

Conselho Superior da Enfam

Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Diretora-Geral da Enfam

Ministro Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes

Vice-Diretor da Enfam

Ministro Raul Araújo Filho

Diretor do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

Ministro Luis Felipe Salomão

Ministro Mauro Campbell Marques

Desembargadora Marga Barth Tessler

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

Desembargador Cláudio Luís Braga dell'Orto

Juiz Federal Antônio César Bochenek

Gestão da Enfam

Desembargador Eladio Luiz da Silva Lecey

Presidente da Comissão de Desenvolvimento Científico e Pedagógico da Enfam

Juiz Carl Olav Smith

Secretário-Geral

Alessandra Cristina de Jesus Teixeira

Secretária Executiva



ENFAM

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO
E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

Manual Prático de Decisões Penais

Brasília-DF
2018

Organização

Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - Enfam

Coordenação

Ministro Rogerio Schietti Cruz – Superior Tribunal de Justiça

Elaboração

Juiz Antônio de Maria Patiño Zorz – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Juiz Fabrício Castagna Lunardi – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Juiz Luiz Otávio Rezende de Freitas – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Juíza Keila Cristina de Lima Alencar Ribeiro – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Juiz Orlando Faccini Neto – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Juiz Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte

E74m

Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Brasil) (Enfam).

Manual prático de decisões penais / Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. -- Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2018.

1. Processo penal, manual, Brasil. 2. Jurisdição criminal, decisão judicial, Brasil. 3. Escola de magistratura, Brasil. I. Título.

CDU 343.1(81)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	6
PRISÃO PREVENTIVA.....	8
PRISÃO TEMPORÁRIA	10
MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS.....	12
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR	14
MEDIDAS ASSECURATÓRIAS	16
RECEBIMENTO DE DENÚNCIA OU QUEIXA.....	18
PRONÚNCIA.....	19
A PRISÃO PREVENTIVA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA.....	21
A DOSIMETRIA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA.....	23
LINKS IMPORTANTES	26

APRESENTAÇÃO

O **objetivo** deste **Manual Prático de Decisões Penais** é fornecer ao magistrado, de qualquer grau de jurisdição, subsídios de natureza **objetiva e simples** para produzir decisões criminais em conformidade com o dever constitucional de motivação a que alude o art. 93, IX, da Constituição da República.

O presente Manual contém as seguintes seções, cada uma com uma espécie de *check-list* de orientação para decisões acerca de:

1. prisão preventiva;
2. prisão temporária;
3. medidas cautelares alternativas;
4. interceptações telefônicas do investigado, e busca e apreensão domiciliar;
5. medidas assecuratórias;
6. recebimento de denúncia ou queixa;
7. pronúncia;
8. prisão decorrente de sentença condenatória;
9. individualização da pena do condenado.

Não se ocupará o Manual com **aspectos teóricos ou acadêmicos** do ato decisório ou do objeto da decisão judicial, que, embora essenciais na atuação de todo profissional, devem ser fruto de estudos individuais e de cursos de formação e aperfeiçoamento de magistrados. Também não serão elencados roteiros ou procedimentos inerentes a cada ato decisório analisado; o texto tratará **apenas do que diz respeito à fundamentação** do ato.

Tem o Manual a preocupação, portanto, de conferir, na medida do possível e tendo sempre resguardadas as peculiaridades próprias de cada unidade da Federação, maior **uniformidade e estabilidade na jurisdição criminal** – especialmente na prática dos atos que mais de perto afetam a liberdade humana, tornando a função jurisdicional mais íntegra e coerente quanto aos valores constitucionais.

Partem os idealizadores do Manual de uma constatação: considerável parte das decisões judiciais tem dado causa ao manejo de ações impugnativas ou recursos perante os tribunais superiores e com razoável índice de acolhimento da pretensão. O resultado é o reconhecimento de ilegalidades cometidas em desfavor do jurisdicionado, a **anulação ou reforma** do ato, a determinação da sua **repetição** na instância de origem e, eventualmente, a **inutilização** parcial ou total **do trabalho** realizado ao longo dos meses ou anos por que perdurou a persecução penal, com **prejuízo** notório tanto para o jurisdicionado quanto para a sociedade – esta muitas vezes incapaz de entender a razão pela qual se invalidou determinada decisão judicial. Além disso, posterga desnecessariamente a decisão final do processo, que será invariavelmente remetido às instâncias recursais, impactando de forma negativa o cumprimento do princípio constitucional da razoável duração do processo.

