

Artigo

## **Antecedentes criminais como fundamento anômalo para a decretação da prisão preventiva** Criminal record as an anomalous basis for the decree of preventive detention

Rodrigo de Oliveira Gomes<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Advogado Cível e Administrativo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: gomesrodrigo91@gmail.com.

Submetido em: 28/05/2024, revisado em: 25/06/2024 e aceito para publicação em: 10 /07/2024.

**Resumo:** A presente pesquisa volta-se ao estudo do instituto das prisões cautelares no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a prisão preventiva, abordando, além de sua teoria, o comportamento do Poder Judiciário, quando da fundamentação no sentido da decretação daquela prisão cautelar. Busca-se demonstrar, nesse sentido, sob a ótica do garantismo penal, tecer crítica a respeito da aplicação do Instituto, que, embora de excepcional aplicabilidade, é usualmente aplicado tanto na fase investigativa, quanto no curso do processo criminal, sob a ótica dos antecedentes criminais do agente praticante, prática essa que se revela contrária alheio à Constituição Federal de 1988 à legislação em vigor, bem como as próprias teorias que lhe servem como pilares. Assim, o objetivo deste artigo era constrangir os tribunais, particularmente os superiores, no sentido de que reconhecessem a tese de que os antecedentes criminais não podem ser usados como base para a prisão preventiva do sujeito.

**Palavras-chave:** Antecedentes criminais; Fundamento Anômalo; Prisão Preventiva.

**Abstract:** The Federal Constitution establishes in its article 170, III, the social function as a principle of the economic order. The same law, in article 173, paragraph 1, provided for the creation of the legal status of the public company, the mixed-capital company and its subsidiaries, which, among others, would regulate the social function and forms of inspection by the State and society of such entities. In 2016, Law 13,303 was enacted, giving concrete expression to the aforementioned provision established in the Federal Constitution, a provision that since 1998, after Constitutional Amendment No. 19, had not been put into effect. Thus, the present work has the scope of analyzing, through the qualitative, documentary and bibliographic research method, how the fulfillment of the social function of Brazilian state-owned companies will take place from the perspective of the new statute, investigating the legal parameters established by the recent law, as well as ascertaining the doctrinal foundation of the institute of the social function, starting from private entities to public companies.

**Keywords:** Public Company; Social Function; Mixed Economy Company.

### 1 INTRODUÇÃO

Consciente de que a ciência jurídica se consubstancia em verdadeira atividade dialética, cujo resultado em regra está voltado à segurança jurídica e ao aprimoramento da interpretação e aplicação do direito aos casos concretos, busca o autor através do presente ensaio explorar o conteúdo pertinente às prisões cautelares no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a prisão preventiva, em paralelo à análise do comportamento do Poder Judiciário, por meio de seus magistrados, quando da fundamentação no sentido da decretação daquela prisão cautelar.

Como objetivo geral, o autor propõe uma abordagem sobre o instituto da prisão cautelar, em especial sobre a prisão preventiva, bem como a respeito dos antecedentes criminais, a partir de uma perspectiva de um direito processual, e penal, garantista, ideal, em contraposição ao que lhe parece hodiernamente inadequado, alheio à Constituição Federal de 1988, à própria legislação em vigor, e, por fim, às mais importantes teorias que lhe servem como pilares.

A partir disto, visa o autor tecer pertinente crítica acerca da aplicação do Instituto jurídico de excepcional aplicabilidade sobre agentes investigados ou processados penalmente, a medida cautelar da prisão preventiva, que se consubstancia num instrumento legal

pelo qual o Estado-Juiz, atento aos pressupostos do artigo 313 e seguintes do Código de Processo Penal, visa a garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Concomitante a isso, um dos objetivos específicos almejados pelo autor do presente ensaio está na sustentação de crítica científica acerca das fundamentações jurídicas dos tribunais em geral no sentido da decretação da prisão preventiva tanto na fase investigativa quanto no curso do processo criminal, especificamente no tocante a aplicação intrusa ou inadequada, pelos magistrados em geral, do “fator” antecedentes criminais dentre os fundamentos para a decretação da prisão preventiva, medida cautelar de utilização concreta excepcional no ordenamento jurídico.

Busca-se, com isso, baseado na leitura de obras de direito penal e processual penal, tal como através da aplicação de técnicas de hermenêutica jurídica sobre o direito positivado relativo ao tema, desvelar resquícios de um direito penal e processual penal estigmatizante, adeptos das Teorias do Etiquetamento social e do Direito Penal do Autor, além de trazer à tona, com isso, a patente inobservância, pelas mais diversas instâncias hierarquizadas do Poder Judiciário, ao princípio

constitucional da Presunção de Inocência ou da não culpabilidade, que se consubstancia, ao final, pela inserção, consciente ou não, dentre os fundamentos da prisão cautelar do investigado ou até mesmo réu em processo criminal, dos antecedentes criminais do sujeito destinatário da ordem legal.

Ainda quanto a isso, também se revela como objetivo específico a elevação do presente trabalho a verdadeiro instrumento de constrangimento epistemológico, puramente científico, em face dos tribunais, especialmente os superiores, no sentido da aplicação, por estes órgãos do Poder Judiciário, de um entendimento que hodiernamente é minoritário na doutrina e jurisprudência, relacionado à não aplicação, ou aplicação contida ou mitigada, dentre os fundamentos da prisão preventiva, dos antecedentes criminais do sujeito, tese esta merecedora de maior atenção e aplicação.

Quanto a metodologia empregada no desenvolvimento deste ensaio, utilizará o autor do método de abordagem bibliográfica, normativa e análise de diversos precedentes judiciais, bem como jurisprudências dos tribunais, com o fim precípuo de demonstrar a realidade prática e a tese defendida.

## 2 AS PRISÕES CAUTELARES À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Da análise da lei processual penal pátria, é possível extrair que a prisão cautelar se consubstancia, numa primeira análise, em verdadeiro instrumento utilizado no sentido da manutenção da regularidade dos procedimentos administrativos ou inquisitoriais, presididos por Autoridades Policiais ou membros do Ministério Público, quando for o caso, resguardando, também, o próprio Processo Penal, não se confundindo como adiantamento do cumprimento de pena privativa de liberdade propriamente dita.

Sobre a natureza jurídica instrumental das prisões cautelares, prefacialmente aqui tratadas em sua generalidade, o eminente jurista Aury Lopes Júnior assevera que “as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim a garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento do processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado” (Lopes Júnior, 2006, p. 213).

Ainda quanto a isso, prosseguiu afirmando o referido autor: “É importante fixar esse conceito de instrumentalidade qualificada, pois só é cautelar aquela medida que se destina a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional (Lopes Júnior, 2006, p. 213).

