

Validade das sentenças e decisões criminais proferidas oralmente em audiências.

Wagner Plaza Machado Junior

Introdução.

O presente estudo me é particularmente interessante, vez que tenho, na condição de magistrado criminal, profiro decisões e sentenças, na forma oral, como meio de agilizar a prestação jurisdicional, sinto que é muito mais prático colher a prova oral, debates e decisão, gravando-os em mídia, sem a necessidade da lenta e dispendiosa transcrição.

Ademais, dada a decisão ou sentença no ato, há a publicação imediata, com o início da contagem dos prazos e sem a necessidade de a unidade jurisdicional promover as intimações, seja por remessa dos autos ou por publicação, na imprensa especializada, o que é, indiscutivelmente, um ganho em celeridade e custos públicos.

Todavia, preocupa-me que a decisão seja efetiva, não somente célere, visto que, do contrário, há margens para sua anulação, o que implicará na nova realização dos atos, com os devidos gastos públicos e sério prejuízo à sociedade, em especial quando se trata da soltura de réus única e exclusivamente

na fundamentação de erro procedimental (decisão oral), mesmo que seja reconhecida a existência dos pressupostos processuais e da necessidade do cárcere – infeliz situação que já me ocorreu em alguns feitos.

Assim, debruçemos no contexto histórico do processo penal, que tem origem em uma matriz tribal e informal, até o moderno Estado de Direito, com seus inúmeros princípios e normas, passando por uma crítica ao formalismo exacerbado e burocrático da nossa legislação, e mostrando os princípios que simplificam a aplicação do Direito.

Necessário ainda discutir os conceitos de sentença e decisão interlocutória para, só então, adentrar no mérito da validade, ou não, das decisões e sentenças processuais penais proferidas oralmente. Por fim, analisar a validade da Recomendação 18/2019/DJA/CGJ, de 07 de maio de 2019, que, no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, proíbe magistrados de decidir, oralmente, quanto à decretação de prisão preventiva.

Aspectos históricos relevantes e concepção do formalismo processual.

O homem não consegue, senão, viver em sociedade. Na evolução histórica, as sociedades iniciaram com as construções familiares e passaram, de uns poucos aglomerados tribais, até os Estados modernos.

No início, o *poder de punir* era restrito ao líder da família, do clã ou da tribo. Posteriormente, na Grécia clássica e em Roma, havia a distinção entre os crimes públicos – que só geravam prejuízo à coletividade – e os crimes privados – os que produziam pouca lesão para a sociedade. Estes ficavam a cargo do ofendido, enquanto que os crimes públicos eram de responsabilidade

do Estado e, na Grécia, os cidadãos gregos participavam diretamente no exercício da acusação e jurisdição. **Os atos jurisdicionais eram totalmente orais e com publicidade.**

Em Roma, a Assembleia do Povo e o Senado recebiam as denúncias e indicavam um cidadão para promover a acusação. As provas eram apresentadas em um Tribunal previamente estabelecido com os cidadãos que iriam julgar – juízes.

Nesse sistema, havia uma ampla liberdade de acusação e de defesa, não havendo normas ou rigores para elaboração da prova. Destaca-se que o magistrado era um mero árbitro entre as partes, as votações ocorriam sem deliberação entre os julgadores. Não raro, na Grécia, os julgamentos eram compostos por 100, 500 ou até 1.000 juízes, pois se acreditava que, quanto maior o número de cidadãos envolvidos, mais próximo da justiça.

Em Roma, a distinção entre os crimes privados e públicos se manteve ao ponto de existir um Processo Penal Público e um Processo Penal Privado, este logo foi abandonado, promovendo-se uma evolução das normas processuais públicas.

Interessante que, no período monárquico, o juiz possuía a função de julgar e acusar, porém, na República Romana surge a *accusatio*, em que qualquer cidadão pode acusar, exceto o juiz, mulheres, menores e pessoas que não possuíssem garantia de honorabilidade. Vê-se que há uma divisão entre as funções de acusar e julgar e, nesse período, criou-se a premissa de o réu recorrer

ao povo da decisão; todavia, tal direito somente era dado aos cidadãos considerados romanos.

De início, os julgamentos eram feitos pelo Senado, a seguir, por cidadãos com elevadas condições morais, sociais e econômicas, **sendo os julgamentos e as votações orais**, mas, posteriormente, as votações passaram a ser secretas. Nesta fase dos votos secretos, se o acusador não comprovasse o fato ou a questão apresentada, ele passava a ser punido.

Com a queda de Roma, o processo penal germânico toma relevância. Neste sistema, mantinha-se a divisão de crimes públicos e crimes privados, mas a administração da justiça passa a ser realizada por uma Assembleia formada pelo rei, príncipe, duque o conde. A confissão era a prova absoluta; havendo confissão, o réu deveria ser condenado. Ademais, **o ônus da prova cabia ao réu**, ou seja, ele que tinha que provar sua inocência.

Nessa época vigiam os ordálios (juízos dos Deuses) e o julgamento consistia em submeter a pessoa acusada a um desafio para que provasse sua inocência, pois se acreditava que, durante a prova imposta, Deus intercederia em um milagre e a pessoa não sofreria as consequências do desafio imposto na ordália. As mais comuns ordálias eram: **provação pelo fogo** (a pessoa deveria andar de 03 a 09 passos segurando um ferro em brasa, então suas mãos eram enfaixadas e se esperava por 03 dias, quando retiradas as bandagens, se estivesse sarado, era considerado inocente. Do contrário, era culpada); **provação pela água quente** (igual a anterior, mas a mão era imersa em um caldeirão com água fervente); **provação pela água fria** (a pessoa devia ficar só com o rosto não submerso, por um tempo. Ao final, saindo da água sem efeitos, era inocente. Há

uma variante em que o acusado era amarrado e jogado a um rio ou lago; caso boiasse, era culpada, porque a água não receberia um corpo impuro. Essa variação foi a ordália mais utilizada para as bruxas); provação da cruz (duas pessoas ficavam em frente à cruz, com o braço estendido na mesma posição que Jesus Cristo, o que abaixasse o braço primeiro era o culpado) e a **provação pelo duelo** (foi a provação mais romantizada pela literatura e cinema, mas não era só usada em questões criminais, mas também para resolver questões duvidosas de propriedade ou outras que deveriam ser provadas).

