

ANTECEDENTES CRIMINAIS, VIESES COGNITIVOS E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

CRIMINAL RECORDS, COGNITIVE BIAS AND PRESUMPTION OF INNOCENCE

PAULO VICTOR DE FRANÇA ALBUQUERQUE PAES

Mestrando em Direito e Prática Jurídica Penal pela Universidade de Lisboa (ULisboa). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG).

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o grau de influência dos antecedentes criminais do acusado na formação da convicção do magistrado e sua relação com a presunção de inocência. Até que ponto as certidões de antecedentes criminais juntadas ao processo ou perguntas, no interrogatório, acerca de crimes anteriores praticados pelo acusado, são capazes de influenciar na formação do convencimento do magistrado no caso concreto.

Palavras-chave: Antecedentes criminais; *in dubio pro reo*; juízo da execução; presunção de inocência; vieses cognitivos.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the degree of influence of the criminal record of the accused in the formation of the magistrate's conviction and its connection with the presumption of innocence. To what extent the criminal record certificates attached to the process or questions, in the interrogation, about previous crimes committed by the accused, are able to influence the formation of the magistrate's conviction in the specific case.

Keywords: Criminal records; *in dubio pro reo*; jurisdiction of the criminal enforcement judge; presumption of innocence; cognitive biases.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E *IN DUBIO PRO REO*; 2 ANTECEDENTES CRIMINAIS; 3 VIESES COGNITIVOS E HEURÍSTICAS; 4 HERMENÊUTICA E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O tema proposto insere-se no dia a dia dos processos criminais e é essencial na delimitação de um dos princípios mais importantes do Direito Constitucional e do Direito Processual Penal, qual seja, o Princípio da Presunção de Inocência, que baliza e determina o princípio *in dubio pro reo*.

É preciso analisar o seguinte problema: a grande maioria dos processos criminais, no Brasil, é

precariamente instruído com provas técnicas capazes de objetivar a análise acerca da culpabilidade do réu. A prova mais comum e determinante é a testemunhal, que é totalmente volátil e sem credibilidade. Ao final da instrução, o magistrado não tem onde se escorar para julgar de forma tranquila e justa, segundo sua consciência e com uma certeza suficiente para condenar. Então, na maioria das vezes, senão em todas, o julgador procura nos autos a certidão de antecedentes criminais do réu com o objetivo de se inteirar sobre outras passagens criminais do indivíduo posto sob julgamento. Também é comum que o magistrado e/ou o órgão do Ministério Público façam perguntas para as testemunhas militares sobre o envolvimento criminoso do acusado com atos ilícitos na região. E o resultado é certo: quanto mais registros tem o réu ou quanto mais declarações desfavoráveis ele obtiver acerca de seu passado, maior a chance de sua condenação. Ocorre que esses registros não têm nenhuma vinculação com o ato praticado objeto do julgamento. O Direito Penal é o do fato e não o do autor.

A hipótese de trabalho é que a certidão de antecedentes criminais juntada aos autos do processo de instrução e perguntas para as testemunhas ou para o próprio réu – acerca de seu passado criminoso – contribuem para o julgamento fora das provas dos autos, violando as regras objetivas de julgamento e o princípio maior do Direito Processual Penal: *in dubio pro reo*.

Propõe-se um processo embasado nos atos supostamente cometidos pelo réu e não em sua história de vida, pela qual ele já foi condenado, não podendo sofrer nova repressão, sob pena de *bis in idem*. Objetiva-se construir uma Justiça mais isenta de preconceitos e estigmas, fazendo valer o Direito Penal do fato em detrimento do Direito Penal do autor. Discorre-se, ainda, sobre a hermenêutica atual, mormente constitucional e filosófica, que contribui na fundamentação das decisões judiciais levando, muitas vezes, ao tão temido decisionismo. Por fim, analisar-se-á vieses cognitivos, que podem levar o julgador a cometer injustiças de forma inconsciente, acreditando motivar-se na razão.

