65).

Nossa doutrina, pela voz eloqüente e qualificada dos e. Profs. Ada Pellegrini Grinover, Fernando da Costa Tourinho Filho e Rogério Lauria Tucci,¹⁵ reiteradamente, nos mais diferentes encontros, têm alertado para a circunstância de que em face da nova Constituição a prisão antecipada só pode ter lugar diante de exigências cautelares.

Por todos, vale citar novamente o Prof. Antonio Gomes Magalhães Filho, que brindou a todos com magnífico trabalho doutoral, onde, com profundidade, demonstra a necessidade de se repensar preceitos como o do art. 594 em conformidade com a Constituição de 1988. Até porque, o sistema consagrado pelo Código de Processo é de 1941 foi “... engendrado sob a lógica autoritária e repressiva do Estado Novo e confessadamente inspirado no modelo fascista italiano”.¹⁶

Pois bem. Se são verdadeiras todas essas lições, que de resto encontram

forte eco no E. TACRIMSP (cf. RT 645/296, rel. Juiz Oliveira Ribeiro; 652/293, rel. Juiz Walter Theodósio; 658/297, rel. o hoje Des. P. Costa Manso e JUTACRIM Lex, 100/82, rel. Juiz Souza Rego), é forçoso indagar da natureza jurídica da prisão que se impõe com base no art. 594 do CPP.

Natureza cautelar não tem porque não se arrola nenhum dos motivos previstos no art. 312 do Código adjetivo penal.

Não sendo cautelar a prisão que se impõe como decorrência da sentença condenatória recorrível, porque, remarque-se, não se funda no *periculum in mora*, esta custódia, como bem disserta o notável Prof. Afrânio da Silva Jardim, uma das grandes expressões do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, “tem indisfarçável natureza de tutela satisfativa, ainda que submetida a condição resolutiva”.¹⁷

O e. Prof. Frederico Marques, hoje saudoso, com propriedade sublinha que a “prisão processual” imposta como decorrência do disposto no art. 594 do CPP, “produz, desde logo, efeitos executórios, consoante a própria linguagem da lei, no citado art. 669, I, do CPP”.¹⁸

Ora, “... a deflagração do processo de execução da pena imposta, sobretudo se privativa de liberdade, ganhará licitude e legitimidade somente a partir do momento em que se puder considerar culpado o acusado, ou seja, se e quando tornar-se definitiva a sua condenação.

Isto, seja ou não primário o sentenciado, possua ele ou não bons antecedentes, simplesmente porque circunstâncias tais não integram o conteúdo axiológico do postulado em destaque, cujo critério norteador, pode-se dizer, o único reside e, portanto se esgota no fenômeno processual denominado trânsito em julgado”.¹⁹

Daí porque, até para caso de reincidência, a C. 3.ª Crim. do E. TARS proclamou: “Direito de apelar em liber-

dade. Princípio do estado de inocência. “Revogação do art. 594 do CPP. O princípio do estado de inocência” erigido à categoria de dogma constitucional pelo art. 5.º, LVII, da Carta Magna, “revogou”, por ser incompatível com ela, “a norma inscrita no art. 594 do CPP”, a qual estabelece que somente pode apelar sem antes se recolher à prisão o réu que é primário e de bons antecedentes. Decorre de tal princípio a proibição da aplicação da pena ou da medida de segurança.” (HC 290136886; ementa oficial na RT 668/325).

No interior deste v. aresto seu i. Relator deixou assentado:

“Este C. Tribunal, acolhendo lição de Tourinho Filho e outros, em vários precedentes, tem julgado revogado, “por incompatibilidade constitucional”, o art. 594 do CPP (Ap. crim. 289093692 e HC 289111916, 289082380, 289085557), que autoriza a antecipação da execução da condenação criminal.

Vale, aqui, transcrever lição do eminente Ministro do STJ e Professor da Universidade de Brasília Luiz Vicente Cernicchiaro, conforme a qual “decisão condenatória sujeita a recurso, uma vez interposto e enquanto não confirmada definitivamente, tem efeito suspensivo” (in *Direito Penal na Constituição*, p. 93, Ed. RT, 1990).