Na idade moderna, entre os séculos XVI a XVIII, a monarquia passou a adotar o sistema inquisitorial, com o intuito reorganizar a defesa social que estava nas mãos e dependia da boa vontade do particular, que somente fazia “o que queria” criando um ambiente propício à impunidade além de tornar a realização da justiça muito dispendiosa. Assim, as monarquias reinantes passaram a adotar, entre os séculos XVI a XVIII, o sistema inquisitorial, esse que foi aperfeiçoado pelo Direito Canônico. Registro que, ao contrário do juízo comum, a Igreja Católica e alguns reis eram contrários às ordálias, tendo até proibido alguns dos ordálios, como por exemplo o da Cruz que foi visto como uma blasfêmia a Jesus Cristo.

Por esta sistemática, o Estado-Juiz concentrava em suas mãos a função de acusar e julgar, o que comprometia sua imparcialidade, pois o juiz que iniciava a ação penal, investigava, defendia o réu e o julgava. Neste ordenamento, o magistrado não tomava seu convencimento através das provas dos autos, mas sim, convencia as partes do seu juízo de valor no momento de iniciar a ação penal.

Após a formação dos Estados de Direito modernos, manteve-se a ideia pela qual, ocorrendo o ilícito penal, cabe ao Estado o direito de punir. Porém, agora consubstanciado na legislação material previamente existente, pois nos Estados Democráticos de Direito somente se realiza o direito punitivo através de regras previamente existentes, visando assim cercear eventuais abusos estatais. Ademais, passa a existir a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, com três personagens distintos: autor, réu e juiz.

Portanto, o processo penal acusatório moderno é analisado e interpretado a partir dos postulados estabelecidos pelas Constituições, no contexto dos direitos e garantias fundamentais, adaptando seus Códigos de Processos Penais a essa realidade. Ou seja, as legislações infraconstitucionais precisam ser interpretadas e cumpridas conforme os ditames dos princípios constitucionais e dos Direitos Humanos.

O processo penal brasileiro, regido pelo Código de Processo Penal vigente, **foi sedimentado no excesso de formalidade**, podendo-se dizer até burocrático; neste sentir, após sua edição, em outubro de 1941, foram realizadas várias modificações legislativas visando dar modernidade e celeridade processual, citando-se, em especial, a Lei 9.099/1995, que cria o Juizado Especial Criminal, e as leis editadas em 2008, Leis 11.689/2008 (novo procedimento do Tribunal do Júri), 11.690/2008 (promoveu várias modificações no sistema de provas), 11.719/2008 (promoveu grande alteração nos ritos processuais), bem com outras leis 8.862/1994, 9.520/1997 (que retirou a obrigatoriedade do consentimento do marido da mulher casada para exercer o direito à representação), 10.792/2003, 11.900/2009 (permite a videoconferência

em audiências), 12.403/2011 (medidas cautelares diversas da prisão), 12.694/2012, 13.344/2016 e 13.964/2019 (juiz de garantias)

Vemos que a **Lei 9.099/95 e as constantes no pacote legislativo de 2008 promoveram uma mudança de paradigma ou até mesmo um leve retorno à oralidade e informalidade**, afastando-se da extensa burocracia e formalidade fixadas pelo Código de Processo Penal, **sem perder de vista o respeito à legalidade, pelo devido processo legal.**

Quanto ao formalismo processual, o mestre Moacyr Amaral Santos¹, narra que vige no processo, mais do que em qualquer outro ramo do Direito, o princípio do formalismo. O próprio autor, porém, **sustenta que deve ser afastado o formalismo exagerado, que atribui à forma prevalência sobre o conteúdo ou a finalidade do ato, colocando-a como meio e não como um fim em si mesmo.**

Nessa seara, o renomado jurista Vicente Grego Filho² descreve que vige no processo civil brasileiro o sistema da legalidade das formas, que possui nuances quanto à sua rigidez. Alertando, o autor, que em épocas primitivas do direito romano **vigorava o princípio do absolutismo da lei.** Tal entendimento evoluiu, afinal o princípio foi atenuado, podendo-se afirmar que, atualmente, vige a legalidade instrumental das formas, pelo qual se admite atos exercidos de modo distinto do estabelecido em lei, desde que atinjam sua finalidade essencial.

Desta feita, necessário entender que a oralidade permanece uma constante no processo penal e que há outros princípios que validam os atos

¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 442.

² GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, p. 10-11.

promovidos, ainda quando haja desrespeito à forma prevista em lei, como os princípios da instrumentalidade das formas, da economia processual, da eficiência e *pas de nullité sans grief*.

Oralidade no processo penal.

Segundo Guilherme de Souza Nucci³ a palavra oral deve prevalecer, em alguns situações, sobre a palavra escrita, buscando enaltecer os princípios da concentração, da imediatidade e da identidade física do juiz.

Logo, o princípio da oralidade tem alguns escopos, sendo o *princípio da concentração* no fundamento em que toda a prova e o julgamento devem ser realizados em um único ato (audiência única) ou o menor número delas. Situação que leva ao *princípio da imediatidade*, sendo o contato direto do magistrado com a prova produzida, e o *princípio da identidade física do Juiz*, pelo qual o magistrado que colhe a prova e preside a instrução deve julgar o feito, vinculando-se à causa. Tal princípio está consagrado no art. 399, § 1º do CPP.

Ao sentir de Ariel Dotti, **este princípio se assenta numa das magnas exigências do processo penal, estando acima às condições da ação e de vários outros pressupostos processuais.**

Ainda na década de 90, Pedro Henrique Demercian, em sua obra “A oralidade no processo penal brasileiro”, destacava que “*a adoção desse princípio, como regra, no processo penal seria a grande solução para a*

³ NUCCI, Guilherme de Souza – Manual de Processo Penal e Execução Penal – São Paulo:2005, p. 95.

agilização dos procedimentos criminais e, até mesmo, a maneira mais viável para apuração da verdade real – na qual há fulcrar-se todo o processo penal – e a forma de se prestar com maior equidade e justiça a tutela jurisdicional”.

Neste especial, **nosso Código de Processo Civil de 1939 determinava que a sentença fosse proferida oralmente**, ao final da audiência de instrução e julgamento. A sentença era, assim, ditada pelo juiz ao escrivão, que a reduzia a termo. **Somente em audiência poderia o juiz proferir a sentença definitiva**, tanto que, se não se julgasse habilitado para proferir a decisão, designava-se nova audiência, que deveria ocorrer em dez dias para sua publicação, nos termos dos art. 271, parágrafo único e art. 272 daquele Código.

Princípios da instrumentalidade, da economia processual e da eficiência.

O mestre Humberto Theodoro Júnior⁴ leciona “que hoje domina a doutrina especializada e, aos poucos, se firma na melhor jurisprudência, segundo a qual a preocupação maior do aplicador das regras técnicas do processo civil deve privilegiar, de maneira predominante, o papel da jurisdição no campo da realização do direito material, já que é por meio dele que, afinal, se compõem os litígios e se concretiza a paz social sob comando da ordem jurídica”.

