

O STF E A FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA

André Lenart

Juiz Federal Substituto da 1ª Vara Federal de São Gonçalo

RESUMO

Oferece-se um ensaio de sistematização crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre aspectos formais concernentes à fundamentação da decisão de prisão preventiva, com múltiplas observações e desenvolvimentos laterais. A finalidade é prover o leitor de instrumental prático a fim de evitar equívocos corriqueiros na feita das decisões e tornar a prestação jurisdicional mais efetiva e menos vulnerável à glosa, nas instâncias revisoras. Em vista do feito empírico, seu “auditório” é formado essencialmente de Magistrados, que pretendam dar seus primeiros passos ou atualizar-se no tema.

PALAVRAS-CHAVE

Processo penal. Prisão preventiva. Fundamentação. Jurisprudência. STF.

SUMÁRIO

1 Introdução 2 A Fundamentação em si mesma 2.1 Inserção topográfica 2.2 Conceito, finalidades e natureza jurídica 2.3 Conseqüência da decisão não fundamentada 2.4 Conteúdo 2.5 Fundamentação *per relationem* 2.6 Vícios 3 Sanação dos Vícios 3.1 Por meio de nova decisão 3.2 Por meio de informações ou acréscimos das instâncias revisoras 3.3 Superveniência da condenação 4 Nova decretação após a cassação 5 Conclusão 6 Bibliografia

1 Introdução

Dizem as más línguas que se Champollion conhecesse os desvãos da jurisprudência brasileira não teria perdido tempo com os hieróglifos. O colorido irônico trai pelo menos duas verdades implacáveis: se hoje só por dogma de fé seria possível reconhecer à jurisprudência grau satisfatório de coerência e harmonia, a apologética dos precedentes assume uma inédita dimensão de peso, graças à crescente necessidade de previsibilidade e estabilização das relações humanas e à incapacidade do legislador de antecipar cenários. No mundo voraz da “aldeia global”, de relações cada vez mais complexas e perecíveis, a carência de referências estáveis e de segurança jurídica se torna entrave incômodo à prosperidade de seus membros e ao pleno desenvolvimento social.

E no processo penal, cuja tônica é a liberdade humana, o apelo à segurança jurídica atinge níveis verdadeiramente críticos. É inimaginável que um homem venha a ser preso por um juiz e solto, pouco depois, por outro. Esse *fator lotérico* é sintoma de que alguma engrenagem saiu do lugar ou se esclerosou.

Ao menos parte da responsabilidade pela formação desses espaços de incerteza tem sua fonte no desprezo que os estudiosos votam à produção judiciária. Ao contrário dos juristas europeus, cujos olhos fitam com interesse o cotidiano dos Tribunais, entre nós poucos se aventuram à crítica dos precedentes e à sua sistematização. O horror à realidade do caso concreto, encarado como atividade menor, e a irresistível atração pela asséptica torre de marfim nos condenam à instabilidade e à dependência de doutrinas incompatíveis com nossas necessidades - algumas banidas, outras nunca aceitas na *praxis* de seus países de origem. Mesmo que longe do ideal, a jurisprudência é o banco de prova de todas as teorias e único caminho para a justa e efetiva realização do direito.

2 A fundamentação em si mesma

2.1 Inserção topográfica

Problematizar a *fundamentação da ordem de prisão preventiva*¹ reclama, como ponto de partida (*Ausgangspunkt*), a desintegração da estrutura normativa da PPrev em suas três dimensões analíticas: *pressupostos materiais*, *fundamentos* e *pressupostos formais*. Os *pressupostos materiais* (*materielle Voraussetzungen*) dizem respeito, primeiramente, à forte suspeita do fato (*dringender Tatverdacht*)², isto é, à elevada probabilidade de autoria ou participação no cometimento de um crime (KINDHÄUSER, 2006, p. 114). Depois, à possibilidade de condenação³. Os *fundamentos materiais positivos* (*Haftgründe*) remetem à necessidade da custódia preventiva, em função do perigo que a liberdade do agente oferece (*periculum libertatis*). O *fundamento material negativo* ou *excludente* (*Haftausschließungsgrund*) representa projeção do *princípio*

¹ Por brevidade, mencionarei “PPrev” (prisão preventiva), “oPPrev” e “dPPrev” (ordem, decisão, decreto de PPrev). Irei referir “órgão” para abarcar com mais propriedade o cardápio de órgãos jurisdicionais competentes para a decretação da medida. Designarei por “provimento final” o acórdão ou sentença condenatória. E “agente”, a pessoa sujeita à construção, evitando o termo “acusado”, desconhecido da fase inquisitorial. Não havendo especificação, o acórdão citado é do STF.

² A fórmula retrata, de *maneira concisa e técnica*, aquilo que o CPP 312, de *maneira truncada*, tentou exprimir ao aludir à prova do crime e indício de autoria. *Indício*, não como *meio de prova indiciário*, mas como *começo de prova*, em conflito semântico com o CPP 239.

³ Apesar do ceticismo de Kindhäuser (op. cit., p. 114), esse requisito não deve ser desprezado. Basta pensar no caso de um homem contra o qual pese a forte suspeita de homicídio e que esteja interferindo ou tumultuando a colheita probatória - v.g., ameaçando testemunhas ou escondendo fontes de prova. Se a pretensão punitiva estiver *prescrita* ou em *via iminente de prescrever*, torna-se injustificável a decretação da custódia.

*constitucional da proporcionalidade (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)*⁴ e opera restringindo o raio de incidência da PPrev àquelas situações mais drásticas, quer por texto legislado⁵, quer como fruto de interpretação sistemática^{6/7}. E os *pressupostos formais* se prendem, de um lado, à competência do órgão prolator para supervisionar a condução das investigações e processar e julgar o agente, e, de outro, às múltiplas formalidades, cuja falta de observância pode conduzir à invalidação do decreto judicial.

É nessa última categoria, que se enquadra a exigência de *fundamentação jurídica e factual idônea*, objeto deste apanhado e sobre cujas natureza e estrutura iremos discorrer.

2.2 Conceito, Finalidades e Natureza Jurídica

Fundamentar consiste em expor as *razões de convencimento*, explicitando os fatores que influíram no processo associado à *tomada de posição* pelo órgão judiciário. A reconstrução do raciocínio do prolator facilita às partes, às instâncias superiores (*garantia processual*) e à sociedade em geral (*garantia política*) o *controle da administração da Justiça* (CANOTILHO, 2004, p. 667), ao tornar possível o exame: α) da imparcialidade e da isenção do prolator; β) do atendimento dos requisitos constitucionais e legais; x) da veracidade das premissas factuais e jurídicas; δ) do acerto da conclusão. Possibilita ainda verificar se as alegações de ambos os lados foram devidamente examinadas (FERNANDES, 2000, p. 119). E legitima o exercício do poder, a um só tempo excluindo o caráter voluntarista e subjetivo da atividade jurisdicional e abrindo “o conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes” (CANOTILHO, op. cit., p. 667). Em suma, torna-o transparente à sociedade, de cuja vontade o órgão não é senão porta-voz.

A fundamentação constitui *pressuposto formal positivo da validade* de todo e qualquer ato jurisdicional provido de carga decisória⁸ e emanado de

⁴ Acertadamente, Pfeiffer (2005, p. 269): “O princípio da proporcionalidade não é um pressuposto prisional, e sim um fundamento excludente da prisão”.

⁵ Os requisitos negativos do CPP 313 não constituem senão a projeção legislada do *princípio da proporcionalidade*.

⁶ Cf., em largas pinceladas, 2.4 infra. *En passant*, HC nº 90.443/BA, T1, 10/4/2007, DJ 4/5/2007.

⁷ O STF vem emprestando à isonomia o *status* de segundo *fundamento material excludente* (HC nº 89.970/RO, T1, 5/6/2007, DJ 22/6/2007; HC nº 90.464/RS, T1, 10/4/2007, DJ 4/5/2007; HC nº 86.758/PR, T1, 2/5/2006, DJ 1º/9/2006). Levado às últimas conseqüências, o raciocínio se esboroa: se fosse decretada a PPrev de apenas um dos réus, o MP poderia reclamar a extensão da ordem aos demais, em situação assemelhada, recorrendo à *isonomia*.

