

31073

# Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais: aspectos jurisprudenciais

## Approach to the guarantee of the motivation of criminal decisions: jurisprudential aspects

NEREU JOSÉ GIACOMOLI

Prof. na UBRACanoas/RS, Doutor em Direito e vinculado ao PPG em Direitos Fundamentais, onde leciona Processo Penal Constitucional, prof. na Escola Superior da Magistratura do RS e desembargador da 7ª Câmara Criminal do TRS.

### RESUMO

A motivação das decisões judiciais criminais com enfoque crítico-jurisprudencial mostra a importância de se exigir a motivação e a fundamentação das decisões criminais, por seu caráter constitucional de garantia aos direitos individuais e principalmente para proteger a dignidade da pessoa humana e o status libertatis. A motivação das decisões criminais não é mera faculdade do magistrado; é uma garantia essencial e está expressa na Constituição Federal, em seu artigo 94, IX. O cidadão tem o direito de saber as razões da restrição de sua liberdade. É através da motivação e da fundamentação que os envolvidos no processo e o cidadão podem controlar as decisões do magistrado, desde os decretos de prisão, recebimento da denúncia, da queixa-crime e principalmente na sentença criminal.

**Palavras-chaves:** motivação, fundamentação, liberdade, decisões, sentença.

Direito e Democracia	Canoas	vol. 6, n. 1	1º sem. 2005	p. 199-228
----------------------	--------	--------------	--------------	------------

### ABSTRACT

The motivation of the criminal sentences motivation with critical-jurisprudential approach shows the importance of demanding the motivation and the foundation of the criminal decisions for its constitutional of guarantee of individual rights character and mainly to protect the human being dignity and status libertatis. The motivation of the criminal decisions is not a mere faculty of the judge, it is an essential guarantee and it's express in the Brazilian Constitution, in its article 94, IX. The citizen has the right to know the reasons of his freedom restriction. By the motivation and the foundation that involved in the process and the citizen can control the decisions, since decrees of arrest, act of receiving denunciation, the criminal complaint and mainly, the criminal judgement.

**Key words:** motivation, foundation, freedom, decisions, sentence.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo encerra os resultados, ainda que parciais, de um aspecto da pesquisa levada a termo na UBRACANOAS-RS, sobre a motivação das decisões judiciais criminais. Por isso, esta publicação tem como limite o enfoque crítico-jurisprudencial sobre a inderogável garantia constitucional da motivação das decisões jurisdicionais. O objetivo desta primeira publicação sobre o tema é assentar as principais decisões criminais e a necessidade constitucional de motivá-las validamente, bem como o que os Tribunais: STF, STJ, TJRS e TFR, 4ª Reg., já decidiram a respeito.

Os magistrados e Tribunais estão garantindo o direito à motivação das decisões penais? O que se entende por motivação adequada e constitucionalmente válida? É necessário fundamentar o recebimento da acusação? A decisão sem motivação suficiente e válida, garante a eficácia dos direitos fundamentais?

O desenvolvimento do trabalho parte da premissa da necessidade constitucional da motivação dos atos decisórios criminais, mormente os que restringem o status libertatis do cidadão e a dignidade da pessoa humana. A motivação, também, é uma das garantias que servem para dar efetividade aos demais direitos e garantias individuais, limitativa dos poderes jurisdicionais.

Uma decisão criminal, mormente a que implica restrições ao status libertatis,

sem motivação, não encontra adequação constitucional<sup>1</sup>. As principais decisões criminais: prisão e liberdade provisória, recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sentença, aplicação da pena e regimes, são analisadas sob a ótica da necessidade de motivação e de fundamentação, sempre com referências aos posicionamentos jurisprudenciais, objeto desta exposição.

Quando o magistrado fundamenta a decisão, está explicando e justificando racionalmente<sup>2</sup> a motivação fática e jurídica que o convenceu a decidir em determinada direção. Não só a exteriorização escritural e pública do convencimento do magistrado tem relevância constitucional, mas também o grau de convencimento que pode gerar nos agentes envolvidos no processo e na comunidade jurídica. Isso possibilita que as partes entendam a decisão, podendo, então, impugná-la adequadamente. Com isso, o magistrado demonstra que não está decidindo arbitrariamente, mas racionalmente, na motivação de direito e de fato<sup>3</sup>. Portanto, não é suficiente uma mera declaração de que o magistrado conhece o que consta nos autos, e nem uma trivial manifestação volitiva, mas se faz mister a demonstração racional argumentativa (*ratio dicendi*)<sup>4</sup> da situação jurídico-criminal proposta. Isso legitima a função jurisdicional, na medida em que se trata de exercício de poder.

A relevância da exigência da motivação das decisões criminais se justifica na previsão expressa da Constituição Federal, em seu artigo 94. IX, combinado com a adoção do Estado Democrático de Direito, pela Carta Magna, tendo na proteção da dignidade da pessoa humana um dos pilares básicos. A motivação racional da decisão permite aos envolvidos no processo e ao cidadão a sua fiscalização (controle interno e externo)<sup>5</sup>,

<sup>1</sup> Segundo o STF no HC n. 72.068/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/02/1995, DJ de 16-06-95, p. 18217, "a motivação das decisões criminais, enquanto garantia constitucional indelimitada, atua como condição de eficácia e respeito de validade das pronunciamentos decisórios emanados dos magistrados e tribunais. A inobservância do dever imposto aos órgãos do Poder Judiciário pela Constituição da República gera a desqualificação jurídica das decisões por vícios procedimentais, atingindo-as com a sanção da nulidade (cf. art. 93, IX), os que o têm em consequência direta de combater – até mesmo fora do âmbito de atuação inquisição judicial – os vícios que lesionam o Estado a oferecer-lhe ou a reconhecer-lhe o status libertatis".

<sup>2</sup> Vid. com LOPES JR., Aury. *Instituição Crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade gerencial)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 254, quando afirma que "a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão".

<sup>3</sup> Vid. MAGALHÃES COMES FILHO, Antônio. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: RT, 2001, p. 131-171, sobre a motivação de direito e de fato.

<sup>4</sup> Vid., nesse sentido, a decisão do Tribunal Constitucional Espanhol, n. 109, de 14-09-92.

<sup>5</sup> Vid. BARONA VILAR, Silvia. *Prisión Provisional y Medidas Alternativas*. Barcelona: Bosch, 1988, p. 40, a importância da fundamentação da prisão cautelar.

excluindo o caráter meramente subjetivo da prestação jurisdicional<sup>6</sup>, legitimando constitucionalmente o saber-poder do magistrado<sup>7</sup>, submetendo-o à via impugnativa pré-determinada.

## 2 MOTIVAR E FUNDAMENTAR

Considerando que o nosso ordenamento jurídico utiliza, indistintamente, os termos fundamentação e motivação<sup>8</sup>, se faz necessário estabelecer sua diferenciação, possibilitando uma melhor compreensão do objeto da presente investigação.

Por motivo se entende a causa ou a condição de uma escolha, a qual direciona a atividade para um fim específico, orientando a conduta humana, sem, no entanto, fornecer uma explicação ou uma justificação.

O fundamento é a explicação ou a justificação racional da coisa da qual é causa; a razão de ser. O fundamento permite compreender porque determinada decisão foi ditada num sentido e não em outro; porque é assim e não de outra forma. Em suma, possibilita o entendimento ou a justificação racional da coisa, da qual é causa. O fundamento ou razão suficiente explica por que a coisa pode ser ou comportar-se de determinada maneira. Wolff distinguiu o princípio *essendi* (razão da possibilidade da coisa), o *fendi* ou da causalidade (do acontecer – razão da realidade) e o *cognoscendi* ou de demonstração (proposição que leva ao conhecimento da verdade de outra proposição)<sup>9</sup>.

Em Abbagnano se pode ver que "fundamento é o que explica uma

<sup>6</sup> Vid. com COMES CANTILLHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Alameda, 1998, p. 671, quando enuncia três razões a motivação das sentenças: controle da administração da justiça; exclusão do caráter voluntário e subjetivo do exercício jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; e a melhor estruturação das recusas.

<sup>7</sup> Vid. com FERRAJOLI, Luigi. *Direito y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1997, p. 22, a relação entre saber e poder do magistrado. A concepção garantista é pela maximização do saber e limitação do poder fundamentadas, sob pena de nulidade. Já, no inciso seguinte, ao tratar das decisões administrativas das tribunais, a Carta Magna diz que estas deverão ser motivadas. Segundo o artigo 131 do Código de Processo Civil, o magistrado tem a liberdade de decisão, mas deverá indicar os motivos que formaram o seu convencimento. Já o artigo 483 do Código de Processo Civil reza que o fundamento sobre as questões de fato e de direito é parte essencial da sentença e do acórdão (artigo 165 do CPC). Item como as demais decisões serão fundamentadas, ainda que consentaneamente. O Código de Processo Penal, por seu turno, no artigo 381, III, obriga o magistrado a indicar, na sentença, os motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.

<sup>8</sup> Vid. ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de Filosofía*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 475.

preferência, uma escolha, a realização de uma alternativa e não de outra. Fala-se em fundamento todas as vezes que a preferência ou a escolha é justificada ou quando a realização da alternativa é explicável<sup>10</sup>.

Assim, o magistrado fundamenta uma decisão quando justifica, racionalmente, porque esta procedendo de determinada maneira, por que faz com que a decisão produza este ou aquele efeito (recolher à prisão, conceder a liberdade, condenar, absolver, aplicar cinco anos e não seis anos de prisão, por exemplo). A motivação se constitui na ação determinante da razão de ser da decisão, nos instrumentos que orientam a explicação da decisão. É o motivo que direciona a ação num sentido ou no outro.

Portanto, motivar não é sinônimo de fundamentar. A fundamentação pode ser só baseada em motivos de direito, por exemplo, ou só em motivos de fato, ou nos dois. É claro que a fundamentação da decisão terá como base fática e/ou de direito. Toda decisão judicial deverá ser motivada e fundamentada. Motiviar é dizer quais as bases fáticas e/ou de direito que permitem a fundamentação, ou seja, a explicação racional da decisão. Somente a motivação, sem uma fundamentação, uma explicação racional que possibilite o entendimento, que permita a sua compreensão, não esta satisfaz o artigo 94, IX, da Constituição Federal.

As mesmas circunstâncias fáticas – motivos – podem embasar duas decisões diferentes, dependendo da compreensão e da justificação racional do juiz. Da mesma forma, a mesma matéria de direito – motivo – poderá levar a duas decisões diferentes. Por isso, a motivação orienta o raciocínio do magistrado, mas a fundamentação depende da exteriorização racional, da explicação racional. A racionalização do juiz Pedro poderá ser diferente da explicação do juiz João, embora utilizem os mesmos substratos de fato e de direito.

É a fundamentação que permite à acusação e à defesa saber o porquê da conclusão num sentido ou em outro; permite desvendar o aspecto positivo (o explicitado) e o negativo (o porquê da conclusão diferente). A acusação e a defesa impugnaram a decisão porque a dualidade e o oposto são possíveis. A verdade racionalizada no processo é a verdade processualizada, a que o magistrado racionaliza com o que os autos contêm (verdade contextualizada nos autos), mais a sua compreensão. Isso significa que pode ser emitida uma solução oposta a que foi exteriorizada nos autos do processo, mas também justificável, fundamentada, inclusive

sobre o mesmo substrato. As duas soluções, não necessariamente são excludentes, em termos de fundamentação. São possíveis e válidas constitucionalmente, sempre que houver motivação e fundamentação.

Portanto, fundamentar é mais que motivar, e não há fundamentação sem motivação<sup>11</sup>.

Reproduzir os termos da lei (prisão para garantir a aplicação da lei penal, por exemplo), o parecer do Ministério Público ou o relatório da autoridade policial, não é motivar e nem fundamentar a decisão. O substrato fático concretizado nos autos e não o abstrato, posto na tela do ordenamento jurídico é que fornecerá ao magistrado, no momento de fundamentar, de justificar a sua decisão, a qual cria a norma ao caso concreto (a norma é a resultante do processo hermenêutico dos fatos e das possibilidades existentes no ordenamento jurídico) a motivação adequada e válida, do ponto de vista constitucional<sup>12</sup>.

Uma decisão judicial está bem fundamentada quando arrazoadade forma motivada de tal maneira a permitir o exercício da garantia da ampla defesa.

Delimitados os significados, passo a enfatizar as principais decisões penais e o pensamento dos tribunais no que tange à motivação, objetivo proposto, a iniciar pelas prisões processuais.

<sup>10</sup> *Ibid.*, nesse sentido, o STJ no HC n. 3871/RS, rel. Min. EDSON VIDIGAL, julgado em 02/10/1995, DJ de 13.11.1995, p. 38664, LEJSTJ 80/327 e RT 725/521.