O mestre processualista entende que devem ser evitadas as discussões técnicas de ordem puramente formal, pois estes, **“não raro, sacrificam ou prejudicam o julgamento do mérito e selam a causa no plano das formalidades procedimentais”**. Nesta linha, a Ministra Nancy Andrighi, do

⁴ THEODORO JR. H – Curso de Direito Processual Civil, vol. I. ed. 59. Forense. Rio de Janeiro: 2017, p. 54/55.

Superior Tribunal de Justiça, em voto emblemático destaca que *“deixar de simplificar os atos processuais é um desserviço à administração da Justiça”*⁵.

Logo, o princípio da instrumentalidade das formas, na definição de Moacyr Amaral dos Santos⁶, *assegura válida a prática de determinado ato, ainda que exercido de modo diverso do definido em lei, desde que esteja preservada sua finalidade essencial*. Oras, este princípio visa eliminar entraves burocráticos dos procedimentos legais, primando pela efetividade da prestação jurisdicional, com uma duração razoável do processo, pois se observam as regras que primam a celeridade processual. Tal pensamento **nada mais é do que modernizar a Justiça, cumprindo o disposto constitucional da eficiência e dentro da efetiva sujeição ao princípio da legalidade**.

Em sentido contrário aos estudiosos do processo civil, processualista espanhol Jaime Guasp⁷, sustenta que, em matéria processual penal, o direito material é acessório, secundário. Suas letras nos levam a raciocinar que o direito penal não tem autonomia para incidir por si só. Ele não nega a existência do direito penal, que está constituído por enunciados constitucionais nucleares de primeira geração.

Todavia, **o processo penal é o principal, a base sem a qual não há viabilidade de produção de atos normativos constitucionais e criminais dotados de validade**. Nesse prisma, temos o processo como instituição jurídica, cujas relações de fato são disciplinadas normativamente e a preponderância do direito material ou processual, relativamente ao processo, fica na dependência do ponto de vista escolhido.

⁵ REsp 975.807/RJ

⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 277.,

⁷ GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*: tomo primeiro [introducción y parte general]. Madrid: IEP, 1968. p.34.

Interligado direto ao princípio acima, surge o princípio da economia processual, que tem por base o ideal de proporcionar as partes uma Justiça barata e rápida, e, citando Hernando Echandia (Compendio de derecho processual. 1974) “*deve tratar-se de obter o maior resultado com o mínimo de emprego de atividade processual*”.

Assim, pelo princípio supra é um desvio, uma falha, permitir ou promover atos processuais onerosos, inúteis ou desnecessários, haja vista, estes causarem prejuízo aos cofres públicos e as partes, vez que oneram indevidamente o processo e até mesmo atrasam a resolução da lide, sendo **dever do Estado dar a resposta jurisdicional no menor tempo e custo possíveis**⁸.

Por fim, mas reforçada na Constituição Federal, temos o princípio da eficiência, que segundo Alexandre Mazza⁹, “*implementou o modelo de administração pública gerencial voltada para um controle de resultados na atuação estatal. Nesse sentido, economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional são valores encarecidos por referido princípio.*”

A professora Fernanda Marinela¹⁰, ensina que o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa (Poder Judiciário é órgão da administração) seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a conseqüente redução do desperdício do dinheiro público e rendimentos,

⁸ ALVES, L.B.M. Processo Penal, parte geral. Jus Podivm. Salvador:2020. 10ª ed. P. 45.

⁹ MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁰ MARINELA, F. Direito Administrativo, 4ª ed. Impetus. Niteroi:2010, p. 43

típicos da iniciativa privada, sendo que nesta situação, o lucro é do povo; quem ganha é o bem comum. Ao final, a lição conclui que, com a Reforma Constitucional do Poder Judiciário, Emenda Constitucional 45, que introduziu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, cria a razoável duração do processo como norte do Poder Judiciário, ou seja, faz que a administração, Poder Judiciário, busque a celeridade dos processos e com isso a eficiência do provimento final.

Todo este tópico pode ser resumido no ditado popular: “JUSTIÇA TARDIA NÃO É JUSTIÇA”.

Conceito de sentença e decisão judicial.

Nosso legislador classificou os atos do juiz, nos processos, em três tipos de pronunciamentos: sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

Todavia, sabe-se estes não são os únicos atos realizados, visto que o magistrado também preside audiências, vistoria pessoas e coisas e outros. Porém, estes três principais são aqueles atos classificados, pela doutrina, como atos decisórios e esta divisão tem por finalidade permear o sistema recursal.

Segundo José Frederico Marques¹¹, “*os atos decisórios são atos de pronunciamento do juiz, que resultam de um juízo ou resolução a respeito de controvérsia, questão, ou ainda sobre o meio e modo de ordenar o procedimento.*”

¹¹ MARQUES, J F. *Manual de direito processual civil*, v. I, p. 429.

Em sua tese de mestrado, Âmalin Aziz Sant'Ana Moreira¹² descreve que a palavra “sentença” tem origem no latim *sententia*. Essa expressão traz consigo a ideia da manifestação do juiz sobre o modo como ele “sente” a causa e as pretensões opostas dos litigantes. Desse modo, é verdadeira a afirmação de que o julgador deve empregar seus sentimentos ao julgar a causa e não somente o que indica a razão. Porém, no direito brasileiro, “sentença” possui sentido mais amplo.

Para Chiovenda¹³, sentença é “*a provisão do juiz que, recebendo ou rejeitando a demanda do autor, afirma a existência ou inexistência de uma vontade concreta de lei que lhe garanta um bem ou respectivamente a inexistência ou existência de uma vontade de lei que garanta um bem ao réu.*”

O conceito legal de sentença, segundo o Código de Processo Civil atual, está disciplinado no art. 162, § 1º, que tem a seguinte redação: “**Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei**”. Os arts. 267 e 269, por sua vez, sofreram alterações em seus respectivos *caput*, e passaram a vigorar com os seguintes dizeres: “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:” e “Art. 269. Haverá resolução de mérito:”.

A sentença, no processo civil, deixa de ter aquele conceito básico de outrora, que significava “o ato pelo qual o juiz põe fim ao processo”, quando o antigo legislador trazia a existência de dois processos distintos: conhecimento e execução de sentença.

¹² MOREIRA, A. A. S. *Evolução do conceito de sentença no Direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: 2009, p. 24

¹³ CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 198.,

Hoje vigora um único processo, denominado “processo sincrético de conhecimento”. Assim, pela novel Lei n. 11.232/05, a sentença não mais põe fim ao provimento jurisdicional – tal como antes parecia ocorrer pela autonomia dos processos –, pois este se encerra somente com a efetiva entrega do bem da vida, objeto da lide, após a chamada “fase executiva”.