⁸ É irrelevante o nome que se lhe dê: sentença, decisão ou decisão monocrática, acórdão, ou mesmo despacho. Determinante será a aptidão para projetar efeitos na esfera jurídica de terceiros (*carga decisória*). O STF só estende o imperativo de fundamentação à decisão de recebimento da inicial, quando a lei o ordena: julgamento de competência originária dos Tribunais, procedimentos especiais por crime funcional ou entorpecentes. Nos demais casos, só o não-recebimento ou rejeição teria de ser motivado (HC nº 86.248/MT, T1, 8/11/2005, DJ 2/12/2005; HC nº 72.286, T2, DJ 16/2/1996; HC nº 70.763, T1, DJ 23/9/1994). Com razão, encontram-se severas críticas na literatura (FERNANDES, 2000, p. 121).

Magistrado togado⁹. Em nosso direito, a exigência de motivação está prevista na Constituição (CR 93 IX ¹⁰), o que levou o STF a considerá-la - olhos postos na lição de Canotilho (op. cit., p. 667) - mais que “pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário”¹¹, um verdadeiro princípio constitucional¹². Com relação à PPrev, a Corte entende que a fundamentação idônea constitui “requisito de validade do decreto de prisão preventiva”¹³. No plano infraconstitucional, tanto o CPP 315 ¹⁴, quanto o CPPM 256 ¹⁵ reprisam a exigência.

O dPPrev se inscreve, ao lado da provisão de admissibilidade da demanda e do provimento final, no núcleo duro do processo penal. E não só. Com a adoção de institutos “liberalizantes” e funcionais, tais como a transação penal e o sursis processual, e a prodigalização das penas restritivas de direitos, a dPPrev, em situações cada vez mais numerosas, acaba por sobrepujar o recebimento da denúncia ou queixa e a própria condenação, em relevância e significação social. Quando se tem em vista crimes de médio porte, não é possível afastar a PPrev apelando para a desproporcionalidade, como veremos à frente. Também é fácil perceber que a um banqueiro ou político assusta muito mais passar uma semana encarcerado preventivamente do que responder a um processo, cujo desfecho será protelado décadas no vaivém de quatro instâncias, graças à formidável coleção de recursos à disposição da defesa.

2.3 Consequência da decisão não fundamentada

A oPPrev *não fundamentada*, à semelhança de qualquer outra decisão judicial despida de razões - com as exceções lembradas -, é *ato processual irregular*, cuja sanção será a irremediável *nulidade*. Embora para efeitos práticos o STF equipare a *fundamentação inadequada* à *ausência de fundamentação*¹⁶, as figuras diferem entre

⁹ Ficam de fora os votos proferidos por jurados, no procedimento do júri, devido à garantia constitucional de sigilo (CR 5º XXXVIII “b”) (FERNANDES, 2000, p. 121).

¹⁰ “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]” A referência ao Poder Judiciário exclui o voto dos senadores nos processos por crime de responsabilidade (CR 52).

¹¹ HC nº 80.892/RJ, T2, 16/10/2001, DJE 147 22/11/2007.

¹² “[...] Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente” (ADIn nº 3.112/DF, pleno, 2/5/2007, DJE 131 25/10/2007). Trata-se de equívoco: princípio reitor é o justo processo legal (*due process of law*), do qual a exigência de fundamentação (norma-regra) deriva. A melhor prova é que esse concretiza aquele, exercendo papel típico de regra.

¹³ HC nº 81.148/MS, T1, 11/9/2001, DJ 19/10/2001.

¹⁴ “O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado.”

¹⁵ “O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado; e, da mesma forma, o seu pedido ou requisição, que deverá preencher as condições previstas nas letras a e b, do art. 254.”

¹⁶ Cf. HC nº 91.025/SP, T1, 3/8/2007, DJE 121 10/10/2007; HC nº 90.370/SP, T2, 16/10/2007, DJE 152 29/11/2007; HC nº 91.729/SP, T1, 25/9/2007, DJE 121 10/10/2007; HC nº 92.133/CE, T2, 25/9/2007, DJE 121 10/10/2007.

si substancialmente. Enquanto àquela faltam elementos que permitam a reconstrução do raciocínio do prolator, dessa última consta um arremedo ou até mesmo um raciocínio bem articulado, cuja incorreção é alvo de censura.

2.4 Conteúdo

Questão suscetível de indagações consiste em estabelecer o conteúdo mínimo necessário para que uma decisão se deixe reconhecer como idônea. Cansa-se o STF de afirmar que o decreto de PPrev “não precisa ser exaustivo, bastando que a decisão analise, ainda que de forma sucinta, os requisitos ensejadores da custódia preventiva”¹⁷. Em outras palavras, deve-se dispor de *substrato factual*, que permita recuperar o *silogismo judiciário*. Penoso é realçar o ponto exato em que o conteúdo da decisão se torna suficiente e imune à censura.

O conteúdo ótimo da dPPrev envolve o relato dos fatos que atendam à dinâmica do caso concreto. Não basta que o prolator invoque a seco algum elemento de respaldo e dê por concluída sua tarefa: deve oferecer *base empírica idônea*. Decisão divorciada de *substrato factual* é nula *pleno iure* e não sobreviverá às instâncias revisoras. O STF tem se referido à “menção genérica aos requisitos da prisão cautelar”, à falta de “situações concretas de ofensa ao ordenamento”, à “mera explicitação textual dos requisitos previstos no art. 312 do CPP” e à “caracterização genérica ou a mera citação do art. 312 do CPP”¹⁸, como imprestáveis para prover a PPrev de *base empírica*. Nem é preciso dizer, que a exposição deverá guardar pertinência com as características do caso¹⁹.

Paralelamente ou logo depois, deverá pinçar da *base empírica* elementos que indiquem a satisfação dos *pressupostos e fundamentos materiais*. A demonstração da *forte suspeita do cometimento do crime* não costuma ser tarefa espinhosa. Em casos menos obscuros, bastará rascunhar algumas linhas. Situações complexas, como aquelas envolvendo lavagem de dinheiro ou organizações criminosas, cobrarão descrições minuciosas e empenho redobrado com relação à clareza e à coerência do texto. É crucial pôr em relevo o caminho percorrido pelas investigações, seus resultados imediatos e os possíveis desdobramentos. A experiência mostra que, quanto mais cuidadosa e exaustiva a descrição dos fatos, menos provável será a revisão desse capítulo pelas instâncias superiores.

¹⁷ Cf. HC nº 90.726/MG, T1, 5/6/2007, DJ 17/8/2007; HC nº 90.710/GO, T1, 6/3/2007, DJ 23/3/2007; RHC nº 89.972/GO, T1, 22/5/2007, DJ 29/6/2007; HC nº 89.643/RS, T1, 14/11/2006, DJ 1º/12/2006; HC nº 86.605/SP, 14/2/2006, DJ 10/3/2006; HC nº 79.237, DJ 12/4/2002; HC nº 62.671, DJ 15/2/1985.

¹⁸ Respectivamente, HC nº 83.865/SP, T1, 30/10/2007, DJE 157 6/12/2007; HC nº 91.729/SP, T1, 25/9/2007, DJE 121 10/10/2007; HC nº 90.387-8/SP, T2, 11/9/2007, DJE 27/9/2007; HC nº 85.615/RJ, T2, 13/12/2005, DJ 3/3/2006.

¹⁹ RHC nº 62.326/SE, T2, 2/10/1984; DJ 15/3/1985.

O próprio STF, quer em função da sumariedade do procedimento de HC - *incompatível com o revolvimento do substrato factual*²⁰ -, quer devido às limitações intrínsecas do recurso extraordinário, raramente aceita rediscutir o juízo de forte suspeita. Só o faz quando se vê diante de gritante equívoco²¹ ou da decretação precipitada da PPrev²² - *antes de que tivessem sido coletados os elementos necessários para escorar a forte suspeita*. Com isso, a defesa experimentada prefere poupar forças e assestar suas baterias mais ferozmente contra a *necessidade* da constrição.