<sup>11</sup> *Vid.* TARELO, Giovanni. *Uninterpretazione della Legge*. Milano, Giuffrè, 1980, pp. 67-75, a respeito do controle social da atividade jurisdicional. Segundo o STF no RHC n. 83463/SP, rel. Min. CARLOS DE BRITO, julgado em 25/11/2003, DJ de 19-12-2003, apenas transcrever as expressões da lei (Conveniência da instrução) ou outras expressões atentas à tipicidade ou à espécie de crime (crime hediondo, crime necroculoso, promessa de recompensa), bem como às hipóteses não objetivadas (propensão à prática delituosa) não é motivar validamente a prisão. *Vid.*, nesse sentido, também, a decisão do STJ, no HC n. 24905/CE, rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, julgado em 26/08/2003, DJ de 29-09-2003, p. 354. Consta, expressamente, na omissão: "a total confiança, a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, subsançável-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas no processo e na sua resistência, dentro dos limites do padrão, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, indilicentes à incidência da norma invocada". No mesmo sentido são as seguintes decisões do STJ: HC n. 24087/SP, rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, julgado em 20/05/2003, DJ de 30-06-2003, p. 316 e RSTJ 175/551; HC n. 22490/PI, rel. Min. GILSON DIPP, julgado em 22/10/2002, DJ de 03-02-2003, p. 329 (fa concessão a salutar do réu por não haver motivação com fatos concretos); HC n. 25181/PA, rel. Min. JESUS COSTA LIMA, julgado em 16/05/1994, DJ de 30/05-1994, p. 13491; e HC n. 25708/BA, rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, julgado em 18/09/03, DJ de 28-10-2003, p. 365.

<sup>10</sup> *Em op. cit.*, p. 476.

### 3 PRISÕES PROCESSUAIS

Uma das graves crises do processo penal é a falta de motivação das prisões processuais e, dentro delas, da manutenção da prisão processual após a homologação ou não do auto de prisão em flagrante. O dever de motivar, esculpido na Constituição Federal como uma das garantias da efetivação dos direitos e das liberdades fundamentais, exige a fundamentação da prisão por um magistrado, por uma autoridade judicial.

A motivação se constitui numa garantia de que a prisão antes de uma sentença penal com trânsito em julgado não cumpre uma finalidade espúria, desvinculada dos direitos e das liberdades fundamentais. A admissão do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF)<sup>13</sup>, a fundamentação da ordem jurídica na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e o elenco dos direitos e garantias fundamentais, mormente a garantia do estado de inocência, colocam, definitivamente, a prisão antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, como uma medida excepcionalíssima, a afastam (espero que para sempre), da concepção medieval da obrigatoriedade da prisão, de antecipação penal ou de uma punição antecipada<sup>14</sup>.

Por isso, a **prisão em flagrante**, por si só, não mais subsiste em nosso ordenamento jurídico. A expressão: "o flagrante prende por si só", não encontra validade constitucional, em face do artigo 94, IX, da Constituição Federal. Com isso não estamos afirmando que alguém não pode ser detido em flagrante delito. Sim, pode. Entretanto, a prisão advinda da lavratura do auto de prisão em flagrante, tem por suporte uma circunstância fática constatada e consubstanciada pela autoridade administrativa; portanto, necessita de um controle jurisdicional fundamentado. Assim, mesmo quando o auto de prisão em flagrante é homologado, a prisão, ainda, não está motivada. Faz-se mister a análise dos motivos de fato e de direito (cabimento da prisão preventiva) à sustentação validada da restrição da liberdade. Portanto, o magistrado, mesmo homologando o auto de prisão em flagrante, para manter o flagrado preso, validamente, deverá fundamentar a sua decisão; dizer, em suma, os motivos

<sup>13</sup> Em LARENZ, Karl. *Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas, 1985, pp. 152-158, as concepções de "Estado de Direito".

<sup>14</sup> Nesse sentido, o STF no HC n. 79857/PR, rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 18/04/2000, DJ de 04-05-2001, entendendo pela excepcionalidade da prisão cautelar, não se "constituindo em instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundada em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condutações sem defesa prévia".

de fato e de direito pelos quais mantém o sujeito preso<sup>15</sup>. Portanto, diante do auto de prisão em flagrante, o magistrado possui quatro alternativas: homologa e mantém a prisão, motivando a sua necessidade nas hipóteses do cabimento da prisão preventiva; homologa e concede a liberdade ao flagrado porque não estão presentes os requisitos da prisão preventiva; deixa de homologar o flagrante e decreta prisão preventiva (esta hipótese é de dividual constitucionalidade quando feita ex officio, em face do princípio acusatório. Por isso, entendemos que, antes de decretar a prisão preventiva, o dominus litis há de manifestar-se acerca de seu cabimento, não podendo o magistrado agir ex officio) ou não homologa e põe o flagrado em liberdade.

Mesmo a prática de **crime hediondo**, por si só, não veda a possibilidade de ser concedida a liberdade provisória ao flagrado. Após a análise dos requisitos autorizadores da prisão em flagrante, o magistrado deverá de motivar a manutenção ou não da prisão, tomando como base umas das hipóteses do cabimento da prisão preventiva, sob pena de carecer de fundamentação a construção da liberdade<sup>16</sup>. O legislador ordinário não pode vedar, de forma absoluta, a concessão da liberdade provisória, sob pena de ofensa às garantias fundamentais consubstanciadas no artigo 5º da Constituição Federal.

<sup>15</sup> Vêd., nesse sentido, o HC n. 27066/PR, rel. Min. GILSON DIPP, julgado em 22/04/2003, DJ de 23.06.2003, p. 405, no qual foi deferida a soltura do agente preso em flagrante. Segundo consta na decisão, "exige-se concreta motivação da decisão que indefere o pedido de liberdade provisória, com base em fatos que efetivamente justifiquem a cautela processual, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante... A mera alegação ao fato de que os crimes de recuperação tiveram como objeto multimediosos, com evidente nexo à população, não é suficiente para justificar a medida com base na garantia da ordem pública".

<sup>16</sup> O STF, no HC n. 15316/SF, rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 13/04/2004, DJ de 16.08.2004, p. 283, afirmou haver constrangimento legal quando o magistrado, mesmo em se tratando de crime hediondo, não fundamenta a negatividade da liberdade do agente, mediante a seguinte enunciação: "A prisão preventiva deve, necessariamente, ser calculada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XII e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado deve apontar os elementos concretos ensejadores da medida. É inconstitucional qualquer decisão judicial contrária ao princípio *namus unum se delegat*, indigência do art. 5º, LXIII, da Constituição da República e art. 8º, § 2º, si, do Pacto de São José da Costa Rica. Não foi dado ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma absoluta, a liberdade provisória quando em apuração crime hediondo e assemelhado. Inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 8.072/90. Ainda que o delito apurado em processo criminal seja catalogado como hediondo ou equiparado, o magistrado está obrigado a fundamentar a decisão que denega a liberdade provisória a partir dos motivos que autorizam a prisão preventiva, dada a natureza cautelar da prisão em flagrante. No mesmo sentido, o STF, nas seguintes decisões: HC n. HC 20183/SF, rel. Min. GILSON DIPP, julgado em 20/08/2002, DJ de 11.11.2002, p. 231; HC n. 21910/SF, rel. Min. GILSON DIPP, julgado em 10/09/2002, DJ de 21.10.2002, p. 376; o HC n. 18684/SF, rel. Min. GILSON DIPP, julgado em 26/02/2002, DJ de 08.04.2002, p. 248; HC n. 32890/SF, rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 21/10/2004, DJ de 11.2.004, p. 415; RHC n. 15316/SF, rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 13/04/2004, DJ de 16.08.2004, p. 283. Nesse sentido, TJRS, no RSE n. 7000757/987, rel.ª Des.ª ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS, julgado em 11/2/2003, ao não considerar absoluta a disposição contida no Lei dos Crimes Hediondos, no que tange à prisão preventiva. Mas, o mesmo TJRS, no HC n. 69713/0078, rel. Des. RAIMUNDO VEIRA, julgado em 13/08/1997, decidiu pela não concessão da liberdade provisória ao réu preso em flagrante por se tratar de crime hediondo, visto proibir a lei a liberdade provisória nos hediondos.

É de ser observado que a própria Lei dos Crimes Hediondos, em seu artigo 2º, § 2º, determina que o juiz, no momento em que condena um réu pela prática dessas espécies de crime, deverá "fundamentar" se reconhece ou não o direito de apelar em liberdade.<sup>17</sup> Quando o próprio legislador ordinário permite a liberdade para recorrer de um condenado por crime tido como grave, a interpretação adequada, proporcional, com base constitucional, autoriza a liberdade antes da sentença penal condenatória. Ademais, a condição de hediondo, por si só não implica automático recolhimento ao cárcere, seja qual for a fase processual em que o processo se encontra.

A existência do crime e dos indícios suficientes de autoria (*inimus commissi delicti*), requisitos prévios da prisão preventiva, bem como o perigo ou o risco do indiciado, flagrando ou réu, permanecer solto (*periculum libertatis*),<sup>18</sup> deve motivar-se em fatos e atitudes atuais e concretas, capazes de atender aos requisitos autorizadores que lhe dão supedâneo, e não em meras probabilidades, por ser medida excepcional.<sup>19</sup> São os fatos concretos que motivam a medida, em termos do que vão justificar a

<sup>17</sup> Nesse sentido o STF no HC n. 80531/PJ, rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 28/11/2000. DJ de 24-08-01, entendendo pela necessidade de fundamentação, mesmo nos hediondos; no mesmo sentido o STF no HC n. 80531/PJ, rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 28/11/2000. DJ de 24-08-01, ao decidir que, em face do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e do § 2º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, compete ao órgão judicial fundamentar quer a liberdade, quer a custódia". O TRFCS, no HC n. 700028994/24, rel. Des. CARLOS CINI MARCHONATTI, julgado em 29/08/2001, decidiu que não basta a referência à Lei dos Crimes Hediondos como motivação idônea do decreto de prisão preventiva.

<sup>18</sup> Vid. em LOPES JR., Aury. Op. cit., pp. 188-195, uma correta análise dos requisitos e fundamentos das cautelares penais.

<sup>19</sup> O STF, no HC n. 33578/SP, rel. Min. LAURITZA VAZ, julgado em 03/08/2004. DJ de 30-08-2004, p. 313, consou: "sendo a prisão cautelar uma medida extrema e excepcional, que implica em sacrifício à liberdade individual, é imprescindível, em razão do princípio constitucional da inocência presumida, a demonstração dos elementos objetivos, indiciários dos motivos concretos autorizadores da medida cautelar. A alegação judicial genérica da necessidade da custódia processual pela conveniência da ordem pública e da instrução criminal, dissociada de qualquer outro elemento concreto e individualizado, não tem, por si, o condão de justificar a prisão cautelar". No mesmo sentido o STJ no HC n. 27275/ES, rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 24/06/2003. DJ de 21-06-2004, p. 258; HC n. 18684/SP, rel. Min. GILSON DIPP, julgado em 26/02/2002. DJ de 08-04-2002, p. 248. Também, o STJ, absoluindo a prisão decretada em juízo de mera probabilidade, no RHC n. 15660/SP, rel. Min. LAURITZA VAZ, julgado em 23/03/2004. DJ de 19-04-2004, p. 214. No HC n. 29568/SP, rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 04/09/2003. DJ de 29-09-2003, p. 355 o STJ absolveu a prisão porque não embasada em fatos concretos, mas apenas na gravidade do delito. O TRFCS no HC n. 69944/207, rel. Des. CARLOS ROBERTO LOFEGO CANIBAL, julgado em 28/07/1999, também decidiu pela necessidade de motivação da prisão preventiva em fatos concretos; no HC n. 700088654/92, rel. Des. LUIS CARLOS ÁVILA DE CARVALHO LETTE, julgado em 17/11/2004, assentou que a prisão preventiva, por ser medida "extrema e excepcional que é, só se justifica se comprovada sua necessidade. Invertecia genericamente a gravidade do delito, ou a maior autódica das medidas, quando apoiada em dados inerentes ao próprio ilícito penal, sem demonstrar a indispensabilidade da prisão, carente de fundamentação é a custódia, porque apoiada em palavras genéricas, aprováveis para as mais variadas situações".

excepcionalidade da prisão preventiva. A fundamentação, havendo vários sujeitos, há de fazer referência motivadora a cada agente, carecendo de motivação as referências genéricas, carentes dos porquês da prisão, que não explicam as razões da adoção do pedido do Ministério Público.<sup>20</sup>

A fuga do autor do fato, da comarca, pode, em tese, justificar a prisão preventiva como garantia da instrução criminal e da aplicação da lei penal, segundo os tribunais.<sup>21</sup> Entretanto, após a Constituição Federal de 1988, a qual garante aos acusados o silêncio (art. 5º, LXIII), o não comparecimento do agente, tanto na fase investigatória, quanto em juízo, não poderá pesar contra seu direito de liberdade. Portanto, não mais tem validade a prisão processual pela simples fuga do autor do fato. A ela, outros fatos deverão ser agregados para justificar a prisão processual. Ademais, elementos concretos deveriam informar algum indicativo de fuga, a qual não pode ser presumida.<sup>22</sup>

A suspensão do processo, em face do não comparecimento do acusado citado por edital, que não constitui defensor, é determinada pelo artigo 366 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.271/96. A inovação, introduzida em 1996, em face da garantia da ampla defesa, a qual abrange a defesa técnica e a autodefesa, autoriza o magistrado a de-

<sup>20</sup> O STJ, no HC n. 813/RJ, rel. Min. ASSIS TOLEDO, julgado em 28/08/1991. DJ 16-09-1991, p. 12641 e LEXSTJ, vol. 32, p. 274, concedeu Habeas Corpus, POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO em processo onde o relator de um fato que envolvia fraude previdenciária, praticada por vários agentes, decretou a prisão preventiva de um dos agentes (gram em torno de vinte), acolhendo parecer do Ministério Público que dava ênfase a três delis. Na decisão, o relator transcreveu parte do parecer, mas decretou a prisão de um dos agentes, não mencionado no referido parecer que pedia a prisão preventiva.