Já em processo penal, Guilherme da Souza Nucci¹⁴, conceitua sentença como: **decisão terminativa do processo e definitiva quanto ao mérito, abordando a questão relativa à pretensão punitiva do Estado, para julgar procedente ou improcedente a imputação.**

As sentenças, por sua vez, podem ser **condenatórias** ou **absolutórias**, e essas **próprias**, que promovem a simples absolvição do réu, sem qualquer outra consequência, ou **impróprias**, ato pelo qual o magistrado não considera o réu um criminoso, pois reconhece ser inimputável, mas impõe a ele uma medida de segurança, no interesse de sua recuperação ou cura.

O texto de lei, art. 381 do CPP, apresenta os elementos intrínsecos da sentença penal:

Art. 381. A sentença conterà:

- I** - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;
- II** - a exposição sucinta da acusação e da defesa;
- III** - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;
- IV** - a indicação dos artigos de lei aplicados;
- V** - o dispositivo;
- VI** - a data e a assinatura do juiz.

¹⁴ NUCCI, G. S. Manual de Processo Penal, 2008, p. 656.

Por **relatório**, a doutrina e jurisprudência definem como um resumo dos principais fatos ocorridos na lide, uma simples descrição da alegação da acusação e das alegações finais. A **fundamentação** é a motivação do juiz para aplicar o direito ao caso concreto.

Nesta fase da sentença, há o debate se ela é ato de inteligência ou ato de vontade do magistrado. Eduardo Couture¹⁵ apresenta uma resposta bem interessante, unindo, em verdade, os dois conceitos, concluindo: “A sentença não é um pedaço de lógica, nem é tampouco uma norma. A sentença é obra humana, criação da inteligência e da vontade, isto é, uma criação do espírito humano. Os teorizadores da concepção declarativa do processo nos mostram o juiz como um lógico, que fabrica silogismos. A lei, dizem, é a premissa maior; o caso concreto, a premissa menor; a sentença é uma conclusão. Mas a sentença tem, por sua vez, numerosas deduções particulares. E os círculos destas deduções particulares são, por sua vez, outros tantos silogismos. A sentença é, assim, uma espécie de pequena constelação de induções, de deduções e de conclusões”.

Temos ainda que a fundamentação é elemento essencial, sentença sem fundamentação é causa de nulidade absoluta, uma vez que a Constituição Federal exige a motivação em todas as decisões judiciais¹⁶.

Por outro lado, é certo que não se pode confundir falta de fundamentação com fundamentação sucinta. Ainda que incompleta ou restrita, o

¹⁵ COUTURE, Eduardo J. *Introducción al estudio del proceso civil*, p. 73-74.

¹⁶ Art. 93, IV: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

ato é admitido pelo processo penal e pode ser saneado eventual vício pelos embargos de declaração.

O **dispositivo**, por fim, é a conclusão dada ao caso (absolvição ou condenação) e, havendo condenação, deve ser dosada a pena, devidamente fundamentada.

Quanto sua forma, o art. 388 prevê que a sentença pode ser datilografada, desde que seja assinada pelo juiz. Ou seja, **pela normal processual vigente, a sentença deve ser escrita à mão.**

No mesmo trabalho de mestrado já citado, Âmalin Aziz Sant’Ana Moreira, descreve que o adjetivo “interlocutório” se origina do latim *interlocutus*, que quer dizer “pronunciado no meio”. Assim, tendo como base a origem da locução, decisão interlocutória seria aquela proferida no meio do processo – depois do pedido inicial e anteriormente à sentença. Diz ainda que “no direito romano existiam as sentenças e as interlocuções. Estas últimas abrangiam todos os pronunciamentos do juiz, no curso do processo, que não resolvessem o mérito da causa, ou seja, sem acolher ou rejeitar o pedido, o que somente poderia ser feito por meio de sentença”.

Nos termos do que está disposto no art. 162, § 2º, do Código de Processo Civil, **decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidental, do que se pode entender que poderá haver ou não apreciação do mérito da causa.** São clássicos exemplos de decisões interlocutórias no processo civil a decisão de exceção de incompetência; de suspeição ou impedimento; ou a decisão de impugnação ao

valor da causa, a concessão de liminar, o deferimento ou não de determinada prova, etc.

Sobre o prisma do processo penal acusatório, **as decisões interlocutórias são aquelas tomadas na lide, de modo que se discute uma questão incidental que não toca o mérito.** As decisões interlocutórias podem ser prolatadas desde o conhecimento do fato, ainda em fase inquisitorial, até o trânsito em julgado. Podendo serem classificadas em:

a) **Decisão interlocutória simples:** aquela que soluciona incidentes processuais, sem encerrar qualquer fase processual, por exemplo temos a decisão de concessão da liberdade provisória; que decreta a prisão preventiva ou arbitra a fiança.

b) **Decisão interlocutória mista terminativa:** encerra o processo sem julgamento do mérito, ocorrendo, por exemplo, na decisão que rejeita a denúncia; de impronúncia ou que reconhece a menoridade do réu.

c) **Decisão interlocutória mista não terminativa:** por sua singularidade, ela resolve uma questão processual, sem encerrar qualquer fase do processo e sem julgar o mérito, sendo o melhor exemplo a decisão de pronúncia.

De toda a sorte, **sentenças e decisões interlocutórias são atos jurisdicionais por excelência.**

Da validade da prisão decretada ou da sentença proferida oralmente.

Leonardo Barreto Moreira Alves¹⁷, reforça os dizeres de Guilherme Nucci quanto à necessidade, **em dadas etapas do processo penal, a palavra oral prevalecer sobre a escrita**, e assevera que, “com o advento da Lei 11.708/08, o princípio da oralidade ganhou destaque, a um porque toda a instrução probatória é produzida em uma só audiência de instrução e julgamento (art. 400, § 1º e 411, § 2º do CPP), na qual as alegações finais são, em regra, orais (art. 403 e 411, § 4º do CPP), **podendo a sentença também ser prolatada oralmente (art. 403 e 411, § 9º do CPP)**, a duas porque o art. 405, §§ 1º e 2º, do CPP permite que os **atos processuais praticados ao longo da audiência de instrução e julgamento sejam registrados apenas por meio audiovisual, sem necessidade de transcrição**, somente encaminhando-se às partes cópia do registro original “. (grifo nosso)

Ainda que o art. 388 preveja que a sentença pode ser datilografada, desde que seja assinada pelo juiz, criando a regra que ela deva ser escrita à mão, é certo que inexistem divergências que as sentenças digitadas, desde assinadas pelo magistrado, são válidas. O que impossibilita a interpretação literal do texto de lei.