Os efeitos decorrentes da tardia correção ou anulação de decisões judiciais podem incluir não somente os danos irreparáveis aos indivíduos afetados pelo ato, mas também o **comprometimento da legitimidade do sistema de justiça criminal**, que, para funcionar a contento e mediante parâmetros de legalidade e eficiência, necessita de um mínimo de unidade, coerência e cientificidade na atuação dos membros do Poder Judiciário.

Acreditamos no aperfeiçoamento funcional constante, na conscientização crescente sobre os deveres inerentes ao cargo e na percepção de que qualquer decisão judicial – nomeadamente as que interferem na liberdade humana – pressupõe um atento olhar sobre as **peculiaridades que singularizam cada caso** trazido à apreciação judicial. Não é, portanto, válida, como indica o art. 489, § 1º do CPC, a decisão que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo que sejam capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Esperamos que este Manual seja útil a todos os integrantes da magistratura que atuam na seara criminal e que, por conseguinte, consigamos maximizar a qualidade de nossa atuação funcional em prol da sociedade e dos indivíduos que a integram.

PRISÃO PREVENTIVA

Ao decretar prisão preventiva, **o juiz observará se:**

1. O auto de prisão em flagrante é válido e respeitou as formalidades legais;
2. O crime é punido com pena máxima **superior a 4 anos** (se punido por até quatro anos, somente será possível a prisão se o representado for **reincidente**, caso se trate de **violência doméstica**, se não for possível conhecer a **identidade civil** do representado ou quando houver **descumprimento** de medida cautelar diversa da prisão);
3. Existem nos autos **prova do crime e indícios suficientes de autoria**;
4. A liberdade do réu ou investigado representa risco **concreto** – que deve ser indicado e não presumido – para a ordem pública, para a instrução criminal ou para a aplicação da lei penal;
5. Esse risco concreto não pode ser evitado por **medida cautelar menos gravosa** que a preventiva.

Além disso, ao fundamentar a necessidade da prisão, **o juiz deverá:**

6. Resumir, em pelo menos um parágrafo, os **fatos** atribuídos ao representado;
7. Explicar por que considera que a prisão preventiva é o **único modo** de **proteger** os referidos interesses cautelares (ordem pública, instrução criminal ou aplicação da lei penal) e por que entende que as outras medidas alternativas à prisão não seriam adequadas e suficientes;
8. Lembrar que **não basta** afirmar que a prisão é necessária para preservar esses interesses cautelares e para preservar a **ordem pública**, sendo fundamental apontar **detalhe(s) específico(s)** do **comportamento** do representado – seus **antecedentes** (mencionar quais são eles), o **modo como praticou** o crime (que não seja a própria prática do tipo penal em si mesmo) ou, ainda, sua **conduta posterior** ao delito – que justifique(m) o uso da cautela extrema;
9. Atentar para o fato de que a **gravidade abstrata do crime não é suficiente** para justificar a prisão. Assim, **não basta**, por exemplo, afirmar **que o crime é grave ou que é** qualificado como **hediondo** para decretar a cautela.
10. Perceber que não é suficiente para legitimar a prisão afirmar que o crime revoltou a comunidade, que todos esperam maior rigor e eficiência do Poder Judiciário, que o crime traz insegurança à população e que somente a prisão restaurará a paz e a credibilidade das instituições, sem **acrescentar circunstância fática** que não seja inerente ao próprio tipo de crime praticado.

Em complemento a este check-list, as respostas aos seguintes questionamentos, a partir do exame dos autos, permitirão ao magistrado decidir com maior segurança:

- O indiciado/réu empregou particular violência na execução do crime? () Sim () Não
- No roubo, efetuou disparo com arma de fogo? () Sim () Não
- O indiciado/réu tem outros registros penais? () Sim () Não
- O indiciado/réu ameaçou testemunha, destruiu ou alterou provas? () Sim () Não
- O indiciado/réu está foragido? () Sim () Não
- Há evidências de que as duas circunstâncias anteriores ocorrerão? () Sim () Não

Por último, deverá o juiz, após concluir a minuta de sua decisão, relê-la e certificar-se de que um outro magistrado, ao exercer o controle judicial decorrente de recurso ou ação de habeas corpus, **não encontrará algum dos seguintes vícios formais:**

- A decisão simplesmente indica, reproduz ou transcreve com outras palavras o que dispõe o art. 312 do CPP, sem explicar concretamente de que forma esse dispositivo se relaciona com o caso;
- A decisão emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- A decisão, ainda que repleta de bons argumentos jurídicos, é genérica e abstrata, de tal modo que poderia ser utilizada, sem adaptações, para qualquer outro caso relativo a crime similar ao do caso analisado.

PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária é uma das modalidades de medidas cautelares pessoais no processo penal, ao lado da prisão preventiva e das demais medidas a ela alternativas. Sua utilização, porém, é restrita à fase investigatória, sendo limitada no tempo e também em relação aos crimes que a admitem. Seus requisitos, inscritos no art. 1º da Lei n. 7.960/1989, não se confundem – embora muitas vezes sejam difíceis de diferenciar – com os que autorizam a prisão preventiva.

Ao decretar, portanto, a prisão temporária, **deverá o juiz:**

1. Verificar se há investigação em curso e resumir o(s) fato(s) atribuído(s) ao indiciado;
2. Explicitar concretamente, com base nos elementos informativos até então recolhidos pela autoridade investigante, os indícios de autoria ou de participação do indiciado em qualquer um dos crimes elencados no inciso III do artigo 1º da Lei n. 7.960/1989;
3. Evidenciar, **de modo expresso e com base em fatos, a imprescindibilidade da prisão temporária** do indiciado **para as investigações** do inquérito policial, com a indicação da **circunstância fática** que a justifica – sendo insuficiente, para tanto, afirmar que o investigado não possui identidade civil ou residência fixa;
4. Ter em conta a **especificidade dessa modalidade de prisão** cautelar, não sendo cabível para proteger meios (instrução criminal) ou fins (aplicação da pena) do processo, ou para garantir a ordem pública – hipóteses que autorizam outra cautela, a **prisão preventiva**;
5. Atentar para o fato de que a **gravidade abstrata do crime não é suficiente** para justificar a prisão. Assim, não basta afirmar que o crime é grave ou que é qualificado como hediondo, que causou comoção social, que a sociedade clama por providências mais enérgicas etc. para decretar a cautela excepcional;
6. Determinar **o prazo de prisão**, verificando se o crime investigado é hediondo ou a ele assemelhado;
7. Atentar, em razão do princípio da proporcionalidade, para o fato de que a lei estabelece um **limite máximo de dias** (5 ou 30), cumprindo, portanto, ao magistrado analisar se será efetivamente necessário utilizar todo o prazo de prisão para a realização da(s) diligência(s) investigatória(s) cujo êxito dependa do recolhimento cautelar do indiciado;
8. Se possível, indicar as diligências que dependem da prisão temporária e alertar a autoridade policial, que deverá se esforçar para realizá-las o quanto antes – permitindo, inclusive, **eventual soltura** do indiciado antes do escoamento do prazo da temporária, ou, por outro lado, a **conversão dessa medida em prisão preventiva**;

9. Em caso de postulação para prorrogar a prisão, fundamentar concretamente as razões extremas que justificam a prorrogação, **não sendo meras conjecturas ou presunções suficientes** para decretar a prisão.

MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS

Uma **premissa importante** para o exame das cautelares pessoais deve estar clara: **a diferença entre uma prisão preventiva e qualquer outra medida cautelar de natureza pessoal é apenas de grau**: significa que tanto para decretar uma prisão preventiva quanto para outra cautela (p.ex.: fiança, monitoramento eletrônico, recolhimento domiciliar etc.) é preciso que exista um risco na manutenção da liberdade do réu (*periculum libertatis*). Deve-se observar que o art. 282 do CPP trata das medidas cautelares em geral e é explícito ao afirmar que somente pode ser imposta uma das cautelares previstas em lei se estiver demonstrada a **necessidade** para a “aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”. É um erro, portanto, afirmar que outra medida cautelar pode ser imposta apenas se não estiver presente um motivo para a prisão preventiva. **Os motivos são os mesmos** (compare-se o art. 282 com o 312 – só há diferença redacional na alusão à garantia da “ordem pública” que, na essência, nada mais é do que a necessidade de evitar a prática de novas infrações penais) e a ideia principal do sistema cautelar é a de que **somente se medidas alternativas à prisão se mostrarem insuficientes** para impedir a turbação da prova, a fuga do réu ou a prática de novos crimes, o juiz **poderá decretar a medida mais extrema**: a prisão preventiva.

Ao examinar, portanto, a possibilidade de imposição de medida cautelar pessoal, **o juiz observará se**:

1. O crime é punido com **pena privativa de liberdade**;
2. Existem nos autos **prova do crime e indícios suficientes de autoria**;
3. A liberdade do réu representa risco **concreto** – que deve ser indicado e **não presumido** – para a preservação da **instrução criminal** ou para a **aplicação da lei penal** ou de **prática de novas infrações penais**;
4. Esse risco concreto pode ser evitado por **medida(s) cautelar(es) menos gravosa(s)** que a preventiva.