Seguindo, Aury Lopes Júnior, dessa vez citando o notável autor Delmanto Júnior, asseverou que a “característica da instrumentalidade é ínsita à prisão cautelar na medida em que, para não se confundir com pena, só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório” (Lopes Júnior, 2006, p. 213).

Também contribuindo com a discussão, o processualista Antônio Scarance Fernandes bem assim

arrematou em sua obra, no tocante a natureza jurídica e a finalidade da prisão cautelar: “No intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre um risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem a eficácia do julgado. Há então a necessidade de medidas cautelares que eliminem ou amenizem este perigo. São providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte, atingindo-se assim a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa” (Scarance, 2002, p. 297).

Nesse contexto, é que de forma geral o Estado, investido do poder-dever da jurisdição, aplica, nas especificidades do caso concreto, adequada espécie de prisão cautelar, que em referência aos estudos desenvolvidos por Aury Lopes Júnior, subdivide-se em temporária, domiciliar e, finalmente, preventiva, afastando-se, no caso, do presente rol, a prisão em flagrante, posto que de natureza pré-cautelar.

Pois bem. Prefacialmente, mister se faz discorrermos acerca da prisão temporária, primeira espécie de prisão cautelar. Positivada no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 7.960/89, a prisão temporária como prisão cautelar se revela como verdadeiro instrumento de garantia à regularidade e eficácia das investigações criminais, especialmente desenvolvidas por Autoridades Policiais e membros do Ministério Público, e cuja aplicabilidade encontra-se restrita, portanto, ao âmbito extrajudicial.

Embora omissa a referida legislação, numa interpretação extensiva ao que preceitua o §6º, do Art. 282 do Código de Processo Penal, a prisão temporária é medida a ser utilizada em última hipótese, como *ultima ratio*, nos casos em que a parte interessada na concessão, pelo Estado-Juiz, da referida medida, demonstre o *fumus comissi delicti*, ou indícios mínimos, porém suficientes para afirmar acerca da existência de determinada infração penal, em paralelo a demonstração do fundado receio do *periculum libertatis* (patente receio à liberdade momentânea do investigado) do investigado, que, conjugados, se revelem em verdadeiro óbice ao êxito ou até mesmo prosseguimento de determinado procedimento investigativo inquisitorial, tal como no caso de eventuais ações penais em curso.

Seguindo este raciocínio, embora a ideia por trás da prisão temporária seja a de preservação do curso normal das investigações, no âmbito extrajudicial, pois, a referida medida cautelar não está alheia ao controle do Poder Judiciário, o qual, inclusive, investido do poder-dever da jurisdição, e atento aos requisitos legais, é quem decreta ou revoga a prisão temporária, tudo com base na representação fundamentada da Autoridade Policial ou a requerimento do órgão do Ministério Público, posto que vedada, em regra, a sua decretação de ofício, tudo conforme uma interpretação autêntica do dispositivo normativo 311 do Código Adjetivo Penal, que assim diz, *verbis*:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a

prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Quanto aos requisitos legais para a decretação da prisão temporária, a Lei 7.960/89, em seu artigo 1º, incisos I, II e III, prevê as seguintes situações: I – quando imprescindível para as investigações do Inquérito Policial; II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso; b) sequestro ou cárcere privado; c) roubo, aí englobando as suas espécies majoradas e qualificadas; d) extorsão; e) extorsão mediante sequestro; f) estupro, também englobando a espécie de estupro de vulnerável; g) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; h) o hodierno tipo penal referente à associação criminosa; i) genocídio, em qualquer de suas formas; j) tráfico de drogas (Art. 33, da lei 11.343/06); e, por fim, k) nos casos de crimes contra o sistema financeiro.

Ao inverso da prisão preventiva, a qual não está restrita a determinado lapso temporal pré-definido em lei, tão somente sendo revogada, em regra, a partir da mudança substancial ou até mesmo no desaparecimento das circunstâncias que lhe deram ensejo, a medida cautelar da prisão temporária, no curso dos procedimentos administrativos e inquisitoriais, está restrita a período de tempo fixado pela legislação, diga-se, pela lei 7.960/89, bem como pela Lei 8.072/90 – Lei de Crimes Hediondos. Em regra, no primeiro diploma legal, a lei 7.960/89, o tempo máximo pré-definido da prisão temporária, por força do que dispõe o artigo 2º, *caput*, nas infrações penais acima citadas, é de até 05 (cinco) dias, “prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”.

Ocorre que, com o advento da Lei 8.072/90, também conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, o legislador, em face da gravidade dos delitos ali elencados – homicídio qualificado, latrocínio, estupro e outros tantos tipos penais –, resolveu por criar uma situação especial, estendendo o lapso temporal da prisão temporária do sujeito investigado de 05 (cinco) dias para 30 (trinta) dias, também passível de dilação pelo mesmo prazo, desde que as circunstâncias que a ensejaram justifiquem a imprescindibilidade da manutenção da medida cautelar, não havendo sequer conflito entre disposições legais diversas, em razão da Lei de Crimes Hediondos se tratar de lei posterior (*lex posteriori*) e lei especial (*lex specialis*), revogando, em um caso específico – cometimento de crimes hediondos – a lei anterior (Lei 7.960/89), pelos critérios da temporariedade e especificidade.

Noutro pórtico, em segundo lugar, também se revela como instrumento ao processo penal, bem como aos procedimentos extrapenais de natureza investigatória, a prisão domiciliar. Neste caso, diferente da prisão

temporária, restrita à fase investigativa, em regra –, a prisão domiciliar, pelo visto, poderá ter como alvo tanto pessoas indiciadas, quanto àquelas já denunciadas, réis em determinadas ações penais em curso, como forma de verdadeira substituição à prisão preventiva.

Sobre tal afirmação, assim preceitua em sua obra o Jurista Brasileiro (2016, p. 1341):

Interessante perceber que o legislador estabeleceu a prisão domiciliar no Capítulo IV, denominado “Da prisão domiciliar”. Como este capítulo está inserido no Título IX (“Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”), e por ser a prisão domiciliar medida substitutiva da prisão preventiva, mantém o mesmo caráter cautelar desta, isto é, a prisão domiciliar também possui natureza cautelar e a sua finalidade será a mesma da prisão substituída.

Também é importante notar que a prisão domiciliar foi inserida em tópico diverso daquele pertinente às medidas cautelares diversas da prisão (Capítulo V, arts. 319 e 320). Isso significa que a prisão domiciliar é considerada pelo legislador como uma forma de prisão preventiva domiciliar e não como medida cautelar alternativa à prisão. Portanto, a prisão domiciliar não foi criada, em princípio, com a finalidade de impedir a decretação da prisão preventiva, mas justamente de substituí-la, por questões humanitárias e excepcionais, previstas no art. 318 do CPP.