Ainda com relação à *forte suspeita*, se a PPrev for decretada no ato de recebimento da inicial, as razões servirão para escorar ambos os capítulos decisórios e, se antecedê-la, o órgão poderá admitir a demanda, remetendo à oPPrev. Mas o inverso não será possível: embora ambas as decisões se apoiem em cognição verticalmente sumária, a admissibilidade da inicial se contenta com uma *razoável suspeita*²³, ao passo que a decretação da PPrev reivindica uma *forte suspeita*, refletindo um grau mais elevado de probabilidade de culpa²⁴. O STF parece não dar atenção à sutileza, discernindo apenas o *juízo de probabilidade* do *juízo de certeza*, reservado ao provimento final^{25/26}. No caso de PPrev ordenada no bojo de sentença ou acórdão condenatórios, a cognição será *plena e exauriente*, não *sumária*. O pressuposto material da forte suspeita será então afirmado com base em *juízo de certeza jurídica* - grau muito além do necessário para respaldá-lo²⁷ - diminuindo enormemente a possibilidade de revisão em instância superior²⁸.

²⁰ “O caráter sumaríssimo do processo de ‘habeas corpus’ não permite que nele se instaure análise aprofundada e valorativa dos elementos probatórios produzidos ao longo do processo penal de conhecimento. Precedentes” (HC nº 79.857-8/PR, T2, 18/4/2000; DJ 4/5/2001).

²¹ É o caso retratado no HC nº 91.025/SP, T1, 3/8/2007, DJE 121 10/10/2007.

²² No HC nº 89.970/RO, T1, 5/6/2007, DJ 22/6/2007, entendeu-se que o dPPrev se apoiava “em fatos ligados intrinsecamente ao mérito das investigações, a ser apurado em processo criminal sob rito ordinário”. À parte a linguagem pouco elucidativa, percebe-se que a constrição não estaria suficientemente embasada de elementos concretos.

²³ Inq. nº 1.326/RO, pleno, 3/11/2005, DJ 3/2/2006.

²⁴ Lançando um olhar furtivo à realidade, vemos que essa conclusão é consistente com a própria natureza das coisas (*Natur der Sache*). Pelo prisma que for, mandar prender é uma intervenção muito mais contundente na vida de alguém do que receber uma denúncia ou queixa.

²⁵ “[...] a circunstância de o juízo, para efeito de prisão cautelar, fazer avaliação provisória sobre a probabilidade da existência do delito faz parte exatamente da natureza cautelar da decisão. Todo juízo cautelar implica uma avaliação da razoabilidade, ou não, da pretensão [...] envolve uma avaliação prévia e provisória a respeito da aparência de situação jurídica que justifique a medida de caráter cautelar. Evidentemente não se pode decretar nenhuma prisão cautelar, se esse juízo de probabilidade não for emitido. De modo que o fato, em si, de a decisão ter aludido a elementos que indicariam a provável existência de uma quadrilha como empresa criminoso, etc, não significa nenhum juízo definitivo sobre culpabilidade, mas, apenas, o juízo sumário e superficial próprio das decisões de ordem cautelar” (voto do relator - HC nº 91.228/SP, T2, 7/8/2007, DJ 14/9/2007). “A decretação de prisão preventiva demanda a observância de dois pressupostos, a saber: presença de indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime. Esses pressupostos não se confundem com o grau de certeza exigido no mérito da ação penal” (voto do relator - HC nº 87.965/SC, T2, 20/6/2006, DJ 20/10/2006).

²⁶ No HC nº 89.970/RO, a questão é tangenciada, mas não enfrentada como aqui se propõe.

²⁷ Nesse exato sentido, HC nº 91.884-1/MA, T2, 4/9/2007, DJE 28/9/2007: “veja-se que os pressupostos foram avaliados depois de o magistrado efetuar um juízo de certeza, exigido quanto ao mérito da ação penal”.

²⁸ HC nº 80.893-0/RJ, T2, 5/6/2001, DJ 24/8/2001.

Raramente o prolator se detém no exame do *fundamento material excluyente da desproporcionalidade*. Não só porque todos ou quase todos os crimes de menor potencial ofensivo estão sujeitos às restrições do CPP 313, à órbita dos Juizados Especiais ou à suspensão condicional do processo, mas também porque a análise dos demais aspectos da PPrev já deixa entrever a proporcionalidade da medida. O fundamento será digno de nota, se o órgão tiver diante de si algum delito de gravidade mediana, cuja pena concreta esperada *em tese* dê margem à substituição da pena privativa por restritiva de direitos. Não faria sentido que o agente respondesse preso à instrução para, uma vez condenado, ser posto em liberdade²⁹.

Avançando rumo ao centro de gravidade da PPrev encontramos os *fundamentos materiais*, os quais refletem a *necessidade da clausura*: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica³⁰, conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal. Pomo da discórdia e palco dos mais freqüentes e apaixonados debates entre juristas, constituem na ótica do STF o tópico mais vulnerável da fundamentação³¹. O ponto de partida da discussão consiste num truísmo: a satisfação dos *pressupostos materiais* não basta por si só para fundar a PPrev³², de tal modo que a decisão deverá enfrentar explicitamente, em capítulo específico, o *periculum libertatis*, forrando-se de elementos concretos³³.

Contrariamente à ordenação processual alemã (ROXIN, 1995, p. 223), o STF não se opõe à invocação de múltiplos fundamentos para respaldar um mesmo dPPrev. Havendo risco de fuga e de reiteração, podem invocar-se a garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal³⁴. Se, nesse contexto, testemunhas forem ameaçadas, será igualmente possível recorrer à conveniência da instrução criminal³⁵. Qualquer combinação

²⁹ Em se tratando de furto, receptação, estelionato, posse de moeda falsa, apropriação indébita previdenciária, etc., cada vez mais se sustenta que, em face da primariedade e dos bons antecedentes, a pena aplicada provavelmente ficaria abaixo de 4 anos, tornando desproporcional a constringão. O argumento é especioso: havendo pelo menos uma circunstância judicial desfavorável, a pena-base poderá ser elevada acima do mínimo. De mais a mais, nada impede que a substituição seja rejeitada, não obstante a quantidade de pena imposta (CP 44 II III).

³⁰ A referência é supérflua: a *ordem econômica* já integra o conceito de *ordem pública*.

³¹ Das centenas de acórdãos consultados, encontramos em dois ou três ataques aos pressupostos materiais. Nos restantes, é sempre o *periculum libertatis* o destinatário da glosa do STF. É bem verdade que até chegar à Corte os dPPrev passam por rigoroso filtro, de tal modo que aqueles com falhas mais grotescas acabam sucumbindo no caminho.

³² Cf.: HC nº 90.464/RS, T1, 10/4/2007, DJ 4/5/2007; HC nº 87.965/SC, T2, 20/6/2006, DJ 20/10/2006; HC nº 85.868/RJ, T2, 11/4/2006, DJ 15/12/2006; HC nº 81.780/RJ, T2, 11/6/2002, DJ 29/8/2003; HC nº 81.534/PE, T2, 30/4/2002, DJ 22/11/2002; HC nº 80.892/RJ, T2, 16/10/2001, DJE 147 22/11/2007.

³³ HC nº 90.515/MG, T1, 8/5/2007, DJ 10/8/2007; HC nº 90.386/SP, T1, 6/3/2007, DJ 23/3/2007; HC nº 88.905/GO, T2, 12/9/2006, DJ 13/10/2006.

³⁴ HC nº 89.525/GO, T2, 14/11/2006, DJ 9/3/2007.

³⁵ RHC nº 88.330/PE, T2, 15/8/2006, DJ 15/9/2006.

dos quatro fundamentos materiais entre si é aceitável. Aliás, na *praxis* raramente se encontra decreto escorado num único fundamento³⁶. Num sistema jurisdicional de quatro instâncias, a vantagem é inegável: já que o prolator não é obrigado a escolher uma dentre várias possibilidades, a decisão ficará a salvo de ser fulminada devido à escolha mal-feita. A dPPrev só será invalidada se *todos os fundamentos* forem repudiados³⁷.

Dois fatos autônomos podem dar margem à invocação de *um único fundamento*, como no caso de agente que comete um crime, cujo *modus operandi* reflete periculosidade, e nele reitera (*fundamento da garantia da ordem pública*). De outro lado, *um mesmo fato* pode lastrear mais de um fundamento. O “assédio à vítima”, por exemplo, não apenas sinaliza o risco de reiteração³⁸ -, mas também atenta contra a boa condução do processo em virtude do potencial intimidatório³⁹. E a fuga - ou risco de fuga -, em se tratando de crime inafiançável sujeito à competência do júri, atrai e respalda, simultaneamente, os fundamentos da *conveniência da instrução criminal* e da *garantia de aplicação da lei penal*⁴⁰.