O paciente respondeu ao processo em liberdade. Poderia ter sido preso provisoriamente, posto que o princípio constitucional do estado de inocência não é incompatível com a prisão cautelar, instituto de Direito Processual Penal expressamente resguardado e preservado na própria Constituição Federal. Poderia ter sido preso provisoriamente, desde que reputada necessária à ordem pública, à conveniência para a instrução criminal ou para assegurar a aplicação da pena ou da medida de segurança”.

Assim “a primeira consequência concreta decorrente da aplicação do princípio do estado de inocência é a proibi-

ção da antecipação da aplicação da pena ou da medida de segurança" (RT 668/326, obs.: ementa na p. 325).

Por seu turno, em decisões pioneiras, o E. TRF da 1.^a Reg., em v. acórdão conduzido pela preclara Juíza Eliana Calmon, destacou:

"1. Réu primário, com antecedente penal, condenado por crime a que respondeu em liberdade.

2. Desnecessidade de recolher-se à prisão, antes da condenação definitiva. Exceção contida na regra do art. 594 do CPP, "mesmo ostentando maus antecedentes", se inexistirem motivos que ensejassem a prisão provisória." (Ementa oficial do ac. do HC 91.01.00592-8-MT; DJ 18.3.91, sec. II, p. 4.970).

No corpo do aresto está dito: "... tem-se como pacífica a posição da jurisprudência, como bem demonstrou o representante do Ministério Público Federal, no sentido de ser mantido o réu condenado por sentença recorrível, se respondeu ao processo em liberdade, e inexistiram circunstâncias que recomendem a decretação da prisão preventiva, "embora seja portador de antecedentes criminais".

Julgando o HC 90.01.00565-9-MG a C. 4.^a T. do TRF da 1.^a Região (cf. no DJ de 21.5.90, sec. II, p. 10.292),²⁰ em v. acórdão relatado pelo e. Juiz Tourinho Neto, após longa discussão com seus eminentes pares, decidiu: "1. Em face do teor do inciso LVII, do art. 5.^o, da CF/88, o réu condenado por crime inafiançável, mesmo de maus antecedentes e reincidente, não necessitará de recolher-se à prisão para apelar, a menos que o juiz, na sentença, demonstre o *periculum in mora*, o receio de fuga, e, conseqüentemente, a razão da prisão. Precedente desta Turma (HC 89.01.14112-4-MG).

No seu primoroso voto, o i. juiz Tourinho Neto, reportando-se a julgado anterior de sua relatoria, sobre o art. 594 do CPP, destacou:

"Nos tempos atuais, tal dispositivo é inaceitável, pois ominoso, inominável.

Se a sentença ainda não transitou em julgado, não se pode afirmar que o réu seja culpado. A sentença poderá ser reformada. Quando da prisão preventiva obrigatória a grita era enorme, veemente. Frederico Marques dizia: "Trata-se de medida bem adequada ao autoritarismo penal de Estados totalitários..." (cf. *Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, 1.^a ed. Rio, 1965, IV/57).

(...)

Hoje com a nova Constituição, é princípio constitucional de que: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" (art. 5.^o LVII). "Deste modo, a prisão do réu apelante, "mesmo de maus antecedentes e reincidente", terá de ser fundamentada. O juiz, na sentença, dirá as razões por que se torna imperiosa, necessária a prisão. "Terá de demonstrar o *periculum in mora*, o porque do perigo da insatisfação da pena". O magistrado apresentará, pois, as reais circunstâncias que levam a presumir-se que o acusado procurará evitar a prisão, na hipótese de ser a sentença confirmada. Prisão preventiva prevista em lei. CPP art. 312. Este, a meu ver, o único caminho a ser seguido, e é a tendência do nosso direito, (...).

At last, mas não menos importante, vale lembrar que a C. 3.^a T. do E. TRF da 1.^a Reg., em v. acórdão relatado pelo e. Juiz Fernando Gonçalves proferiu julgado cuja ementa é a seguinte: "1. A decisão que impõe ao sentenciado o recolhimento à prisão, para apelar, com base na letra do art. 594 do CPP, face ao princípio constitucional do "estado de inocência" (CF, art. 5.^o, LVII) deve ser necessariamente fundamentada".

