

O NOVO PARADIGMA DECISÓRIO NO PROCESSO PENAL DEPOIS DA LEI 13.964/2019

THE NEW DECISION-MAKING MODEL IN THE CRIMINAL PROCEDURE AFTER
THE LAW N° 13.964/2019

Luis Henrique Pichini Santos

Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Faculdade Getúlio Vargas e em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC. Advogado.
ORCID: 0000-0002-1637-4870
luishenriquepsantos@yahoo.com.br

Marco Antônio Riechelmann Júnior

Mestrando em Teoria do Estado pela USP. Advogado.
ORCID: 0000-0002-8407-3435
marco.riechelmann@usp.br

Resumo: O presente texto busca demonstrar que a inclusão das hipóteses previstas no art. 315, §2º do Código de Processo Penal tem a função de complementar o imperativo constitucional. Não obstante a inovação legislativa ter sido inserida no capítulo sobre prisão preventiva, esta deve ser observada em todas as etapas do processo, inclusive na fase de inquérito, de forma a viabilizar o exercício de outras garantias processuais fundamentais.

Palavras-chave: Fundamentação das decisões – Contraditório – Nulidades – Lei 13.964/2019.

Abstract: This paper seeks to demonstrate that the inclusion of the hypothesis provided on art. 315, §2 of the Code of Criminal Procedure has the function of complementing constitutional imperative. Despite the fact that legislative innovation was included in the chapter on preventive detention, it must be observed in all stages of its process, including the investigation phase, in order to make it possible to exercise other fundamental procedural guarantees.

Keywords: Rationale for decisions – Contradictory – Nullities – Law 13.964/2019.

A Constituição Federal de 1988 preceitua que todas as decisões judiciais serão fundamentadas (CF/88, art. 93, IX). À seara penal, também assegura, no rol de garantias individuais, o dever de fundamentação individualizada enquanto condição legitimadora da privação ou restrição de liberdade (CF/88, art. 5º, LXI), da cominação de pena (CF/88, art. 5º, XLVI) e de qualquer interferência aos invioláveis bens do domicílio e do sigilo das correspondências (CF/88, art. 5º, XI e XII). O dever de fundamentação também se encontra previsto no plano supralegal (CADH, art. 7.3; PICDP, art. 9.1) e legal (CPP, art. 155, art. 381, III, art. 283, art. 312, §2º, art. 315).

Tais mandamentos explicitam o caráter do dever de fundamentação dos atos judiciais enquanto atividade inerente aos Estado Democrático de Direito. Segundo afirma **Lopes Jr.**, este imperativo constitucional objetiva dar legitimidade aos atos estatais por meio de sua racionalização – isto é, sua estrita conformidade com a legislação – e possibilitar a efetivação do devido processo legal, viabilizando assim o exercício de garantias fundamentais.¹

Para **Gomes Filho**, a publicidade dos atos judiciais comporta as vertentes externas e internas, ambas abrangidas pelo art. 93, IX da Constituição. A primeira se relaciona à publicidade do processo frente à sociedade, na qual se coloca a seu escrutínio as razões pelas quais decidiu-se em determinado sentido; já a segunda é diretamente relacionada às partes, a qual não pode ser em nenhuma hipótese restringida.²

Dessarte, há evidente entrelaçamento entre a fundamentação das decisões e o contraditório, garantia que além (i) do direito de informação e manifestação (prisma formal), (ii) assegura ao jurisdicionado os direitos de influenciar nos rumos do processo e de ver a consideração, séria e detida, de seus argumentos pelo Estado-Juiz (prisma material), o qual, portanto, também está sujeito ao contraditório e tem o dever de zelar por sua observância (CF/88, art. 5º, LV; CPC, art. 7º, 10, 139, I c/c CPP, art. 3º)^{3,4}. Sem a estrita observância de tais balizas, incorre-se, como ensina **Ferrajoli**, em perigoso decisionismo processual, afeto ao modelo penal antigarantista e próprio dos regimes autoritários.⁵

Não obstante a norma de dever geral prevista na Constituição, o arcabouço legal não estabelecia critérios e parâmetros precisos sobre o que seria uma decisão fundamentada, cabendo então à jurisprudência o ônus de dispor a esse respeito.