2.5 Fundamentação *per relationem*

Diz-se *per relationem* ou *aliunde* a técnica de fundamentação por meio de remissão ou referência às alegações da uma das partes, a precedente ou a decisão anterior, nos autos no mesmo processo⁴¹. Será *total*, se limitar-se à remissão ou à referência, sem agregar-lhes algo de substancial. Será *parcial*, se visar ao reforço de fundamentação suficiente *per se*. Graças à homenagem que rende ao *princípio da praticabilidade*, a motivação por tabela lançou à lona as críticas da doutrina e se popularizou no dia-a-dia judiciário, com o aval do STF⁴². Assim, nada se opõe a que a dPPrev remeta ao

³⁶ Cf. HC nº 88.971/PE, T1, 25/9/2007, DJ 14/12/2007; HC nº 90.726/MG, T1, 5/6/2007, DJ 17/8/2007; HC nº 88.476/DF, T2, 17/10/2006, DJ 6/11/2006; HC nº 88.497/PI, T2, 15/8/2006, DJ 22/9/2006; HC nº 86.142/PA, T1, 8/8/2006, DJ 7/12/2006; HC nº 86.853/PR, T2, 6/6/2006, DJ 25/8/2006; HC nº 85.641/SP, T1, 17/5/2005, DJ 3/6/2005; HC nº 82.903/SP, T1, 24/6/2003, DJ 1º/8/2003.

³⁷ Restando um de pé, mantém-se a custódia: HC nº 90.858/SP, T1, 15/5/2007, DJ 22/6/2007; HC nº 88.408/SP, T1, 8/8/2006, DJ 22/9/2006; HC nº 86.286/CE, T2, 27/9/2005, DJ 25/11/2005; HC nº 84.680/PA, T1, 14/12/2004, DJ 15/4/2005; HC nº 90.162/RJ, T1, 10/4/2007, DJ 29/6/2007.

³⁸ HC nº 84.761/SC, T1, 22/2/2005, DJ 8/4/2005.

³⁹ Especialmente em se tratando de crimes sexuais ou sem testemunhas, para cuja instrução - por vezes - é imprescindível a oitiva da vítima.

⁴⁰ É possível afirmar que o STF reconhece a *intercambialidade* dos fundamentos. Aludindo à aplicação da lei penal: HC nº 92.615/SP, T1, 13/11/2007, DJ 14/12/2007; HC nº 88.802/PE, T1, 14/11/2006, DJ 15/12/2006; HC nº 87.420/RJ, T2, 30/5/2006, DJ 20/10/2006. À conveniência da instrução: HC nº 86.751/CE, T2, 6/12/2005, DJ 10/2/2006. A ambos: HC nº 89.750/MT, T1, 20/3/2007, DJ 13/4/2007. Sem menção exata: HC nº 87.397/SP, T1, 12/6/2007, DJ 19/10/2007.

⁴¹ Há na doutrina quem negue a sinonímia, o que parece um excesso de preciosismo.

⁴² Os Ministros costumam utilizá-la corriqueiramente: “Acolho integralmente o parecer para prover o recurso e deferir o habeas corpus, a fim de ordenar a soltura do paciente, se por al não estiver preso: é o meu voto” (RHC nº 84.293/SP, T1, 29/6/2004, DJ 13/8/2004).

parecer ministerial ou à representação da Autoridade Policial, adotando-lhes as razões⁴³, sem desenvolvimento argumentativo próprio. A técnica é igualmente admissível para outras espécies de decisão e, até mesmo, para a elaboração do provimento de mérito⁴⁴. *A fortiori*, são usuais os indeferimentos de revogação ou a ratificação da oPPrev, com remissão a decisão anterior. Não é fora de lugar referir, que *os vícios e inconsistências das peças às quais se fez remissão se transportam e contaminam o decreto de prisão*⁴⁵, cobrando ao Magistrado redobrada cautela.

2.6 Vícios

Tanto menos vulnerável será o dPPrev, quanto mais convincente e robusta venha a ser a associação da *base empírica idônea* à satisfação dos *pressupostos materiais* e à invocação de *fundamento material apropriado à luz da jurisprudência*. Fora daí, abre-se um arco de vícios de conteúdo, cuja sanção conduzirá invariavelmente à proclamação de nulidade. É possível reduzir os mais comuns às seguintes hipóteses:

(α) Não há exposição suficiente dos fatos (*base empírica inidônea*), pouco importando se o fundamento adequado foi ou não invocado. Como abordado em 2.4, a impossibilidade de reconstrução do raciocínio gera a presunção absoluta e irrefutável de inexistência de motivos para a imposição da medida.

(β) Os fatos são expostos *incorretamente*, podendo ou não o fundamento invocado ser em tese *apropriado*. Inocentes já foram confundidos com criminosos, quer pelo parentesco, quer pelo uso de identidade falsa ou subtraída. Também já foram registrados casos de inclusão de homônimos, que nenhuma relação tinham com a investigação. Recentemente, o STF cassou PPrev decretada com base em fuga e maus antecedentes, uns e outra desmentidos pelo exame dos autos⁴⁶.

(x) Os fatos são expostos corretamente, mas não satisfazem os *pressupostos materiais*. Situação pouco usual, mas que não pode ser ignorada, como vimos antes. Não basta a *razoável suspeita*, é preciso a *forte suspeita* do cometimento de um crime. E a possibilidade - *ainda que mínima* - de condenação.

⁴³ “Não é carente de fundamentação a decisão que adota o parecer do Ministério Público Estadual como razão de decidir. Precedentes das duas Turmas deste Supremo Tribunal Federal” (RHC nº 89.891/PR, T1, 14/11/2006, DJ 1º/12/2006). No mesmo sentido: HC nº 84.438/SP, T2, 7/12/2004, DJ 18/2/2005; HC nº 81.780/RJ, T2, 11/6/2002, DJ 29/8/2003; HC nº 81.534/PE, T2, 30/4/2002, DJ 22/11/2002; RHC nº 81.522-7/SP, rel. T1, 18/12/2001; DJU 15/3/2002.

⁴⁴ Expressamente, HC nº 77.583/PR, T1, 25/8/1998, DJ 18/9/1998 e HC nº 73.545/SP, T1, 11/6/1996.

⁴⁵ HC nº 86.529/PE, T1, 18/10/2005, DJ 2/12/2005; HC nº 89.503/RS, T2, 3/4/2007, DJ 8/6/2007.

⁴⁶ HC nº 91.181/SP, T1, 19/6/2007, DJ 3/8/2007.

(δ) Os fatos são expostos *corretamente*, mas o fundamento ou os elementos de respaldo invocados são *impróprios*. Este vício responde pela quase totalidade dos *habeas corpus* julgados pelo STF, não havendo exagero em chamá-lo de calcanhar-de-Aquiles do Judiciário.

Dois fenômenos processuais, que não refletem vícios endógenos, mas cujo impacto sobre a ordem de constrição os aproxima desses, são o *fato superveniente* e a *incompetência do órgão prolator*. O encerramento da instrução criminal, como veremos, retira substância à garantia da instrução criminal como fundamento, assim como o aparecimento de testemunhas inconcussas do álibi do agente abala o pressuposto material da PPrev. A fundamentação deverá necessariamente ser adaptada a esses ou a outros fatos. Do contrário, o decreto será derrubado nas instâncias revisoras, ainda que *per saltum*, com HC de ofício.

Já no tocante à incompetência do prolator, há uma aparente *virada* da jurisprudência. Até 2003, o STF vinha entendendo que, no processo penal, *somente os atos não decisórios seriam ratificáveis*⁴⁷. A partir de precedente plenário⁴⁸, “evoluiu para admitir a possibilidade de ratificação pelo juízo competente inclusive quanto aos atos decisórios”⁴⁹, incluída aí a PPrev. A principal implicação prática é que *a declaração de incompetência não resultará em revogação ou relaxamento da ordem*, já que o órgão para o qual os autos serão remetidos poderá *ratificá-la*, sem solução de continuidade. Ao fazê-lo, poderá valer-se de novos fundamentos, repetir o conteúdo da decisão proferida pelo órgão declinante ou lançar mão do artifício de fundamentação *per relationem*.