Do acima explicitado, bem como a partir do parágrafo único do Art. 318 do Código de Processo Penal, extrai-se que, “para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo”. Provadas de forma cabal as circunstâncias delineadas nos incisos do Art. 318, deverá o Estado-Juiz conceder ao agente prisão domiciliar, obrigando-o a permanecer em sua residência, salvo em casos específicos em que o mesmo, mediante autorização judicial, poderá de lá se retirar.

Com relação aos eventos que podem, no caso concreto, ensejar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, temos, segundo o Art. 318 do Código de Processo Penal, os seguintes: I – à época da concessão ter o agente mais de 80 (oitenta) anos de idade, bem como ter um estado de saúde frágil tal que exija um tratamento

diferenciado; II – estar o agente acometido por doença grave, nos casos em que o tratamento médico-hospitalar não seja suficiente ou regular no estabelecimento prisional em que se encontra; III – ser o agente a quem é dirigida a ordem imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 06 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV – estar a indiciada ou ré gestante; V – ter a mulher filho com até 12 anos de idade incompletos; e, por fim, VI – ser o homem o único responsável pelos cuidados da criança de até 12 anos de idade incompletos.

Ainda quanto a isso, adverte o jurista Renato Brasileiro que além “das hipóteses previstas no art. 117 da LEP, é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que, na falta de vagas em estabelecimento compatível ao regime a que faz jus o apenado (v.g, semi-aberto), configura constrangimento ilegal a sua submissão ao cumprimento de pena em regime mais gravoso, devendo o mesmo cumprir a reprimenda em regime aberto, ou em prisão domiciliar, na hipótese de inexistência de Casa de Albergado” (Brasileiro, 2016, p. 1342).

Aliás, é esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que assim assentou sua jurisprudência:

EXECUÇÃO PENAL.  
CONDENAÇÃO. REGIME  
INICIAL SEMI-ABERTO.  
CUMPRIMENTO DE PENA  
EM REGIME MAIS  
GRAVOSO DO QUE O  
FIXADO NA SENTENÇA.  
RECONHECIMENTO DE  
CONSTRANGIMENTO  
ILEGAL.  
TRANSFERÊNCIA  
IMEDIATA. AUSÊNCIA DE  
VAGA. REGIME ABERTO  
OU REGIME ABERTO  
DOMICILIAR. ORDEM  
CONCEDIDA.

1. Se, por culpa do Estado, o condenado não vem cumprindo a pena no regime fixado na sentença (semi-aberto), está caracterizado o constrangimento ilegal.

2. A inexistência de vaga no estabelecimento penal adequado ao cumprimento da pena permite ao condenado a possibilidade de ser encaminhado a outro regime mais brando, até que solvida a pendência.

3. Ordem concedida para que o paciente seja imediatamente transferido para o regime semi-aberto ou, na ausência de vaga em estabelecimento adequado, aguarde em regime aberto ou em regime aberto domiciliar.

(Habeas corpus nº  
95.208/MG, relatora Ministra  
Maria Thereza de Assis  
Moura, DJe 14/08/2008)

Superada a explanação sobre as prisões cautelares temporária e domiciliar, imperioso se faz discutirmos acerca da prisão preventiva, objeto de maior atenção neste modesto ensaio.

Nesse sentido, baseado em todo o acima explicitado, temos que, demonstrada a insuficiência, no caso em análise, das medidas cautelares diversas da prisão, quais sejam, aquelas elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, dentre as quais: I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar risco de novas infrações; III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer; e dentre outras, insurge-se o instrumento legal da prisão preventiva como meio subsidiário à preservação da normalidade das investigações preliminares, processos criminais em curso e, de acordo com o caso em específico, a contenção da provável reiteração delitiva ou cometimento de pontuais infrações penais.

Nestas circunstâncias, através da representação da Autoridade Policial e, ou, por meio do oportuno requerimento do órgão do Ministério Público ou do querelante, quando for o caso, deverá o Estado-Juiz, investido do poder-dever da jurisdição, de forma fundamentada, decretar a prisão preventiva em desfavor do requerido ou representado, observando, para tanto, os pressupostos legais específicos, delineados entre os dispositivos normativos 311 e 316, todos Código de Processo Penal.

Em primeiro lugar, extrai-se do artigo 311 daquele caderno processual que a ordem de prisão em comento poderá ser decretada em qualquer fase das investigações preliminares ou quando a problemática envolvendo determinada infração penal já estiver judicializada, através da devida ação penal, proposta pelo Ministério Público ou até mesmo pelo querelante, quando quedar-se inerte aquele órgão ministerial (Art. 29, do CPP).

O pano de fundo para tanto, segundo o artigo 312, dessa vez, está intimamente ligado à existência de sérios indícios da prática de determinados crimes – *fumus comissi delicti* – e de sua autoria delitiva, somado ao que a doutrina denomina como *periculum libertatis*, ou o perigo da liberdade do agente no meio social, buscando-se, com a decretação da prisão preventiva, a garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução criminal e, por fim, para assegurar a aplicação da lei penal.

Nesse contexto, constitui condição *sine qua non* à decretação da prisão preventiva, a verificação, pelo Juízo competente, do conjunto de elementos informativos, colhidos no curso das investigações criminais, e, ou, provas produzidas no transcorrer do processo criminal, que dão conta da ultrapassagem de certas normas de direito material – certos tipos penais – por determinada pessoa.

Discorrendo acerca do elemento do *fumus commissi delicti*, preceitua Aury Lopes Júnior que o mesmo “exige a presença de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e dasapaixonado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto” (Lopes Júnior, 2006, p. 201 e 202).

Ainda sobre isto, seguiu afirmando aquele autor que para “a decretação de uma prisão cautelar, diante do altíssimo custo que significa, é necessário juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notadamente sobre as costas do imputado” (Lopes Júnior, 2006, p. 202).

Acerca do significado das denominadas “razões positivas”, seguiu aduzindo Aury Lopes Júnior, dessa vez citando o eminente jurista Carnelutti, proferindo os seguintes dizeres: “requisitos positivos do delito significa prova de que a conduta é típica, ilícita e culpável. Além disso, não podem existir requisitos negativos do delito, ou seja, não podem existir (no mesmo nível de aparência) causas de exclusão de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade,...) ou de exclusão de culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição, etc)” (Lopes Júnior, 2006, p. 203)

No que se refere, porém, ao chamado *periculum libertatis*, imperioso se faz expor o pensamento do jurista Francesco Carnelutti, para o qual o Princípio da Presunção de Inocência também deverá impor ao Juiz uma presunção de obediência do investigado ou acusado às medidas cautelares alternativas à prisão, até mesmo como forma de equilibrar a relação natural de contraposição entre a atuação dos órgãos de repressão estatal e a defesa daquele que sofre a perseguição estatal em Juízo ou no âmbito extrajudicial (Carnelutti, 2001, p. 71).