Além disso, ao fundamentar a necessidade da prisão, **o juiz deverá**:

5. Resumir, ainda que em poucas linhas, os **fatos** atribuídos ao réu;
6. Esclarecer o **risco** (*periculum libertatis*) que representa manter o réu sem nenhuma providência cautelar;
7. Explicar por que considera que, embora exista o referido risco, **não é necessário o uso da medida mais gravosa** – a prisão preventiva – e que a imposição de outras medidas alternativas à prisão é adequada e suficiente **para proteger** os referidos interesses cautelares (garantir a instrução criminal, a aplicação da lei penal ou evitar infrações penais – art. 282, I);

8. Lembrar de **individualizar** a(s) cautela(s) imposta(s) ao réu, seguindo os critérios legais (art. 282, II), de modo a adequar a medida à **gravidade e às circunstâncias do fato**, e às **condições pessoais do indiciado ou acusado**;
9. Tentar, assim, identificar, entre as **possíveis medidas alternativas à prisão** (art. 319 e art. 320), qual(is) é(são) a(s) mais adequada(s) à situação concreta, e **justificar** essa escolha à luz dos **dados concretos** de que dispõe. Dessa forma, para impor uma fiança, por exemplo, é preciso, após assinalar qual dos objetivos visa alcançar com tal medida, realizar uma análise sobre a gravidade do fato e as circunstâncias pessoais do afiado para poder fixar um valor adequado e proporcional;
10. Lembrar que, como qualquer medida cautelar, ela representa um ônus ao réu e, portanto, deve ser imposta em **caráter excepcional e provisório**, ou seja, sujeita a reavaliação permanente quanto à necessidade de sua manutenção.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR

Existem medidas cautelares no processo penal que não têm como motivo o perigo da liberdade do réu, mas o próprio risco de perecimento da prova pela demora natural do processo (*periculum in mora*). Assim, havendo urgência em obter a prova de um crime, **e não havendo outros meios idôneos** naquele momento para tal fim, a lei permite que se sacrifiquem **direitos outros que não a liberdade** (como o direito à **inviolabilidade do domicílio** ou o direito ao **sigilo das comunicações telefônicas**) em nome de um interesse social de que se apure o crime objeto da investigação ou da ação penal. Vejamos essas duas hipóteses mais comuns no processo penal.

Ao examinar, portanto, a possibilidade de autorizar **a interceptação telefônica, caberá ao juiz:**

1. Resumir, em pelo menos um parágrafo, os **fatos** atribuídos à pessoa investigada;
2. Verificar, indicando-os, se há nos autos **indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal cuja pena seja de reclusão** ;
3. Explicar por que, concretamente, a interceptação telefônica é indispensável (essa não pode, em geral, ser a primeira providência adotada no inquérito e é válida somente se não houver outros meios menos invasivos para obter a prova);
4. Indicar quais circunstâncias ou informações constantes da investigação configuram os **indícios razoáveis de autoria ou participação** delitiva;
5. Evitar a autorização de números de telefones quaisquer, mas apenas dos terminais supostamente utilizados pela pessoa investigada;
6. Se for necessária a **prorrogação** da medida, não se limitar a dizer que persistem os fundamentos cautelares, mas reafirmar os elementos dos autos que justificam, à luz do que a autoridade requerente indicou, a continuação das interceptações;
7. Atentar para a necessidade de **não perpetuar a invasão do sigilo** das comunicações, mediante sucessivas prorrogações da medida.

No caso de expedição de mandado de busca e apreensão em domicílio, o juiz deverá:

8. Como em qualquer outra cautelar, apontar os **indícios de autoria delitiva** ;
9. Mencionar o **motivo e os fins** da diligência;
10. Indicar, o mais precisamente possível, **a casa ou o local** em que será realizada a diligência e o **nome do respectivo proprietário ou morador** ;

11. Alertar os executores do mandado de que **somente poderão ser apreendidos objetos relacionados ao crime** que motivou a medida, como também de que a busca será feita de modo **que não moleste os moradores mais do que o indispensável** para o êxito da diligência;
12. Recomendar, quando possível, que a autoridade que cumprirá o mandado **se faça acompanhar por testemunhas, assinalando a qualificação completa destas no relatório**, de preferência que não sejam testemunhas oriundas dos quadros policiais;
13. Recomendar que a autoridade que cumprirá o mandado apresente **relatório circunstanciado do resultado da busca, fixando prazo**;
14. Estabelecer **prazo de validade do mandado**, atentando para a complexidade do caso e para eventuais dificuldades operacionais.