3 Sanação dos vícios

3.1 Por meio de nova decisão

O meio mais simples, rápido e eficaz para sanar-se um dPPrev vulnerável consiste em proferir *nova decisão*⁵⁰, que nascerá corrigida e ajustada à regração própria,

⁴⁷ Exs.: HC nº 67.773/SP, T1, DJ 28/8/1992; HC nº 69.877/PB, T2, DJ 16/4/1993; HC nº 71.223/DF, T1, 3/5/1994; HC nº 71.278/PR, T2, 31/10/1994, DJ 27/9/1996; RHC nº 72.962/GO, T2, 12/9/1995, DJ 20/10/1995; HC nº 70.531/RJ, T1, 8/2/1994, DJ 17/6/1994. Posição similar à do STJ, que não costuma aceitar a ratificação da decisão de PPrev: v.g. HC nº 6.129/SP, T5, DJ 13/4/1998; HC nº 14.442/RO, T6, DJ de 5/3/2001; HC nº 50.822/AC, T5, DJ 28/8/2006.

⁴⁸ HC nº 83.006/SP, pleno, 18/6/2003, DJ 29/8/2003. Em foco estava a ratificação pela PGR de denúncia oferecida pelo MP Estadual. “Tanto a denúncia quanto o seu recebimento emanados de autoridades incompetentes *rationae materiae* são ratificáveis no juízo competente”.

⁴⁹ Com relação à PPrev, no sentido do texto: HC nº 88.262/SP, T2, 8/8/2006, DJ 15/9/2006.

⁵⁰ Não há necessidade de o órgão expedir novo mandado de prisão.

podendo incorporar novos argumentos e reportar-se a fatos de cuja existência não se estava a par ao tempo da primeira ordem. Esse expediente é algo tão singelo e banal, que causa estranheza que maior parte dos juízes não o utilize. A conseqüência desastrosa são os sucessivos e muitas vezes evitáveis alvarás de soltura, que tanto desassossego e inquietação levam à comunidade. Convém então esclarecer: nada na jurisprudência - *nem mesmo a pendência de julgamento de HC ou recurso* - impede a renovação da ordem, tantas vezes quantas forem necessárias, com a retificação, o acréscimo, a substituição ou o reforço dos elementos em que se apóia a prisão⁵¹. Sem ambição de sistematização exaustiva, é possível demarcar algumas constelações nas quais a renovação da dPPrev se mostra fortemente recomendável.

A primeira é, sem dúvida, a mais ampla e abarca todos os grupos de casos nos quais houver *alteração substancial do cenário factual*, durante a investigação ou instrução criminal. Assim, se após a dPPrev se descobre que o agente vinha acoassando a vítima, ameaçando ou tentando aliciar testemunhas, corrompendo policiais, ocultando, destruindo ou manipulando fontes de prova, ou que ele participou do cometimento de outros crimes, encontrava-se foragido ou tencionava fugir, o órgão poderá proferir nova decisão assimilando à fundamentação esses dados. Não raramente, passagens encobertas da vida do agente vêm à tona durante a instrução criminal e o acúmulo de processos não justifica que o Magistrado as deixe de fora, facilitando a vida da defesa na instância superior. O *encerramento da instrução criminal* deverá merecer cuidado similar. Segundo a orientação dominante do STF⁵², a conclusão dessa etapa leva à *desintegração do fundamento prisional da conveniência da instrução*⁵³. Concluída a *oitiva das testemunhas* ou, no mais tardar, encerrada a *fase das diligências complementares*⁵⁴, a motivação da PPrev deverá ser *recontextualizada*. Ganham força aí as informações colhidas no transcorrer da

⁵¹ “Em havendo diversidade de decisões que determinaram a prisão cautelar, há que se analisar os fundamentos da última, que revela o título atual da custódia” (HC nº 89.218/SP, T1, 11/9/2007, DJE 131 25/10/2007 - caso Suzane Louise von Richthofen). Nessa linha: HC nº 89.078/RJ, T2, 3/4/2007, DJ 8/6/2007. Daí a praxe do STF de requisitar ao órgão cópia de todas as decisões referentes à PPrev: entre outros, HC MC nº 93.254-1/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, DJE 163 14/12/2007.

⁵² HC nº 90.085/AM, T2, 18/9/2007, DJE 152 29/11/2007; HC nº MC 92.335-6/SP, T2, 11/9/2007, DJE 27/9/2007; HC nº 86.140/SP, T2, 3/4/2007, DJ 8/6/2007; HC nº 90.063/SP, T1, 27/3/2007, DJ 18/5/2007; HC nº 85.844/RJ, T2, 21/11/2006, DJ 2/2/2007; HC nº 89.196/BA, T1, 3/10/2006, DJ 16/2/2007; HC nº 88.448/RJ, T2, 29/8/2006, DJ 9/3/2007; HC nº 87.730/MT, T1, 25/4/2006, DJ 16/6/2006; HC nº 85.362/MA, T2, 31/5/2005, DJE 22/11/2007; HC nº 85.641/SP, T1, 17/5/2005, DJ 3/6/2005; HC nº 85.156/SP, T2, 29/3/2005, DJ 21/10/2005; HC nº 84.778/MS, T1, 7/12/2004, DJ 4/3/2005; HC nº 83.806/SP, T1, 9/3/2004, DJ 18/6/2004; HC nº 81.126-4/SP, T1, 25/9/2001, DJ 8/3/2002.

⁵³ Essa posição é visivelmente precipitada e parece correr um véu sobre a potencialidade dos casos concretos. Para ficar em dois exemplos, suponhamos que o processo venha a ser anulado, tornando necessária nova instrução. A soltura do acusado terá então sido prematura. Digamos que o réu, acusado de corrupção, esteja tentando aliciar peritos e policiais. Ora, tais fatos por si só caracterizam crime similar àquele que dá esteio à acusação, de modo que é possível afirmar aí, além da conveniência da instrução criminal, o fundamento da garantia da ordem pública, substanciado na reiteração delitiva. Esse último fundamento não desaparecerá com o encerramento da instrução. A sutileza *parece* ter sido contabilizada no HC nº 90.710/GO, T1, 6/3/2007, DJ 23/3/2007.

⁵⁴ CPP 499, Lei nº 8.038/90 10.

instrução, notadamente, com relação à garantia da ordem pública - *aposta mais segura para resguardar a idoneidade da custódia*. O procedimento do júri escapa em parte à disciplina, graças à natureza bifronte. O encerramento do sumário de culpa não irá subtrair à PPrev a *função cautelar instrumental*, pois testemunhas e peritos poderão ser reinquiridos na fase plenária⁵⁵. Além disso, a lei determina que o réu seja intimado pessoalmente da pronúncia, se o crime for inafiançável (CPP 414), o que atrai e respalda o fundamento da conveniência da instrução criminal, no caso de fuga ou risco de fuga⁵⁶.

A segunda constelação remete ao *provimento final*. Nesse estágio, convém que o órgão reaprecie os fundamentos da constrição, suprimindo os que se tornaram inócuos e ratificando, com adição de argumentos e fortalecimento da base empírica, aqueles cuja relevância e cuja pertinência tenham se mantido de pé. Isso não só revigorará a força da PPrev, como também sinalizará à instância revisora o zelo e a atenção do órgão aos processos sob sua guarda, o que alimenta a confiança na correção do trabalho e desarma artifícios retóricos cada vez mais empregados pela defesa técnica. Essas ponderações se estendem à mal-chamada “sentença de pronúncia”⁵⁷, cuja preclusão encerra o *sumário de culpa* e abre as portas para a *fase plenária*, no procedimento bifronte do júri⁵⁸.

Embora a possibilidade seja pouca explorada na vida forense, o STF reconhece a viabilidade da decretação da PPrev, no intervalo entre provimento de mérito e trânsito em julgado⁵⁹. Basta que surjam *factos novos*, tais como a fuga ou risco de fuga, tentativa de interferência na condução do processo, em grau recursal, ou reiteração delitativa. Pouco importa que a sentença ou o acórdão tenha assegurado ao condenado o direito de aguardar a conclusão do feito em liberdade⁶⁰, já que essa cláusula constitui

⁵⁵ Cf. HC nº 91.590/PE, 2/10/2007, DJ 19/10/2007; HC nº 88.971/PE, T1, 25/9/2007, DJ 14/12/2007.