<sup>21</sup> O STJ, no HC n. 33816/PE, Rel. Min. GILSON DIPP, julgado em 03/08/2004. DJ 06-09-2004, p. 278, afirmou que a prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal poder ser motivada na fuga do réu. No mesmo sentido são as seguintes decisões do STJ: RHC n. 12344/PB, rel. Min. GILSON DIPP, julgado em 03/06/2004. DJ 02-08-2004 p. 415, ao examinar a hipótese do artigo 366 do Código de Processo Penal; o HC n. 29893/MS, rel. Min. FELIX FISCHER, julgado em 25/11/2003. DJ 19-12-2003, p. 355; o HC n. 13477/GO, rel. Min. HAMILTON CARVALHO, julgado em 29/05/2001. DJ de 17-09-2001, p. 194. O TRFCS, no HC n. 69306/9932, rel. Des. EGON WILDE, julgado em 10/08/1993, decidiu que o fato de terem desaparecidos os demais empreiteiros, acusados de terem dilapidado o patrimônio da empresa falida, não justificava a prisão preventiva do paciente, pois "ninguém pode ser preso por aquilo que seus pares costumam fazer". Nesse sentido também o TRF da 4ª Reg., no HC n. 40009442/6, rel. Des. Federal TADAAQUI HIRROSE, julgado em 26/11/2003. DJU de 26/11/2003, onde consignou na sentença que "a construção da liberdade de ir e vir consiste em medida excepcional, só podendo essa ser restrita quando legalmente amparada, mediante decisão judicial bem fundamentada, na qual se demonstrar a necessidade do procedimento extremo, como no caso dos autos, onde o Réu se encontrava evadido do distrito da culpa, impedindo a devida aplicação da lei penal".

<sup>22</sup> Nesse sentido, o STJ no HC n. 30942/R, Rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 16/03/2004. DJ de 19-04-2004, p. 243 (o fato de o réu ter permanecido 14 anos foragido não induz presunção de que irá fugir).

cretar a prisão preventiva. Entretanto, tal inovação legislativa não restituiu a obrigatoriedade da prisão preventiva pela ausência do acusado. A prisão preventiva, mesmo nessas hipóteses, continua sendo medida excepcionalíssima, devendo ser motivada em fatos concretos e numa das hipóteses previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal<sup>23</sup>. No momento em que o magistrado suspende o processo e decide a respeito da suspensão ou não do prazo prescricional, poderá determinar a produção de provas consideradas urgentes. Portanto, a suspensão do processo não implica automática produção antecipada de prova, sendo indispensável que a decisão que resolve colher provas, seja devidamente fundamentada<sup>24</sup>.

A gravidade do delito, segundo parte da jurisprudência, serve como motivo para fundamentar a prisão preventiva como forma de garantir a ordem pública. Por outro lado, também encontramos decisões asseverando que não mais subsiste, por ilegalidade evidente, o decreto prisional que se funda exclusivamente na gravidade do delito<sup>25</sup>, na extensão do

<sup>23</sup> Nesse sentido, o STF no HC n. 83728/RS, rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado 17/02/2004, DJ de 23-04-2004, onde constou que "em virtude do princípio constitucional da não-culpabilidade, a custódia acatutelada há de ser tomada como exceção. Deve-se interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a para situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos". No mesmo sentido o STF no HC n. 83534/SP, rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 18/11/2003, DJ de 27-02-2004. Nesse sentido são também as seguintes decisões do STF: RHC 12344/PR, Rel. Min. GILSON DIPP, julgado em 03/06/2004, DJ 02/08-2004, p. 415; HC n. HC 28244/PR, Rel. Min. GILSON DIPP, julgado em 02/10/2003, DJ 03-11-2003, p. 333 (proclamação que o simples fato de não comparecimento do acusado na audiência a prisão preventiva, exigindo-se motivação adequada desta medida excepcionalíssima. No caso concreto, entretanto, foi denegado o habeas corpus em face do acusado estar fongido, como garantida da aplicação da lei penal). Vid., também, o STF no HC n. 24559/RJ, rel. Min. FONTES DE ALENCAR, julgado em 28-10-2003, p. 364. Ainda, nesse sentido, vid. a decisão do TJRS no HC n. 70005556092, rel. Des. SYLVIO BAPTISTA NETO, julgado em 28/11/2002.

<sup>24</sup> Vid. o STJ, no HC n. 25182/MS, rel. Min. FELIX FISCHER, julgado em 15/04/2004, DJ de 28-06-2004, p. 355.

<sup>25</sup> Segundo o STJ, nas seguintes decisões: RHC n. 15567/SP, rel.ª Min.ª LAURITA VAZ, julgado em 19/08/2004, DJ de 13-09-2004, p. 262; RHC n. 16049/MG, Rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 10/08/2004, DJ 30-08-2004, p. 333; RHC n. 5848/RS, Rel. Min. JOSÉ DANTAS, julgado em 23/09/1996, DJ de 29-10-1996, p. 41675; RHC n. 16049/MG, rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 10/08/2004, DJ de 30-08-2004, p. 333, a gravidade do delito, por si só não é motivação suficiente. O STJ, no RHC n. 15139/SP, rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 09/12/2003, DJ de 02-02-2004, p. 365, assentou que a gravidade genérica não é motivo suficiente para embasar a prisão. O TJRS, no HC n. 700081499940, rel. Des. LUIZ CARLOS AVILA DE CARVALHO LEME, julgado em 18/03/2004, consignou que "a prisão preventiva, medida extrema e excepcional que é, só se justifica se comprovada sua necessidade. Inocentes genericamente a gravidade do delito, o camufo da população, diante da criminalidade, a constância na subtração de veículos ou a precariedade inerente ao próprio delito, sem nada se aduzir sobre o caso concreto e sem análise das condições pessoais da agente, a comprovar a indispensabilidade da prisão, sobre o fundamento que é a custódia, porque apela em palavras genéricas, aprováveis para as mais variadas situações... Também carece de fundamentação e a ordem prisional que se limita a invocar o requisito legal, sem apontar onde está a presente contravenção a instrução processual". Também, o TJRS, no HC n. 70009035670, rel. Des. Nereu José Geronzi, julgado em 05/08/2004, decidiu que as afirmações genéricas, baseadas na gravidade do fato e na garantia da ordem pública, conceito indeterminado, não servem para demonstrar a necessidade da prisão preventiva.

prejuízo patrimonial e na presunção subjetiva de que, solto, o paciente voltará a delinquir, sem que tal fundamentação se refira a algum fato concreto e atual, capaz de autorizar a custódia processual<sup>26</sup>.

A ordem pública, conceito indeterminado, o qual pode abarcar inúmeras circunstâncias, ainda subsiste, segundo entendimento dos tribunais, como pressuposto válido<sup>27</sup>. Porém, há decisão relevante do STF de que a ordem pública deverá estar motivada em fatos futuros e não nos pretéritos<sup>28</sup>. A comoção social, a enorme repercussão do delito no seio da sociedade, o clamor público oriundo do delito, a periculosidade do agente e o modus operandi do sujeito são motivações fácticas que os tribunais costumam entender como justificativas para a prisão pela ordem pública<sup>29</sup>, com a qual não concordamos.

A "inquietação social" a "credibilidade da Justiça" e a "sensação de impunidade", a "necessidade de acatular a credibilidade da Justiça"<sup>30</sup>, o "cla-

<sup>26</sup> O TJRS, no HC n. 70009297979, rel. De DIOGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO, julgado em 16/09/2004, afirmou que "a invocação dos requisitos legais, com referências genéricas adequadas às mais variadas situações, evidenciam a carencia de fundamentação".

<sup>27</sup> Nesse sentido, o STJ, no HC n. 34.210/PE, rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 03-8-04, quando afirmou que a "fundamentação da prisão preventiva consistente na garantia da ordem pública deve basear-se na grande intranquilidade social causada pelo crime, a ponto de colocar em risco as instituições democráticas, o que não se confunde com mera vontade popular de ver o indiciado ou réu encarcerado...". No HC n. 36129/RJ, rel.ª Min.ª LAURITA VAZ, julgado em 16/09/2004, DJ de 11-10-2004, p. 363, também nesse sentido, foi considerada fundamentada a decisão que decretou a prisão preventiva, constatando que "a atuação de complexa organização criminosa investigada, que, para cumprir seus fins cíclicos, se vale de estratégias envolvendo corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, exploração de prestígio, coação, receptação, dentre outros, contando para isso com a colaboração de funcionários públicos da Agência Nacional de Petróleo - ANP, da Polícia Rodoviária Federal, da Fazenda Estadual fluminense e até mesmo do TRF da 2ª Região. O ora paciente, acusado de integrar a apilada REDE CHEBABE, teve sua prisão preventiva decretada para garantir a ordem pública. É evidente que ações delituosas desse porte e complexidade causam enormes prejuízos não só materiais, mas também institucionais, gerando instabilidade no meio social. A paz pública, portanto, fica, sim, ameaçada, caso não fossem tomadas as providências cautelares necessárias para estancar a atuação da organização criminosa. Os crimes de Formação de quadrilha e tráfico de influência, pelos quais responde o ora Paciente, no contexto em que foram, em caso, perpetrados, mostram-se envoltos de uma gravidade especial, a justificar a medida extrema, já que colidem com cheque até mesmo a credibilidade das instituições envolvidas, nomeadamente o Poder Judiciário".

<sup>28</sup> Nesse sentido, o STF no HC n. 83728/RS, rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado 17/02/2004, DJ de 23-04-2004.

<sup>29</sup> Vid. a decisão do STJ no HC n. 29893/MS, Rel. Min. FELIX FISCHER, julgado em 25/11/2003, DJ 19-12-2003, p. 535. No HC n. 27652/MG, rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 09/09/2003, DJ de 06-10-2003, p. 331, o STJ manteve a prisão preventiva para garantir a ordem pública, em face da comoção imposta à comunidade, evidenciada pela tentativa de linchamento.

<sup>30</sup> O STF no RHC n. 84293/SP, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 29/06/2004, DJ de 13-08-2004, assentou que "a necessidade de acatular a credibilidade da Justiça" não é motivação idônea a cuspiar a decretação da prisão preventiva. No mesmo sentido o STF no HC n. 81148/MS, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 11/09/2000, DJ de 19-10-2001.

mor público<sup>31</sup>”, o “estrepito da mídia”<sup>32</sup>, constantes em várias decisões que decretam a prisão preventiva, mormente porque considerados como motivos da ordem pública, não são elementos idôneos e constitucionalmente legítimos para ensejar a constrição da liberdade<sup>33</sup>. Não é função do Poder Judiciário, mormente do magistrado, ao decidir o caso concreto, motivar a prisão na necessidade da segurança pública<sup>34</sup>, pois estaria extrapolando sua função essencial, cumprindo um atribuição de outros Poderes do Estado e da República, em detrimento do exercício de sua função de garante dos direitos e das liberdades fundamentais, quebrantando o pacto político da repartição das funções. No caso, é uma das funções típicas de outro poder.

No momento em que o magistrado pronuncia o acusado, determinando o seu julgamento pelos jurados, deverá manifestar-se a respeito de sua prisão. Aqui, também, haverá de analisar a necessidade da prisão processual, tomando como parâmetro o artigo 312 do Código de Processo Penal, fazendo a devida adequação aos fatos concretos dos autos, à motivação objetiva<sup>35</sup>. Já

<sup>31</sup> Vid. o STF no HC n. 83828/MG, rel. Min. SEPULVEDA PERTENCE, julgado em 16/12/2003, DJ de 20-02-2004, onde constou que a “decretação fundada exclusivamente na afirmação de “clamor público” causada pelo crime, que – mormente quando despida de vinculação a fatos concretos – se repete nula”. Nesse sentido, também o STF nas seguintes decisões: HC n. 8770/RJ, rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/05/2003, DJ de 03-09-2003; RHC n. 79200/BA, rel. Min. SEPULVEDA PERTENCE, julgado em 22/06/1999, DJ de 13-08-99; HC n. 82832/DE, rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 01/07/2003, DJ de 05-09-2003; HC n. 80379/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 18/12/2000, DJ de 25-05-01.

<sup>32</sup> Nesse sentido, o STF no HC n. 80472/PA, rel. Min. SEPULVEDA PERTENCE, julgado em 00/3/2001, DJ de 22-06-01; no HC n. 83728/RS, rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado 17/02/2004, DJ de 23-04-2004.

<sup>33</sup> Vid., nesse sentido, as seguintes decisões do STF: HC n. 25562/SP, rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 25/11/2003, DJ de 15-12-2003, p. 406; HC n. 27477/RR, rel. Min. HAMILTON CARVALHO, julgado em 26/06/2003, DJ de 04-08-2003, p. 442 (tratava-se de caso de prostituição e rufianismo, envolvendo menores).

<sup>34</sup> Vid., nesse sentido, o TJRS no HC n. 70007/64-808, rel. Des. Amaris Nassif, julgado em 10/12/2003. Constatou na sentença: “O juiz é guardião da Constituição e, dele como cláusulas pétreas, das garantias e direitos fundamentais do cidadão. Não o é da segurança pública, altera ao Poder Executivo e, para antever-se a prescrição da inexistência, ainda que o respeito, é função do Ministério Público constituir a defesa da sociedade que cê, com tanta dignidade e grandiosa representativa, para desenvolver a crítica à conduta do agente, dispensada, pois, esse cidadão dos jures de direito, a não ser no momento sobre da sentença, quando, então, à luz das provas, poderá revogar o status libertatis do cidadão. Antes, para a prisão cautelar, exceção última, a fundamentação deverá vir com a demonstração conclusiva e prudente do periculum libertatis, o que não vejo presente no espécime”.