Ademais, não se pode olvidar da necessidade da interpretação sistemática e das regras de conflito aparente das normas, logo a limitação à sentença de próprio punho resta afastada pelos art. 403, 405 e 411, todos do Código de Processo Penal.

Registro, assim, que embora os §§1º e 2º do art. 405 do Código de Processo Penal, não constarem, expressamente, a permissão do registro por meio audiovisual, **o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, em que pese não**

¹⁷ ALVES, L.B.M. Processo Penal, parte geral. Jus Podivm. Salvador:2020. 10ª ed. P. 61/62.

constar de forma explícita, é possível o registro audiovisual, além dos debates orais, da sentença ou decisão, sem que haja a necessidade de transcrição.

Entende-se que o §2º do art. 405 do CPP autoriza que todos os atos da audiência sejam feitos exclusivamente por meio audiovisual, em garantia dos princípios da celeridade processual e da razoável duração do processo. Este foi o tema, inclusive, do Informativo 641 do STJ, em razão do julgamento do HC nº 462.253/SC, do qual transcrevo a sua ementa:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA POR MEIO AUDIOVISUAL. TRANSCRIÇÃO PARCIAL DO SEU CONTEÚDO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 11.719/2008. FORMA ESCRITA. ART. 388 DO CPP. POSSIBILIDADE. VÍCIO FORMAL DO ATO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. A previsão legal do único registro audiovisual da prova, no art. 405, § 2º do Código de Processo Penal, **deve também ser compreendida como autorização para esse registro de toda a audiência - debates orais e sentença. 2. É medida de segurança (no mais completo registro de voz e imagem da prova oral) e de celeridade no assentamento dos atos da audiência. 3. **Exigir que se faça a degravação ou separada sentença escrita é negar valor ao registro da voz e imagem do próprio juiz, é sobrelevar sua assinatura em folha impressa sobre o que ele diz e registra. Não há sentido lógico ou de segurança, e é desserviço à celeridade.** 4. A ausência de degravação completa da sentença não prejudica ao contraditório ou à segurança do registro nos autos, do mesmo modo que igualmente ocorre com a prova oral. 5. A tese de inidoneidade dos fundamentos que embasaram o aumento da pena em 3/8, na terceira fase da dosimetria, não foi submetida ao crivo do Tribunal de Justiça, inviabilizando o exame desta Corte Superior por incabível análise originária do tema, sob pena de indevida supressão de instância. 6. Habeas corpus denegado. STJ. 3ª Seção. HC 462.253/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 28/11/2018, DJe 04/02/2019.**

Logo, não há razões que justifiquem se falar em nulidade da decisão dada durante a realização da audiência, além de que, tal exigência, se mostra um desserviço à celeridade processual.

Além da alegação de não permissão à prolação de decisões orais, os contrários à decretação de prisão, de forma oral, em audiência, alegam ofensa ao art. 5º, LXI da Constituição Federal.

Ao meu sentir, a interpretação que estão a dar quanto ao inciso LXI, do Art. 5º, da Constituição Federal, está equivocado, vez que, ao analisar de forma oral, ao final da audiência, o pedido de prisão, **o magistrado terá promovido a fundamentação e a ordem propriamente dita será escrita, ainda que somente no dispositivo**, com a posterior expedição do mandado de prisão. Oras, o ordenamento jurídico tem que ser harmônico; **logo, se o ato maior do Poder Judiciário, que é a sentença, pode ter fundamentação oral, devendo somente o dispositivo ser escrito, por que razão ato menor tem que ser escrito?**

Determinar que os fundamentos das decisões judiciais sejam sempre escritos estão a contrariar, não só a sistemática jurídica, mas também os princípios da oralidade, celeridade e da eficiência, **principalmente porque no dispositivo/ata da audiência há o resumo da decisão.**

A própria resolução 213/2015 do CNJ determina que na ata haverá somente o resumo da deliberação.

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

§ 3º A ata da audiência conterà, **apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão**, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus tratos.

Digo mais, analisando detalhadamente o fundamento da decisão paradigma, decisão liminar no AgRg no RHC 77.014, do Ministro Rogério Schietti Cruz, que deu causa à discussão e que gerou a Recomendação 18/2019/DJA/CGJ, de 07 de maio de 2019, vê-se que **naquele caso concreto inexistiu qualquer documento escrito.**

Vejamos:

DECISÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA interpõe agravo regimental contra decisão monocrática de fls. 93-94, que indeferiu liminarmente ambos os recursos em habeas corpus o primeiro, ajuizado pelo Parquet; o segundo, pela Defensoria Pública, porquanto deficientemente instruído, faltando-lhe cópia da decisão que converteu o flagrante em preventiva.

Alega o agravante que "o Ministério Público da Bahia quando da interposição do RHC requereu, chamando à atenção à 2ª Vice-Presidência do TJ-BA, quanto à necessidade de, quando da digitalização do presente processo, enviar os arquivos digitais da audiência de custódia, constantes em mídia à fl. 19, ao E. Superior Tribunal de Justiça' (Requerimento constante nas razões recursal)" (fl. 110). Assere, diante disso, que não se tratou de equívoco da parte em não instruir o processo adequadamente, mas de "um lapso do Tribunal de origem que não se atentou da necessidade de envio completo dos autos, inclusive da mídia digital que consta a audiência de custódia" (fl. 111).

Aduz, conclusivamente, que "ainda que se entenda pela impossibilidade de diligenciar a subida da mídia, os fatos incontroversos e os fundamentos levantados pelas partes, assim como as circunstâncias do caso, tornam possível a análise da existência de flagrante constrangimento ilegal a justificar a concessão da ordem de ofício" e que "o Ministério Público em suas razões reproduziu, na íntegra, os fundamentos - se é que podemos chamar de fundamentos - exarados pelo MM Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro- Bahia" (fl. 111).

Em decorrência do noticiado pelo Parquet, **solicitei à autoridade apontada como coatora que enviasse cópia escrita (transcrição) da decisão que converteu o flagrante em preventiva, não obstante a existência de reprodução feita pelo Ministério Público em suas razões de impugnação (despacho de fl. 120), para que, somente depois, apreciasse o pedido de reconsideração do decisum que indeferiu liminarmente este recurso em habeas corpus.**

Em 31/3/2017, vieram-me as seguintes informações (fl. 169): Com os meus cumprimentos, acuso o recebimento dos telegramas acima mencionados, referente ao Recurso em Habeas Corpus nº 77.014/BA, que, solicita a transcrição da decisão que decretou a constrição cautelar do Recorrente.