MEDIDAS ASSECURATÓRIAS (SEQUESTRO, ARRESTO E ESPECIALIZAÇÃO DE HIPOTECA LEGAL)

As medidas assecuratórias, em um processo penal, visam assegurar o futuro ressarcimento do ofendido ou da Fazenda Pública pelos danos ou prejuízos causados pelo(s) crime(s) objeto da ação penal, além de custas processuais e eventual multa, decorrentes da condenação. Por sua natureza cautelar, são acessórias ao processo principal e devem ser adotadas, mediante devida e concreta fundamentação, em caráter excepcional, na medida estrita de sua necessidade.

Ao decretar um **sequestro**, o juiz deverá:

1. Apontar concretamente a existência nos autos de **prova do crime e indícios suficientes de autoria**;
2. Aferir se há **indícios veementes de que a pessoa alvo da medida tenha adquirido bens móveis ou imóveis** mediante a utilização **dos proventos da infração investigada**;
3. Resumir os fatos atribuídos **à pessoa alvo da medida** e **detalhar concretamente o vínculo do bem a ser sequestrado com o proveito do crime** investigado, ainda que esteja na posse ou em nome de terceiros;
4. **Levantar o sequestro caso não tenha sido promovida a ação penal em 60 dias** contados **da data da efetivação da medida, podendo aferir a necessidade de um prazo maior, dentro do parâmetro da proporcionalidade**.

Ao decretar um **arresto**, o juiz observará:

5. A existência nos autos de **prova do crime e indícios suficientes de autoria**;
6. Se há necessidade de **tornar indisponível bem imóvel de origem lícita** da pessoa alvo da medida, para assegurar futuro ressarcimento do ofendido ou da Fazenda Pública;
7. **Os fatos** atribuídos à pessoa alvo, resumindo-os e **estabelecendo um prognóstico do ressarcimento** do ofendido ou da Fazenda Pública, levando em conta também as despesas processuais e as penas pecuniárias, aferindo a proporcionalidade entre a indisponibilidade patrimonial e o **quantum hipotético** do ressarcimento e demais despesas.

Ao **especializar a hipoteca legal**, o juiz deverá observar:

8. A existência nos autos de **prova do crime e indícios suficientes de autoria**;
9. Se é **necessário garantir** a indisponibilidade **de bem imóvel** da pessoa alvo da medida para suportar futuro ressarcimento do ofendido e da Fazenda Pública;

10. Se a parte interessada ou o Ministério Público **estimou o valor da indenização e apontou o imóvel ou imóveis que deverá(ão) ficar especialmente hipotecado(s)**, bem como se apresentou a devida documentação, inclusive do registro imobiliário.

RECEBIMENTO DE DENÚNCIA OU QUEIXA

A decisão que recebe a denúncia ou queixa deixou de ser vista como simples despacho desde a reforma de 2008. Atualmente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é clara em entender o ato como uma decisão interlocutória, que materializa o juízo de admissibilidade da demanda penal. Todavia, o magistrado precisa tomar cuidado para não incursionar pelo mérito da pretensão punitiva e, com isso, colocar em risco sua imparcialidade.

Ao receber a denúncia ou queixa, o magistrado deverá:

1. Verificar se ela preenche os requisitos formais do art. 41 do CPP, afirmando-os sucintamente;
2. Explicitar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, ordenando a citação do imputado;
3. Quanto à justa causa, limitar-se a identificar a prova da materialidade do crime e os indícios suficientes de sua autoria;
4. Evitar a análise sobre a capitulação dada ao delito, o que deverá ser feito por ocasião da sentença;
5. Analisar questões processuais e preliminares eventualmente apresentadas pela defesa na resposta à acusação, relegando o exame sobre matéria de mérito para a sentença final;
6. Caso seja hipótese de possível absolvição sumária, ou de matéria nova suscitada pela defesa, abrir vista ao Ministério Público (e, se for o caso, ao querelante), decidindo em seguida; e
7. Recebida a denúncia ou queixa, designar audiência de instrução e julgamento, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

PRONÚNCIA

Ao pronunciar o réu, o magistrado deve tomar certos cuidados, tendo em vista que não se trata propriamente de uma sentença, mas de decisão interlocutória que encerra uma fase do procedimento dos crimes contra a vida, inaugurando a fase do efetivo julgamento pelo Tribunal do Júri. Por ser ainda uma decisão voltada à admissibilidade da acusação, a linguagem, o objeto e os limites desse ato devem merecer atenção e cautela do juiz pronunciante.

