

## OS ANTECEDENTES CRIMINAIS E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto - candidomaia@uol.com.br

Respeito aos Direitos Humanos ante o encargo probatório do Estado Ministerial na Administração de Justiça Democrática

Num conceito lato sensu “administração de justiça penal” engloba não somente o Poder Judiciário, mas também o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Polícia Judiciária civil e federal, os servidores e auxiliares da justiça, enfim, todos os profissionais do direito e das ciências afins que atuam para a solução dos conflitos sociais – os crimes –, cada qual com sua atribuição ou competência objetivando apresentar respostas efetivas à cidadania em geral, para o devido processo legal e para a reintegração social do apenado como objetivo da pena privativa de liberdade.

Todos os protagonistas do direito e os respectivos órgãos estatais de segurança pública e jurídica, devem trabalhar integrados, ou seja na mesma missão e profissão de fé, esperança e justiça, para diminuir a taxa da delinqüência – com a prevenção - e frear a reincidência criminal – com a repressão-.

Se a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito (art. 1ª CF), obviamente que o Direito Penal ou a Administração de Justiça Penal também deve ser democrática, ante o princípio da representação popular, posto que todo poder emana do povo e em seu nome será exercido, por meio de seus representantes (Parágrafo único do art. 1º CF), com a incumbência da prestação jurisdicional (art.5º inc. XXXV CF) e na tutela dos direitos individuais indisponíveis (art. 127 CF), em prol da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF).

Nesta ótica de interpretação e leitura do texto constitucional e dos instrumentos de Direitos Humanos, vigentes e pertencentes ao ordenamento jurídico pátrio, temos como garantia fundamental da cidadania, a presunção de inocência (art. 5º inc.LVII CF), para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art.3º I CF).

O direito constitucional-penal positivo brasileiro expressa que os tratados e convenções internacionais possuem força de lei federal. Ademais, as cláusulas constantes nos instrumentos de Direitos Humanos são as mesmas cláusulas denominadas de pétreas, ao nível das garantias fundamentais constitucionais da cidadania (art.1º, I CPP e art. 4º, II, 5º “caput”, inciso XLI, e § 1º, 2º e 3º Emenda Constitucional nº 45/2004 CF).

A presunção de inocência e o direito de asseguração e preservação da privacidade e intimidade está previsto na Constituição Federal, no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (ONU/1966), na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA/1969), ambos instrumentos aderidos pelo governo brasileiro em 1992; bem como na Declaração Universal, a saber:.

O artigo 11 da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU formula a presunção de inocência: “Toda pessoa acusada de um delito tem o direito a que se lhe presuma inocente, até que se demonstre a culpabilidade segundo a lei e em um juízo público em que terá todas as garantias necessárias para a sua defesa” (MAIA NETO, Cândido Furtado, in “Código de Direitos Humanos. Para a Justiça Criminal Brasileira”, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003).

O Conselho Nacional de Política Criminal do Ministério da Justiça por sua Resolução nº 7/93, dispôs sobre preservação da imagem e intimidade da pessoa sujeita a procedimento investigatório envolvendo matéria criminal, e também o governo do Estado do Paraná através do Decreto nº 465/91, sobre a proteção ao direito de imagem e da privacidade do preso; tudo em conformidade com o previsto nas Regras Mínimas das Nações Unidas para os Reclusos (1955), onde o acusado gozará de presunção de inocência e deverá ser tratado por consequência desta forma, como inocente até prova em contrário (MAIA NETO, Cândido Furtado, in “Direitos Humanos do Preso”, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, pgs. 90 e 157).

Além do mais, a regra geral da hermenêutica determina que toda interpretação deve restrita ao texto legal, e extensiva na hipótese de sempre favorável, porque menosprezar dispositivo de instrumentos internacional, para invocar lei interna, é proibido, assim estipula a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados/ ONU-1969. (MAIA

O processo penal, por si, é estigmatizante, maléfico e atentatório contra a dignidade da pessoa humana, mesmo quando respeitada e consagrada a presunção de inocência, pois o acusado sofre do início ao fim do processo. Por esta razão impar o direito penal e a prisão são considerados recursos de ultima ratio, seja no âmbito das ciências jurídicas ou das espécies de sanções, obviamente que no regime do Estado Democrático de Direito.

As próprias Diretrizes das Nações Unidas para os representantes do Ministério Público, expressam na cláusula 18 que os agentes do Parquet devem acelerar os processos criminais para evitar o estigma criado pela detenção antes do julgamento e os efeitos perniciosos que ela implica (MAIA NETO, Cândido Furtado, in “O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos”, ed. Juruá 2003, Curitiba-PR)

Note-se que o réu no processo administrativo na ou ação cível, não é tão estigmatizado e não têm sua imagem pessoal denegrida no mesmo grau como acontece na ação penal pública ou privada.