Informo, outrossim, que através deste, encaminho a Vossa Excelência o ofício nº 137/2017 oriundo do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Juazeiro/Ba, **com a respectiva mídia DVD contendo registro audiovisual da audiência de custódia** do paciente EDIVAN FERNANDES DA SILVA NETO, referente ao processo nº 0302381-81.2016.8.05.0146, consoante expediente anexo.

Decido. Primeiramente, faço lembrar que uma das finalidades precípua da audiência de custódia é salvaguardar os direitos fundamentais daquele que foi preso em flagrante. Entre esses direitos, insere-se a avaliação da legalidade do ato coercitivo e a necessidade de manutenção da constrição, cujo juízo valorativo, segundo precisas ponderações de Gustavo Badaró, pode ser considerado bifronte ou complexo, na medida em que "não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também valorar a necessidade de adequação da prisão cautelar para o futuro" (Parecer prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia. Disponível em: , p. 14. acesso em 7/4/2017). Assim, sob os auspícios das diretrizes traçadas pela Convenção Americana de Direitos Humanos CADH (Pacto de San Jose da Costa Rica) , o Conselho Nacional de Justiça CNJ aprovou a Resolução n. 213/2015, na qual detalha o procedimento de apresentação de presos em flagrante ou por mandado de prisão à autoridade judicial competente.

Registro que, no mencionado ato normativo, há previsão de dois protocolos de atuação: 1º) sobre aplicação de penas alternativas e 2º) sobre os procedimentos para apuração de denúncias de tortura. Na elaboração desses protocolos, segundo informação que pode ser obtida no sítio eletrônico do CNJ, foram consideradas orientações presentes, inter alia, no Protocolo de Istambul. A referida resolução detalha com maior especificidade o papel do juiz durante o ato, oferecendo-lhe algumas orientações sobre o modo de atuação e de intervenção judicial, habilitando-o, nessa perspectiva, a atuar na salvaguarda dos direitos fundamentais, notadamente no que se refere à avaliação da existência de legalidade estrita do ato de prisão e da necessidade de manutenção ou não da custódia cautelar.

Relativamente ao procedimento, prevê o art. 8º da Resolução n. 213/2015 o seguinte:

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

[...]

§ 2º A oitiva da pessoa presa será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia.

§ 3º A ata da audiência conterà, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus tratos.

§ 4º Concluída a audiência de custódia, cópia da sua ata será entregue à pessoa presa em flagrante delito, ao Defensor e ao Ministério Público, tomando-se a ciência de todos, e apenas o auto de prisão em flagrante, com antecedentes e cópia da ata, seguirá para livre distribuição.

Note-se que o referido dispositivo faculta, durante a audiência de custódia, a utilização de mídia (gravação audiovisual) para registrar a oitiva da pessoa presa e eventuais postulações feitas pelas partes. Tal faculdade, no entanto, **não permite ao magistrado desincumbir-se de fazer constar em ata escrita os fundamentos quanto à legalidade e à manutenção da prisão**, bem assim de fornecer cópia da ata à pessoa presa e a seu defensor.

Aliás, não poderia ser de outra forma. A prisão preventiva, como excepcional instrumento de restrição da liberdade individual, deve estar permanentemente sob controle judicial, quer seja para determiná-la, quer seja para permitir sua continuidade. Tal controle pressupõe, por certo, a existência de ordem constritiva escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Trata-se de garantia fundamental, que acabou sendo reproduzida pela legislação processual, a significar, em outras palavras, que a determinação judicial deve ser representada por palavras externadas por meio de letras (sinais gráficos que apontam algum significado) traçadas em papel ou em qualquer outra superfície de leitura. Esse é o método de comunicação linguística escolhida pela Constituição Federal para os casos de restrição da liberdade e que, conforme salientado, está sujeito a permanente controle judicial. Confira-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei [...] nos termos seguintes: [...] LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]

Essa mesma exigência também é feita pelo art. 283 do Código de

Processo Penal: Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente [...]

É inaceitável, portanto, que alguém tenha a prisão preventiva decretada, por força de decisão proferida oralmente na audiência de custódia, **cujo conteúdo se encontra apenas registrado em mídia audiovisual, sem que tenha sido reduzida a termo, isto é, sem que haja indicação dos fundamentos que ensejaram a constrição consignados em ata** (ou mesmo a sua degravação), como prevê o art. 8º, § 3º, da Resolução n. 213/2015 do CNJ, cuja cópia deve ser entregue ao preso, ao Ministério Público e à defesa (art. 8º, § 4º, da referida resolução).

Nesse particular, apenas para registro, faço menção à iniciativa da Justiça Federal do Rio Grande do Sul, vencedora do Prêmio Innovare 2011, que, em parceria com a Associação de Cegos do Rio Grande do Sul ACERS, constituiu uma equipe de degravadores deficientes visuais, com a conversão dos áudios em arquivos de textos. **Além do evidente ganho social com a inclusão de deficientes visuais no mercado de trabalho, tal iniciativa proporcionou celeridade ao procedimento, sem descuidar da garantia fundamental prevista no art. 5º, LXI, da Constituição Federal, reproduzida pelo art. 283 do Código de Processo Penal.**

Assim, observo, initio litis, **que o constrangimento ilegal se revela patente em razão do próprio procedimento adotado no caso, em que o Tribunal de**

Justiça da Bahia, mesmo instado por esta Corte a proceder à degravação da decisão que converteu o flagrante em preventiva, cingiu-se ao envio da própria mídia audiovisual, na qual estariam registrados os motivos ensejadores da decisão constritiva, em flagrante violação não só da Resolução n. 213/2015 do CNJ, mas também da garantia prevista no art. 5º, LXI, da Constituição Federal. Não enviou documento escrito porque, pelo visto, nada assim se registrou.

Ademais, se considerada a própria reprodução feita pelo agravante, calcada na presumível existência de boa-fé, observo que não foi declinado nenhum fundamento concreto que justifique a prisão preventiva. Nesse particular, segundo o recorrente, o conteúdo da mídia teria este teor (fl. 112):

[...] compulsando os documentos trazidos junto com a comunicação do flagrante observo que estão presentes os indícios de autoria e materialidade do crime de roubo com prática em concurso, com o uso de simulacro de arma de fogo onde é noticiado a prática de crime grave, crime grave que nos tempos de hoje, tempos hodiernos, viola e rompe a paz social, a paz e a ordem social, com o atingimento do direito das pessoas de exercerem o sagrado direito de viverem as suas vidas em paz. Desta forma, resta evidenciado sim, como requereu o Ministério Público, a necessidade de se decretar a prisão preventiva do custodiado Edvan para que se garanta, como garantia da ordem pública. Por todo o exposto, converto a prisão em flagrante do preso em preventiva. Determinando que conste no termo de audiência o mandando de prisão, servindo o próprio termo de audiência como mandado, encaminhando ele ao CPJ, determinando ainda conforme as declarações prestadas, as medidas formalizadas no termo da audiência de custódia. Dou por encerrado.