Com o advento das hipóteses inseridas no art. 315, § 2º do CPP, tal lacuna foi significativamente preenchida ao estabelecer, de forma precisa e objetiva, vícios de fundamentação que maculam o ato decisório, os quais (i) complementam e dão concretude a inúmeras garantias constitucionais, especialmente o contraditório e a imperatária norma de fundamentação, assim como (ii) conferem maior segurança aos sujeitos envolvidos no processo. (iii) Ademais, corrigiu-se incoerência sistêmica, pois, antes da modificação promovida pela Lei 13.964/2019, era exigido encargo de fundamentação mais rígido pelo Código de Processo Civil.⁶

Parece-nos incontroverso que os novos padrões decisórios impostos devem ser aplicados a todos os atos decisórios e em todas as fases do procedimento criminal, incluindo-se a etapa investigativa. O fato de tal preceito ter sido inserido no capítulo inerente à prisão preventiva não se apresenta como argumento idôneo a limitar sua aplicabilidade. A própria literalidade do dispositivo aponta com clareza que a incidência das máculas de fundamentação elencadas deve recair sobre todo ato de cunho decisório, não cabendo cingi-la tão somente a decisões concernentes à prisão preventiva.

Todavia, surgem questões acerca da extensão do dever de fundamentação. Para tanto, afirma **Marinoni** que “não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há dever judicial de rebate aos fundamentos levantados pelas partes”.⁷ De tal forma, o preceito constitucional assume configuração extrínseca. Ou seja, para que se realize, necessita da contraposição entre todas as teses acusatórias e defensivas, superando o caráter meramente intrínseco da inexistência de contradição lógica na decisão e da correta capitulação ao texto legal. Merece abordagem específica, quanto à aplicação do art. 315, § 2º, do CPP, a decisão de recebimento da denúncia. Registre-se que a posição jurisprudencial dominante concebe que tal *decisum* não reclama fundamentação. Ainda, conforme análise jurisprudencial realizada por **Santoro, Borges e Pompílio da Hora**, o STJ tem decidido majoritariamente pela dispensabilidade da fundamentação também nas decisões que ratificam recebimento de denúncia, a qual é entendida pelo Tribunal como mero despacho ordinatório.⁸

A decisão que decreta a admissibilidade da incoativa possui relevantes reflexos na esfera de direitos do indivíduo: (i) formaliza a acusação

conduzida pelo Estado, o que inequivocamente atinge o ser humano em sua dignidade, vetor interpretativo que veda a sua utilização como objeto do Estado e do processo; e (ii) constitui o primeiro marco de interrupção do prazo prescricional. (iii) Outrossim, é dever do juiz, em tal etapa procedimental, fundamentar a existência da viabilidade formal e substancial da acusação.

Da mesma forma, o instrumento da busca e apreensão, por ser gravosa intromissão estatal no direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, deve apresentar em seu mandado as “fundadas razões” exigidas pelo art. 240, §1º do CPP. A autorização dessa medida pressupõe que existam elementos indiciários que ultrapassem a barreira da mera suspeita, fazendo crer com considerável grau de probabilidade, que o objeto que se busca apreender está dentro do imóvel do investigado.

Em relação à interceptação telefônica, vale registrar que o art. 10, da Lei 9.296/96, comina como crime, com pena de dois a quatro anos de reclusão, “realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei”. Vê-se, pois, que a norma impele ao Estado-Juiz o dever de demonstrar a ocorrência de uma das hipóteses legais para validar qualquer flexibilização à inviolabilidade assegurada por força constitucional.

Depreende-se, portanto, que as hipóteses previstas nos incisos do art. 315, § 2º, do CPP, os quais integralizam o mandamento constitucional do art. 93, IX, devem incidir sobre todos os atos decisórios e todas as fases procedimentais.

Isso porque, em sendo a forma, na égide de um processo penal com raízes democráticas, uma garantia do cidadão, eventual restrição ao dever de fundamentação imposto pela Carta Magna e agora detalhado pelo Código de Processo Penal, exigência do Estado Democrático para legitimar a jurisdição do Estado e direito fundamental do indivíduo, contraria frontalmente a regra da legalidade estrita.

Afigura-se pertinente, nessa trilha, proceder-se a uma abordagem mais prática do tema tratado, discorrendo-se sobre algumas situações recorrentes no cotidiano penal que devem ser extirpadas da prática judicial, sob pena de circunscrever a alteração legislativa ao campo retórico e teórico. Forte em tais bases, veja-se alguns exemplos que devem ser abolidos do cotidiano penal hodierno:

(i) Decisão que decreta a prisão preventiva invocando genericamente (a) a presença dos pressupostos e requisitos do art. 312 do CPP, (b) insuficiência das medidas cautelares diversas do art. 319 do CPP para mitigar o risco do *status libertatis* do indivíduo, (c) a existência de risco à “ordem pública” ou de “resguardar a credibilidade das instituições.” Vícios incidentes: CPP, art. 315, § 2º, I, II, III.

(ii) Decisão que recebe a denúncia alegando genericamente (a) que estão preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP e (b) não se encontram presentes as hipóteses do art. 395 do CPP. Vícios incidentes: CPP, art. 315, § 2º, I e III.