Ainda neste mister, a própria legislação processual penal brasileira, em seu artigo 312, considera a prisão preventiva como uma forma eficaz de, retirando do indivíduo, de forma provisória, o exercício de sua liberdade física no meio social, evitar com que o mesmo atente contra a ordem pública e econômica, permita ao Juízo onde tramita a ação penal a melhor instrução processual, quando as circunstâncias lhe forem convenientes, e, por fim, para a garantia da aplicação da lei penal, tudo isso considerando os elementos de informação e provas até então constituídos.

Dito isto, siga. Com relação à garantia da ordem pública, embora se constitua em fundamento vago, impreciso na lei, a doutrina pátria tem se mostrado proativa no que concerne à delimitação conceitual e abrangência do termo “garantia da ordem pública”.

Nesse diapasão, seguindo os ensinamentos do jurista Renato Brasileiro, temos que, a partir de um posicionamento majoritário da doutrina, “entende-se garantia da ordem pública como risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido,

inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime. Acertadamente, essa corrente, que é a majoritária, sustenta que a prisão preventiva poderá ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente” (Brasileiro, 2016, p. 1271).

Neste caso, portanto, vê-se que a garantia da ordem pública está centrada basicamente em dois aspectos: a periculosidade em concreto do agente e o resguardo do resultado útil das investigações preliminares e do próprio processo criminal.

No que concerne ao fundamento da garantia da ordem econômica, temos que a legislação processual não atribui maiores diferenciações em relação ao aspecto da garantia da ordem pública, apenas apresentando especificações no tocante à aplicação de tal medida cautelar no caso do cometimento de crimes contra o sistema financeiro nacional, como se vê nos delitos tipificados na lei 12.529/11, que em seu bojo estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra ordem econômica, instituindo tipos penais específicos, como é o caso daqueles referentes à dominação de mercado relevante de bens e serviços, aumento arbitrário de lucros e limitação à livre concorrência, todos insculpidos no artigo 36, incisos I, II e III, da referida lei.

Em paralelo a isso, ainda subsiste o fundamento da “garantia da aplicação da lei penal”, cuja inserção, pelo Juiz, dentre os fundamentos da decretação da prisão cautelar, segundo Renato Brasileiro, somente deverá ocorrer quando “elementos concretos constantes nos autos confirme, de maneira insofismável, que o agente pretende se subtrair à ação da Justiça”, não se afastando, inclusive, da gravidade dos danos causados e a possibilidade de reeditá-los em desfavor de certos bens jurídicos tutelados (Brasileiro, 2016, p. 1277).

Somado a isto, e não mais importante, também constitui fundamento idôneo à decretação da prisão preventiva do agente, segundo o artigo 312 do Código de Processo Penal, a “conveniência da instrução criminal”, a qual “visa impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas. Tutela-se, com tal prisão, a livre produção probatória, impedindo que o agente comprometa de qualquer maneira a busca da verdade. Assim, havendo indícios de intimidação ou aliciamento de testemunhas ou peritos, de supressão ou alteração de provas ou documentos, ou de qualquer tentativa de turbar a apuração dos fatos e o andamento da persecução criminal, será legítima a adoção da prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal” (Brasileiro, 2016, p. 1280)

Ademais, o caderno adjetivo penal, em seus artigos 312, parágrafo único, e 313, parágrafo único, declara o permissivo legal da prisão preventiva nos casos de ineficácia ou inobservação, pelo investigado ou acusado, das medidas cautelares alternativas outrora impostas à sua pessoa, bem como nas situações em que o Estado, por segurança, decreta a prisão cautelar do indivíduo “[...] quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la [...]”.

Por fim, restringe o artigo 313 daquele mesmo código as situações em que será aplicada a prisão preventiva, colacionando, em primeiro lugar, no inciso I, a hipótese de cometimento de crimes dolosos, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; inciso II, nos casos em que o agente já sofreu condenação, por crime doloso, transitada em julgado, em sentença condenatória, ressalvado o transcurso do prazo de 05 (anos), contados do trânsito em julgado de condenação anterior, para efeitos de reincidência; inciso III, quando o crime em apreciação envolver violência doméstica e familiar, contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para a garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

### 3 DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL PENAL DO FATO, E NÃO DO AUTOR: PREMISSAS FUNDAMENTAIS AO NÃO DESVIRTUAMENTO DAS PRISÕES PREVENTIVAS

Seguindo os ensinamentos do mestre Uadi Lammêgo Bulos, temos que o “Estado de Direito e Democracia bem como Democracia e Estado de Direito não são ideias redundantes ou pleonásticas, por que inexistem dissociadas. Como princípio fundamental, a voz Estado Democrático de Direito veicula a ideia de que o Brasil não é um Estado de Polícia, autoritário e avesso aos direitos e garantias fundamentais. Em suma, a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, porque assegura direitos inalienáveis, sem os quais não haveria democracia nem liberdades públicas” (Bulos, 2015, p. 510 e 511)

Relativo a isso, em atenção ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, bem como ao Princípio de Direito Penal e Processual Penal da Culpabilidade, é que o jurista e Juiz Federal Nivaldo Brunoni considera que a “moderna doutrina tem colocado em evidência que como corolário lógico do princípio de culpabilidade emerge o direito penal do ato ou fato, o qual proclama que ninguém é culpado de forma *geral*, mas somente em relação a um determinado fato ilícito. ‘O Direito penal de ato concebe o delito como um conflito que produz uma lesão jurídica, provocado por um ato humano como decisão autônoma de um ente responsável (pessoa) ao qual se lhe pode reprovar e, portanto, retribuir-lhe o mal na medida da culpabilidade (da autonomia de vontade com que atuou)’. Refere-se, inclusive, ao *princípio do fato*, o qual pode ser violado por meio de duas formas: pela incriminação direta de atitudes internas ou pela punição de fatos carentes de lesividade, utilizados como sintoma de ânimo” (Brunoni, 2007, p. 523).

Nesse diapasão, de forma contrária ao que preceituava a legislação penal e processual penal alemã, por exemplo, notadamente na década de trinta, século XX, cuja época marcou o emergir do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães, sob a coordenação da figura de Adolf Hitler, em que se buscava o delineamento de certas características físicas e psicológicas de parcela da população, especialmente homossexuais, negros e deficientes físicos, tendo em vista à segregação

social, não por crimes cometidos por tais pessoas, mas por sua potencialidade criminosa no entender daquele regimento de exceção, decorrente de suas características biológicas e comportamentais – característica fundamental do direito penal do autor –, os direitos material e processual modernos, especialmente o nacional, vêm caminhando no sentido da aferição da culpabilidade do indivíduo a partir da realização de determinada conduta aparentemente típica, ilícita e culpável, deixando de lado, ao menos em um primeiro momento, aspectos pessoais, subjetivos, do agente investigado ou processado penalmente, dando ênfase a uma perspectiva de direito penal do fato, e não do autor, característica de um Estado Democrático de Direito que vele acerca da legitimidade e legalidade de suas decisões.