Os chamados “juizes paralelos”, opinião pública ou publicada, formam, muitas vezes, a convicção antecipada de culpabilidade, os movimentos populares e a sociedade em geral acabam aceitando e produzindo notícias deturpadas da verdade, fazendo com que algumas acusações se transformem em condenações anunciadas, e até que os veredictos sejam notados no início do processo e não no final.

Não se pode confundir antecedentes criminais (art. 59 CP) com o instituto da reincidência (art. 61, inc. I CP). A reincidência é definida entre a primeira condenação transitada em julgado e a segunda, quando não ultrapassar o tempo máximo de 5 anos (art. 64, I CP). O mestre Raul Zaffaroni manifesta-se inclusive que no regime democrático é preciso levar em consideração somente a reincidência específica e não a genérica, porque é injusto agravar a pena para aquele que foi condenado por estelionato, por exemplo, e depois acusado de lesão ou homicídio culposo no trânsito; ainda afirma o nobre professor argentino, que o instituto da reincidência não se adapta as linhas de um Estado de Direito ou de uma administração de justiça verdadeiramente democrática, porque configura bis in idem, ou seja, dupla penalização, com o aumento da pena de um fato anterior já transitado em julgado. Atenta, ademais, a reincidência contra a soberania da decisão judicial firme, porque agrega um plus ao quantum anterior, para ser lançado na causa posterior.

Os antecedentes criminais e a conduta delitiva se afere no conjunto das circunstâncias fáticas e dos elementos probatórios, constantes aos Autos, relevante para a aplicação da pena, como para a liberdade provisória, como disposto nos arts 323 e 310, paraf. único do Código de Processo Penal, à luz do inciso lxi do art. 5.º da lex fundamentalis. A liberdade é a regra geral, o Estado deve respeito ao ius libertatis - direito de ir e vir dos cidadãos – garantia judicial dos acusados em processo criminal.

No Estado Democrático de Direito quem acusa deve provar, por isso o encargo probatório ou o onus probandi é do Ministério Público, e não do réu, do acusado ou processado. Se o órgão do Estado deseja a prisão do indiciado-réu, é ele que deve providenciar a juntada aos Autos, das respectivas certidões de antecedentes criminais, porque a presunção existe e prevalece, a qualquer argumento de ordem burocrática-processual que tente destruí-la, sem base a prova contrária; a presunção está assegurada na Constituição e nos documentos de Direitos Humanos.

Vejamos o que reza a Constituição Federal, a respeito das informações e dos documentos públicos, no artigo 5º das garantias fundamentais: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular...” (inc. XXXIII); “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:...a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos – fundamentais - e esclarecimento de situações de interesse pessoal” (inc. XXXIV), ainda “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (inc. XLI). Portanto, é simples o entendimento à luz dos dispositivos constitucionais ou das cláusulas pétreas, em destaque. É direito dos acusados mantidos presos, que o Estado junte no processo crime todas as informações, notícias e certidões criminais referente a sua pessoa, para provar e justificar a necessidade para a manutenção da detenção. De outro lado, incumbe ao Ministério Público a tutela dos interesses indisponíveis da cidadania, sem dúvida alguma, os acusados possuem o direito que o Estado assegure na prática a presunção de inocência, como garantia judicial obrigatória e imprescindível ao devido processo legal.

Configura ilegalidade, abuso de poder ou de autoridade qualquer atentado à liberdade de locomoção; à incolumidade física do indivíduo (Lei nº 4.898/65, art. 3º, letras “a” e “i”). Com certeza que a falta de juntada

imediate pelo Estado de certidão de antecedentes criminais nos Autos, que dê causa a manutenção da prisão ou retarde a soltura do acusado, constitui desrespeito ao direito de locomoção – ius libertatis -. Qualquer forma ou espécie de confinamento e restrição da liberdade, expõe em risco a incolumidade física do indivíduo. E se for o acusado primário, jovem-adulto (18 a 25 anos de idade) ou se estiver encarcerado em estabelecimento penal superlotado de péssimas condições de funcionamento, o risco a incolumidade física é maior.

Poder-se-ia falar em litigância de má-fé ou de denúncia caluniosa, quando a acusação e a prisão são mantidas sob argumento de necessidade, e o Estado não fornece o elemento probatório necessário, retardando, procrastinando ou faltando com a verdade. A juntada de certidão de antecedentes criminais é medida ex officio urgente, quando se trata de pessoa presa, deve acompanhar e ser parte do Auto de prisão em flagrante ou de qualquer decisão judicial de prisão, especialmente da provisória. O mesmo deve acontecer, para acompanhar a promoção ministerial de pedido de prisão ou de negativa de soltura provisória.