No duto voto condutor do acórdão, com propriedade, foi salientado aspecto do maior relevo:

"A Súmula 9 do STJ, ao compatibilizar a exigência da prisão provisória para apelar com a garantia constitucional em apreço, "não excluiu a necessidade de fundamentação e demonstração", em

sendo o caso, como na espécie, “dos maus antecedentes”. Se o impetrante é tecnicamente primário por força da norma prevista no art. 64, do CP, inclusive com reconhecimento pela própria sentença, a anterior condenação não pode servir de suporte para demonstração de antecedentes maus. Outros fatos ou mesmo a imperiosa necessidade da custódia deverão estar patenteados para que ela tenha justificativa.

A letra do art. 594, do CPP, exige concomitância da reincidência e dos maus antecedentes para impor o dever do recolhimento à prisão para fins de recurso. Uma vez ausente uma destas condições, mesmo que por força de presunção legal, a outra deve ser suficientemente demonstrada através de sólida fundamentação para embasar por si só, isoladamente, a prisão, com quebra do princípio constitucional já aludido do “estado de inocência”. Por estas razões e “com apoio no precedente invocado” (HC 89.01.14112-4-MG), concedo a ordem” (HC 90.01.15236-8-MG; DJ 3.12.90, sec. II, p. 29.115).

Mais recentemente, o próprio Superior Tribunal de Justiça, apesar da Súmula 9, tem decidido: “O art. 594 do CPP tem de ser repensado diante da nova Constituição Federal, que consagra em seu art. 5.º, dentre outros, os princípios da “presunção da inocência” (inciso LVII) e da “liberdade provisória” (inciso LXVI). A regra geral é “apelar solto”; a excepcional, “apelar preso”. O que o juiz nunca pode deixar de fazer é demonstrar a necessidade da prisão. No caso concreto, ficou muito bem demonstrada a necessidade de o réu ficar preso” (RHC 2.642-3-RN, rel. Min. Adhemar Maciel, 6.ª T., vu., DJ 10.5.93, p. 8.650).

E, nessa conformidade, começa surgir a idéia de que: “A análise da primariedade e dos bons antecedentes, referidos no art. 594 (CPP), deve aliar-se ao interesse público. Caso contrário, retroceder-se-ia ao período superado da pri-

ção obrigatória, pela natureza do delito ou a cominação da pena” (RHC 2.430-MA, rel. Min. Adhemar Maciel, 6.ª T., v.u., DJ 15.3.93, p. 3.841).

Embora sem exprimir tal pensamento, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo no HC 142.828-3 em que funcionou o i. Prof. Antonio Scarance pelo Ministério Público com o oferecimento de um magnífico Parecer, *apesar dos inúmeros antecedentes do paciente*, concedeu-se a ordem para que ele apelasse em liberdade, pois o crime em si não era de gravidade e nem revelava que em liberdade o agente colocaria em perigo a ordem pública.

A exegese que se vai construindo, além de ser consentânea com a Constituição vigente, expressa maior equidade em face da superveniência da Lei dos Crimes Hediondos. É que de acordo com o art. 2.º, § 2.º, deste diploma, em caso de sentença condenatória, o Juiz deverá decidir fundamentalmente se o réu poderá apelar em liberdade.

Interpretando o dispositivo em foco, as duas turmas do Superior Tribunal de Justiça já decidiram que esta decisão deve ser fundamentada tanto para permitir o apelo em liberdade quanto para se impor a prisão se o réu estava em liberdade.²¹

Tal entendimento vem reafirmado em expressivo julgado da C. 6.ª T. do STJ cuja ementa merece transcrição: “Não se pode “interpretar a Constituição conforme a lei ordinária” (*gesetzeskonformen Verfassungsinterpretation*). O contrário é que se faz. A Lei de Crimes Hediondos (art. 9.º) é que tem de se amoldar à Constituição. Nossa Constituição, por inspiração constitucional lusa (art. 32:2), consagrou o “princípio da presunção da inocência” e, por influência norte-americana (Emenda n. XIV), o “princípio do devido processo legal”. Ambos os princípios têm conexão com o “princípio da liberdade provisória” (art. 5.º, LXVI). Assim, todo indiciado ou acusado ou condenado se presume inocente até que

seja irrecorrivelmente apenado. "Desse modo, cabe ao juiz, em qualquer circunstância, fundamentar, mesmo em se tratando de crime hediondo, a razão de o condenado ter de ficar preso para poder apelar. A regra geral é "recorrer em liberdade" (CF, art. 5.º, LXVI); a excepcional, "recorrer preso" *RHC* 2472-4-SP; rel. Min. Adhemar Maciel, vu., *DJ* 10.5.93, p. 8.648.