1 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E *IN DUBIO PRO REO*

O princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, preceitua que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

No âmbito do Direito Internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

em seu artigo 11, 1, dispõe: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. Já a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8º, 2, diz: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”

Na esfera infraconstitucional, este direito também é assegurado pelo artigo 386 do Código de Processo Penal Brasileiro que estabelece:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

(...)

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

O princípio deve ser considerado sob dois aspectos diferentes. Primeiramente, em todos os momentos de formação da prova: proposição, admissão, produção e valoração. O ônus da prova cabe exclusivamente ao Ministério Público; quanto à valoração probatória pelo magistrado, no momento da sentença, o juiz deverá julgar a favor do acusado caso as provas não sejam suficientes ou existam dúvidas com relação à autoria do delito ou à materialidade delitiva. O segundo aspecto refere-se ao tratamento processual do acusado, onde ele poderá responder ao processo preso, caso exista alguma das circunstâncias dos artigos 312 ou 313 do Código de Processo Penal. Este estudo trata apenas do primeiro aspecto.

Esse princípio é muito pouco aplicado pelos julgadores brasileiros. Na prática, o único processo que tem fim inevitavelmente condenatório é aquele que decorre da prisão em flagrante, onde as testemunhas são as vítimas (em caso de crimes patrimoniais) e, exclusivamente, os policiais militares (em caso de tráfico de drogas e demais). Não existe investigação criminal, com provas sólidas e contundentes, capaz de levar a um decreto condenatório sem dúvidas com relação à autoria. O que existe é a mera suposição com base no histórico de vida e nos antecedentes criminais dos acusados, que entram, assim, num círculo vicioso e jamais conseguem abandonar o sistema carcerário.

É muito comum que os julgadores se embasem em juízos de valor de outros profissionais colaboradores da justiça, dividindo o poder de punir estatal entre Policiais Militares, Policiais Civis, peritos criminais, psiquiatras forenses e promotores de justiça. Ao final, esses juízes, com a consciência limpa, reproduzem o sistema: condenam o indivíduo como se nada pudessem fazer, sob o pretexto de apenas estarem cumprindo a lei.

Entretanto, deve-se lembrar que cada instituição tem um objetivo. Assim como o Poder Judiciário busca compor o máximo de litígios e proferir o maior número de sentenças terminativas/definitivas, a polícia tem o objetivo de prender o maior número de "criminosos" (meta), seja quem for, a fim de dar à sociedade uma sensação maior de segurança. E os atropelos vão acontecendo.

Os poderes punitivos esquecem-se apenas de que a total punição, além de impossível, é totalmente desinteressante, improdutiva, desnecessária e seletiva, como ensina Zaffaroni (2001, p. 15 e 40):

[...] a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal e imagina o que sucederia em qualquer país ocidental desenvolvido, caso se conseguisse efetivamente punir com a privação da liberdade, conforme o previsto em lei, todos os furtos a supermercados e todos os casos de posse de entorpecentes proibidos. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais. [...] Em razão da seletividade letal do sistema penal e da consequente impunidade das pessoas que não lhe são vulneráveis, deve admitir-se que seu exercício de poder dirige-se à contenção de grupos bem determinados e não à repressão do delito. Atribui ao meio acadêmico o ditado que 'a lei é boa para conter os excessos, mas só a lei não nos leva a nada porque não se pode acabar com os negros'.

O processo, encarado dessa forma, serve apenas para promover uma fantasia de democracia e de Justiça ao que, na verdade, é autoritário e rotulador. O resultado final já está posto e o processo é uma barreira necessária para imposição da vontade estatal, vale dizer, do autoritarismo. Conforme Prado (2014, p.17), "o Processo Penal, pois, não deve traduzir mera cerimônia protocolar, um simples ritual que antecede a imposição do castigo previamente definido pelas forças políticas, incluindo-se nesta categoria os integrantes do Poder Judiciário."