Seguindo esta linha de pensamento, preserva-se, ademais, o Princípio da Presunção de Inocência ou da Não Culpabilidade, sobre o qual o eminente jurista Luigi Ferrajoli assevera que tal “princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado” (Ferrajoli, 2002, p. 441).

Nesse diapasão, forçoso se faz reconhecer a relevante importância de um direito penal e processual penal do fato, mormente quando se estiver falando acerca do comando legal no sentido da concretização da medida cautelar da prisão preventiva, que deverá restringir-se à observação do delito em concreto, bem como guardar como fundamentos idôneos um juízo de probabilidade de reiteração criminosa por parte do agente destinatário da ordem legal, bem como de causar embarços às investigações preliminares ou, até mesmo, do regular transcurso do processo penal instaurado em seu desfavor, mesmo havendo, eventualmente, contra o agente, antecedentes criminais.

Nesse contexto, cabe aqui as palavras finais de Nivaldo Brunoni, para o qual, citando Zaffaroni, Alagia e Slokar, infere que o “primeiro mandamento, pois, que se extrai da consagração do princípio de culpabilidade é que o legislador constituinte optou pelo Direito Penal do fato, não sendo possível, por conseguinte, tipificar ou sancionar o caráter ou modo de ser, pois no âmbito do Direito Penal não se deve julgar a pessoa, mas exclusivamente seus atos. O Direito penal deve partir do dogma do fato, de tal modo que não caiba a responsabilização de outros aspectos que não sejam condutas objetivamente perceptíveis. Com propriedade observam Zaffaroni-Pierangeli que “um Direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação”. Até porque, para que fossem consequentes, os partidários do Direito Penal de autor deveriam defender que é suficiente a atitude interna para se castigar o autor e não se ter que aguardar o cometimento do delito (Brunoni, 2007).

### 4 ANTECEDENTES CRIMINAIS: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

De suma importância no entendimento da tese central deste artigo científico, a figura jurídica dos “Antecedentes Criminais” se consubstancia, segundo os ensinamentos de Rogério Greco, no “histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência” (Greco, 2011, p. 554).

Suplementando o posicionamento conceitual do referido jurista, Fernando Capez aduziu em que os *antecedentes criminais* “são todos os fatos da vida progressa do agente, bons ou maus, ou seja, tudo o que ele fez antes da prática do crime”. Ainda neste sentido, seguiu afirmando que esse “conceito tinha abrangência mais ampla, englobando o comportamento social, relacionamento familiar, disposição para o trabalho, padrões éticos e morais etc. A nova lei penal, porém, acabou por considerar a ‘conduta social’ do réu como circunstância independente dos antecedentes, esvaziando, por conseguinte, seu significado” (Capez, 2006, p. 436)

Ponto nebuloso nesta discussão está, pois, na delimitação do que se aponta como “maus antecedentes”. A partir da análise da obra de direito penal do eminente jurista Rogério Greco, temos que o mesmo segue o entendimento de que os maus antecedentes se revelam em condenações criminais transitadas em julgado, e que, neste mister, não conduzam à caracterização do instituto da reincidência penal.

Nesse caso, claramente aquele jurista busca conciliar o referido instituto com o Princípio da Presunção de Inocência ou da não culpabilidade, afirmando da impossibilidade de consideração, como maus antecedentes, de eventuais ações penais e inquéritos policiais ainda em curso.

Aliás, é esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que por sua vez sedimentou a sua jurisprudência através da edição da Súmula de nº 444, *verbis*: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Isto posto, porém, de forma contrária fixou posicionamento o Supremo Tribunal Federal, por sua vez adotando a teoria de que os antecedentes criminais não se propõe a diferenciar condenações transitadas em julgado de inquéritos e ações penais em curso, afastando eventual mácula aos princípios da Presunção de Inocência e do *ne bis in idem*, quando da utilização de condenações passadas para influenciar na pena-base (Art. 59 do Código Penal), bem como para caracterizar o instituto da reincidência, senão, vejamos, o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal (Coimbra, 2013):

STF - A utilização de condenações distintas e com trânsito em julgado, para fins de aumento de pena por maus antecedentes e reincidência, não viola o princípio do non bis in idem. Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu habeas corpus nos quais se pleiteava a redução das penas impostas aos pacientes, com o afastamento da exasperação relativa aos

antecedentes desabonadores. Inicialmente, registrou-se não se estar diante do mesmo tema que se encontra pendente de julgamento pelo Plenário da Corte concernente à possibilidade de reconhecimento de inquéritos policiais e ações penais em curso como maus antecedentes. Em seguida, reputou-se razoável que — no caso de diferentes condenações pretéritas com trânsito em julgado — uma delas fosse utilizada para caracterizar os maus antecedentes (CP, art. 59), na fixação da pena-base, e outra, para considerar a reincidência, como agravante, na segunda fase da dosimetria penal (CP, art. 61, I). Precedentes citados: HC 99044/SP (DJE de 21.5.2010); HC 94846/RS (DJE de 24.10.2008). HC 96771/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.8.2010. (HC-96771). HC 101832/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.8.2010. (HC-101832). HC 96961/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.8.2010. (HC-96961)

Relativo a isso, por se tratar o presente ensaio de eminente instrumento de defesa de tese contra majoritária, em atenção a melhor doutrina e à proposta que aqui se delineia, a tese a ser seguida é a do Superior Tribunal de Justiça, aninhada à teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

## 5 ANTECEDENTES CRIMINAIS COMO FUNDAMENTO ANÔMALO DENTRE OS LEGAIS PARA A EXPEDIÇÃO DA ORDEM DE PRISÃO PREVENTIVA

A partir do histórico dia 05 de outubro de 1988, a República Federativa do Brasil, por intermédio dos representantes do povo em atuação no Congresso Nacional, Deputados Federais e Senadores da República, promulgaram a Constituição Federal que hodiernamente vigora neste país, lançando mão, com isto, da adoção de um Estado Democrático de Direito, para o qual Uadi Lamêgo Bulos afirmou não se tratar de “um Estado de Polícia, autoritário e avesso aos direitos e garantias fundamentais”, mas sim um “Estado Democrático de Direito porque assegura direitos inalienáveis, sem os quais não haveria democracia e nem liberdades públicas” (Bulos, 2015, p. 510-511).