<sup>35</sup> Vid., nesse sentido, a decisão do STF no HC n. 24905/CE, rel. Min. HAMILTON CARVALHO, julgado em 26/08/2003, DJ 29-09-2003, p. 354. Seguindo o Ministro, a prisão por pronúncia, que é de natureza cautelar, obrigatória de forma absoluta no regime legal anterior, pode não ser mantida ou não ser decretada, em se tratando de réu primário e de fatos antecedentes, desde que ausentes os motivos da prisão preventiva, elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal. O STF, no RHC n. 7159/RJ, rel. Min. VICENTE LEAL, julgado em 17/02/1998, DJ 30-03-1998, p. 140; LEXSTJ vol. 108, agosto de 1998, p. 317, deu provimento ao recurso para reconhecer o direito do réu continuar a responder o processo em liberdade, pois na decisão de pronúncia por homicídio, roubo e seqüestro, não houve motivação da prisão em fatos objetivos e concretos. No mesmo sentido, o STF, no RHC n. 6349/PR, rel. Min. VICENTE LEAL, julgado em 28/04/1997, DJ de 02-06-1997, p. 23860, manteve o acusado em liberdade, na medida em que salta havia responsabilidade ao processo por homicídio, sem que, na pronúncia, o magistrado tivesse apontado motivação concreta da necessidade da prisão.

prejuízo patrimonial e na presunção subjetiva de que, solto, o paciente voltará a delinquir, sem que tal fundamentação se refira a algum fato concreto e atual, capaz de autorizar a custódia processual<sup>36</sup>.

A ordem pública, conceito indeterminado, o qual pode abarcar inumeráveis circunstâncias, ainda subsiste, segundo entendimento dos tribunais, como pressuposto válido<sup>37</sup>. Porém, há decisão relevante do STF de que a ordem pública deverá estar motivada em fatos futuros e não nos pretéritos<sup>38</sup>. A comogão social, a enorme repercussão do delito no seio da sociedade, o clamor público oriundo do delito, a periculosidade do agente e o modus operandi do sujeito são motivações fácticas que os tribunais costumam entender como justificativas para a prisão pela ordem pública<sup>39</sup>, com a qual não concordamos.

A “inquietação social”, a “credibilidade da Justiça” e a “sensação de impunidade”, a “necessidade de acautelar a credibilidade da Justiça”<sup>40</sup>, o “cla-

<sup>36</sup> O TJRS, no HC n. 70009297979, rel. Dr. DIOGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO, julgado em 16/09/2004, afirmou que “a invocação dos requisitos legais, com referências genéricas adequáveis as mais variadas situações, evidenciam a carencia de fundamentação”.

<sup>37</sup> Nesse sentido, o STF, no HC n. 34.210/PE, rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 03-8-04, quando afirmou que a “fundamentação da prisão preventiva consistente na garantia da ordem pública deve basear-se na grande intranquilidade social causada pelo crime, a ponto de colocar em risco as instituições democráticas, o que não se confunde com mera vontade populista de ver o indicado ou réu encarcerado...”. No HC n. 36129/RJ, rel. Min. LAURITIA VAZ, julgado em 16/09/2004, DJ de 11-10-2004, p. 363, também nesse sentido, foi considerada fundamentada a decisão que decretou a prisão preventiva, constatando que “a atuação de complexa organização criminosa investigada, que, para cumprir seus fins escusos, se valia de estratégias envolvendo corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, exploração de prestígio, extorsão, receptação, dentre outros, contando para isso com a colaboração de funcionários públicos da Agência Nacional de Rerúlio – ANP da Polícia Rodoviária Federal, da Fazenda Estadual fluminense e até mesmo do TRF da 2ª Região. O ora paciente, acusado de integrar a apelada REDE CHEBABE, teve sua prisão preventiva decretada para garantir a ordem pública. É evidente que ações delituosas desse porte e complexidade causam enormes prejuízos não só materiais, mas também institucionais, gerando instabilidade no meio social. A paz pública, portanto, ficaria, sim, ameaçada, caso não fossem tomadas as providências cautelares necessárias para estancar a atuação da organização criminosa. Os crimes de Formação de quadrilha e tráfico de influência, pelos quais responde o ora Paciente, no contexto em que foram, em tese, perpetrados, mostram-se envolvidos de uma gravidade especial, a justificar a medida extrema, já que colidem em cheque até mesmo a credibilidade das instituições envolvidas, mormente o Poder Judiciário”.

<sup>38</sup> Nesse sentido, o STF no HC n. 83728/RS, rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado 17/02/2004, DJ de 23-04-2004.

<sup>39</sup> Vid., a decisão do STF no HC n. 29893/MS, rel. Min. FELIX-FISCHER, julgado em 25/11/2003, DJ 19-12-2003, p. 535. No HC n. 27652/MG, rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 09/09/2003, DJ de 06-10-2003, p. 331, o STF manteve a prisão preventiva para garantir a ordem pública, em face da comogão imposta à comunidade, evidenciada pela tentativa de linchamento.

<sup>40</sup> O STF no RHC n. 84293/SP, rel. Min. SEPULVEDA PERTENCE, julgado em 29/06/2004, DJ de 13-08-2004, afirmou que a “necessidade de acautelar a credibilidade da Justiça” não é motivação idônea a cuspir a decretação da prisão preventiva. No mesmo sentido o STF no HC n. 8148/MS, rel. Min. SEPULVEDA PERTENCE, julgado em 11/09/2000, DJ de 19-10-2001.

mor público<sup>31</sup>, o "estrepito da mídia"<sup>32</sup>, constantes em várias decisões que decretam a prisão preventiva, mormente porque considerados como motivação da ordem pública, não são elementos idôneos e constitucionalmente legítimos para ensejar a construção da liberdade<sup>33</sup>. Não é função do Poder Judiciário, mormente do magistrado, ao decidir o caso concreto, motivar a prisão na necessidade da segurança pública<sup>34</sup>, pois estaria extrapolando sua função essencial, cumprindo um atribuição de outros Poderes do Estado e da República, em detrimento do exercício de sua função de garante dos direitos e das liberdades fundamentais, quebrantando o pacto político da repartição de funções. No caso, é uma das funções típicas de outro poder.

No momento em que o magistrado pronuncia o acusado, determinando o seu julgamento pelos jurados, deverá manifestar-se a respeito de sua prisão. Aqui, também, haverá de analisar a necessidade da prisão processual, tomando como parâmetro o artigo 312 do Código de Processo Penal, fazendo a devida adequação aos fatos concretos dos autos, à motivação objetiva<sup>35</sup>. Já

<sup>31</sup> Vid., o STF no HC n. 83828/MG, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 16/12/2003. DJ de 20-02-2004, onde constou que a "decretação fundada exclusivamente na afirmação de "demonstração pública" causou o pânico criminoso, que - mormente quando despida de vinculação a fatos concretos - se resolve nula". Nesse sentido, também o STF, nas seguintes decisões: HC n. 82770/RJ, rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/05/2003; DJ de 05-09-2003; RHC n. 79200/BA, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 22/06/1999; DJ de 13-08-99; HC n. 82832/DE, rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 01/07/2003; DJ de 05-09-2003; HC n. 80379/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 18/12/2000. DJ de 25-05-00.

<sup>32</sup> Nesse sentido, o STF, no HC n. 80472/PA, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 003/2001. DJ de 22-06-01; no HC n. 83728/RS, rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado 17/02/2004. DJ de 23-04-2004.

<sup>33</sup> Vid., nesse sentido, as seguintes decisões do STF: HC n. 25562/SP, rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 25/11/2003. DJ de 15-12-2003. p. 406; HC n. 27477/RJ, rel. Min. HAMILTON CARVALHO, julgado em 26/06/2003. DJ de 04-08-2003. p. 442. (tratava-se de caso de prescrição e rufianismo, envolvendo menores).

<sup>34</sup> Vid., nesse sentido, o TJRS no HC n. 70007664808, rel. Des. Aramis Nassif, julgado em 10/12/2003. Cetero na matéria: "O juiz é guardião da Constituição e, dela como cláusulas pétreas, das garantias e direitos fundamentais do cidadão. Não o é da segurança pública, alçada ao Poder Executivo e, para antever-se à presunção de inocência, ainda que o respeito, é função do Ministério Público construir a defesa da sociedade, que ele, com tanto dignidade e grandza representa, para desvirtuar a crítica à conduta do agente, dispensado, pois, esse cuidado aos juizes de direito, a não ser no momento sobre da sentença, quando, então, à luz das provas, poderá revogar o *status libertatis* do cidadão. Antes, para a prisão cautelar, exceção última, a fundamentação deverá vir com a demonstração cautelas e prudente do *periculum libertatis*, o que não vejo presente na espécie."

<sup>35</sup> Vid., nesse sentido, a decisão do STF, no HC n. 24903/CE, rel. Min. HAMILTON CARVALHO, julgado em 26/08/2003. DJ 29/09/2003. p. 354. Segundo o Ministro, "a prisão por pronúncia, que é de natureza cautelar, obrigatória de firma absoluta no regime legal anterior, pode não ser mantida ou não ser decretada, em se ciente de seu caráter e de bons antecedentes, desde que ausentes os motivos da prisão preventiva, elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal". O STF, no RHC n. 7135/RJ, rel. Min. VICENTE LEAL, julgado em 17/02/1998. DJ 30/03/1998. p. 140. LEXSTJ vol. 108, agosto de 1998, p. 317, deu provimento ao recurso para reconhecer o direito do réu continuar a responder o processo em liberdade, pois na decisão de pronúncia por homicídio, rufismo e sequestro, não houve motivação da prisão em fatos objetivos e concretos. No mesmo sentido, o STJ no RHC n. 6349/PR, rel. Min. VICENTE LEAL, julgado em 28/04/1997. DJ de 02-06-1997. p. 23860, manteve o acusado em liberdade, na medida em que não havia responsabilidade no processo por homicídio, sem que, na pronúncia, o magistrado tivesse apontado motivação concreta da necessidade da prisão.

entendeu o STF pela necessidade de motivação da prisão, no momento da pronúncia, independentemente do pronunciado estar preso ou solto<sup>36</sup>. Nesse mesmo sentido também já houve entendimento do STJ e do TJRS, ou seja, pela falta de motivação quando a decisão se restringe a repetir o conteúdo do artigo do Código<sup>37</sup>. Também, o STJ concedeu a soltura de acusado pronunciado, na medida em que o magistrado não fundamentou a necessidade da prisão, no momento de sua decretação e nem quando da decisão de pronúncia<sup>38</sup>. Mesmo tendo fundamentado a prisão processual antes da pronúncia, penso que esta decisão, por si só, não legitima a continuidade da prisão, pois se faz mister que o magistrado fundamente a necessidade de o acusado continuar preso. Ademais, com a pronúncia, a prisão processual muda de natureza jurídica: de prisão preventiva para prisão em face da pronúncia. A decisão que pronuncia o réu e o mantém preso, sem dizer porque, não está fundamentada sendo, assim, ilegal. Por isso, severas críticas devem incidir na decisão do STJ que entendeu válida a prisão por pronúncia, estando o réu preso, mesmo sem fundamentação<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Vid. decisão do STF no HC n. 68530/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 05/03/1991. DJ de 12-04-91.

<sup>37</sup> O STJ, no HC 24087/SP, rel. Min. HAMILTON CARVALHO, julgado em 20/05/2003. DJ 30/06/2003. p. 316 e RSTJ vol. 175 p. 531, asseverou que "a toda evidência, a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes. Tal fundamentação, para mais, deve ser devida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do possível, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais postos em relação não raramente com fatos e juizes abstratos, indolentes à incidência da norma invocada. A prisão por pronúncia, que é de natureza cautelar obrigatória de forma absoluta no regime legal anterior, pode não ser mantida ou não ser decretada, em se cuidando de réu primário e de bons antecedentes, desde que ausentes os motivos da prisão preventiva, elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal. Deve o juiz, no próprio da questão cautelar, por força mesmo das normas inscritas no parágrafo 2º do artigo 408 do Código de Processo Penal e no inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, decidir fundamentadamente a prisão ou a liberdade do imputado, pena de nulidade. Em se reproduzindo, para além da inócuza alusão à "que a presença física do interceptado é indispensável aos trabalhos em Plenário", meramente expressões e termos legais, indubitavelmente insuficientes ao acionamento do imperativo constitucional da motivação das decisões judiciais, garantia da liberdade contra o abuso e indispensável ao exercício do direito de defesa consequente a presunção de inocência, faz-se manifesta, em sede de pronúncia, a caracterização do constrangimento ilegal". Nesse sentido, também, o TJRS, no HC n. 70001405687, rel. Des. NILO WOLFF, julgado em 06/09/2000, ordenou a soltura do réu, pois o juiz a quo somente recomendou o réu à prisão onde se encontrava, sem declarar os motivos.

<sup>38</sup> Vid. a decisão do STJ, no HC n. 20183/SP, rel. Min. GILSON DIPP, julgado em 20/08/2002. DJ 11.11.2002. p. 231. Segundo esta decisão, de regra, não é de se exigir nova motivação no momento da pronúncia, mas o decreto anterior há de vir devidamente fundamentado.

<sup>39</sup> Vid. a decisão do STJ, no RHC n. 15733/RJ, rel. Min. GILSON DIPP, julgado em 25/05/2004. DJ de 02-08-2004. p. 426.