Pelos trechos transcritos, verifico, com certa clareza, que o Juiz de primeiro grau entendeu devida a prisão preventiva com base, tão somente, na gravidade genérica do delito de roubo em tese cometido, sem, no entanto, haver apontado nenhum elemento concreto que, efetivamente, evidenciasse que o acusado, em liberdade, pudesse colocar em risco a ordem pública ou a ordem econômica, ou mesmo se furtar à aplicação da lei penal.

À vista do exposto, dentro do juízo de retratação inerente ao agravo regimental, reconsidero a decisão de fls. 93-94, tornando-a sem efeito e, por conseguinte, defiro a liminar para assegurar ao acusado que aguarde em liberdade o julgamento final deste recurso em habeas corpus, se por outro motivo não estiver preso.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor dessa decisão ao Juízo de primeiro grau e à autoridade apontada como coatora, solicitando-se-lhes informações pormenorizadas, que deverão ser prestadas via malote digital.

Oficie-se ao Conselho Nacional de Justiça, para as providências, corretivas e preventivas, que entender cabíveis.

Dê-se, também com urgência e por meio do juízo impetrado, ciência às vítimas acerca da soltura do acusado, se tal ocorrer, nos termos do art. 201, § 2º, do Código de Processo Penal.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 07 de abril de 2017.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Vê-se que o colega magistrado baiano sequer reduziu a termo o resumo de sua decisão, situação diversa daquela determinada dos art. 403, 405 e 411 do CPP, bem como na Resolução 213/2015 do CNJ.

Não bastasse, consultando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontram-se posicionamentos diversos do apresentado na decisão paradigma. Segundo aquela Corte, não há vício na decretação da prisão processual unicamente porque seus fundamentos são orais. Neste sentir:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO ORAL. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. DENEGADA A ORDEM.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a ausência de transcrição dos motivos exarados oralmente para impor a prisão preventiva, por si só, não acarreta a nulidade do ato, sobretudo quando o acusado e seu defensor participaram da solenidade, pois não se verifica nenhum prejuízo ao réu em tal situação. Ressalva de entendimento do Relator.

2. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas -, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal.

3. Embora a quantidade de droga apreendida (81 g de maconha) não seja muito elevada, é idônea a motivação invocada para embasar a ordem de prisão do paciente, pois evidencia o risco de reiteração delitiva, visto que ele havia sido beneficiado com a concessão de liberdade provisória, em outra ação penal em que lhe é imputado o cometimento, em tese, de delito de mesma natureza, quando supostamente praticou o delito apurado na ação penal objeto deste writ. Além disso, conforme destacou o Juízo singular, o réu não foi encontrado para receber a citação no outro processo criminal que tramita contra si, o que sugere seu intuito de se furtar à aplicação da lei penal.

4. Denegada a ordem.

STJ – HC 497619/SC – 6ª Turma – Rel. Min. Rogério Sachetti Cruz – 27.05.2019

Observa-se, ainda, que ambas as decisões, negatória e permissiva, são exaradas pelo mesmo ministro, Rogério Sachetti Cruz, sendo que o acórdão que ratifica a legalidade da prisão, por meio oral, é posterior a decisão que anula e ordena a soltura; ademais, o acórdão é o entendimento de uma turma.

Como dito, são vários outros os julgados do STJ que validam as decisões orais promovidas em audiências que decretam prisões. Vejamos:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. FURTO QUALIFICADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO DA CUSTÓDIA FEITA DE FORMA ORAL. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO. INSUFICIÊNCIA À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. **Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva**, evidenciada na referência à reiteração delitiva, ao indicar a existência de condenação anterior pelo mesmo crime, sendo ressaltado, inclusive, que no momento do fato estava cumprindo pena em regime aberto, **não há que se falar em ilegalidade** a justificar a concessão da ordem de habeas corpus.

2. Outrossim, **quanto à alegação de nulidade do decreto prisional sob alegação de que a fundamentação deveria constar da ata da audiência de custódia, embora de todo relevante a argumentação defensiva, tenho que melhor sorte não assiste à tese defensiva, haja vista que não fora indicado o prejuízo correlato à alegação de nulidade.** Ademais, **como se observado do acórdão impugnado a Defensora Pública presente na audiência teve ciência de toda a fundamentação empregada para decretação da prisão preventiva** e também não solicitou na oportunidade a senha para acesso aos autos que têm trâmite eletrônico.

3. Havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, visto que insuficientes para resguardar a ordem pública.

4. Habeas corpus denegado.

STJ – 6ª Turma - HC 405217 / SC – Rel. Min. Nefi Cordeiro – julg. 24/10/2017, DJe 24/11/2017.

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. FUNDAMENTAÇÃO DA CUSTÓDIA FEITA DE FORMA ORAL.

POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, evidenciada na periculosidade do acusado, consistente na reiteração delitiva, pois, como bem asseverado pelo magistrado de piso, observa-se que o indiciado já responde a processo por tráfico tendo, inclusive, sido interrogado na data de hoje, além disso, teve em seu favor a revogação da prisão preventiva e concessão da liberdade provisória o que constitui base empírica idônea à decretação da prisão processual com vistas à manutenção da ordem pública, não há que se falar em ilegalidade a justificar a concessão da ordem de habeas corpus.

2. Outrossim, **quanto à alegação de nulidade do decreto prisional sob alegação de que a fundamentação deveria constar da ata da audiência de custódia, embora de todo relevante a argumentação defensiva, tenho que melhor sorte não assiste ao paciente uma vez que a defesa teve acesso à mídia onde constava a fundamentação, bem como em virtude da decisão do Tribunal de origem determinando a incorporação da fundamentação de forma escrita na referida ata, não havendo que se falar, portanto, em violação à ampla defesa e contraditório.**

3. Habeas corpus denegado.

STJ – 6ª Turma - HC 420180 / SC – Rel. Min. Nefi Cordeiro – julg. 24/10/2017, DJe 24/11/2017.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE DA DECRETAÇÃO ORAL DA CUSTÓDIA CAUTELAR. PACIENTE ACOMPANHADO DE DEFENSOR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. MANTIDOS OS FUNDAMENTOS DA SEGREGAÇÃO. PREJUDICIALIDADE NÃO VERIFICADA. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO AGENTE. QUANTIDADE DA DROGA (1.300G DE COCAÍNA) E DE DINHEIRO APREENDIDOS, ALÉM DE MUNIÇÕES, BALANÇA DE PRECISÃO E ANOTAÇÕES RELATIVAS AO TRÁFICO. RISCO DE REITERAÇÃO. INTERRUPTÃO DAS ATIVIDADES DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Não há falar em nulidade da prisão preventiva decorrente da ausência de fundamentação escrita, em razão de ter sido decretada oralmente na audiência de custódia, porquanto o paciente estava acompanhado de

defensor, não se verificando, portanto, qualquer prejuízo apto a ensejar a referida nulidade. Precedentes.