⁵⁶ Não se desconhece que a evasão permitiria igualmente a invocação da *garantia de aplicação da lei penal* para escorar a PPrev. A peculiaridade dos casos do júri repousa na duplicidade de fundamentos à qual um mesmo elemento de respaldo dá origem. Ou seja, a fuga ou risco de fuga tanto serve à aplicação da lei penal, quanto à conveniência da instrução criminal. E é na perspectiva da última que é feita a observação.

⁵⁷ A doutrina repudia a *vox sentença*, constante do CPP 408 § 1º, rotulando o ato, com mais apuro técnico, de *decisão interlocutória mista não terminativa* ou simplesmente de *decisão*. Cf. Greco Filho (1997, p. 418). Discordamos do autor, quando propõe ligar o *juízo de mérito à sentença*. Nem sempre o provimento final dirá do mérito: é possível que acolha uma preliminar e deixe intacta a questão da culpa. Para discernir *decisão de sentença*, como tipos de *provisão jurisdicional*, talvez fosse preferível remeter à *espécie de cognição*. Mas isso é tema para outro trabalho.

⁵⁸ Sobre as fases do procedimento, cf. Greco Filho, 1997, p. 414, e HC nº 91.590/PE, DJ 19/10/2007.

⁵⁹ “Ausência de motivação idônea para a prisão preventiva. Revogação, ressalvada a possibilidade de nova decretação a qualquer momento antes do trânsito em julgado da sentença” (HC nº 85.716/RJ, T1, 30/8/2005, DJE 96 5/9/2007). Posição idêntica foi perfilhada pelo STJ, no HC nº 63.111/RJ, T5, DJ 28/8/2006 (Caso Artur Falk), cuja ordem foi concedida “sem prejuízo de eventual decretação de nova prisão cautelar por fatos supervenientes, desde que devidamente motivada”.

⁶⁰ Na realidade, só haverá *efeito suspensivo*, se o agente estiver preso e vier a ser solto, por ocasião do provimento. Se o agente tiver respondido em liberdade ao processo, na instância originária, tratar-se-á mais acertadamente de *efeito impeditivo*.

empecilho somente à *execução penal provisória*, não à *construção cautelar* ou no *intuito de resguardo da ordem pública*⁶¹. A competência para expedir a ordem será do órgão, sob cuja responsabilidade o processo estiver correndo: até que os autos sejam remetidos à instância recursal, caberá ao prolator a adoção da medida⁶². Verdadeiramente instigante será o caso de recurso da acusação, em cujos autos o relator julgue haver motivos para decretar a PPrev do acusado absolvido na instância inferior. A objeção óbvia seria a de que um provimento calçado em *cognição ampla e exauriente* não poderia ser sobrepujado por uma ordem fundada em *cognição verticalmente sumária*. Mas os Tribunais desmentem isso dia após dia, com a pródiga concessão de liminares em HC contra sentenças e, mesmo, veredictos do Tribunal do Júri. Restaria invocar algum princípio do tipo *favor rei*, o que daria um certo sabor metálico e artificial à discussão. O preço que se paga pela coerência é o rigor: nada impede que o relator, constatando liminarmente os pressupostos e fundamentos legais, imponha a segregação de agente exculpado na instância originária.

A quarta constelação se prende à PPrev adotada nos períodos de férias coletivas e recesso, nos feriados, no final de semana ou fora do horário de expediente. Não é incomum que o Magistrado de plantão seja avesso à matéria criminal, tenha com ela pouca afinidade ou esteja sozinho e desguarnecido de estrutura apropriada para responder às urgências que lhe chegam, dispondo de tempo reduzido para dedicar à análise de cada processo ou inquérito. Nada mais lógico, então, que o Juiz Natural reaprecie a fundo e cuidadosamente os fatos e profira a sua própria decisão, provendo-a de um grau mais elevado de robustez.

O decaimento e a substituição de uma decisão por outra dá lugar ao *deslocamento do título da custódia*. Esse fenômeno diz mais à instância revisora que ao prolator: se a alteração do conteúdo inovar substancialmente, é altamente provável que seja declarada a perda de objeto ou prejuízo do HC, já que a impetração não terá impugnado os novos argumentos. Se tiver por finalidade apenas robustecer elementos já aventados, o Tribunal provavelmente prosseguirá no julgamento, considerando os acréscimos - ainda que *per saltum*. Por cautela, caso existam HC ou recurso pendente, o órgão deverá dar ciência à instância revisora da existência de nova decisão e de seus argumentos⁶³.

⁶¹ Cf. a discussão travada, no HC nº 85.716. Nesse exato sentido: STJ, HC nº 63.111.

⁶² Assim, se ao determinar a intimação do provimento condenatório, o órgão descobre que o réu está foragido, poderá - *dependendo do caso* - decretar-lhe a custódia visando à aplicação da lei penal.

⁶³ Bastará um ofício, com cópia da nova decisão, frisando que a antiga foi revogada ou substituída. Adicionalmente, o *juiz cuidadoso* fará chamar à atenção a mudança da base empírica ou dos fundamentos nos quais se apóia a ordem.

3.2 Por meio de informações ou acréscimos das instâncias revisoras

Para o STF, lacunas e falhas da decisão não poderão ser supridas nem sanadas pelas informações prestadas *a posteriori* pelo órgão prolator⁶⁴. Muito menos por acréscimos creditados às sucessivas instâncias, a cuja apreciação - via HC ou recurso - a idoneidade do decreto for submetida⁶⁵. Ficam igualmente descartados fatos e circunstâncias de cuja notícia o órgão prolator não teve ciência, ao expedir a ordem. A decisão impugnada fica *congelada*, no instante em que proferida, na extensão de seu conteúdo. E, ainda que à instância superior parecesse necessária a prisão, não lhe caberia senão fulminá-la, pois, ao impugnar-se “a existência ou idoneidade dela, é apenas a questão processual de sua validade que a impetração submete aos tribunais, aos quais não se devolve a questão de mérito de ser ou não justa, no caso, por outros motivos, a cautelar questionada”⁶⁶.

O tom apodítico impressiona, mas certamente está longe de refletir a realidade. Por vezes, argumentos e alegações ignoradas pela dPPrev são levados em conta e chegam a adquirir peso decisivo na apreciação do caso. Exemplo bem eloqüente é o HC nº 86.286⁶⁷, cujo paciente era um Juiz de Direito acusado de matar, com tiro à queima-roupa, o vigia de um supermercado. Em meio à repercussão alcançada pela exibição, em rede nacional, das imagens do crime, decretou-lhe o TJCE a PPrev invocando: α) a garantia da ordem pública, substanciada na “brutalidade como se deu o crime” e na “repercussão social do delito”, e; B) a conveniência da instrução criminal, substanciada na “função do indiciado”, que poderia “comprometer” a condução do processo. O STF descartou o segundo fundamento - *a instrução criminal àquela altura se encerrara* -, repeliu por inidoneidade a “repercussão social” ou “clamor público” e a “brutalidade da conduta”, mas denegou a ordem, baseando-se em argumento agregado pelo STJ⁶⁸ - “posição institucional ocupada pelo paciente”.

⁶⁴ “Prisão preventiva: a idoneidade formal e substancial da motivação das decisões judiciais há de ser aferida segundo o que nela haja posto o juiz da causa, não sendo dado ao Tribunal do recurso ou do habeas corpus, que a impugnem, suprir-lhe as faltas ou completá-la: precedentes” (HC nº 90.064/SP, T1, 8/5/2007, DJ 22/6/2007). Cf. tb.: HC nº 87.041/PA, T1, 29/6/2006, DJ 24/11/2006; RHC nº 86.833/SP, T1, 13/12/2005, DJ 17/2/2006; HC nº 84.448/SP, T1, 14/9/2004, DJ 19/8/2005; HC nº 85.519/PR, T1, 13/12/2005, DJ 17/3/2006; RHC nº 84.293/SP, T1, 29/6/2004, DJ 13/8/2004; HC nº 83.782/PI, T1, 16/12/2004, DJ 25/2/2005; HC nº 81.148/MS, T1, 11/9/2001, DJ 19/10/2001; RE nº 70.955/RS, T2, 3/5/1971, DJ 6/8/1971.

⁶⁵ “Fundamentação das decisões judiciais: sendo a falta ou a inconsistência da motivação causa de nulidade da decisão judicial, não a podem suprir ou retificar nem as informações do prolator, nem o acórdão das instâncias superiores ao negar o habeas corpus ou desprover recurso” (RHC nº 84.293/SP, T1, 29/6/2004, DJ 13/8/2004).