No momento em que o magistrado profere a sentença, haverá de analisar se garante ou não ao condenado o direito de recorrer em liberdade. A ausência da primariedade ou dos bons antecedentes, não implica, automática e compulsoriamente a prisão do réu apelante. No momento da sentença, o magistrado há de conjugar os artigos 312 e 594 do Código de Processo Penal, motivando os maus antecedentes e uma das hipóteses do cabimento da prisão preventiva<sup>40</sup>. Portanto, afasta-se o encarceramento automático, por falta de motivação constitucionalmente adequada e válida. Tal decisão, componente da sentença (relatório, fundamentação, dispositivo, individualização da pena e do regime, medidas substitutivas e liberdade), deve estar motivada em fatos atuais, objetivos e concretos que justifiquem a manutenção da prisão ou a decretação da restrição da liberdade do acusado. Ausente tal motivação, a prisão será ilegal<sup>41</sup>. A circunstância de ter permanecido preso durante todo o processo não é motivação válida para que o réu aguarde o final do processo com sua liberdade restringida, mesmo sobre vindo uma con-

<sup>40</sup> Vid. nesse sentido o STJ no HC n. 8408/7Rj, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 27/04/2004, DJ de 06-08-2004, o HC n. 83592/Rj, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 10/02/2004, DJ de 23-04-2004.

<sup>41</sup> Nesse sentido, o STJ, no HC n. 3 3978/DE, Rel.ª Min.ª LAURITTA VAZ, julgado em 11/05/2004, DJ de 28/06/2004, p. 376, considerou ilegal a prisão, por falta de motivação, na hipótese em que o magistrado negou o direito do acusado, condenado por seqüestro, cárcere privado e extorsão, e absolvido por formação de quadrilha e lavagem de dinheiro, de recorrer em liberdade, sem motivação. Seguindo consta da ementa, as razões determinantes para a decretação da prisão preventiva foram, em síntese, a garantia da ordem pública e a conveniência da instrução criminal, porque havia indícios de envolvimento do paciente com atividade de lavagem de dinheiro do narcotráfico, bem como ameaças e assessorias de estunantistas; e, ainda, a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, uma vez que o réu dispunha de muito dinheiro. Com a superveniência da sentença de primeiro grau, muito embora haja apelação ministerial pendente de julgamento, foi o réu absolvido das imputações de formação de quadrilha e crime contra o sistema financeiro, o que, ao menos no momento, esvazia sobremaneira os principais fundamentos que lastrearam, em um primeiro momento, o decreto de prisão preventiva. Nesse contexto, a manutenção da prisão cauterizar demandaria do Jaz sentenciante, inexoravelmente, **fundamentação apropriada** para justificar a medida extrema, o que não ocorreu. Seguindo a decisão, o eventual envolvimento do paciente em crimes de ameaça e homicídio, propredas em razão de sua suposta ligação com o narcotráfico, não era objeto de apuração nos autos. Esses fatos, ao que consta, segundo a ministra, estão sendo investigados em procedimentos próprios, sendo decretada porventura a necessidade, pode haver expedição de decreto prisional preventivo, sendo que, até o momento, não foi ele sequer indicado. A condenação financeira do acusado não pode, por si só, implicar presunção de descumprimento de possível sanção penal. Nesses casos, a prisão antecipa-da, como é cediço, deve ser fundada em elementos concretos e indicarem a pretensão do réu de evadir-se no caso de uma condenação, não mera conjectura. Ordem concedida para garantir ao paciente e direito de aguardar o julgamento dos recursos de apelação em liberdade, salvo se por outro motivo sobrevier presunção de descumprimento de possível sanção penal. Nesses casos, a prisão antecipa-do. No mesmo sentido o STJ no HC n. 31351/SC, rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 26/05/2004, DJ de 01/07/2004, p. 279. Nesse sentido foi concedido o TRF da 4ª RGF, no HC n. 400034350/PR, pelo rel. Des. GILSON DIPP, julgado em 14/11/1995, publicado no DJ de 24/01/1996, p. 2397, exigindo fundamentação na prisão para recorrer.

denação<sup>42</sup>. Aqui, outros componentes fornecem elementos importantes à decisão de reconhecer ou não ao condenado a garantia de recorrer em liberdade, tais como a conduta do agente durante todo o processado, a espécie de sanção aplicada, o regime de cumprimento da pena, bem como o tempo de pena já cumprido (garantia da proporcionalidade). À necessidade de motivação da negativa do recurso em liberdade se alia, neste momento processual, com mais ênfase, a garantia do estado de inocência, tornando obrigatória a motivação, mesmo que o condenado tenha respondido o processo em liberdade<sup>43</sup>. Outro argumento da necessidade de ser reexaminada na sentença a necessidade da continuação da prisão é a possibilidade que há de restar, com a procedência em parte da pretensão acusatória, esvaziada a prisão anteriormente decretada<sup>44</sup>. Da mesma sorte, poderá ter desaparecido a motivação do

<sup>42</sup> Nos termos da Súmula 9 STJ, a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. Também, há considerável conteúdo jurisprudencial que entende que o acusado preso que é condenado deverá permanecer preso e não em liberdade para recorrer. Nesse sentido o STJ, no RHC n. 15428/SP, rel. Min. JOSÉ ANIVALDO DA FONSECA, julgado em 16/03/2004, DJ 12/04/2004, p. 221. Réu que respondeu o processo em liberdade, assim deverá responder no recurso, salvo incidência de uma das hipóteses do artigo 312 do CPP – nesse sentido a decisão do STJ no HC n. 35066/PB, rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 24/06/2004, DJ de 16/08/2004, p. 291, onde constou que “a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória constitui medida processual de cautela sujeita a decisão judicial concretamente motivada, de modo a atender aos mesmos critérios exigidos para autorizar a prisão preventiva. Em princípio, o réu que respondeu ao processo em liberdade tem o direito de assim recorrer, se inconsistentes as hipóteses do art. 312 do CPP. Ausente fundamentação concreta, objetivo e atual, capaz de dar ensejo à prisão provisória, deve prevalecer a garantia constitucional de não culpabilidade (art. 5º, LVII, CRFB)”. No mesmo sentido o RHC n. 139980/SP, julgado em 25/03/2003, DJ de 28/04/2003, p. 213. O TRF da 4ª RGF, no HC n. 400095632, rel. Des. TADAAQUI HIROSE, julgado em 11/05/2004, DJU de 02/06/2004, manteve a prisão do paciente, assentando na ementa que “permanecendo o réu sob custódia durante toda a instrução criminal e não sobre vindo feito novo que o benéfico, não deve ser concedida a liberdade de apelar em liberdade, mesmo perante eventual primariedade, bons antecedentes e outras condições favoráveis. Excipisse do princípio *rebus sic stantibus*”.

<sup>43</sup> O STJ, no HC n. 10118/MS, Rel. Min. VICENTE LEAL, julgado em 05/10/1999, DJ 03.11.1999, p. 133, concedeu a soltura do paciente, entendendo que “à luz da nova ordem constitucional que consagra no capitulo das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF art. 5º, LVII), a facultade de recorrer em liberdade objetivando a reforma da sentença penal condenatória é, à regra, somente impedido-se o recolhimento provisório do réu à prisão nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva, na forma inscrita no art. 312, do CPP – A regra do art. 594, do CPP deve hoje ser concebida de forma branda, em razão do aludido princípio constitucional, não se admitindo a sua inelutável aplicação, com que o réu, por força de haberes copias concedida pelo Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, com que o réu, preventiva revogada, permanecendo em liberdade durante todo o curso do processo e não se demonstrou no dispositivo da sentença a necessidade da medida constritiva no a existência de qualquer fato novo que justificasse o encarceramento. Vid., também, nesse sentido, o STJ no RHC n. 9798/SP, rel. Min. HAMILTON CARVALHALDO, julgado em 06/02/2001, DJ 25/06/2001, p. 233.

<sup>44</sup> Vid. HC n. 33978/DE, rel.ª Min.ª LAURITTA VAZ, julgado em 11/05/2004, DJ de 28/06/2004, p. 376, onde o acusado foi solto porque julgada procedente em parte a denúncia (condenação por extorsão, seqüestro e cárcere privado e absolvição por lavagem de dinheiro e formação de quadrilha).

decreto da prisão – conveniência da instrução criminal, por exemplo -, o que tornará ilegal a manutenção da prisão para recorrer, salvo se motivada em outros fatos ou circunstâncias concretas<sup>45</sup>.

Não decretada a prisão no momento processual, garantidor da instrumentalidade do processo, o transcurso de longo período temporal não é motivo suficiente à decretação da prisão, a qual, como já afirmei, necessita de motivação válida, em fatos concretos, atuais e não em meras conjecturas. Tendo o réu permanecido em liberdade por vários anos, desnecessária a prisão processual<sup>46</sup>.

A prisão temporária que se presta para suprir a deficiência do Estado em investigar (é mais utilitário investigar um sujeito preso), ademais de sua duvidosa adequação constitucional, há de receber, como as demais normas incriminadoras e restritivas da liberdade, uma interpretação restritiva (somente decretável nos delitos expressamente declinados no artigo). Além da incidência da espécie de delito enunciado pela lei, o decreto da prisão temporária há de vir motivado numa das hipóteses prevista na referida lei<sup>47</sup>.

Após analisar a necessidade constitucional de motivação das prisões processuais, cuja construção da liberdade ocorre antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, passo a fundamentar o porquê da motivação do ato jurisdicional que recebe a acusação pública ou privada.

<sup>45</sup> Vcl. HC n. 70005/188875, do TJRS, rel. Des. TUPINAMBÁ PINTO DE AZEVEDO, julgado em 30/10/2002. Nesse sentido, o STJ no HC n. 30942/R, rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 16/03/2004, DJ de 19/04/2004, p. 243, concedeu a ordem de hábeas corpus ao paciente, asseverando que as decisões judiciais devem ser fundamentadas objetiva e concretamente, sob pena de nulidade (art. 93, IX/CF). Na esfera também consta que a prisão preventiva é medida de cautela processual, cabível excepcionalmente, quando presentes e demonstrados, ainda que sucintamente, os pressupostos e requisitos inscritos no art. 312 do Código de Processo Penal. Também, o relator enfatiza que inexistir justificativa cautelar para a prisão preventiva, decorre da natureza do fato delituoso, principalmente porque o réu tem estado, durante todo esse período, em liberdade. Ainda, o relator consigna que não deve subsistir a decisão que não indica nenhum motivo concreto e atual para dar sustento à cautela preventiva, além de presumir hipótese de fuga, para inferir ser a prisão necessária para assegurar a aplicação da lei penal. No mesmo sentido, o STJ, no RESP n. 636050/DÉ, rel.ª Min.ª LAURITA VAZ, julgado em 23/11/2004, DJ de 13/12/2004, p. 429, em processo onde os fatos haviam ocorrido há 12 anos, fazendo com que desaparecesse o *periculum libertatis*.  
<sup>46</sup> Vcl. RHC n. 15316/SP, rel. Min. PAULO MEDINA, julgado em 13/04/2004, DJ de 16/08/2004, p. 283, onde há referência expressa que “para a decretação da prisão temporária, quando investigados quaisquer dos delitos constantes do inciso III, do art. 1º, da Lei 9.760/89, deve haver a imprescindibilidade da medida e obrigatoriedade de fundamentação da decisão”.

## 4 RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E DA QUEIXA-CRIME

Com o recebimento da denúncia ou da queixa-crime (acusação), altera-se a situação do sujeito: de cidadão comum para acusado, processado. Trata-se, portanto, de importante decisão criminal, modificativa do status da cidadania: de decisão criminal relevante, e não de mero despacho ordinatório. Na medida em que a própria Constituição Federal determina a motivação de um mero ato administrativo (art. 93, X), com maior razão, em face das consequências e efeitos que produz, o recebimento de uma acusação formalizada há de ser motivado.

Evidentemente que o não-recebimento da acusação (ausência dos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal) e a rejeição desta (ausência dos requisitos do artigo 43 do CPP), para serem válidos, não devem ser devidamente fundamentados. Isso porque o magistrado há de dizer, racionalmente, o motivo do afastamento da inicial acusatória. Quanto a isso, não há polêmica na doutrina e nem na jurisprudência.

O problema está, especificamente, no recebimento da acusação. Inicialmente, é de ser rechaçado o argumento de que do recebimento da denúncia ou da queixa-crime não cabe qualquer tipo de recurso. É certo que o Código de Processo Penal de 1941, cuja espinha dorsal ainda está em vigor, não previu nenhum meio impugnativo do ato processual que recebe a denúncia ou a queixa-crime. Entretanto, há de se ter em mente que tal legislação foi concebida em determinado momento histórico-social (*nazi-fascista*) privilegiador da acusação e da prevalência do *habeas corpus*, também denominado de remédio heróico, como ação autônoma impugnativa da decisão que recebe a denúncia ou a queixa-crime. Independentemente de ser impugnável por recurso ou outro meio (*habeas corpus*), a decisão há de ser motivada, propiciando uma impugnação global.

Inadmissível a validade da motivação implícita: “Recebo a denúncia”, na medida em que esta manifestação volitiva não expressa os motivos da alteração da condição de cidadão para cidadão processado, acusado, réu; tão-pouco é resultado de um processo racional de explicação dos motivos que levaram o magistrado a dar início ao processamento formal do autor do fato. Tal exteriorização ritualística poderia ter sido emitida por qualquer agente, não necessitando ser um magistrado. Por isso, o “recebo a denúncia” não contém motivação e nem, conseqüentemente, fundamentação. Alega-se que, no momento em que o magistrado recebe

a denúncia ou a queixa-crime, está, implicitamente, afirmando a existência e presença de todos os requisitos legais, ensejadores da viabilidade acusatória (recebimento). Entretanto, tal exegese, além de admitir uma acusação inovativa, dificulta o exercício da ampla defesa, na medida em que esta há de impugnar todos os requisitos elencados nos artigos 41 e 43 do Código de Processo Penal<sup>48</sup>.