2 ANTECEDENTES CRIMINAIS

O artigo 59 do Código Penal Brasileiro faz referência aos antecedentes criminais da seguinte forma:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

A reincidência também é valorada de forma negativa pelo art. 62 do mesmo estatuto repressivo:

Circunstâncias agravantes

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

I - a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Essas circunstâncias, judiciais e legais, respectivamente, são levadas em consideração no momento da dosimetria da sentença penal condenatória (quando o magistrado decide que o indivíduo é culpado e passa a quantificar sua pena). Ou seja, para a lei penal, os antecedentes criminais do acusado dentro do processo de conhecimento servem exclusivamente para aumentar sua penalização já que, para o legislador, se alguém já foi punido e, mesmo assim, voltou a praticar um delito, merece uma reprovação maior pela sua reiteração criminosa (princípio da individualização da pena) buscando tutelar a ordem pública e social. Não se pode deixar de mencionar que abalizada doutrina critica essa opção legislativa. Defende-se que se alguém comete novo crime após já ter sido formalmente punido com a prisão, o verdadeiro erro teria sido do Estado, com sua atuação deficiente e predatória sobre o sujeito criminalizado. Assim, a reincidência (real) deveria ser circunstância atenuante, e não agravante. Além disso, ela também significaria uma dupla punição (*bis in idem*) pelo mesmo fato já que no segundo crime há um acréscimo de pena decorrente do primeiro crime, já pago pelo indivíduo (SANTOS, 2010, p. 531).

Os antecedentes criminais não têm e nem poderiam ter função processual, vale dizer, função de ajudar no convencimento do juiz (ou de qualquer outro operador do direito) em caso de dúvida sobre a autoria do crime, sob pena de violação da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Materialmente (direito penal) pode até ser válido (abstraindo-se as críticas), mas processualmente é totalmente inadmissível, antijurídico, antidemocrático e inconstitucional.

Direito Penal do fato é aquele que pune indivíduos por realizarem determinados fatos/conduitas previstos no ordenamento jurídico penal. Somente este é aceito numa Democracia. Já o Direito Penal do Autor é o que pune determinadas pessoas específicas pelo que elas são e não pelo que elas fazem; elas são punidas por suas características pessoais ou escolhas de vida (rótulos, estigmas, opções sexuais, formas de pensar ou agir), não importando suas condutas/fatos, o que viola flagrantemente o princípio da igualdade. Forte nesse princípio, há quem defenda até mesmo que as penas deveriam ser fixas e invariáveis, como forma de anular os subjetivismos, tanto do culpado quanto do juiz, e fazendo valer uma justiça mais equânime (Thompson, 1998, p. 33).

O mesmo Thompson (1998, p. 129), criticando os sistemas de poder nos ensina:

Só são criminosos os indivíduos que, além de desrespeitar um preceito penal (às vezes nem isso, a mera indisciplina satisfaz o requisito), pertencem às parcelas inferiores da sociedade – pois, nesse caso, a infração coloca em risco um básico princípio político: o de que devem observar passiva submissão à tirania dos grupos dominantes. [...] Não é matar ou roubar o que se penaliza, mas a atitude de rebeldia contra as estruturas que tais atos estejam a revelar. Na ausência deste elemento diferenciador, matar ou roubar serão tidos por atos neutros e seus atores por criaturas não-criminosas – descriminalizadas estas quer pela lei, quer pelos pontos de fuga da cifra negra.

Carvalho (2014, p. 136) também critica os estigmas sociais que, na maioria das vezes, servem mais para discriminar:

Os estereótipos criminais não apenas modelam o agir dos agentes da persecução, sobretudo das polícias, como direcionam o raciocínio judicial na eleição das inúmeras variáveis existentes entre as hipóteses condenatórias ou absolutórias e à fixação da quantidade, qualidade e espécie de sanção. E cita Brum (2001, p. 136 apud CARVALHO, 2003, P.122) "Geralmente, chegado o momento de prolatar a sentença penal, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu. Chegou a essa decisão (ou tendência a decidir) por vários motivos, nem sempre lógicos ou derivados da lei. Muitas vezes, a tendência a condenar está fortemente influenciada pela extensão da folha de antecedentes do réu ou, ainda, pela repugnância que determinado delito provoca no espírito do juiz..."