A partir desta nova ordem constitucional, a qual rompeu com um modelo de Estado antidemocrático e

fascista, delineado através da carta constitucional de 1967, o ordenamento jurídico como um todo ficou submetido ao novo filtro constitucional, tendo em vista a adequação das normas infraconstitucionais à nova realidade ou regime legal democrático em voga.

Dentre as mudanças operadas no ordenamento jurídico brasileiro, as principais estão relacionadas à revogação de leis, decretos e outros atos normativos emanados por leis posteriormente consideradas inconstitucionais pela Constituição Cidadã de 1988, bem como pela mudança, através do Poder Judiciário, na readequação de suas decisões judiciais, que passaram a observar os mais básicos princípios, direitos dos direitos e garantidas fundamentais do ser humano, como é o caso do Princípio da Presunção da Inocência, da Individualização das penas, da Isonomia, da Legalidade, da Liberdade em sentido amplo e outros tantos de imensa valia.

Nesse diapasão, embora tenha sido o Código de Processo Penal posto à obrigatoriedade observação pública aos 03 de outubro de 1941, através do Decreto-Lei nº 3.689/41, portanto cerca de quarenta anos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, após a sua análise legal em face à Constituição vigente pelo Poder Judiciário, um dos poderes constituídos da República, afastadas eventuais inconstitucionalidades – e aqui não está a se inferir que não mais haja incompatibilidades de ordem constitucional –, o direito adjetivo penal se perfez em verdadeiro instrumento legítimo no sentido da manutenção da ordem social e legal, especialmente no que se refere à contenção, quando oportuno, ou repressão, pelo devido processo legal, respeitado o contraditório e a ampla defesa, e aplicação da correspondente sanção (pena ou medida de segurança), no caso de ultrapassagem da norma material penal.

Sobre o novo de modelo jurisdicional garantista – observador das garantias penais e processuais penais – pós promulgação da carta magna de 1988, Luigi Ferrajoli, lançando mão da base teórica de um Estado garantista, especialmente no tocante à atuação do Poder Judiciário na Seara Penal, asseverou o seguinte acerca dos elementos constitutivos da epistemologia garantista Ferrajoli (2002, p. 30):

O primeiro destes elementos é o convencionalismo penal, tal como resulta do princípio da legalidade estrita, na determinação abstrata do que é punível. Este princípio exige duas condições: o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas. O desvio punível, segundo a primeira condição, não é o que, por características intrínsecas ou ontológicas, é reconhecido em cada ocasião como imoral, como naturalmente anormal, como socialmente lesivo ou coisa

semelhante. É aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*. Por outra parte, conforme a segunda condição, a definição legal do desvio deve ser produzida não com referência a figuras subjetivas de status ou de autor, mas somente a figuras empíricas e objetivas de comportamento, segundo a outra máxima clássica: *nulla poena sine crimine et sine culpa*.

## 6 ANTECEDENTES CRIMINAIS COMO FUNDAMENTO ANÔMALO DENTRE OS LEGAIS PARA A EXPEDIÇÃO DA ORDEM DE PRISÃO PREVENTIVA

A partir do histórico dia 05 de outubro de 1988, a República Federativa do Brasil, por intermédio dos representantes do povo em atuação no Congresso Nacional, Deputados Federais e Senadores da República, promulgaram a Constituição Federal que hodiernamente vigora neste país, lançando mão, com isto, da adoção de um Estado Democrático de Direito, para o qual Uadi Lamêgo Bulos afirmou não se tratar de “um Estado de Polícia, autoritário e avesso aos direitos e garantias fundamentais”, mas sim um “Estado Democrático de Direito porque assegura direitos inalienáveis, sem os quais não haveria democracia e nem liberdades públicas” (Bulos, 2015, p. 510-511).

A partir desta nova ordem constitucional, a qual rompeu com um modelo de Estado antidemocrático e fascista, delineado através da carta constitucional de 1967, o ordenamento jurídico como um todo ficou submetido ao novo filtro constitucional, tendo em vista a adequação das normas infraconstitucionais à nova realidade ou regime legal democrático em voga.

Dentre as mudanças operadas no ordenamento jurídico brasileiro, as principais estão relacionadas à revogação de leis, decretos e outros atos normativos emanados por leis posteriormente consideradas inconstitucionais pela Constituição Cidadã de 1988, bem como pela mudança, através do Poder Judiciário, na readequação de suas decisões judiciais, que passaram a observar os mais básicos princípios, direitos dos direitos e garantidas fundamentais do ser humano, como é o caso do Princípio da Presunção da Inocência, da Individualização das penas, da Isonomia, da Legalidade, da Liberdade em sentido amplo e outros tantos de imensa valia.

Nesse diapasão, embora tenha sido o Código de Processo Penal posto à obrigatoriedade observação pública aos 03 de outubro de 1941, através do Decreto-Lei nº 3.689/41, portanto cerca de quarenta anos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, após a sua análise legal em face à Constituição vigente pelo Poder Judiciário, um dos poderes constituídos da República, afastadas eventuais



inconstitucionalidades – e aqui não está a se inferir que não mais haja incompatibilidades de ordem constitucional –, o direito adjetivo penal se perfez em verdadeiro instrumento legítimo no sentido da manutenção da ordem social e legal, especialmente no que se refere à contenção, quando oportuno, ou repressão, pelo devido processo legal, respeitado o contraditório e a ampla defesa, e aplicação da correspondente sanção (pena ou medida de segurança), no caso de ultrapassagem da norma material penal.

Sobre o novo de modelo jurisdicional garantista – observador das garantias penais e processuais penais – pós promulgação da carta magna de 1988, Luigi Ferrajoli, lançando mão da base teórica de um Estado garantista, especialmente no tocante à atuação do Poder Judiciário na Seara Penal, asseverou o seguinte acerca dos elementos constitutivos da epistemologia garantista (Ferrajoli, 2002, p. 30):

O primeiro destes elementos é o convencionalismo penal, tal como resulta do princípio da legalidade estrita, na determinação abstrata do que é punível. Este princípio exige duas condições: o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas. O desvio punível, segundo a primeira condição, não é o que, por características intrínsecas ou ontológicas, é reconhecido em cada ocasião como imoral, como naturalmente anormal, como socialmente lesivo ou coisa semelhante. É aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*. Por outra parte, conforme a segunda condição, a definição legal do desvio deve ser produzida não com referência a figuras subjetivas de status ou de autor, mas somente a figuras empíricas e objetivas de comportamento, segundo a outra máxima clássica: *nulla poena sine crimine et sine culpa*.

Acerca da explanação deste primeiro elemento, é possível inferir que o Estado-Juiz, em respeito ao Princípio da Reserva Legal, deve se abster de inovar na ordem jurídica, criando tipos penais de tutela a determinados bens jurídicos, em respeito à tripartição de poderes da República – Executivo, Legislativo e Judiciário

–, e suas respectivas funções típicas, delineadas pela própria Constituição. Nesse caso, caberá aos magistrados, sob o manto do poder jurisdicional, tão somente realizar a produção normativa, concretização do direito (Muller, Friedrich. 2013, p. 81), através de provimentos jurisdicionais, decisões, em atenção ao direito positivado, aos princípios de direito, à jurisprudência e, quando cabível, ao costume.