(iii) Decisão que ignora as súmulas e orientações jurisprudenciais dos Tribunais Superiores, invocados pela parte, (a) sobre a necessidade de

motivação específica para fixação de regime inicial mais gravoso⁹ e (b) que consideram que o tráfico privilegiado (Lei 11.343/06, art. 33º, § 4º) não é crime de natureza hedionda.¹⁰ Vícios incidentes: CPP, art. 315, § 2º, VI.

(iv) Decisão que, a fim de negar o acesso aos autos pelo investigado, aduz, sem motivação específica, a existência de diligências em andamento e sigilo dos autos, ignorando entendimento sumulado pelo STF. Vícios incidentes: CPP, art. 315, § 2º, III e VI.

(v) Decisão que nega seguimento a recurso especial ou extraordinário aduzindo, de maneira genérica, que a análise da argumentação exposta pela parte esbarra no óbice das Súmula 7 do STJ ou 279 do STF. Vícios incidentes: CPP, art. 315, § 2º, III e V.

(vi) Decisão que não conhece ou denega a ordem de *Habeas Corpus* alegando genericamente (a) a higidez do *decisum* coator, (b) a inexistência de ilegalidade a ser sanada, (c) a incidência do óbice imposto pela Súmula 691 do STF ou (d) que não motivar a impossibilidade de conceder-se a liberdade absoluta ou mitigada (com a fixação das medidas cautelares diversas), quando alegados pela parte. Vícios incidentes: CPP, art. 315, § 2º, I, III e V.

As situações expostas, que infelizmente refletem apenas parte das práticas comumente adotadas na jurisdição penal, (i) além de incompatíveis com a concepção de um processo penal civilizado, (ii) agora encontram intransponível óbice nos nortes decisórios traçados pelo art. 315, § 2º, do CPP, consubstanciando-se em atos absolutamente nulos. Este fora, portanto, o intuito legislativo claro, uma vez que houve a inclusão do inciso V no art. 564, que, em harmonia com o art. 93, IX, da CF, determina a nulidade das decisões carentes de fundamentação.

Conclusão

A Constituição de 1988 impõe o dever de fundamentação de forma a legitimar o uso da força pelo aparelho estatal. Tal mandamento, insculpido em norma expressa do Texto Maior, tem sido flexibilizado aos poucos pela jurisprudência, no sentido de permitir escassa ou nenhuma fundamentação para determinados atos do Poder Judiciário em detrimento dos direitos individuais constitucionalmente assegurados aos cidadãos.

A inovação legislativa trazida pela Lei 13.964/2019, no que tange à fundamentação, é muito bem-vinda, pois reforça significativamente a aplicabilidade do dever de fundamentação no cotidiano forense, produzindo, conseqüentemente, efeitos em todas as fases do procedimento, inclusive em atos decisórios prolatados na etapa investigativa.

As hipóteses elencadas também visam efetivar as dimensões formais e substanciais do princípio do contraditório, obrigando os juízes a enfrentarem os argumentos trazidos pelas partes. A atividade dialógica a ser desenvolvida pelo julgador produzirá, sem dúvida, decisões mais coerentes e substanciais, privilegiando o devido processo legal.

Por fim, a norma não será meramente um indicativo de conduta, pois, com a penalidade de declaração do ato nulo pela ausência de fundamentação – trazida pela inclusão feita no art. 564 do CPP – as instâncias superiores poderão zelar por sua correta aplicação.

Notas

- 1 LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. P.107.
- 2 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 41-43.
- 3 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2019, p. 383 e 384.
- 4 Na jurisprudência, STF: MS 25787, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2006; Rcl 37493 AgR-ED, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 03/03/2020; ARE 971889 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 29/03/2019; Inq 4112, Relator(a): Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 22/08/2017; Inq 3997, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 21/06/2016.
- 5 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 36 e 37.
- 6 Registre-se, por pertinente, que o Superior Tribunal de Justiça, por força do art. 3º do Código de Processo Penal, vem permitindo a aplicação do art. 489, § 1º, do CPC, em seio penal. Exemplificativamente: HC 402.190/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta

Turma, julgado em 26/09/2017; STJ, AgInt no Recurso em Habeas Corpus 70.939/MG, Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/06/2016.

7 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 816.

8 SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; BORGES, Mauro; POMPÍLIO DA HORA, Nilo Cesar Martins. A (in)exigibilidade de fundamentação da decisão que ratifica o recebimento da denúncia: uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, V. 40. Belo Horizonte: Direitos Fundamentais & Justiça, 2019, p. 85-144.

9 Súmula 718/STF: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”. Súmula 440/STJ: “É vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade do delito.”

10 STF: HC 118533, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016; STJ: Pet 11.796/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016.

Recebido em: 15.03.2020 - Aprovado em: 21.05.2020 - Versão final: 27.03.2021