O que se tem com o uso do Direito Penal é apenas a briga por status e por poder, e os fatos perdem espaço para a personalidade, que não deveria, jamais, ser valorada negativamente pelo Direito. Para Barata (2011, p. 119), "os interesses protegidos através do direito penal não são, pois, interesses comuns a todos os cidadãos; a criminalidade, no seu conjunto, é uma realidade social criada através do processo de criminalização."

3 VIESES COGNITIVOS E HEURÍSTICAS

A grande maioria das decisões, julgamentos e escolhas tomadas pelo ser humano é baseada em vieses cognitivos e nas heurísticas (atalhos mentais, como forma de resolver problemas mais rápido e facilmente) em seu pensamento, o que alivia a carga cognitiva da tomada de decisão, mas também leva a uma probabilidade muito maior de erro (STERNBERG, 2010).

Vieses cognitivos são processos mentais/psicológicos que podem levar a raciocínios ilógicos ou irracionais, mais bem estudados pela psicologia comportamental. Os principais vieses cognitivos que nos interessam são: a) Viés de confirmação: tendência da memória de uma testemunha ou julgador a ser distorcida por suas expectativas prévias; b) Viés de crença: no raciocínio silogístico, a tendência de aceitar conclusões inválidas, mas acreditáveis, e de rejeitar conclusões válidas, mas inacreditáveis; e c) Viés do meu lado: no raciocínio informal, a tendência de avaliar afirmações em função das próprias crenças ou de produzir raciocínios ou argumentos que as apoiem. Também vale aqui a lembrança do Efeito Dunning-Kruger, segundo o qual os indivíduos menos hábeis superestimam suas habilidades mais do que aqueles que são, de fato, mais habilidosos (EYSENCK e KEANE, 2017). Ou seja, quanto mais certeza o julgador tem da sua decisão, maior é a chance dele estar equivocado e tomar decisões irracionais. E as compreensões de mundo prévias do indivíduo influenciam completamente sua tomada de decisão.

Um dos maiores psicólogos estudiosos do tema relatou um estudo com juízes em que se chegou a conclusões estarrecedoras, após a análise de cada magistrado em relação a seu esgotamento físico e mental (KAHNEMAN, 2012). A transcrição integral é indispensável:

Os participantes inadvertidos do estudo eram oito juízes de condicional em Israel. Eles passam dias inteiros revisando pedidos de condicional. Os casos são apresentados em ordem aleatória, e os juízes dedicam pouco tempo a cada um, numa média de seis minutos. (A decisão default é a rejeição da condicional; apenas 35% dos pedidos são aprovados. O tempo exato de cada decisão é registrado, e os períodos dos três intervalos para refeição dos juízes — a pausa da manhã, o almoço e o lanche da tarde — durante o dia também são registrados.) Os autores do estudo fizeram um gráfico da proporção de pedidos aprovados em relação ao tempo desde a última pausa para refeição. A proporção conhece picos após cada refeição, quando cerca de 65% dos pedidos são concedidos. Durante as duas horas, mais ou menos, até a refeição seguinte dos juízes, a taxa de aprovação cai regularmente, até chegar perto de zero pouco antes da refeição. Como era de se esperar, esse é um resultado indesejável e os autores verificaram cuidadosamente muitas explicações

alternativas. A melhor explicação possível dos dados é uma má notícia: juízes cansados e com fome tendem a incorrer na mais fácil posição default de negar os pedidos de condicional. Tanto o cansaço como a fome provavelmente desempenham um papel.

Soma-se a esses vieses cognitivos e comportamentais, a origem social dos membros da magistratura e do Ministério Público, de maneira geral, como ensina Thompson (1998, p. 87):