⁶⁶ HC nº 81.148/MS, voto do relator.

⁶⁷ HC nº 86.286/CE, T2, 27/9/2005, DJ 25/11/2005.

⁶⁸ Do voto do relator: “entretanto, apesar dessa legítima descaracterização do ‘clamor público’ como fundamento idôneo para a decretação de prisão cautelar, devo recordar que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça apresenta elementos suficientes para configurar o argumento da garantia da ordem pública”.

No HC nº 89.643⁶⁹, punha-se em xeque dPPrev, cuja espartana fundamentação seria desprovida de base empírica, por aludir à ordem pública e à conveniência da instrução criminal *in abstracto*. O voto da relatora foi construído essencialmente em cima do parecer da PGR, cuja ampla e profunda exposição por sua vez se reportou ao parecer ofertado pelo MPF ao STJ e às alegações finais apresentadas pelo MP ao Juízo de Direito. Nessas peças, uma constelação de novos elementos de respaldo veio à luz: a) temor dos moradores do bairro, que se recusavam a prestar depoimentos; B) relato de que o lugar seria um palco de intenso narcotráfico e ação de quadrilhas; x) ameaça velada de morte a testemunha. É manifesto que nenhum desses dados serviu de esteio à decretação da prisão. E não é menos certo que tenham pesado decisivamente na denegação da ordem.

No HC nº 84.688⁷⁰, a T2 repeliu a “periculosidade dos agentes⁷¹” e o “sentimento de intranqüilidade”, colhendo como válida “a possibilidade de fuga”. Elemento cuja idoneidade foi estabelecida a partir da informação da juíza prolatora de que “a fuga do Réu se deu antes da decretação da prisão preventiva”. Ou seja: para verificar a consistência do decreto, o relator recorreu a dados dos quais a juíza não estava a par ao impor a custódia e que foram acrescidos *a posteriori*.

No HC nº 90.889⁷², a PPrev imposta pela Justiça Militar buscou como lastro a “periculosidade demonstrada pelos pacientes e a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal militar”. No entanto, para atestar “o acerto e a coerência da decisão impugnada”, o relator remeteu à sentença condenatória proferida pela Justiça Estadual, em outro processo, “na qual também se revela a periculosidade dos pacientes e, inclusive, a existência de um plano de fuga arquitetado após o encarceramento”. Na ementa do acórdão, há alusão à “periculosidade e [à] possibilidade de fuga dos pacientes, que foram condenados por integrarem organização criminoso fortemente armada, voltada para a prática de crimes”. Ora, a fim de robustecer a caracterização *in concreto* da necessidade da custódia, o relator incorporou uma gama de informações totalmente estranhas e alheias à fundamentação da dPPrev, não só com relação à periculosidade, mas igualmente com relação à existência de plano de fuga. Ao invocar a garantia de aplicação da lei penal, o Conselho de Justiça se baseara apenas no fato de “alguns dos acusados” serem “oriundos do Rio de Janeiro”, de tal modo que a custódia seria justificável para impedi-los de sair de Pernambuco. Não se cogitou de *plano de fuga* - algo que era de conhecimento *exclusivo* da Justiça Estadual.

⁶⁹ HC nº 89.643/RS, T1, 14/11/2006, DJ 1º/12/2006.

⁷⁰ HC nº 84.688/SP, T2, 7/8/2007, DJ 14/9/2007.

⁷¹ Se com relação à PPrev o terreno já é movediço, no tocante à periculosidade estamos a reboque do casuísmo, sendo impossível determinar com clareza a posição da Corte. O desfecho do julgamento dependerá essencialmente do relator e da composição da Turma, no dia da votação.

⁷² HC nº 90.889/PE, T2, 9/10/2007, DJE 152 29/11/2007.

Não é difícil concluir: a orientação formal, partejada pela vigorosa ortodoxia processual *pro reo* reinante em nosso meio, constitui uma inaceitável camisa-de-força, que a própria Corte reluta em vestir. Imaginemos um meganarcotraficante da estatura de Juan Carlo Abadia, um terrorista suicida da al Qaeda ou um homicida “serial” como o colombiano Pedro Alonso Lopes⁷³ ganhando a liberdade, só porque o decreto de prisão levou ao pé da letra a idéia de concisão ou destacou o “clamor público” e a “brutalidade”, em lugar de “perigo de reiteração” e “periculosidade”. De nenhum ponto de vista, justifica-se que uma mera falha formal implique devolver às ruas delinquentes perigosos, cuja custódia aos olhos do próprio Tribunal se mostra necessária. De outro lado, a solução que o STF vem dando à questão trai um indefensável improviso, que vai de encontro à segurança jurídica (*Rechtssicherheit*) e à isonomia - pilares estruturais do Estado Democrático de Direito. A chave reside em conciliar a boa técnica com uma boa dose de realismo judiciário, *modulando o efeito temporal das decisões* por meio do instrumento da *recomendação*. Seria fixado prazo para que o prolator substituísse a decisão questionada por outra - cuja fundamentação estaria isenta dos vícios -, que a sucederia, no plano da eficácia, sem solução de continuidade. Trata-se da adaptação de artifício utilizado com cada vez mais freqüência nos HC impetrados contra atos do STJ⁷⁴, que espelha uma *sugestão imperativa* - mais que um conselho e menos que uma ordem. Caso não seja proferida nova decisão atenta às diretrizes da Corte, dar-se-á a *invalidação da custódia*⁷⁵. De certa forma, a modulação também é aplicada nos casos de anulação de sentença, em que o STF se abstém de determinar a restauração do *status libertatis*, ordenando a prolação de novo provimento, livre do vício argüido⁷⁶.

3.3 Pela superveniência da condenação

O trânsito em julgado certamente torna irrelevantes as falhas da dPPrev, pois a custódia passa a ser *modo de execução da pena*, e não mais um instrumento cautelar ou de proteção à incolumidade pública. Mas a superveniência do provimento condenatório

⁷³ Ao “Monstro dos Andes” são atribuídos mais de 300 homicídios, em três países.

⁷⁴ A propósito: “Demora do STJ em julgar pedido de habeas corpus [...] HC denegado, com recomendação. Precedente” (HC nº 91.480/SP, T2, 25/9/2007, DJE 152 29/11/2007). “Ordem denegada, mas com a recomendação, e não com a determinação, de que o Superior Tribunal de Justiça dê preferência aos julgamentos reclamados” (HC nº 91.408/MG, T2, 14/8/2007, DJE 131 25/10/2007); “Habeas corpus não conhecido, com a recomendação de que o STJ dê absoluta preferência ao julgamento do HC objeto desta impetração” (HC nº 90.470/CE, T2, 26/6/2007, DJ 17/8/2007). O STJ também se serve do expediente (HC nº 67.724/BA, T5, 24/4/2007, DJ 4/6/2007).

⁷⁵ Por meio de novo HC ou de Reclamação.

⁷⁶ “[...] estando a decretação da prisão preventiva devidamente fundamentada, e não havendo que se falar em excesso de prazo, persiste ela até a prolação da sentença, e, portanto, até que seja proferida outra em virtude da anulação, por defeito formal, da condenatória que foi prolatada” (HC nº 80.583-3/MS, T1, 8/5/2001, DJ 22/6/2001).

recorrível só será relevante, se oferecer em abono à PPrev novos elementos de respaldo aptos à erradicação dos vícios. Do contrário, as falhas permanecerão latentes, podendo ser esquadrihadas no mesmo meio impugnativo⁷⁷. Embora a tese seja lógica, arriscar um palpite sobre sua prevalência seria temerário. Há acórdãos que dão como superada a alegação de inidoneidade da dPPrev devido à pronúncia, à sentença condenatória ou à publicação de acórdão em grau de apelação⁷⁸, apesar da persistência do vício.