Quanto ao segundo elemento da epistemologia garantista, seguiu aduzindo Ferrajoli, dessa vez ensinando o que segue Ferrajoli (2002, p. 31-32):

O segundo elemento da epistemologia garantista, associado ao primeiro como sua condição de efetividade, mas frequentemente descuidado, é o cognitivismo processual na determinação concreta do desvio punível. Este requisito afeta, naturalmente, aquela única parte dos pronunciamentos jurisdicionais que vem constituída por suas "motivações", quer dizer, pelas razões de fato e de direito acolhidas para sua justificação. Tal requisito vem assegurado pelo que chamarei de princípio de estrita jurisdicionariedade, que, por sua vez, exige duas condições: a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias, em virtude de seu caráter assertivo, e sua comprovação empírica, em virtude de procedimentos que permitem tanto a verificação como a refutação. Para que o desvio punível não seja "constituído", mas "regulado" pelo sistema penal, não é suficiente, com efeito, que esteja pré-configurado por regras de comportamento. Comportamentos como o ato obsceno ou o desacato, por exemplo, correspondem a figuras delituosas, por assim dizer, "em branco", cuja identificação judicial, devido à indeterminação de suas definições legais, remete inevitavelmente, muito mais do que a provas, a discricionárias valorações do juiz, que de fato esvaziam tanto o princípio formalista da legalidade quanto o empírico da fatualidade do desvio

punível. Para que estes mesmos princípios sejam satisfeitos é necessário, além disso, que não só a lei, senão também o juízo penal, careçam de caráter "constitutivo" e tenham caráter "recognitivo" das normas e "cognitivo" dos fatos por elas regulados.

Pois bem, fixadas as premissas acima, especialmente no tocante à perspectiva de um Estado-Juiz atento às suas funções, à legalidade estrita e aos direitos e garantias de quilate constitucional, é que podemos discorrer acerca da crítica da inserção contumaz, dentre os fundamentos legais da prisão preventiva, do fundamento anômalo, intruso, dos "antecedentes criminais", pelo Juiz, na decisão judicial no sentido da prolação da ordem de prisão preventiva em face do sujeito (réu ou investigado).

Conforme já discorrido no capítulo 4 deste artigo, os antecedentes criminais correspondem aos fatos pretéritos do indivíduo, relativos à ações judiciais arquivadas e em curso, além daquelas transitadas em julgado, somado a inquéritos policiais, que no final das contas não correspondam à reincidência propriamente dita, muito em respeito ao princípio do *ne bis in idem* e ao da presunção de inocência, quando for o caso.

Decorre que, ao observarmos as decisões judiciais hodiernas no sentido da prisão cautelar preventiva do sujeito investigado ou réu em determinada ação penal, verificamos a incoerência que é a utilização dos antecedentes criminais como um dos fundamentos à decretação ou manutenção da medida excepcional em comento.

Ora, em primeiro lugar, tal posicionamento combatido, contrário ao primeiro elemento epistemológico garantista da teoria de Ferrajoli, vai de encontro aos critérios legais, delineados entre os artigos 311 e 316 do Código de Processo Penal, ferindo de morte o princípio da reserva legal. As decisões judiciais que por acaso guardem tal fundamento, nada mais estão do que inovando na ordem jurídica, evidenciando um comportamento ativista dos magistrados, muitas vezes inflados pelas vozes populares, arrefecidas pelo cometimento, no meio social, de dada infração penal, como se vê nos casos dos crimes hediondos (Lei 8.072/90). Tal fato, embora aceitável do ponto da moralidade pública de uma forma geral, não é válido, porém, quando se está diante do exercício de tutela jurisdicional, especialmente em relação a possível privação do direito de liberdade de alguém, quando deveriam os magistrados centrar-se nos mandamentos legais, balizas legítimas das suas decisões.

Em segundo lugar, conforme já debatido, a utilização do fundamento anômalo dos "antecedentes criminais" negativos, pois, nas decisões que decretam a prisão preventiva de determinada pessoa, traz a tona resquícios de um direito penal do autor. Ao invés do magistrado, por ocasião da análise da representação da Autoridade Policial ou do requerimento do Ministério Público, se atentar aos critérios objetivos definidos em lei – existência séria e desapaixonada de elementos de

informação ou provas que demonstrem a existência da infração penal e aponte a sua autoria; a necessidade momentânea de preservação da ordem pública, econômica, regular prosseguimento de investigações e, ou, ações penais em curso; a fundada probabilidade de reiteração ou continuação de determinadas práticas criminosas –, tem se percebido que a autoridade judicial, não raras as vezes, se deixa guiar pelo argumento utilitarista, sem maior concretude, sobre uma eventual personalidade do agente voltada à prática de delitos.

Neste caso, põe-se o magistrado em situação delicada, posto que aceita os riscos de realizar exercícios inócuos de futurologia, sem qualquer amparo legal ou fático. Assim, a lógica de que alguém com antecedentes é mais propenso à realização da conduta imputada é ingênua, mas opera em cada unidade judicial brasileira. É ingênua porque agride a coerência lógica, justamente porque, de um fato autônomo (condenação anterior), não se pode, racionalmente, inferir consequências futuras. O conforto decisional encontra na existência de antecedentes ou boletins de ocorrência o atalho que evitar o esforço cognitivo. Manipula-se a dúvida (Lopes Junior; Morais, 2017).

Somado a isso, ainda há de se levar em consideração a ilegítima argumentação do Juízo, em caso de dúvida sobre a decretação, ou não, da prisão preventiva, através de decisão judicial, em caso de insuficiência de elementos legais autorizadores da prisão preventiva, dos antecedentes criminais como verdadeiro critério final de decisão ou de desempate à emanção da ordem legal de prisão cautelar.

Nesse caso, pertinente a crítica dos juristas Alexandre de Morais e Aury Lopes Júnior, para os quais "É interessante como não existe, jurídica ou logicamente, nenhum nexos causal entre antecedentes e critérios de decisão em caso de dúvida razoável. É completamente ilógico que, diante de uma dúvida razoável, recorra o julgador (ainda que sem assumir) aos "antecedentes" como critério de "desempate". Por que o fato de alguém ter sido condenado no passado acarreta a presunção de autoria em relação a novos delitos em caso de dúvida? Ou vamos aceitar o reducionismo sem qualquer lógica de que, por exemplo, uma "vez ladrão, sempre ladrão"? De onde vem a base jurídica para um determinismo dessa envergadura? A resposta é elementar: não há base de sustentação, mas apenas uma cultura inquisitória-punitivista-estigmatizante que precisa ser rompida. (Lopes Junior; Morais, 2017)

Ainda nesse mister, o ilegítimo tratamento do Juízo para o com o réu ou investigado criminalmente, constitui evidente fato de constrangimento ilegal de sua liberdade, bem como abalo moral, posto que estigmatiza o destinatário da ordem legal da prisão preventiva como "bandido", "criminoso contumaz", e outros dizeres desabonadores, taxando-o como criminoso nato. Uma vez criminoso, sempre criminoso.