Recrutam-se os promotores e magistrados dos estratos superiores da sociedade, enquanto os policiais, sobretudo os que desempenham o papel de lidar diretamente com a descoberta e perseguição dos delinquentes, das camadas mais baixas; àqueles se fornecem recompensas (status, vencimentos) equivalentes aos dos membros da alta classe média; a estes, os do operariado qualificado; os primeiros merecem uma proteção institucional quanto a seus atos, defendidos por uma indevassabilidade quase sagrada; aos segundos se vota um desprezo temperado de complacência, que às vezes pode transformar-se em afagos concedidos do alto para baixo, às vezes em vergastadas disciplinadoras. Porque magistratura e Ministério Público se compõem de gente da camada superior (por origem ou por assimilação), são poupados ao máximo quanto ao desgaste de se comportar desavergonhadamente no concernente à aplicação de uma justiça parcial e classista; porque a massa dos policiais é retirada da ralé social, cabe-lhes a incumbência de suportar, de forma altamente predominante, os ônus de, descarada, cínica e despudoradamente, selecionar entre os autores de delitos aqueles que, por sua posição inferior, devem purgar as dores das punições e os que, pela posição superior, merecem de tais dores permanecer intocados.[...]Exatamente ao reverso do que apregoa a ideologia, é a polícia quem controla e comanda a atividade do Judiciário, pois este só trabalha com o material concedido por aquela. Graças a isso, pode o Judiciário manter uma aparência de isenção e pureza, uma vez que a parte ostensivamente suja da operação discriminatória se realiza antecedentemente à sua atuação.

Mas a crítica não é exclusiva da doutrina brasileira. Na Espanha (SILVA SÁNCHEZ, 2018), há doutrina denunciando a baixa qualidade democrática das leis penais seja pela sua redução a produtos das burocracias dos partidos dominantes (bens de consumo eleitoral), o que reduz a discussão parlamentar e extra-parlamentar (por parte dos especialistas e da sociedade civil como um todo) seja pela uniformização e harmonização da legislação penal exigida pelos organismos internacionais a que as nações se submetem por qualquer motivo. Na Espanha, a maioria imposta pela União Europeia; no Brasil, pela ONU (ex. Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas).

Indubitavelmente, o histórico criminal do acusado juntado ao processo ou questionado pela acusação ou pelo juiz na instrução, influencia a tomada de decisão desses representantes estatais, pesando negativamente numa condenação ou num decreto de prisão antes do trânsito em julgado, e

contribuindo para uma tomada de decisão irracional e, muitas vezes, equivocada.

4 HERMENÊUTICA E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O grande desafio do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo é a diminuição do autoritarismo judicial. Apesar de o sistema de decisões em vigor no Brasil ser o da persuasão racional do juiz, o magistrado encontra limites na Constituição e nas próprias leis, o que significa dizer que, para que uma norma explícita seja superada, deve-se exaurir a fundamentação de forma clara, a fim de não haver abusos. Para Coelho (2008, p. 133 e p. 179), discorrendo sobre a interpretação constitucional:

[...] embora os princípios da interpretação constitucional se apresentem como enunciados lógicos e, nessa condição, pareçam anteriores aos problemas hermenêuticos que, afinal, eles ajudam a resolver, em verdade e quase sempre, funcionam como fórmulas persuasivas, isto é, como argumentos de que se valem os aplicadores do direito para justificar pré-decisões que, mesmo necessárias ou convenientes, mostrar-se-iam arbitrárias ou desprovidas de fundamento se não contassem com o apoio desses cânones interpretativos.[...] Não por acaso já se proclamou que a diversidade de métodos e princípios interpretativos potencializa a liberdade do juiz, a ponto de lhe permitir antecipar as decisões – à luz da sua pré-compreensão sobre o que é correto e justo em cada situação concreta – e só depois buscar os fundamentos de que precisa para dar sustentação discursiva a essas soluções, puramente intuitivas, num procedimento em que as conclusões escolhem as premissas, e os resultados selecionam os meios.

Em última análise, a integridade do ordenamento jurídico e da Justiça, por meio da interpretação dos atos normativos, depende exclusivamente da dignidade dos juízes (Coelho, 2008, p. 155).