Assim, na pronúncia do acusado, **deverá o magistrado:**

1. Ter cuidado para não emitir juízos de certeza sobre o conteúdo da imputação, pois não é o órgão jurisdicional competente para julgar o pronunciado, o que **demandam prudência no uso de expressões e argumentos** que possam denotar um precipitado juízo de condenação, a interferir no exame da causa pelos juízes leigos;
2. Seguir, portanto, o comando do art. 413 do Código de Processo Penal – CPP, apontar os elementos dos autos que denotam a **materialidade do fato** e os **indícios suficientes de autoria ou de participação**, e indicar o(s) dispositivo(s) legal(is) em que julgar incurso a parte acusada;
3. Ter presente, todavia, que é **direito das partes** conhecer o porquê do reconhecimento ou do afastamento, não apenas dos elementos centrais do fato criminoso, mas de **todos os elementos que interferem na completa qualificação jurídica da conduta**, como as qualificadoras e as causas de aumento e de diminuição da pena;
4. Avaliar **concretamente** o *status libertatis da parte pronunciada*, para, **motivadamente**, manter, revogar ou substituir a prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada, à luz do disposto no art. 413, § 1º, no art. 282 e no art. 312 do CPP;
5. Observar que, **mesmo tendo o réu respondido preso** ao processo, é impositivo que o juiz novamente **fundamente a necessidade ou não da manutenção da prisão** – mesmo que se trate de crime grave e de natureza hedionda;
6. **Estar atento ao fato de que não satisfaz, para legitimar a prisão**, afirmar, por exemplo, que o crime revoltou a comunidade, que todos esperam maior rigor e eficiência do Poder Judiciário, que o crime traz insegurança à população e que somente a prisão restaurará a paz e a credibilidade das instituições; é preciso **apontar circunstância fática** que não seja inerente ao próprio tipo de crime praticado e que reclame a medida cautelar;
7. Identificado motivo que reclama providência cautelar, lembrar que **a prisão cautelar é a medida excepcional**, adotada **apenas** caso **outras menos gravosas** – previstas no art. 319 do CPP – se mostrem inadequadas e insuficientes para afastar o risco que a liberdade do réu pronunciado representa;

8. Caso a parte pronunciada já se encontre presa preventivamente, **reavaliar**, em razão do **tempo transcorrido** e do possível enfraquecimento das razões que a levaram a ser objeto da segregação provisória, se é adequado e suficiente substituir a prisão por cautela(s) alternativa(s);
9. Atentar para **o tempo transcorrido desde a prática do crime**, que, se for muito distante, poderá deslegitimar a prisão – salvo se apontada **concretamente** alguma circunstância não conhecida anteriormente ou que tenha surgido no curso da ação penal, que evidencie o perigo de manter a parte pronunciada solta ou sem submissão a alguma medida cautelar diversa da prisão;
10. Expressamente mencionar, se a tal conclusão chegar, que **os motivos** que legitimaram o decreto anterior de prisão preventiva – ou de outra medida cautelar pessoal – **não se alteraram, devendo ficar concretamente estabelecido esse liame.**

A PRISÃO PREVENTIVA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA

Ao prolatar sentença condenatória, o magistrado deve analisar a situação cautelar do sentenciado – preso cautelarmente ou em liberdade –, com ou sem a imposição de medidas cautelares diversas da prisão. Em qualquer dessas duas situações, o juiz deverá justificar a manutenção da medida cautelar ou a sua decretação naquele momento processual, na forma do art. 387, § 1º, conjugado com os artigos 282 e 312 também do Código de Processo Penal – CPP.

No tocante à Sentença Condenatória, tendo como certas a materialidade e a autoria delitiva, **somente poderá ser decretada a prisão se o magistrado:**