Relativo a isso, o Poder Judiciário há de evitar referida argumentação, na medida em que o efeito da decisão no sentido da prisão preventiva poderá ter efeitos inversos, pois se o agente recebe a pecha do Poder Judiciário de que "uma vez criminoso, sempre será considerado criminoso", o mesmo, sem alternativas, em face das dificuldades de reinserção no meio social pela

“marca” que carrega, acaba por concretizar o seu desvirtuamento de conduta perante a lei e à sociedade, passando a delinquir.

Outro fator a ser observado, corresponde aos efeitos da utilização utilitarista do argumento dos “antecedentes criminais” pelo órgão do Ministério Público, ou assistente de acusação, para o convencimento do Juízo, seja no procedimento comum, especial ou no procedimento do juri.

Nos dois primeiros casos, por se tratar o destinatário da argumentação da parte acusadora o Juiz no caso dos procedimentos comum e especial, observando o que preceitua a lei, facilmente o magistrado poderá refutar tal método ilegal de convencimento.

Por outro lado, em se tratando de procedimento do Juri, especialmente quando se fala de julgamento em plenário, em que o conselho de sentença, constituído por sete cidadãos, em sua maioria leigos na ciência do direito, estes serão presas fáceis a tal argumentação intrusa, ilegítima, a uma porque desconhecem a técnica e a legislação penal e processual penal, a duas porque é cedo que o sistema da íntima convicção dos eventuais magistrados, bem como a falta de fundamentação de suas decisões, abrem espaço para julgamentos fora das balizas legais, condicionados, muitas vezes, ao senso comum da sociedade.

Segundo os ensinamentos do mestre Lênio Luiz Streck, consubstancia-se constrangimento epistemológico” uma “forma de, criticamente, colocarmos em xeque decisões que mostram equivocadas[...]. No fundo, é um modo de dizermos que a doutrina deve voltar a doutrinar e não se colocar, simplesmente, na condição de caudatária das decisões tribunalícias (Streck, 2011)

Nesse diapasão, prega o referido autor serias críticas tanto às decisões judiciais fora dos limites legais, quanto o silêncio eloquente da doutrina pátria em realizar críticas às referidas decisões.

É o caso do tema em apreço. Embora seja flagrante a ilegalidade das decisões judiciais que se utilizam do argumento da existência de antecedentes criminais em desfavor do investigado ou processado criminalmente, as decisões nesse sentido continuam a ser exaradas diuturnamente, bem como a doutrina tem se mantido passiva àqueles comandos judiciais.

Comprovada neste ensaio o fato dos antecedentes criminais se consubstanciar em verdadeiro fundamento equivocado na da decisão à prisão cautelar do sujeito da ordem legal, imperioso se faz os mesmos Juízos sejam constrangidos cientificamente a rever as suas decisões, até mesmo como um imperativo de justiça social, bem como de observância estrita aos preceitos e normas fundamentais, então emanadas da Constituição Federal de 1988.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise dos dispositivos referentes às prisões cautelares, em especial a preventiva, em conjunto à observação de precedentes judiciais, conclui-se que embora expressos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional fundamentos e, ou, pressupostos legítimos à decretação da prisão cautelar preventiva, o

comportamento do Poder Judiciário, por intermédio de seus magistrados, tem se mostrado destoante do que preceitua a lei, desrespeitando o princípio da reserva legal ao inovar na ordem jurídica, fazendo inserir, dentre os fundamentos legais da prisão preventiva, o argumento da existência de antecedentes criminais em desfavor do sujeito a quem é endereça a ordem de prisão preventiva.

Restou demonstrado, com isso, o abalo à ordem jurídica, aos princípios, direitos e garantias fundamentais tutelados pela Carta Magna de 1988, especialmente no tocante aos Princípios da Presunção de Inocência, do Devido Processo Legal, do direito fundamental de liberdade e outros.

Isto posto, porém, de forma contrária ao tratamento majoritário no meio judicial quanto ao manejo do fundamento anômalo dos antecedentes criminais nas decisões que decretam a prisão cautelar preventiva, este ensaio posicionou-se firmemente no sentido de ir de encontro à tal tese, sustentando a necessidade de se respeitar a ordem jurídica vigente, bem como os mais básicos direitos fundamentais pertinentes ao investigado ou processado penalmente.

Ademais, com tal atitude, cumpriu este artigo com o seu objetivo de atuar como meio de constrangimento epistemológico, puramente científico, em face dos tribunais, especialmente os superiores, no sentido do reconhecimento, pelos mesmos, da tese da impossibilidade do emprego dos antecedentes criminais como fundamento à prisão preventiva do sujeito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei 2.848/40, **Código Penal Brasileiro. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm). Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689/41, **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 03 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm). Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. Lei 12.529/11, **Regula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica e dá outras providências**. Brasília, DF, 02 de fevereiro de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. Lei 7.210/84, **Lei de Execução Penal**. Brasília, DF, 13 de julho de 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm). Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. Lei 7.960/89, **Disposições sobre a prisão temporária**. Brasília, DF, 21 de dezembro de 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm). Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.072/90, **Lei de Crimes Hediondos**. Brasília, DF, 26 de julho de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm). Acesso em: 23 jul. 2023.

17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio#top. 2011. Acesso em: 23 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 75.492/RS**, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 10/12/2007).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 95.208/MG**, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 14/08/2008).

BRUNONI, Nivaldo. **legitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n., dez. 2007. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo\\_Brunoni.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm). Acesso em: 23 jul. 2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. rev. Atual. De acordo com a emenda constitucional 83/2014, e últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Editora: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. Saraiva Jur, 2006.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **As certidões ou atestados de antecedentes criminais emitidos pelas Polícias e Tribunais e a alteração do parágrafo único do art. 20 do CP**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 04 out. 2013. Disponível em: [http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2\\_Valdinei\\_Coimbra&ver=1646](http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2_Valdinei_Coimbra&ver=1646). Acesso em: 23 jul. 2023.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3º Ed. rev. Atual. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais. 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora: JusPodivm, 2016.

LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. Vol único. 4º Ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lênio. **Regra ou Princípio: Ministro equivocou-se ao definir presunção de inocência**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-nov->