

Opinião: Lei anticrime e o novo mecanismo para impetração de HC

08/06/2021

Com o advento da Lei 13.964/2019 ("lei anticrime"), houve a inclusão, no Código de Processo Penal, de dispositivo que visa a assegurar *limites sobre qualquer decisão judicial* (artigo 315, § 2º, do CPP), seja ela interlocutória, seja de mérito, como sentença ou acórdão, referentes à fundamentação e à motivação das prisões preventivas.



De acordo com a doutrina, fundamentar é expor as

razões de convencimento, elencando, por consequência, todos os fatores que influenciaram a tomada de posição, de maneira a garantir a exclusão do caráter voluntarista e subjetivo da atividade jurisdicional [1]. Quem isso garante é a Constituição Federal, ao dispor que todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade (artigo 93, IX).

Desse modo, o julgador, ao decretar a prisão preventiva, deverá fazê-lo de modo motivado e fundamentado. Não sendo essa a conduta, descumprir-se-ão os dispositivos supramencionados, restando, por lógica, inúmeras violações aos mandamentos constitucionais e legais, acarretando, com isso, a nulidade da decisão.

A prisão preventiva, sabe-se, pressupõe *trajeto democrático de motivação*, devendo a liberdade ser considerada como premissa maior nas decisões judiciais em face da presunção de inocência. Entretanto, sendo necessária, ao caso concreto, a prisão preventiva (exceção à regra), o esforço judicial deverá amparar-se na análise do cabimento dos requisitos da custódia cautelar, no tocante ao *fumus commissi delicti*, comungando paralelamente com o artigo 282 do CPP (necessidade, adequação e proporcionalidade), bem como avaliando o *periculum libertatis* ao cenário real do caso, com especial supedâneo na contemporaneidade dos fatos que justifiquem a aplicação da medida adotada [2].

Assim, a novel determinação legal, trazida pela lei anticrime, visa dar mais relevância à *qualidade da fundamentação* necessária para decretar a prisão preventiva. Nesse ponto, o dispositivo busca estabelecer um *standard* elevado sobre qualquer decisão judicial, enaltecendo

um conjunto de exigências entre os incisos I ao VI do artigo 315, § 2º, do CPP [3], enfrentando, em sua redação, as intercorrências que deverão conduzir a ausência de fundamentação.

À vista disso, não será considerada fundamentada, sendo passível de anulação a decisão que tão somente 1) indica, reproduz ou parafraseia texto de lei, sem, contudo, estabelecer uma relação lógica-causal ao caso concreto; 2) emprega conceitos jurídicos indeterminados (*o que seria a famigerada ordem pública?*); 3) invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão — ou seja, a conhecida decisão "*forma para todo pé*" (STJ/ RHC 125.461); e, também, 4) não enfrenta todos os argumentos levados pelas partes. Além dessas hipóteses, serão nulas as decisões que 5) apenas invoquem precedentes ou súmulas a esmo ou 6) ignorem súmula, jurisprudência ou precedente invocados pelas partes sem, todavia, demonstrar a existência de distinção, se for o caso, ao julgamento concreto.

Nessa linha de raciocínio, devem os órgãos de revisão declarar a nulidade de decretos prisionais carentes de obediência ao comando legal, visto não ser incomum, na prática, a verificação de decisões genéricas, lacônicas e imprecisas, sustentadas em meras conjecturas, apoiadas na suposta gravidade abstrata do delito, o que, salvo melhor juízo, faz parte do preceito primário do crime.

Não bastasse isso, algumas dessas decisões sucumbem à amplitude das forças exteriores, tais como o clamor público, a comoção social, a garantia da credibilidade da Justiça e a traiçoeira pressão/uso da mídia.

Destaca-se, por necessário, que a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar diversa da prisão, observado o artigo 319 do CPP, o que deverá ser justificado *de forma fundamentada* nos elementos presentes do caso concreto e de forma individualizada (artigo 282, § 6º, do CPP). A propósito, cabe reforçar que *carece de fundamentação válida* a imposição de medidas cautelares diversas da prisão sem nenhum dado significativo de cautelaridade.

É imprescindível, por conseguinte, na decisão, a abordagem do cabimento ou não das medidas cautelares diversas da prisão, sob pena de esta ser nula (STJ/RHC 036.443), em razão da claríssima omissão de pressuposto alternativo à prisão.

Por tudo isso, o descumprimento dos dispositivos mencionados afronta diretamente os mandamentos constitucionais e legais. É dizer: a omissão ou o vício de motivação de qualquer decisão judicial é nulidade que recai sobre elemento essencial do ato processual penal, imaculado à condição de princípio constitucional. A deficiência de fundamentação é, portanto, categoria de defeito cuja cominação de nulidade encontra-se expressa constitucionalmente, o que *provoca*, consequentemente, *a nulidade da decisão judicial* (artigo 564, V, do CPP) [4].

Com isso, temos que o meio legal e eficaz de se combater a inidônea fundamentação da decisão segregatória seria o Habeas Corpus ou os correlatos recursos ordinários. Diversos são os precedentes de admissão do remédio heroico, feitos, inclusive, depois da restrição ao âmbito de admissibilidade, operada a partir de agosto de 2012, para controlar decisões carentes de fundamentação. No TJ-GO, podemos citar o HC 5.145.761-19 e, no STJ, o RHC 123.424/MT.

Nesse cenário, *nasce uma porta sólida para a moderna impetração de Habeas Corpus*, com o propósito de anular a decisão inidônea, pois a ausência de fundamentação conduzirá à nulidade absoluta do decreto de prisão preventiva, porquanto se trata de violação de formalidade estabelecida pela sagrada Constituição (artigos 5º, LXI, e 93, IX) para garantia do direito de liberdade; por certo, a ordem desfundamentada constitui prisão ilegal [5].

Por derradeiro, não se pode olvidar que tal ordem seria apenas e simplesmente ilegal, já que, caso constatada a presença de violações intencionais aos dispositivos legais, é possível, viável e justa a configuração de crime de abuso de autoridade (Lei de Abuso de Autoridade, artigo 9º) [6].

Referências bibliográficas

- [1] LENART, André. O STF e a fundamentação do decreto de prisão preventiva. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, n° 22, p. 61-80, 2008.
- [2] ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2020. p. 451-452.
- [3] LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 700.
- [4] ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 535.
- [5] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 359.
- [6] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 552.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-jun-08/opiniao-lei-anticrime-mecanismo-impetracao-hc/>