O Estado de Direito fundamenta-se – ou deve fundamentar-se – na lei, que lhe dá sustentação e passa a ideia de segurança jurídica para a sociedade como um todo. Entretanto, a subsunção do fato à norma é tarefa do intérprete, e é aí que mora o perigo/autoritarismo. Muitas vezes, o operador do Direito dá uma roupagem técnico-jurídica à sua decisão quando na verdade ela é extremamente vazia/tautológica/repetitiva. Exemplo clássico e rotineiro é aquele atinente às prisões provisórias: quando o magistrado quer prender, fala que a gravidade em concreto do crime impõe a prisão e menciona o crime ocorrido, quando muito, em duas linhas; quando quer soltar, fala que a gravidade em abstrato do crime, por si só, não justifica a prisão cautelar. E cada um que dê seu jeito para

defender seus interesses pois motivação não há...

Streck (2015, p. 19 e 40), criticando o decisionismo, ensina:

[...] o problema da verdade – e, portanto, da manifestação da verdade no próprio ato judicante – não pode se reduzir a um exercício da vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência), como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva [...] Depois de tantos anos, os juízes aprendem como moldar seu sentimento aos fatos trazidos nos autos e ao ordenamento jurídico em vigor. Primeiro se tem a solução, depois se busca a lei para fundamentá-la.

A ideia da existência e surgimento de um Direito Penal não é a punição de tudo e de todos, mas sim o freio/resistência do impulso e vontade (política) punitiva estatal. O objetivo é conter o uso abusivo da pena no controle dos atos dos cidadãos. A finalidade do direito penal não é punir cidadãos que contrariem objetivos estatais, mas controlar o poder punitivo inerente a qualquer exercício de poder.

De forma extremamente crítica e sensata, Thompson (1998, p. 88, p. 92 e p. 123) reflete sobre a certeza judicial da seguinte forma:

Em que consiste, afinal de contas, a famosa certeza legal? Em algo que só tem existência no subjetivismo de quem profere a decisão terminativa. Qualquer pessoa que atua junto ao aparelho judiciário sabe, perfeitamente, que fica muito mais fácil vaticinar o resultado de um processo através do dado “qual juiz que vai julgá-lo” do que fazer a previsão em função do fator “qual a prova constante dos autos? [...] Configurado o tipo abstrato do delinquente, basta encontrar sua confissão no inquérito policial: dissipadas estão as dúvidas que poderiam torturar o espírito do juiz, e este condena de consciência tranquila. O móvel da decisão vincula-se muito menos ao fato em si ou à sua prova; o importante é saber se aquele indivíduo deve ou não ir para a cadeia. Não interessa o que fez, mas o que é. [...] E sobre o ditado de que “ a prova testemunhal é a prostituta das provas” conclui que a imensa maioria das sentenças se apoia sobre um bordel.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que é preciso diminuir a influência de fatores alheios ao *thema probandum* para que a esfera de apreciação do julgador se concentre apenas no fato pelo qual o acusado está respondendo criminalmente em juízo.

Para isso, as certidões criminais do acusado não podem ser juntadas ao processo de conhecimento bem como perguntas relacionadas a crimes anteriores não devem ser feitas ao réu ou

às testemunhas, sob pena de influência negativa no juízo final acerca da culpa do indivíduo.

Em nada contribuem para o processo de conhecimento essas certidões, muito menos perguntas sobre o passado ou a vida social dos acusados. Caso não existam elementos suficientes nos autos para a conclusão acerca da culpa do indivíduo, a absolvição se impõe.

Por se tratar de questões totalmente objetivas (ou tem maus antecedentes ou não tem; ou é reincidente ou não é) e pelo fato da Lei penal atribuir um adicional de pena em caso de maus antecedentes e reincidência, essa análise e acréscimo legal de pena devem ser realizadas exclusivamente pelo juízo da execução penal, em mera atividade de subsunção, sem interpretações. Assim, estaria o Direito Penal evoluindo na busca de punição de fatos e não de pessoas determinadas, nas diretrizes de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

EYSENCK W. M.; KEANE M. T. **Manual de psicologia cognitiva**. 7 ed. Porto Alegre: Artmed, 2017.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1ª ed. São Paulo : Marcial Pons, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. 4ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2018.

STERNBERG, Robert J. **Psicologia Cognitiva**. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos? O crime e o criminoso:** entes políticos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Recebido em: 17/03/2021 / Aprovado em: 18/05/2021