Tecendo considerações sobre a Lei 8.072/90, o já citado Prof. Antônio Scarance Fernandes escreve: "O referido art. 12.º, § 2.º, fala que o "juiz decidirá fundamentalmente", mas não diz quais são os requisitos que permitirão a apelação em liberdade. São dois os possíveis parâmetros: pressupostos da prisão preventiva (arts. 311 e 312 do CPP); ou primariedade e bons antecedentes (art. 594 do CPP). A falta da remissão ao art. 594 do CPP sugere interpretação mais benéfica, só sendo então permitida a custódia provisória quando presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva".²²

Pois bem. Se em relação aos crimes mais graves previstos na hedionda Lei 8.072/90 exige-se que haja fundamentação de natureza cautelar para se impor a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, como sustentar-se em casos de crimes menos graves, isto é, os regidos pela sistemática do Código de Processo Penal, a possibilidade de se prender provisoriamente só pelo fato de o agente não possuir "bons antecedentes"?

Admiti-lo, representaria uma tal monstruosidade interpretativa porque implica em se tratar mais brandamente o delito de maior gravidade e com maior rigor o menos grave. Iniquidade maior não há!

Como conclusão, além da necessidade de se operar com o conceito de *bons antecedentes* respeitando os limites constitucionais antes destacados, é imperioso repensar a incidência deste como critério para se permitir ou não o recurso

em liberdade. E repensar aqui tem o sentido de que deve ser completamente afastada a noção de *bons antecedentes* para se admitir o apelo ou mesmo para se aguardar a decisão do júri em liberdade.

A pedra angular da admissibilidade da permanência do imputado ou sentenciado não definitivo em liberdade deve ser a presença ou não de pressupostos cautelares, tal, aliás, como ocorre nos crimes previstos na Lei dos Crimes Hediondos.

Em definitivo, isto é, a não prevalecer este entendimento, teríamos o *absurdo* reinando. Como no conto de Carroll citado na epígrafe:

"Que espécie de coisas se lembra melhor?", arriscou-se Alice a perguntar.

Oh, das coisas que aconteceram na semana que vem", respondeu a Rainha num tom descuidado. "Por exemplo, agora", continuou, pondo um grande adesivo no dedo enquanto falava, "estou a lembrar-me do Mensageiro do Rei. Está agora na prisão a ser castigado; e o julgamento não começa senão na próxima quarta-feira; e é evidente que o crime só virá no fim".²³

Bibliografia

- ASSIS TOLEDO, Francisco, "Crimes hediondos (alguns aspectos importantes)", no *Livro de Estudos Jurídicos* n. 3; RJ; Ed. Instituto de institutos Jurídicos; 1991.
- BATISTA, Nilo, *Decisões criminais comentadas*, Rio, ed. Liber juris, 2.ª ed., 1984.
- BATISTA, Weber Martins, "O princípio constitucional de inocência: recurso em liberdade, antecedentes do réu" na *Revista de Jurisprudência e Doutrina do TACRIM* 6/23.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da, "*Comentários ao Código Penal*", S. Paulo, Saraiva, 1986.
- FERNANDES, Antônio Scarance, "Considerações sobre a lei 8.072, de 25 de julho de 1990 — Crimes Hediondos, na *RT* 660/261.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *Presunção de inocência e presunção cautelar*, S. Paulo, Saraiva, 1991.

- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Processo constitucional em marcha*, S. Paulo, Max Limonad, 1985.
- JARDIM, Afrânio da Silva, *Direito processual penal — Estudos e pareceres*, Rio, Forense, 3.^a ed., 1990.
- MARQUES, José Frederico, *Elementos de direito processual penal*, Rio - S. Paulo, Forense, 2.^a ed., 1970.
- PADOVANI, Tullio, *Diritto Penale*, Milão, Giuffrè ed., 1990.
- SCHOLZ, Leônidas Ribeiro, "A sentença penal condenatória e a prisão do acusado", na *RT* 668/384.
- SILVA FRANCO, Alberto, "Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial", S. Paulo, Ed. RT, 4.^a ed., 1992.
- TORON, Alberto Zacharias, "A proteção constitucional da intimidade e o art. 16 da Lei de Tóxicos" inserto nos *Fascículos de ciências penais* (Porto Alegre, Fabris, 1991, 4/43, 3).
- "O indevido processo legal, a ideologia da *law and order* e a falta de citação do réu preso para interrogatório", pub. na *RT* 685/277.
- TUCCI, Rogério Lauria, "Presunção de inocência" e prisão provisória", (Porto Alegre; ed. Fabris, 1992, 54/133, n. 2).
- 6 Tullio Padovani em *Diritto Penale*, Milão, Giuffrè ed., 1990, p. 119.
7. *Decisões criminais comentadas*; Rio; ed. Liber Juris, 2.^a ed.; 1984; pp. 122-123.
8. No mesmo sentido, embora enfocando a questão pelo ângulo da impossibilidade de majoração da pena, colocam-se inúmeros e antigos julgados compendiados por Alberto Silva Franco no seu *Código Penal e sua Interpretação jurisprudencial* S. Paulo; Ed. RT, 4.^a ed.; 1992; pp. 349-350 cf. *JUTACRIM* 30/414; 45/221 e *Bol. Mensal de Jurisprudência do TACRIM* 79/9.
9. *Comentários ao Código Penal*, S. Paulo, Saraiva, 1986, I/312.
10. "O princípio constitucional de inocência: recurso em liberdade, antecedentes do réu", na *Revista de Jurisprudência e Doutrina do TACRIM* 6/23.
11. *Comentários ao Código Penal*, ob. cit., I/312.
12. Sobre o tema, em homenagem ao saudoso prof. Manoel Pedro Pimentel, escrevi um trabalho "A proteção constitucional da intimidade e o artigo 16 da Lei de Tóxicos", inserto nos *Fascículos de ciências penais* (Porto Alegre; Ed. Fabris, 1991, 4/43, n. 3).
13. V, nota supra n. 7.
14. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, ob. cit., p. 66.
15. Sobre o tema, este ilustre professor escreveu nos *Fascículos de ciências penais* (ob. cit.; 1992; 5/133) um elucidativo trabalho intitulado "Presunção de inocência e prisão provisória", onde procede a uma análise crítica da Súmula n. 9 do STJ.
16. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. ob. cit., p. 61.
17. *Direito processual penal — Estudos e pareceres*, RJ, Forense, 3.^a ed., 1990, p. 408.
18. *Elementos de direito processual penal*, Rio - S. Paulo, Forense, 2.^a ed., 1970, III/67, n. 627.
19. Leônidas Ribeiro Scholz: "A sentença penal condenatória e a prisão do acusado", na *RT* 668/384.
20. Este acórdão também está publicado no *Bol. da AASP* 1.762 de 30.9.92.
21. *RHC* 1.688-RJ, 6.^a T., rel. Min. Costa Leite, *DJ* 17.8.92 e *HC* 1.585-9-MG, 5.^a T., rel. Min. Assis Toledo *DJ* 17.12.92.
22. *RT*, 660/265.
23. Lewis Carroll, ob. cit., p. 43.

NOTAS

1. Lewis Carroll, *Alice do outro lado do espelho*, Lisboa, Editorial Estampa, 1971, apud: "Sobre o modo capitalista de pensar", S. Paulo, ed. Hucitec, 1978, p. IX.
2. *RT* 685/279 e, da Prof.^a Ada, o *Processo constitucional em marcha*; S. Paulo; cf. Max Limonad; 1985. V. especialmente, a "Explicação necessária" e a "Introdução".
3. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, S. Paulo; Saraiva, 1991, p. 63.
4. No mesmo sentido decidiu a primeira Turma do STF, em acórdão relatado pelo Min. Celso de Mello no *HC* 68.465 publicado na *RTJ* 136/627. No STJ, no *RHC* 1.772, ac. u. da 6.^a T. lavrado pelo Min. Vicente Cernichiaro, reafirmou-se este posicionamento. A íntegra do aresto está publicada no número de lançamento da *RBCCrim* (S. Paulo, Ed. RT, 1992, p. 242).
5. Ementa do *HC* 69.479-9 (STF; 2.^a T.; v.u.; *DJ* 18.12.92) publicada na *RBCCrim*, 1/225, item 2.03.