1. Atestar que se trata de crime punido com pena máxima **superior a quatro anos** (se punido até quatro anos, somente será possível a prisão se o acusado for **reincidente**, caso se trate de **violência doméstica** ou quando houver **descumprimento** de medida cautelar diversa da prisão, inclusive se ocorreu no curso do processo);
2. Demonstrar que a liberdade do réu representa, **concretamente**, risco para a ordem pública ou para a ordem econômica, não cabendo decretar a prisão a partir de meras conjecturas ou presunções;
3. Considerar que a prisão serve para assegurar a aplicação da lei penal – risco que **deve ser indicado com dados fáticos dos autos**, sendo **inadequado presumi-lo** por meio de argumentos ou expressões vagas ou com referências à gravidade abstrata do crime, à quantidade da pena ou ao regime imposto ao sentenciado.
4. Lembrar, portanto, que não basta afirmar que a prisão é necessária para preservar esses interesses cautelares, sendo fundamental apontar **detalhe(s) específico(s) do comportamento** do réu, como: **antecedentes** – mencionando quais são eles, em especial aqueles que potencialmente tenham se configurado durante o curso do processo que se está a julgar –; o **modo como praticou** o crime – desde que não seja a própria prática do tipo penal em si mesmo –; ou, ainda, sua **conduta posterior** ao delito – que justifique o uso da cautela extrema.
5. **Perceber que não é suficiente**, para legitimar a prisão, afirmar, por exemplo, **que: com a condenação haveria fuga, sem** sinalizar **concretamente elementos que apontem isso**; o crime revoltou a comunidade; todos esperam maior rigor e eficiência do Poder Judiciário; o crime traz insegurança à população; e somente a prisão restaurará a paz e a credibilidade das instituições, sem **acrescentar circunstância fática** que não seja inerente ao próprio tipo de crime praticado;
6. Indicar, também **com argumentos baseados em fatos concretos**, que esse perigo decorrente da liberdade do réu não pode ser evitado por **medida cautelar diversa da prisão**, incluindo aquelas já eventualmente em vigor;

7. Atentar para o fato de que, se o condenado já se encontrar preso preventivamente, deve **avaliar se**, em razão do tempo transcorrido e do possível enfraquecimento das razões que o levaram a ser objeto da segregação provisória, **não é adequado e suficiente substituir** a prisão por cautela(s) alternativa(s);
8. Atentar para o **tempo transcorrido desde a prática do crime**, que, se for muito distante, poderá deslegitimar a prisão – salvo se for apontada alguma circunstância não conhecida anteriormente ou que tenha surgido no curso da ação penal, determinante para evidenciar o perigo de manter o sentenciado solto, com ou sem medida cautelar diversa da prisão;
9. Observar o fato de que o tempo que o sentenciado permaneceu preso pode indicar não ter fundamento normativo mantê-lo sob custódia, devendo o juiz realizar a **detração penal** para definir a situação cautelar (além, é claro, do regime inicial de pena);
10. Considerar que **o regime fixado ou a substituição da pena privativa** de liberdade por pena restritiva de direitos é compatível com eventual medida cautelar aplicada – sobretudo com a **prisão preventiva**;
11. Expressamente mencionar – caso chegue a tal conclusão – que os motivos que legitimaram o decreto anterior de prisão preventiva – ou de outra medida cautelar pessoal – **não se alteraram, devendo ficar concretamente estabelecido esse liame**.

A DOSIMETRIA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA

O momento mais importante da atividade judicial é a decisão sobre o mérito da pretensão punitiva, quando o magistrado, à luz da imputação e com apoio nas provas produzidas e alegações oferecidas pelas partes, absolve ou condena o acusado. No tocante à sentença condenatória, a dificuldade maior do julgador é individualizar a pena do sentenciado, com respeito aos critérios positivados no Código Penal e aos princípios inscritos na Constituição da República e nos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. Os tribunais superiores exercem um controle cada vez mais rigoroso sobre as escolhas feitas pelos juízes e tribunais de origem, que devem explicitar as razões que os levaram a fazer suas escolhas sobre as espécies e as quantidades das sanções cominadas para o comportamento delitivo apurado na ação penal.

No tocante à sentença condenatória, ao dosar a pena, **deverá o magistrado lembrar que:**

1. É vedado o uso de referências vagas, genéricas ou a simples repetição de fórmulas legais, sendo exigível, ao contrário, que contextualize, com dados indicados na sentença, todas as opções fáctico-jurídicas feitas no ato decisório;
2. Não é admissível a utilização de uma mesma circunstância em mais de uma fase, sob pena de violação do *ne bis in idem*;
3. Na análise das **circunstâncias judiciais**, o fato desfavorável ao réu apontado na análise das circunstâncias judiciais não pode ser inerente ao tipo penal (p.ex. o intuito de cobiça ou de lucro fácil não pode incrementar a pena nos crimes patrimoniais);
4. Não é aceitável reconhecer a circunstância da **culpabilidade** simplesmente afirmando que o dolo do réu foi intenso, ou que ele agiu em manifesta contrariedade ou desprezo à lei, porquanto é mister apontar dados concretos dos autos que permitam concluir pela presença de um grau de reprovabilidade da conduta superior ao ordinário para o crime praticado;
5. O reconhecimento de **antecedentes** – circunstância judicial que se refere à prática ou não de outras condutas criminosas do réu, ocorridas antes do fato criminoso que se está considerando – diz respeito ao passado do réu. Não podem ser considerados como maus antecedentes: (a) fato criminoso praticado pelo réu (ainda que com sentença penal condenatória transitada em julgado) depois da data do fato delituoso objeto da sentença; (b) inquéritos policiais e ações penais em curso (conforme a Súmula n. 444 do STJ, “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”); ou (c) atos infracionais;
6. As condenações judiciais transitadas em julgado cujo cumprimento da pena tenha se dado antes dos cinco anos da prática do crime que é imputado ao réu não podem servir para efeitos de reincidência, mas podem ser utilizadas como maus antecedentes, conduta social ou personalidade, desde que sejam diferentes as condenações consideradas, sob pena de vedado *bis in idem*;