4 Nova decretação após a cassação

A pronúncia da nulidade só representará obstáculo intransponível a nova decretação, na hipótese rara de outorgar *incondicional salvo-conduto* ao agente ou se expropriar por completo o *espaço decisório* do prolator. Havendo campo residual, a dPPrev poderá ser renovada, da seguinte forma:

(α) Se o decreto anterior tiver sido fulminado devido à absoluta *falta de fundamentação* ou à *ausência de fundamentação mínima*, sem a impugnação *direta e específica dos elementos de respaldo*, bastará que o novo seja adequadamente motivado, pautando-se em qualquer fundamento, mesmo que inidôneo ou factualmente pouco convincente⁷⁹. Como vimos, partindo da noção de igualdade dos efeitos e da dificuldade em estabelecer uma fronteira nítida entre conjunturas similares, o STF costuma equiparar à situação de *fundamento inidôneo* os casos de *falta total de motivação* ou de *ausência de motivação mínima*. Exemplo de silêncio obsequioso sobre a necessidade da custódia está retratado no HC nº 91.729⁸⁰:

[...] Com efeito presentes os requisitos elencados nos artigos 311 e 312 do CPP. Há prova da materialidade do delito e indícios suficientes da autoria. Outrossim, necessária a custódia cautelar para garantia da ordem pública, bem como conveniência da instrução criminal. A fim de evitar um mal maior e resguardar a ordem pública, a medida é de rigor.

Embora pudesse ter se atido à óbvia falta de fundamentação mínima, o acórdão avançou sobre a impropriedade do “clamor público” e da “gravidade do fato”,

⁷⁷ HC nº 86.522/DF, T2, 4/4/2006, DJ 16/6/2006.

⁷⁸ HC nº 88.811/RS, T2, 25/9/2007, DJ 14/12/2007; HC nº 74.983/RS, pleno, vu, 30/6/1997, DJ 29/8/1997; HC nº 80.893-0/RJ, T2, 5/6/2001, DJ 24/8/2001.

⁷⁹ O órgão *pode*, mas não *deve* agir assim. Se o fizer, além de ferir o primado ético que preside e norteia o processo, o decreto repetirá o malogro do anterior. É de todo conveniente, que a nova ordem se apóie desde logo em fundamento idôneo e factualmente convincente.

⁸⁰ HC nº 91.729/SP, T1, 25/9/2007, DJE 121 10/10/2007.

o que condicionará o conteúdo de uma eventual redescrtação. Não fosse isso, até mesmo esses fundamentos - *em regra, enxotados pela jurisprudência da Corte* -, poderiam ser ventilados, sem ofensa à coisa julgada ou a algo que o valha. Sabendo-se que a paciente era acusada de assassinar o companheiro a tiros, e não havendo menção a fatos concretos que apontassem risco à condução do processo ou à aplicação da lei penal, talvez se pudesse cogitar da periculosidade espelhada no *modus operandi*.

(B) Se a nulidade se deveu à inidoneidade *em tese* dos fundamentos, a nova decisão deverá escorar-se em *outros fundamentos*, não rechaçados nem implícita nem explicitamente pela instância superior. Daí que se a Corte, *com olhos fechados para o horizonte factual*, derruba PPrev escorada em “clamor público”⁸¹, “gravidade do fato”⁸², “repercussão social”⁸³, reputando os fundamentos já *in abstracto* impróprios, não haverá empecilho a que nova ordem, baseada em fundamento *aparelhado de idoneidade em tese*, seja proferrida. É intuitivo que não será suficiente modificar o rótulo, chamando de *periculosidade* o que antes se designara de *clamor público*: o órgão deverá fornecer cabal demonstração da base empírica apta a sustentar a nova provisão.

(x) Se o Tribunal teve em vista a *falta de base empírica*, sem apontar a inidoneidade dos fundamentos *em tese*, o órgão prolator terá diante de si dois caminhos. Poderá redescrta a PPrev, invocando os *mesmos fundamentos*, lastreados em fatos anteriormente desprezados ou em informações surgidas desde a prolação da ordem fulminada. Ou poderá remeter a *novos fundamentos*, providos de base empírica. O crucial é que demonstre de maneira convincente a suficiência do novo embasamento factual. No HC nº 85.868⁸⁴, repeliu-se dPPrev fundada na conveniência da instrução criminal devido à ausência de comprovação de ameaça às testemunhas. Nada se disse contra o fundamento ou o elemento de respaldo, *em tese*. Tanto que a soltura veio com ressalva: “sem prejuízo de que, presentes os requisitos autorizadores e demonstrados fundamentos concretos, seja decretada nova cautela”.

(d) Se o caso foi de relaxamento por excesso de prazo, pela demora desarrazoada quer da instrução quer da emissão do provimento final, *sem que tenha havido crítica à motivação*, a jurisprudência admite a renovação da ordem, *quando da formação da culpa*⁸⁵, escorando-se nos mesmos ou em fundamentos acrescidos. Essa conclusão se apóia em

⁸¹ HC nº 92.133/CE, T2, 25/9/2007, DJE 121 10/10/2007; HC nº 84.311/SP, T2, 3/4/2007, DJ 8/6/2007.

⁸² HC nº 90.370/SP, T2, 16/10/2007, DJE 152 29/11/2007; HC nº 91.729/SP, T1, 25/9/2007, DJE 121 10/10/2007.

⁸³ HC nº 89.503/RS, T2, 3/4/2007, DJ 8/6/2007; HC nº 85.046/MG, T1, 15/3/2005, DJ 10/6/2005.

⁸⁴ HC nº 85.868/RJ, T2, 11/4/2006, DJ 15/12/2006.

⁸⁵ HC nº 84.304/PE, T1, 4/10/2005, DJ 3/2/2006: “o relaxamento da prisão preventiva, por excesso de prazo, não impede sua decretação por outros fundamentos explicitados na sentença”. A expressão “por outros fundamentos” é desacertada. Se não houve valoração do *periculum libertatis*, não pode existir empecilho à redescrtação, ainda que com respaldo nos mesmos fundamentos.

duas sólidas premissas: 1^a) a invalidação se deveu à demora desarrazoada da instrução, não à erosão da validade dos fundamentos, que se mantém a todo o tempo incólume; 2^a) “é da jurisprudência do Supremo Tribunal que, com a superveniência da sentença condenatória - que constitui novo título da prisão, encontra-se superada a questão relativa ao antecedente excesso de prazo da prisão”⁸⁶. Raciocínio idêntico vigora com relação aos casos do júri: quando da pronúncia, nada impede que o juiz mande recolher agente, cuja ordem de prisão anterior tenha sido relaxada por demora na conclusão do sumário de culpa⁸⁷. Será sempre a *ocasião*, e não o *conteúdo*, o critério condicionante do decreto⁸⁸.

5 Conclusão

A incapacidade de rendimento da jurisprudência deve ser relevada, pois não há outro instrumento que confira estabilidade e segurança às relações jurídica. Como instância final no tocante à matéria penal, a jurisprudência do STF deve merecer especial atenção. A despeito das contradições e incongruências, é possível sistematizar precedentes, extraindo deles a matéria-prima de uma espécie de *estatuto constitucional e legal da PPrev*. Sua utilização pelos órgãos inferiores irá reduzir, dentro das limitações atuais, o *fator lotérico* e a excessiva subjetivação, que permeiam o Judiciário, tornando mais equânime, materialmente justo e socialmente proveitoso o exercício jurisdicional.

⁸⁶ HC nº 86.630/RJ, T1, 24/10/2006, DJ 7/12/2006. Assim também, HC nº 90.889/PE, T2, 9/10/2007, DJE 152 29/11/2007. Mas no HC nº 87.132/MG, T1, 3/8/2007, DJ 31/10/2007, entendeu-se que o excesso não seria superável.

⁸⁷ HC nº 91.636/RN, T2, 26/6/2007, DJ 17/8/2007; HC nº 80.325-3/RJ, T1, 21/11/2000, DJ 2/2/2001; HC nº 80.447-1/RJ, T1, 24/10/2000, DJ 2/2/2001; RHC nº 80.741-1/PA, T2, 27/3/2001, DJ 24/8/2001.

⁸⁸ O que não parece fazer sentido é a exigência da formação de culpa, nas duas hipóteses de excesso. Se a invalidação está ligada à demora para a *solução da causa*, é intuitivo que só com o provimento final se poderá renovar a ordem. Mas se decorreu do excesso de prazo da instrução, concluída essa, nada impedirá o órgão de redecretar a PPrev, de imediato, antes mesmo da prolação da sentença ou acórdão.

6 Bibliografia

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual do processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2006.

PFEIFFER, Gerd. *StPO - Strafprozessordnung Kommentar*. 5. Auflage. München: C. H. Beck, 2005.

ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*. 24. Auflage. München: Beck, 1995.