Também, pensamos não ter sustentação a necessidade de fundamentação somente nas hipóteses onde, antes do recebimento da acusação, se estabelece o contraditório prévio (anterior Lei de Falências<sup>49</sup>, processos de competência originária dos Tribunais, sumaríssimo da Lei 9.099/95, 10.409/2002, *vg.*), o qual não existe nos processos comuns<sup>50</sup>. Ora, não

<sup>48</sup> Na prática forense se observa a regra do recebimento automatizado da denúncia, para não dizer mediante carimbo.

<sup>49</sup> Nesse sentido, o TIRGS no HC n. 692115/97, rel. Des. OSWALDO PROENÇA, julgado em 10/12/1997, e no HC n. 68403/642, rel. Des. MILTON DOS SANTOS MARTINS, julgado em 23/08/1984.

<sup>50</sup> Nesse sentido, o STF assim se pronunciou no HC n. 76258/SP, rel. Min. SERGIUVEDA PERTENCE, julgado em 17/3/98, publicado no DJ de 24-4-98: "Processo penal de competência originária dos Tribunais (L. 8.038/90 e 8.658/93): exigência de fundamentação e sua nulidade no caso: HC Aditado de ofício. I. Transfêrencia do relato para o Colegiado a competência para receber a denúncia ou se for o caso, para absolver limitadamente o denunciado (L. 8.038/90, art. 6º c/c L. 8.658/93, art. 1º), a motivação do acórdão tomado a respeito, seja qual for o seu sentido, é indelével, ainda que, na hipótese de recebimento da denúncia, haja de conter-se nos limites da decisão imposta pelo juízo de deliberação em que se funda. Observa-se que se trata de decisão em que há o contraditório prévio. Também, a decisão do STF proferida no HC n. 791006/SP, rel. Min. NELSON JOBIM, julgado em 10/8/2001, publicada no DJ de 10/08/99, do seguinte teor: "os crimes falimentares, antes da denúncia, o juiz deve abrir prazo para o falido contestar as alegações contidas nos autos do inquérito e requerer o que achar conveniente (DL 7.761/45, art. 106). Se o juiz entender que os requerimentos formulados pelo defesa não são indispensáveis para os fins da falência, não fica obrigado a decretá-la (DL 7.761/45, art. 107). O despacho que recebe a denúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação. É uma decisão interlocutória simples. Embora deva ser fundamentada, não é exigível uma análise aprofundada da prova. Apenas há que se verificar se a denúncia atende aos requisitos do art. 41 do CPP. Hábeas indenizado". Ainda, podemos citar do STF, o HC n. 75846/BA, rel. Min. MAURICIO CORRÊA, julgado em 25-11-1997, publicado no DJ de 20-2-98, do seguinte teor: "1. No processo penal comum, o juiz de primeira instância pode receber a denúncia por decisão sumária: não há contraditório desde a instauração do inquérito até o recebimento da denúncia, inclusive. Procedam. 2. No ação penal de competência originária dos Tribunais, o rito especial para o recebimento da denúncia é o estabelecido pelas arts. 1º ao 6º da Lei n. 8.038/90 (e Lei n. 8.658/90): há contraditório antes da deliberação sobre a denúncia, cujas alegações devem ser objetivamente examinadas pela decisão que sobre ela deliberar. 2.1 O exame das questões suscitadas neste contraditório, que precede a deliberação do Tribunal sobre a denúncia, assume relevância porque o art. 6º da Lei n. 8.038/90 inovou ao prever, além do seu recebimento ou rejeição, a possibilidade de ser declarada a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas. 3. A decisão colegiada que delibera sobre a denúncia deve ser fundamentada porque todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas nas decisões, sob pena de nulidade (CF art. 93, § 1º). 4. Impossibilidade de exame de pedido principal, para transcurso da ação penal, sob pena de restar suprimida um grau de jurisdição. 5. Hábeas Corpus conhecido e deferido para, acolhido o pedido formulado em ordem sucessiva, anular a decisão que recebeu a denúncia e determinar que outra seja proferida, devidamente fundamentada, na forma da lei". No mesmo sentido, o STF no HC n. 17213/SP, rel. Min. PAULO GALLOTTI, julgado em 11/12/2001, DJ de 10-06-2002, p. 271, exigindo a motivação no recebimento da denúncia por crime falimentar, inssendo que de forma sucinta. No TIRGS, no HC n. 700083/42354, rel. Des. MARCELO BANDIEIRA PEREIRA, julgado em 23/09/2004, em se tratando de crime falimentar, também se exige motivação, ainda que de forma concisa.

importa existir ou não o contraditório prévio; o essencial é que o recebimento da inicial acusatória altera substancialmente a condição do ser humano, diferenciando-o do cidadão comum e a Carta Maior determina a sua fundamentação. Mesmo nas hipóteses em que há contraditório prévio ao recebimento da denúncia, há necessidade de serem examinadas todas as preliminares sustentadas pela defesa, como ocorre na fundamentação da sentença penal condenatória, quando todas as teses defensivas devem ser devidamente rebatidas<sup>51</sup>.

Como na formalização da acusação há somente um juízo provisório de culpabilidade, a fundamentação da decisão que a recebe há ser restringir-se à motivação adequada aos limites do *tema decidendum*, ou seja, da viabilidade acusatória, a qual se satisfaz com indícios suficientes de autoria, demonstração da materialidade e da presença dos requisitos dos artigos 41 e 43 do Código de Processo Penal<sup>52</sup>.

Por isso, pensamos que a decisão que recebe a denúncia ou a queixa-crime, sem a devida motivação e fundamentação, não encontra legitimidade constitucional. A fundamentação, para encontrar validade constitucional, não basta repetir o artigo de lei, mas adequar os fatos e circunstâncias ao requisito legal, de forma racional, de modo explicativo e compreensível<sup>53</sup>. Embora não se exija uma análise profunda da culpabilidade do agente, é de exigir-se a motivação da culpabilidade provisória (viabilidade acusatória, determinada pela presença dos requisitos legais). Nesse sentido, embora tímida, há decisões dos tribunais<sup>54</sup>. A culpabilidade definitiva carece de fundamentação no juízo condenatório (sentença).

<sup>51</sup> *Vel.*, nesse sentido, STF no HC n. 74026/PE, rel. Min. SYDNEY SANCHES, julgado em 25/03/1997, DJ de 27-06-1997, em que houve devolução dos autos para que a decisão de recebimento da denúncia que envolvia prévio fosse completada pelo tribunal, com a análise de todas as preliminares suscitadas. Também o STJ no HC n. 12475/PA, rel. Min. GILSON DIPP, julgado em 08/08/2000, DJ 25/09/2000, p. 119, quando foi anulado acórdão dos embargos de declaração que não havia enfrentado todas as preliminares suscitadas.

<sup>52</sup> O TIRGS, no HC n. 700019/55012, rel. Des. VLADIMIR GIACOMUZZI, julgada em 24/05/2001, contestou que a fundamentação deveria ser "sucinta, para evitar vícios o juiz antecipar sua decisão final".

<sup>53</sup> Nesse sentido, o STF no HC n. 76258/SP, rel. Min. SERGIUVEDA PERTENCE, julgado em 17/3/98, publicado no DJ de 24-4-98, asseverou que "fazer o acórdão que recebe a denúncia, após elaboradas respostas da defesa, porque "necessariamente a hipótese do art. 559 do Código de Processo Penal" é não dizer rigorosamente nada; a melhor prova da ausência de motivação de um julgado é que a frase enunciada, a pretexto de fundamentação, sirva, por sua vaguidão, para a decisão de qualquer outro caso". Trata-se, no caso, de hábeas corpus oriundo de um processo de competência originária dos Tribunais (Luis n. 8.038/90 e 8.658/93).

<sup>54</sup> O TIRGS, na AGr. n. 700045/07695, rel. Des. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA, julgada em 07/08/2002, exigindo a análise das condições da ação e a caracterização, em tese, da infração criminal; HC n. 700045/03710, rel. Des. MARIA DA GRAÇA CARVALHO MOTTIN, julgada em 18/07/2002, exigindo a análise da viabilidade da impugnação.

Assim, merece severa crítica e oposição as decisões dos tribunais superiores que dão por válidas as decisões que recebem a denúncia ou a queixa-crime (juízo positivo), sem a devida fundamentação, sob o argumento de não terem as decisões que recebem a acusação, nenhum caráter decisório<sup>55</sup>, ou por não haver lei exigindo motivação<sup>56</sup>. Evidente e incontestável o conteúdo decisório deste ato processual, na medida em que determina, como já afirmado, a mudança da condição de cidadão comum para acusado, processado criminalmente.

Outra dificuldade a feir a garantia da ampla defesa diz respeito à

<sup>55</sup> Segundo do STF, no HC n. 70763/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 28/06/94, DJU de 23/09/94, p. 25328 e RTJ 57/389, asseverou que "ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público não se qualifica e nem se equipara, para os fins a que se refere o art. 93, IX, da Constituição de 1988, a ato de caráter decisório. O juízo positivo de admissibilidade da acusação penal não reclama, em consequência, qualquer fundamentação". Também, o STF, no RHC n. 6049/MT, relator Min. EDSON VIDIGAL, julgado em 18/08/1998, DJ 14/09/1998, p. 89, RSTJ, vol. 114, p. 333, a decisão que recebe a denúncia ou a queixa-crime não tem caráter decisório. Ainda, o STF, no HC n. 80751/RS, rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 09/04/2002, DJ de 29-08-2003, p. 00035, disse que "o juiz recebe a denúncia por um simples despacho". No mesmo sentido, também, o STJ no RHC n. 13957/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, julgado em 11/11/2003, DJ 19.12.2003, p. 496. Consta, expressamente na decisão: "o ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público não se qualifica e nem se equipara, para os fins a que se refere o art. 93, IX, da Constituição de 1988, a ato de caráter decisório. O juízo positivo de admissibilidade da acusação penal não reclama, em consequência, qualquer fundamentação". No mesmo sentido, não estendido fundamentação, STJ no RHC n. 7937/RS, rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, julgado em 13/10/1998, DJ de 03.11.1998, p. 184. Também, o STF, no HC n. 476/MS, rel. Min. EDSON VIDIGAL, julgado em 09/09/1996, DJ de 07.10.1996, p. 37650, não exigindo fundamentação, por se tratar de "despacho", "providência interburocrática simples". Nesse sentido, também o TRGS no HC n. 700015942/25, rel. Ds. ANTONIO CARLOS NETTO DE MANGABEIRA, julgado em 05/10/2000, entendendo pela desnecessidade de fundamentação do "despacho que recebe a denúncia" por não conter carta decisória, examinando-se apenas as conclusões da ação e a caracterização, em tese, da infração penal; o HC n. 697050672, rel. Ds. LUIZ ARMANDO BERTANHA DE SOUZA LEAL, julgado em 29/10/1997, onde não foi exigida motivação, "diante da natureza de decisão interburocrática simples exigida de motivação apenas em relação ao recebimento da denúncia por crime falatório, por expressa determinação legal". No mesmo sentido são as seguintes decisões do TRGS: AC. n. 70003758927, rel. Ds. MARCO ANTONIO BARBOSA LEAL, julgado em 09/12/2003; a AC. n. 70006239297, rel. Ds. LUIS CARLOS AVILA DE CARVALHO LEITE, julgado em 02/10/2003; o HC n. 70006349732, rel. Ds. SILVESTRE JASSON AYRES TORRES, julgado em 25/06/2003; RC n. 70004074563, rel. Ds. LUIS CARLOS AVILA DE CARVALHO LEITE, julgado em 28/02/2003; AC. n. 70002619146, rel. Ds. MARCO ANTONIO RIBEIRO DE OLIVEIRA, julgado em 20/06/2001; HC n. 70002597441, rel. Ds. SILVESTRE JASSON AYRES TORRES, julgado em 23/05/2001; HC n. 70002141737, rel.ª Ds.ª MARIA DA CRACA CARVALHO MOTTIN, julgado em 20/03/2001; AC. n. 698187053, rel. Ds. JOSÉ EUGÊNIO TEDESCO, julgado em 07/11/1996; AC. n. 695099721, rel. Ds. ARISTIDES PEDROSO DE ABBUQUERQUE NETO, julgado em 17/08/1995.

<sup>56</sup> Nesse sentido, são as seguintes decisões do TRGS: AC. n. 70004031514, rel. Ds. ROQUE MIGUEL FANK, julgado em 05/06/2002; AC. n. 700031176989, rel. Ds. LUIS CARLOS AVILA DE CARVALHO LEITE, julgado em 27/12/2001; AC. n. 6984997740, rel. Ds. LUIS CARLOS AVILA DE CARVALHO LEITE, julgado em 17/12/1998.

possibilidade de utilização tão-somente do hábeas corpus para atacar o ato que recebe a denúncia ou a queixa-crime, e não o recurso em sentido estrito. Isso porque é voz corrente e sedimentada nos tribunais que, em sede de hábeas corpus, não é possível analisar, com profundidade a prova colhida, os elementos fáticos e as circunstâncias subjetivas. Fere o tratamento isonômico. No mínimo haveria, ou que ser analisado em casos tais, ou admitir-se por simetria, o recurso em sentido estrito, como o faz o artigo 581, I, do Código de Processo Penal.