Presunção de inocência diz respeito ao Estado Democrático de Direito, presunção de culpabilidade se vincula aos regimes repressivos e ditatoriais, já a presunção de periculosidade tem origem na doutrina ultrapassada da escola positivista do século XVIII, conhecida também por criminologia clínica ou lombrosiana, o que gera a culpabilidade de autor – direito penal de autor -, espécie de tipos de homens “disciplinados” e “indisciplinados”, o que resta injusta e discriminatória a manutenção da prisão por estes últimos argumentos, conceitos e expressões subjetivas.

O cidadão acusado pela prática de um ilícito não têm o dever de juntar nos Autos, informações a respeito de sua pessoa, porque até prova em contrário – até sentença firme -, presume-se a sua inocência, esta é a regra geral (MAIA NETO, Cândido Furtado, in “Presunção de Inocência e os Direitos Humanos - Justiça Penal e Devido Processo no Estado Democrático.” Revista Jurídica Consulex, Bsb-DF, ano VIII, no.171, 29 de fevereiro/2004), e ninguém está obrigado a produzir prova contra si próprio.

É desgastante, infamante e quase impossível para o cidadão acusado e preso, fazer seu defensor buscar inúmeras certidões, em todo o território nacional, para provar a presunção de sua inocência, ainda que já se encontre assegurada na lex fundamentalis e nos instrumentos de Direitos Humanos de aceitação universal. O mais lamentável se dá quando o cidadão dispõe de todos os documentos e certidões necessárias, prova sua inocência – já presumida legalmente a nível constitucional - o Ministério Público e o Poder Judiciário continuam afirmando que não serve e que não é o bastante e que ainda deve continuar preso por carência de outras provas. O fato se agrava como está comprovado que a maioria dos vulneráveis do sistema penal – na expressão do Prof. Raúl Zaffaroni - é constituída de pobres e desfavorecidos economicamente, porque tudo fica muito mais difícil e complicado para provar a inocência e se conseguir documentos. Nestes casos, que são a maioria é preciso aplicar a lei nº 1.050/60, referente a assistência judiciária gratuita aos necessitados, onde a incumbência de juntar na ação penal as certidões de antecedentes é do Estado, visto que para o Poder Judiciário e ao Ministério Público não há custo – taxas - neste sentido. Por sua vez, a Lei nº 8.625/93, Orgânica Nacional do Ministério Público, expressa que o agente do Parquet no exercício de suas funções ao requisitar – ordenar – informações e documentos de autoridades, órgãos e entidades públicas federais, estaduais e municipais, vinculadas a qualquer um dos Poderes; deve ser cumpridas gratuitamente (art. 26, inc. I, letra “b” e § 3º).

Não há no Brasil um órgão estatal oficial, até os dias de hoje, que concentre informações gerais de todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros que vivem e trabalham em solo pátrio. É preciso criar um Instituto Nacional de Identificação, não no modelo existente, apenas em denominação, mas que detenha efetivamente condições de prestar este serviço com rapidez e eficiência ao Poder Judiciário e ao Ministério Público brasileiro.

Veja-se, o Estado através desta praxis forense, em não reconhecer o seu encargo e o contido na Constituição federal, com relação a presunção de inocência da cidadania, acaba gerando o criando a reincidência de fato e de direito.

Por sua vez, a reabilitação como instituto previsto no código penal (art.93/59) também deveria ser automática – ex officio - e não a exigência do cidadão, após 2 anos do cumprimento da pena, ter que requer juntando antecedentes criminais, para fins de comprovar sua não reincidência, naquele período. Se os órgãos públicos detivessem definitivamente o controle dos apenados, se o sistema judicial fosse efetivamente integrado e se existisse uma central de informação nacional única, é obvio que inclusão social dos ex-presidiários, via readaptação, reintegração e ressocialização, seria mais eficiente.

O direito penal democrático é objetivo não trabalha com subjetividade – direito penal de autor sim -, o direito penal de ato rege-se por precisões, tipos fechados e certos, em respeito ao princípio da taxatividade através da culpa ou da responsabilidade comprovada, não atua o direito penal de ato em base a indícios, evidências ou presunções de culpabilidade. Na dúvida ou sem a certeza as interpretações da norma penal são sempre favoráveis ao réu (MAIA NETO, Cândido Furtado, in “Jurisprudência Criminal Democrática” - Correta Aplicação da Hermenêutica, dos Princípios de Direitos Humanos e da Teoria Geral do Ordenamento Jurídico à luz do Garantismo Penal: - Revista Prática Jurídica, ed. Consulex, Bsb-DF, ano III, no.23, 29 de fevereiro/2004; - Revista Jurídica UDC Faculdade de Direito/Foz do Iguaçu; Vol. 1; Nº 1; Editora Juruá; Curitiba/2004).