7. A valoração negativa da **conduta social** não pode incluir fatos relacionados à própria prática delitiva – a referida circunstância diz respeito à inserção do agente em seu meio (comportamento do réu na comunidade ou em seu grupo familiar) – ou o fato de o agente não estudar nem ter emprego;
8. A valoração negativa da **personalidade** do agente deve apoiar-se em circunstâncias concretas, o que afasta a simples afirmação genérica de que o réu tem “personalidade voltada para o crime” ou, ainda, que registra atos infracionais em sua adolescência;
9. As **consequências do crime** incrementam a sanção apenas se for demonstrado que se apresentam como consectários deletérios anormais do delito para a vítima ou para terceiros, como, por exemplo, quando o crime patrimonial ou contra a administração pública ocorre em elevado valor, bem superior ao comum, ou quando há evidências de abalos psicológicos à vítima que superem os normalmente decorrentes do delito (caso em que a circunstância deve vir amparada em alguma prova nesse sentido);
10. O **comportamento da vítima** nunca pode ser valorado negativamente, pois se trata de circunstância judicial que apenas pode abrandar a pena, inviabilizando, por consequência, qualquer fundamentação que agrave a pena sob a razão de que o comportamento da vítima não teria contribuído para o crime;
11. Nos crimes contra a liberdade sexual, a experiência sexual anterior ou a orientação sexual da vítima não desnaturam o delito praticado nem servem para justificar a diminuição da pena-base, a título de comportamento da vítima;
12. A lei penal estabelece, para alguns crimes, **circunstâncias judiciais específicas** a ser analisadas, como indicado, por exemplo, no art. 42 da Lei de Drogas – que prevê a consideração, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, *da natureza e da quantidade da substância ou do produto, da personalidade e da conduta social do agente* – e no art. 6º da Lei n. 9.605/1998, que impõe o dever de observar “a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente”, bem como “os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental”;
13. Por não haver, **na primeira etapa da dosimetria**, previsão legal da quantidade de pena que deve ser acrescida ou reduzida em razão de cada circunstância judicial, deve-se guiar pelo princípio da proporcionalidade para determinar tais acréscimos e reduções de pena;
14. **Na segunda fase da dosimetria**, a incidência da atenuante da **confissão** (prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal) independentemente de ela ter sido integral ou parcial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação;
15. No tocante ao **regime inicial de cumprimento da pena**, deve-se considerar o seguinte: (a) se a pena privativa de liberdade for de detenção, o regime não poderá ser o fechado, ainda que a quantidade de pena aplicada seja superior a oito anos; (b) se, por sua vez, o réu for reincidente, o regime inicial poderá ser fixado de forma mais gravosa do que o decorrente do critério da quantidade de pena; (c) a opção por regime mais gravoso deve apoiar-se na correta análise das circunstâncias judiciais do art. 59

do Código Penal, haja vista o que dispõe o art. 33, § 3º, CP; (d) na hipótese de concurso de crimes com aplicação de penas de reclusão e de detenção, o regime inicial de cumprimento para cada uma dessas penas deverá ser explicitado, podendo, inclusive, ser diversos os regimes; (e) se cabível a detração, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, deve-se descontar da pena definitiva a quantidade de dias em que o réu ficou preso provisoriamente, devendo o resultado ser enquadrado na tabela regime-quantidade de pena; (f) conforme entendimento pacificado no STF, não existe obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, sendo exigível, portanto, expressa motivação quanto a tal escolha, de acordo com as peculiaridades fáticas do caso concreto.

LINKS IMPORTANTES

Corpus927

<http://corpus927.enfam.jus.br>

Supremo Tribunal Federal

<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>

Superior Tribunal de Justiça

www.stj.jus.br/sites/STJ

Conselho Nacional de Justiça

www.cnj.jus.br/InfojurisI2/JurisprudenciaSearch.seam



ENFAM

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO
E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

+55 61 3319-7700 www.enfam.jus.br