No caso dos processos envolvendo o Decreto-Lei nº 201/67, seu artigo 2º, II, prevê a hipótese de afastamento provisório do prefeito da função pública, bem como da decretação de sua prisão preventiva, no momento do recebimento da denúncia. Consta expressamente, no dispositivo, a obrigatoriedade da manifestação, e de forma motivada. Essa motivação há de ser específica, isto é, advinda dos elementos concretos, objetivos, constantes nos autos, sendo inadmissíveis cogitações genéricas, sem parâmetro na conduta preterita ou presente do acusado<sup>57</sup>.

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, em seu artigo 19, determina que a administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes do Estado e dos municípios, deverá observar, entre outros princípios, o da motivação de seus atos. A Lei Estadual nº 10.711/96, ao disciplinar o afastamento do serviço público dos servidores policiais ou penitenciários, em seu artigo 2º, autoriza que isso seja feito quando da instauração de processo administrativo ou do recebimento da denúncia, sempre que se tratar de crime funcional que o incompatibilize com a função pública. Tanto sob a ótica do artigo 94, IX e X, da Constituição Federal, quando do artigo 19 da Constituição Estadual, não basta a simples instauração do processo administrativo ou o recebimento da denúncia para o afastamento; faz-se mister a motivação em fatos e circunstâncias concretas e adequadas às disposições legais acima referidas<sup>58</sup>.

O ato jurisdicional mais complexo e que maiores consequências produz no cidadão é a sentença, cuja necessidade de motivação abarca diversos aspectos, os quais serão enfrentados a seguir.

<sup>57</sup> Nesse sentido o STJ no RESP n. 613913/PI, rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, julgado em 03/06/2004, DJ de 28.06.2004, p. 413.

<sup>58</sup> Nesse sentido, o pleno do TRGS, no MS n. 70005217914, rel. Ds. ARAKEN DE ASSIS, julgado em 23/12/2002, anulou a decisão que afastou os servidores, por ausência de motivação.

## 5 SENTENÇA CRIMINAL

É o ato processual por excelência no processo penal, na medida em que põe fim ao processo, ainda que não necessariamente de modo definitivo, pois existe a possibilidade da decisão ser modificada, negando ou confirmando o estado de inocência. O ato sentencial condenatório, além do relatório, da fundamentação e do dispositivo, obrigatoriamente, há de fixar a pena e a forma de seu cumprimento (regime inicial, possibilidades de substituição e de suspensão da pena).

Na segunda parte da sentença, denominada de fundamentação, é que o julgador emite seu juízo de mérito sobre a procedência (total ou parcial) ou improcedência da pretensão acusatória. É o momento em que é construído o juízo de absolvição ou de condenação, com base na motivação fática, a qual recebe a qualificação jurídica (motivação jurídica) dos fatos. Todas as teses trazidas aos autos devem ser analisadas, sob pena de nulidade de um juízo condenatório<sup>59</sup>, mesmo que de forma sucinta<sup>60</sup>.

Há duas formas de estruturação formal de uma sentença criminal: fixação da pena antes ou após o dispositivo. Fixando a pena antes do dispositivo, considerando que este é parte essencial da sentença criminal, nos termos do Código de Processo Penal, a falta de motivação válida e suficiente da fixação da pena acarreta a nulidade integral da sentença, pois a fixação da pena está antes do dispositivo, integra o comando sentencial. Ao contrário, quando a individualização da pena for efetuada após o dispositivo, a nulidade seria só da aplicação da pena, na medida em que permanecería hígida a racionalidade motivada em fatos e no direito, no que tange ao juízo condenatório, bem como o seu comando legal<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> O TRGS na ACr. n. 70003734456, rel. Des. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, julgada em 27/03/2002, foi concedido Hábeas corpus de ofício, na medida em que a sentença não continha motivação suficiente. Na ACr. n. 70009548827, rel. Des. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, julgada em 18/11/2004, foi decretada a extinção da punibilidade em face da proibição da *refirmatio in pejus*.

<sup>60</sup> Nesse sentido, o TRF da 4ª Reg. na ACr. n. 400045442/RR, rel. Des. FABIO ROSA, julgada em 29/10/2002, DJ 20/11/2002, p. 96131 e RTRF-4ª n. 47/2003/185. O TRF da 4ª Reg. na ACr. n. 400045442, rel. Des. GILSON DILPE, julgada em 05/11/1996, DJ de 11/12/1996, p. 96131, decidiu pela ausência de nulidade quando não houver prejuízo ao réu.

<sup>61</sup> O STF, no Hábeas Corpus n. 74651/MS, rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, julgado em 27.05.97, DJ de 12.9.97, anulou somente a aplicação da pena, por falta de motivação técnica, mantendo a condenação, nesses termos: "Funa fixada sem técnica motivação. Pedido deferido, em parte, para, mantidas a condenação e a prisão, anular-se a sentença, somente no ponto relativo à fixação da pena, de modo a que outra venha a ser proferida, devidamente fundamentada".

O nosso sistema probatório é o do convencimento motivado, isto é, o magistrado, no momento de decidir valorará o conjunto probatório consistente nos autos, o seu conteúdo, de forma racional, tendo o dever de motivar o seu convencimento<sup>62</sup>.

É de ser salientado que a individualização da pena é mais que um poder-dever do magistrado, na medida em que se constitui em uma garantia constitucional irrenunciável do acusado<sup>63</sup>.

Embora várias circunstâncias da aplicação da pena dependam de uma avaliação do magistrado, incluindo, sobremaneira, a motivação ideológica (o que pensa sobre a pena privativa de liberdade, o que pensa sobre a situação carcerária, o que pensa sobre o desrespeito aos direitos fundamentais do ser humano nos presídios, o que pensa sobre a função da pena e do Direito Penal, por exemplo), a avaliação e a demonstração da pena final há de refletir os dados objetivos constantes nos autos. Evidentemente que componentes outros (antropológicos, sociológicos, filosóficos, políticos, psicológicos, por exemplo) vão influir no momento em que o magistrado, por exemplo, avalia que o acusado registra antecedentes: afasta a pena do mínimo legal em seis meses ou um ano; ao reconhecer a menoridade: diminui a pena-base em seis meses ou um ano.

O Código Penal estabelece a fixação da pena privativa de liberdade em três fases distintas, as quais devem ser observadas, sob pena de nulidade<sup>64</sup>,

<sup>62</sup> Nesse sentido, o TRF da 4ª Reg. na ACr. n. 400041758, rel.ª Des.ª Federal TANIA TEREZINHA CARDOSO ESCOBAR, julgada em 04/07/1996, DJU de 24/07/1996, p. 51194, anulando a sentença por falta de motivação e decretando a extinção da punibilidade. Constatou "E nada a sentença sem fundamentação. Embora nossa sistemática de processo penal tenha como base o princípio do livre convencimento, o magistrado, deverá fornecer seus razões de decidir para que delas tome conhecimento as partes e o tribunal em apreciação de eventual recurso".

<sup>63</sup> Nesse sentido o STF, no HC n. 16358/PE, rel. Min. VICENTE LEAL, julgada em 20/09/2001, de DJ de 18.02.2002, p. 504, onde constou expressamente: "O princípio da individualização da pena, elevado à dignidade de garantia constitucional, recomenda especial cautela ao juiz na fixação da pena-base, quando deverá efetuar precisa decantação das circunstâncias enumeradas no art. 59 do Código Penal, atentando, nessa operação, para a finalidade da sanção penal, que deve ser a necessária e suficiente para a reprobção e a prevenção do delito. Fixada a pena em quantia exasperada sem a adequada motivação, impõe-se a nulidade do decisum para que outro seja proferido com a adequada individualização da pena".

<sup>64</sup> Nesse sentido, o STF no HC n. 75680/MG, rel. Min. NERI DA SILVEIRA, julgada em 16.9.97, publicada no DJ de 5.12.97, nos seguintes termos: "Hábeas Corpus. Código Penal, art. 157, § 2º, incisos I e II. 2. Fixação da pena. Critério trifásico. 3. Pena-base estabelecida quase no limite máximo. Havendo, no entanto, referência à ser a pena reiniciável, eis "testimonhos antecedentes e demais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal". O decisum manteve a sentença que considerou "verificada, ante os fatos antecedentes do réu, sua personalidade depurada e sempre emoldurada com o crime contra o patrimônio, tal a volubidade e a má vontade, com grave ameaça à pessoas". 4. Não observância do método trifásico. Não cabe, em princípio, considerá-la a reincidência na fixação da

salvo hipótese de extirpação de aumento ou diminuição que pode ser feita pelo órgão *ad quem*, sem prejuízo ao acusado. É uma garantia do acusado, também sob o prisma da motivação das decisões, na medida em que os sujeitos processuais são informados das razões da fixação do *quantum* penal. Na direção do STF, é um direito público subjetivo do acusado<sup>65</sup>. Na fixação da pena-base, parte-se do mínimo cominado no tipo penal, afastando-se desse *quantum* na medida em que forem surgindo as circunstâncias desfavoráveis previstas no artigo 59 do Código Penal, motivadas em fatos e circunstâncias concretas<sup>66</sup>, mediante avaliação adequada à necessidade de incidência proporcional do *ius puniendi*. O afastamento do mínimo há de vir devidamente motivado e, não havendo motivação suficiente e adequada ao substrato fático contido nos autos, o órgão *ad quem* deverá modificar a individualização, em favor do acusado, com o apenamento mínimo possível, adequando à respectiva fase de aplicação da pena ou à própria circunstância<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> *Pentabases*. No caso, invocaram-se reincidência e *habeas* antecedentes, simultaneamente. Alegou-se que a memoranda de de crime e um autos do rito não foi considerada. 5. Hipótese em que as decisões condenatórias se mantinham claras fundamentação do elevado quantum de pena restritiva da liberdade. 6. *Habeas Corpus* deferido para, mantida a condenação, anular a sentença e o acórdão, na parte referente ao cálculo da pena, determinando-se novo decréscimo à *propterea*, no ponto da dosimetria da pena, devidamente fundamentada, observados os princípios concernentes à individualização da pena". Nesse sentido, também o TRGS na ACr. n. 70007603210, julgada em 18/03/2004, rel. Des. MARCO AURELIO DE OLIVEIRA CANOSA.

<sup>66</sup> Vid. o HC n. 72992/SR rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/11/1995, DJ de 14-11-1996, p. 44469, onde consta que "as sentenças têm direito público subjetivo à fundamentação individualizadora das penas que venham a sofrer por efeito de condenação criminal".

<sup>67</sup> Vid. esse sentido, o STJ no HC n. 32152/SR rel. Min. GILSON DIPP, julgado em 16/03/2004, DJ de 19/04/2004, p. 223, o HC n. 28122/MS, rel. Min. GILSON DIPP, julgado em 05/08/2003, DJ de 22/09/2003, p. 350.

<sup>68</sup> Nesse sentido, decisão do STF na Reclamação n. 1953/RS, rel. Min. ILMAR GALVÃO, julgada em 16-4-02, publicada no DJ de 24-05-02, de acordo com que na "hipótese em que a segunda sentença, ao manter a reprimenda anteriormente imposta, desconsidera os parâmetros fixados pela Tercia para a dosimetria da pena, necessitando fundamentação satisfatória para a manutenção da pena-base acima do mínimo legal, meramente considerado o critério utilizado para a condenação de co-réu. Reclamação julgada procedente para anular a sentença na parte relativa à dosimetria da pena, devendo ser profícuo nova decisão, observando os parâmetros do decréscimo por esta Corte no HC n. 81.025, mantidas, contudo, a condenação e a castidade calculada anteriormente decretada". No mesmo sentido, o STF no HC n. 69419/MS, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 23/06/1992, DJ de 28-08-92, p. 3455, anulando "a sentença no qual o juiz, explicitando os dados de fato em que assentou a caracterização da pena – no caso, ao ponto de qualificar o mínimo da emissão legal –, devida o subjetivismo dos critérios utilizados, de todo desconsidera dos parâmetros legais". No mesmo sentido o STJ no HC n. 29260/BA, rel. Min. LAURITIA VAZ, julgada em 08/05/2004, DJ de 07/06/2004, p. 248, onde consta que no caso concreto "havendo uma caracterização desproporcional na fixação da pena-base, infundada em mais do que o mínimo legal, simplesmente porque o *acórdão* já possui antecedência criminal, por envolvimento com drogas. No mais, sobressai uma justificativa genérica, considerando a gravidade do delito in abstracto, desvirtuando a Lei Penal e do princípio da individualização da pena". Nesse sentido, também o TRGS na ACr. n. 70004169389, rel. Des. LUIS CARLOS AVILA DE CARVALHO LETTE, julgada em 12/02/2004, onde consta que o *apenamento* além do mínimo cominado exige fundamentação adequada, na ACr. n. 70006268080, rel. Des. WALTER JOBIM NETO, julgada em 07/08/2003 e, do mesmo rito, na ACr. n. 70006012222, julgada em 07/08/2003.

Penso que todas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal devem estar devidamente fundamentadas, contando-se em favor do acusado aquelas que carecem de fundamentação legal, embora haja entendimento contrário do STF, pela desnecessidade da análise individualizada de cada circunstância judicial<sup>68</sup>, mas sendo observadas todas as fases<sup>69</sup>.

Fixada a pena no mínimo legal, há necessidade de fundamentar? Não havendo recurso da acusação, postulando a nulidade, por falta de fundamentação e não atacando a aplicação da pena, não há prejuízo à defesa, motivo pelo qual a individualização não padece de nulidade.

Anulada a primeira sentença, a segunda decisão não poderá ser mais gravosa ao acusado, mesmo a medição da pena, sob pena de haver *reformatio in pejus* indireta.