Ressalte-se. Somente é possível condenação com provas concretas e absolutas. Na dúvida prevalecem os princípios sine culpa sine poena e in dubio pro reo. Assim deveria trilhar o direito penal democrático-liberal-humanitário pátrio vigente, mas não efetivado. O búsilis para a solução da culpabilidade sempre resulta em favor do agente.

Se na instrução criminal, ante o princípio do contraditório não restou demonstrado com certeza a imputação produzida na fase investigatória ou instrutória, o acusado não pode ser declarado culpado por probabilidades. O veredicto de culpabilidade deve ser certo e verdadeiro; portanto, a probabilidade é subjetiva, se refere a um evento ocorrido no passado, o que significa que nossas informações (provas constantes nos autos) são incompletas, razão pela qual desautoriza o juízo de valor contra o acusado, vez que os fundamentos são parciais, não totais e nem absolutos. O que é provável está acompanhado de dúvidas, de crença e coroadado de inverdade. A probabilidade no procedimento criminal atropela a certeza e conduz o juízo a injustiças. A opinião interpretada por uma suspeita não é correta, tem como base a evidência que não produziu suficiente informação para a condenação.

Segundo já decidiu o Pretório Excelso a prova indiciária, produzida durante a investigação policial, não é capaz de sustentar nenhuma condenação pela carência do contraditório e da ampla defesa, como princípios assegurados constitucionalmente e garantia fundamental individual da cidadania (art. 5.º inc. LV CF).

Não há que se falar em prova concreta quando o dolo (conhecimento e intencionalidade de fraudar a lei) ou a culpa não estiver definitivamente provada, na forma dos incisos i e ii do art. 18 CP, respectivamente. A constituição do tipo penal conforme adoção da vigente sistemática criminal pátria (Lei nº 7.209/84), exige para a configuração do delito elementos de acordo com a teoria finalista da ação.

Quando a presunção de inocência não é refutada significa que o Estado não conseguiu exercer o onus probandi que lhe é incumbido.

Não é correto falar em razoabilidade ou em interesse público para se presumir a culpa ou para se manter um cidadão na prisão. Se o ius libertatis não for respeitado como um bem maior, estaremos vivendo no Estado de Polícia ou Nazista, na expressão do Min. Edson Vidigal (STJ).

Inexiste prisão razoável - definitiva ou provisória -, o encarceramento sempre será cruel e indigno, é incompatível com a natureza do homem, ele possui a necessidade de viver em liberdade, só ela, a liberdade, pode construir a personalidade e o bom caráter. A vida reclusa ou intra murus produz o processo negativo da reincidência e gera a marginalização social. O contido no inciso LXXVIII do art. 5º da CF, incluído pela Emenda Constitucional 45/2004, refere-se a duração do processo, como prazo razoável para terminar a acusação, e jamais a um tempo razoável de prisão.

Concluimos dizendo que quando nas certidões de antecedentes criminais requisitadas ou requeridas pelas partes, não constar trânsito de sentença penal condenatória não devem ser expedidas pelos cartórios, somente informações com sentença firme. Se existe e esta consagrada a presunção de inocência, e que a reincidência criminal somente pode ser considerada, a de direito ou legal, porque mencionar nas certidões os processos que ainda não possuem julgamento final condenatório.

Finalizamos dizendo que a incumbência de juntar aos Autos certidões de antecedentes criminais é do Estado-Acusação, e não do cidadão. É preciso também ser montado no sistema de administração criminal brasileira, um cadastro nacional único de antecedentes criminais para servir tanto a justiça federal como estadual e as polícias. Estas duas propostas são básicas para a efetivação do tão almejado e necessitado Estado Democrático de Direito,

nascido em 1988.

---

(\*) Professor Pesquisador e de Pós-Graduação (Especialização e Mestrado). Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Pós Doutor em Direito. Mestre em Ciências Penais e Criminológicas. Expert em Direitos Humanos (Consultor Internacional das Nações Unidas – Missão MINUGUA 1995-96). Promotor de Justiça de Foz do Iguaçu-PR. Membro do Movimento Nacional pro Ministério Público Democrático (MPD). Secretário de Justiça e Segurança Pública do Ministério da Justiça (1989/90). Assessor do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná, na área criminal (1992/93). Membro da Association Internacionale de Droit Pénal (AIDP). Conferencista internacional e autor de várias obras jurídicas publicadas no Brasil e no exterior.

E-mail: [candidomaia@uol.com.br](mailto:candidomaia@uol.com.br)