Como anteriormente já se afirmou, a fundamentação abrange o *quantum* da pena<sup>70</sup>, a espécie de pena principal, a pena

<sup>68</sup> Vid. esse sentido, o STF no HC n. 70362/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 5.10.95, publicado no DJ de 12.6.96 (Caso Barceu Mouché), decidindo que "na motivação da pena, não cabe exigir motivação explícita a cada um dos critérios do art. 59 C.Penal (HC 67/683, GALLOTTI, RT 64/1297; HC 69/960, Portocarrero)". O acórdão segue entendendo que "se a sentença, ao aceitar, a luz da prova, a versão do fato delituoso, enuncia claramente circunstâncias de inquérito relativo para a aplicação da pena, não é de exigir-se que a menção dessas circunstâncias seja explicitamente repetida no capítulo dedicado especificamente à dosimetria da sanção aplicada: a base empírica do juízo de valor que induz à exasperação da pena pode resultar do contexto da motivação global da sentença condenatória: por isso, não pode ser considerada n. 70362/RJ, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 5.10.95, publicado no DJ de 12.6.96 (Caso Barceu Mouché), inidêntica, quanto à motivação da pena, a decisão que, além de admitir, no item específico, as "circunstâncias e gravíssimas consequências do crime" – que são todos objetivos irreversíveis do caso – ao fundamentar a condenação, já se esmerara em demonstrar a existência e a extrema gravidade da culpa, que, para o acórdão, "chega a tangenciar o dolo eventual", são meros explicitações de exasperação que, em seu conjunto, guardam congruência lógica e jurídica com a severíssima quantificação da pena-base".

<sup>69</sup> Assim decidiu o STF no HC n. 72992/SR Rel. CELSO DE MELLO, julgado em 21.11.95, publicado no DJ de 14.11.96 (Caso Abílio Diniz): "Os sentenciados têm direito público subjetivo à fundamentação individualizadora das penas que venham a sofrer por efeito de condenação criminal. – Satisfeita integralmente a exigência constitucional de motivação dos atos decisórios a condenação penal, que, ao operar pelo limite máximo das penas impostas, expõe os elementos de fato em que se apoiou o juízo de especial exacerbação da pena, explicitando dados da realidade objetiva aos quais se conferiu, com extrema adequação, a pertinente valoração judicial precedida com estrita observância dos parâmetros fixados pelo ordenamento positivo. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – tratando-se de decisão penal condenatória que se revela impregnada, em toda a sua estrutura formal, de coerência lógico-jurídica – tem ressaltado ser inviolável o *habeas corpus*, quando utilizado para impugnar o ato de fixação da pena, que, apoiado nas diretrizes dos arts. 59 e 68 do Código Penal, tenha derivado de valoração efetuada pelo Tribunal no que concerne ao grau de culpabilidade dos agentes".

<sup>70</sup> Vid. decisão do TRGS na ACr. n. 70005562079, rel. Des. DÉLIO SPALDING DE ALMEIDA WEDY, julgada em 27/03/2003, por não ter havido fundamentação no quantum de redução da reativa, o órgão *ad quem* optou por redução máxima, em benefício do acusado. Nesse mesmo sentido a ACr. n. 70005014094, do mesmo rito, julgada em 19/12/2002.

substitutiva<sup>71</sup>, bem como as razões do indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade<sup>72</sup> e o regime de cumprimento da pena<sup>73</sup>.

A substituição da pena privativa de liberdade por multa ou por restritivas de direito não está na esfera discricionária do aplicador da pena, mas, presentes os requisitos legais, é um poder-dever do magistrado, na medida em que a pena privativa de liberdade é a *ultima ratio*<sup>74</sup>. Sendo assim, após chegar à pena final, a qual possibilitaria a substituição, o juízo negativo há de vir devidamente motivado e fundamentado com os elementos constantes dos autos e não em presunções.

A falta ou deficiente fundamentação do decreto de prisão, ou da de-

<sup>71</sup> Esse é o entendimento do STF no HC n. 82187/MG, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, julgado em 29/10/02, publicado no DJ de 6/12/02, em processo onde o paciente foi condenado pela Turma Recursal Criminal à pena privativa de liberdade, substituída por prestação pecuniária, nos seguintes termos: "Possibilidade de conhecimento do writ, tendo em vista tratar-se de pena que, diferentemente do que ocorre com a multa, é suscetível de ser convertida em pena prisão. Necessidade de motivação da decisão aplicada, considerado não apenas o dano causado à vítima, mas também, por razões óbvias, a situação econômica do réu. Caso em que a formalidade não foi cumprida. Háftacs corpus parcialmente deferido para, mantidas a condenação e a sua conversão em pena restritiva de direitos, determinar que a Turma Recursal fundamente a fixação da prestação pecuniária aplicada".

<sup>72</sup> Segundo o STF no HC n. 70362/RJ, Rel. Min. SEPULVEDA PERTENCE, julgado em 5/10/95, publicado no DJ de 12.6.96 (Caso Beteau Mouchel), "sempre que a conversão da pena de prisão em restritiva de direito ou o seu cumprimento em regime inicial sejam, em primeira, legítima administração, a respeito de uma ou do outro há de ser observado o princípio da proporcionalidade. 2.2 Como sucede com a conversibilidade da liberdade em multa (vg., HC 66.887, CORREA, RT 639/385; HC 69.365, PERTENCE, RTJ 143/199), também a possibilidade de sua substituição pela restrição de direito - outro marco da tendência vigente a reduzir a pena de prisão a última ratio do sistema - compete o processo de individualização, da sanção a aplicar-se, que reclama fundamentação adequada, inexistente no caso".

<sup>73</sup> Segundo o STF no HC n. 70362/RJ, rel. Min. SEPULVEDA PERTENCE, julgado em 5/10/95, publicado no DJ de 12.6.96 (Caso Beteau Mouchel), "cuidando-se exclusivamente de definir a execução da pena de prisão imposta, o apelo exclusivo a gravidade da culpa não basta para fundar com razoabilidade a imposição do regime inicial mais gravoso: e a prevenção geral que domina a cominação legal da pena em abstrato e igualmente demarca os limites possíveis de sua individualização, no momento da aplicação judicial, mas, e patente que, aplicada a pena na sentença, ganha peso dominante a ponderação dos interesses da prevenção especial, já na verificação da conversibilidade da pena corporal de curta duração em sanções substitutivas, já, não sendo o caso de substituição, no momento final do processo de concretização de norma penal, que e o da definição do regime executivo da privação de liberdade". No mesmo sentido o STF no HC n. 72106/SR, rel. Min. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/02/1995, DJ de 16-06-95, p. 18217, onde constou, expressamente: "hipótese em que o tribunal apontado como executor impôs ao paciente o regime penal fechado sem adequada motivação de seu ato decisório. Nulidade, nesse passo, do pronunciamento jurisdicional". Decidiu, o STF, também, no HC n. 70662/RN, rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/1994, DJ de 04-11-94, p. 29829, ser possível o regime mais gravoso do indicado pela pena, sempre que houver uma adequada motivação.

<sup>74</sup> Nesse sentido, o STF no HC n. 81875/RJ, rel. Min. SEPULVEDA PERTENCE, julgado em 25/06/2002, DJ de 13-09-2002, p. 83.

cisão que indefere a liberdade provisória pode ser impugnado mediante o háftacs corpus, remédio jurídico mais rápido e eficiente para debelar o constrangimento ilegal imediatamente, inclusive liminarmente. Carecendo a sentença criminal de elementos motivadores na justificativa condenatória (parte da fundamentação da sentença), a sanção processual é de nulidade total da decisão. Com isso, outra sentença haverá de ser preferida (relatório, fundamentação dispositivo e aplicação da pena, com as formas de cumprimento).

Vêm entendendo os Tribunais que a nulidade é somente da aplicação da pena quando esta parte da sentença é a defeituosa, a que não está bem fundamentada, permanecendo hígidas as demais partes do *decisum*<sup>75</sup>, como antes afirmado. Da mesma forma, quando a aplicação da pena ocorrer no segundo grau de jurisdição<sup>76</sup>. Na hipótese da medição da pena ter sido elaborada antes do dispositivo do ato sentencial, a nulidade macula todo o ato e não só a aplicação da pena, devendo ser prolatada outra sentença (relatório, fundamentação, dispositivo e aplicação da pena com a sua forma de cumprimento). Observa-se que na hipótese da aplicação da pena ser realizada após o dispositivo da sentença, com nulidade somente da parte que efetuou o cálculo da pena, o juízo *ad quem* está vedando que juízo *a quo* absolva o réu, pois permanece hígida, conforme entendimento antes referido, a estrutura da sentença que o condenou. Penso que há de ser analisada a situação concretizada nos autos, de tal sorte a permitir a *reformatio in melius* e vedar *a reformatio in pejus*.

A garantia da individualização da pena também abrange a individualização do regime carcerário inicial de cumprimento da pena,

<sup>75</sup> Vid. o STF, no HC n. 75680/MG, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, julgado em 16/09/1997, DJ de 05-12-1997, p. 63906, onde constou, no final da omissão: "Háftacs Corpus deferido para, mantida a condenação, anular a sentença e o acórdão, na parte referente ao cálculo da pena, determinando-se nova decisão se profira, no ponto da dissimetria da pena, devidamente fundamentada, observados os princípios concernentes à individualização da pena". No mesmo sentido, o STF no HC n. 82187/MG, rel. Min. ILMAR GALVÃO, julgado em 29/10/2002, DJ de 06-12-2002, p. 00066, onde constou expressamente: "Háftacs corpus parcialmente deferido para, mantidas a condenação e a sua conversão em pena restritiva de direitos, determinar que a Turma Recursal fundamente a fixação da prestação pecuniária aplicada". Nesse sentido, também, o STF no HC n. 74651/MS, rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, julgado em 27/05/1997, DJ de 12-09-1997, p. 43713 e no HC n. 81021/PI, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julgado em 11/09/2001, DJ de 19-10-2001, p. 32, somente anulando a aplicação da pena. No mesmo sentido o STJ, no HC n. 29260/BA, rel.ª Min.ª LAURITIA VAZ, julgado em 06/05/2004, DJ de 07.06.2004, p. 248.

<sup>76</sup> Vid. STJ, no HC n. 32152/SR, rel. Min. GILSON DIPP, julgado em 16/03/2004, DJ de 19.04.2004, p. 223.

não se justificando o regime mais gravoso daquele devido pela pena fixada, sem uma motivação substancial em circunstâncias fáticas e de direito, constantes nos autos<sup>77</sup>.

## 6 CONCLUSÕES

A motivação das decisões criminais não é mera faculdade do magistrado, mas se constitui numa garantia essencial à preservação do *status libertatis*, da dignidade da pessoa humana e da efetividade dos direitos e demais garantias constitucionais. O cidadão tem o direito de saber as razões da restrição de sua liberdade, as razões de sua condenação, as razões da dimensão e das consequências da sanção aplicada. É a fundamentação da decisão que permite o seu controle interno, através da impugnação pelos remédios jurídicos recursais ou autônomos, bem como o controle externo pela cidadania, a quem é dado o direito de acesso ao processo público. Com a obrigatoriedade da motivação se quer evitar o arbítrio, a discricionariedade, o convencimento sem motivação, bem como limitar o poder do Estado-Juiz.

A prisão provisória é medida excepcional, calcada na legalidade restrita, motivada em fatos concretos, objetivos e reais, independentemente da alteração do *nomen iuris* da prisão. Sempre haverá necessidade de motivar, sob pena de constrangimento ilegal. Assim, mesmo após a homologação do ato de prisão em flagrante, o magistrado tem o dever de motivar a manutenção da prisão do flagrado, com base nas hipóteses do cabimento da prisão preventiva. Ao acusado preso, no momento da pronúncia ou da condenação, se garante o direito de ver a continuação de sua prisão motivada. Portanto, o flagrante não prende por si só, a decretação e a manutenção da prisão sempre deverão receber adequada motivação.

O recebimento da denúncia ou da queixa-crime são atos decisórios responsabilizados pela alteração do *status dignitatis*, pois, de cidadão comum a pessoa passa a ser acusada, processada, réu. Por isso, há necessidade de

<sup>77</sup> O STJ, no RHC n. 1542/SR rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, julgado em 16/03/2004. DJ de 12/04/2004, p. 22, quando afirmou que, em não se tratando de crimes hediondos, a sentença condenatória que fixa, para cumprimento inicial da reprimenda, regime prisional mais severo do que aquele que o condenado teria, em tese, direito, exige fundamentação adequada, sob pena de nulidade. A gravidade do delito, por si só, não pode servir de justificativa para a imposição de regime mais grave.

cumprimento do disposto no artigo 94, IX, da Constituição Federal, a qual determina a fundamentação de todos os atos decisórios do Poder Judiciário. Inclusive, no inciso seguinte, a Constituição Federal determina a fundamentação dos atos administrativos.

O ato sentencial é o ato decisório por excelência, o qual deve (ou deveria) advir do *sentire* do magistrado, do meditar e vivenciar o conteúdo do processo. A fundamentação inicia pela adequada motivação fática e de direito, com enfrentamento de todas as teses aduzidas, independentemente do reconhecimento *ex officio* de outras escusativas legais e supra-legais, passa pela motivação circunstancial da individualização da pena (outra garantia constitucional), a qual abarca o regime inicial ou provisório, em face da progressão e regressão, bem como as formas de cumprimento da sanção imposta.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BARONA VILAR, Silvia. *Prisión Provisional y Medidas Alternativas*. Barcelona, Bosch, 1988.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1997.
- GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 1998.
- LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: RT, 2001.
- TARLEO, Giovanni. *Interpretazione della Legge*. Milano, Giuffrè, 1980.