3. Esta Quinta Turma possui firme entendimento no sentido de que a manutenção da custódia cautelar por ocasião de sentença condenatória superveniente não possui o condão de tornar prejudicado o writ em que se busca sua revogação, quando não agregados novos e diversos fundamentos ao decreto prisional primitivo.

4. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. No caso em apreço, a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstradas pelas instâncias ordinárias, com base em elementos extraídos dos autos, a gravidade concreta da conduta e a periculosidade do paciente, evidenciada pela quantidade de droga apreendida - 1.300g de cocaína - e de dinheiro - R\$ 39.000,00 (trinta e nove mil reais) -, circunstâncias que, somadas à apreensão de balança de precisão, munições calibre .32, bilhetes e cadernos relativos à contabilidade do tráfico de entorpecentes, demonstram risco ao meio social. Ademais, ressaltou-se o risco concreto de reiteração, pois restou consignado na sentença que o tráfico era realizado "há um considerável período de tempo e de maneira habitual pelos acusados, que realizavam inúmeras entregas por dia e possuíam vasta clientela, auferindo expressivo lucro com o comércio espúrio". Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação.

5. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.

6. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.

7. Habeas corpus não conhecido.

STJ – 5ª Turma – HC 510712/SC – Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, julg. 05/09/2019. DJe 19/09/2019

Das leituras dos acórdãos, vê-se que os Exmos. Ministros reforçam que os decretos prisionais orais devem ser mantidos, pois estavam devidamente fundamentados. Igualmente, reforçam que inexistente vício processual que possa macular a prisão.

Neste diapasão, no sistema processual penal, vige o princípio do “*pas de nullite sans grief*”, pelo qual inexistente nulidade, **a não ser que do ato advenha prejuízo para as partes**. Vejamos o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Como sabido, as nulidades processuais penais se dividem em Absolutas e Relativas, sendo absolutas aquelas que têm nítida infração ao interesse público, devendo, assim, serem anuladas, de ofício, pelo magistrado; já as nulidades relativas dependem de requerimento da parte e necessita que seja demonstrado o prejuízo.

Nesta seara, a sistemática processual é orientada por princípios, dentre eles se destaca, novamente, o *princípio da economia processual*, pelo qual não se refaz o ato, caso não advenha qualquer prejuízo concreto. Este princípio tem por base que não serão realizados gastos materiais públicos e das partes, bem como tempo.

Conforme leciona Guilherme de Souza Nucci¹⁸ **o princípio da economia processual se aplica inclusive às nulidades absolutas**, apesar do conceito processual de nulidade absoluta persistir, a classificação do ato transforma-se de absolutamente viciado para relativamente falho.

O princípio *não há nulidade provocada pela parte* é alto explicativo, bem como o princípio que *não há nulidade por omissão de formalidade que só interessa à parte contrária*.

Destaca-se, ainda, a existência do *princípio que não há nulidade de ato irrelevante para o deslinde da causa*, por tal princípio não se anula um ato

¹⁸ NUCCI, G. S. Manual de Processo Penal, 2008.

que não houver influenciado na apuração da verdade real ou na decisão da causa.

Ao final, a doutrina traz o *princípio da nulidade de ato processual relevante para desencadear a dos consequentes*, que em verdade trata de nulidade por derivação.

Logo, não há que se falar em qualquer nulidade que enseje a revogação das prisões oralmente promovidas, em audiências, desde que devidamente fundamentadas e que sejam realizadas na presença das partes ou que estas possam ter acesso à mídia em que se encontra o fundamento, pois estes pronunciamentos judiciais obedecem à nova sistemática processual.

Logo, tais decisões estão tecnicamente perfeitas e devem ser mantidas, neste especial o pensamento do mestre Carnelutti¹⁹: “Quando o ato jurídico, em particular o ato processual, está provido de todos os seus requisitos, é dito que é perfeito. À perfeição do ato, no qual se expressa a presença de todos os seus requisitos, opõe-se sua imperfeição, a qual se resolve, reciprocamente, na ausência de algum de seus requisitos, isto é, na presença de algum vício. Da perfeição do ato deriva sua eficiência. Da imperfeição do ato pode derivar sua ineficiência. A perfeição é conceito estático; a eficácia é conceito dinâmico; a primeira refere-se ao ser do ato, a segunda a seu operar. O ato é eficaz ou ineficaz segundo produza ou não efeitos jurídicos”.

Da orientação da Corregedoria Geral de Justiça pelo qual as decisões que decretam prisões processuais devem ser, obrigatoriamente, escritas.

¹⁹ CARNELUTTI, F. Instituições de Processo Civil, vol. I, Ed. Servando, 1999, p. 582.

De proêmio, registro que os **atos judiciais são pronunciamentos deliberativos do juiz no curso do processo se destinando à movimentação do processo ou a um julgamento do processo ou a um julgamento.**

Neste sentir, são considerados ATOS JURÍDICOS, a sentença, seja absolutória ou condenatória, a decisão que converte a prisão em flagrante em prisão preventiva, a decisão que analisa a presença ou ausência dos requisitos básicos de configuração das medidas cautelares, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, dentre outras.

Em se tratando de ATO JURISDICIONAL, o Conselho Nacional de Justiça já exarou inúmeras decisões no sentido que **não é cabível sanção administrativa decorrentes da interpretação dada pelo magistrado ao caso concreto** (mérito no julgar). Vejamos:

RECURSO ADMINISTRATIVO EM PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. **MATÉRIA JUDICIALIZADA**. IMPROVIMENTO. 1. **O conhecimento de pedido para a adoção de providências contra decisão judicial não se insere dentre às competências deste Conselho.** 2. De acordo com diversos precedentes desta Casa, **a prévia judicialização constitui óbice intransponível para análise de mérito.** 3. Recurso que se conhece e nega provimento. (CNJ - RA – Recurso Administrativo em PCA - Procedimento de Controle Administrativo - 0004868-94.2013.2.00.0000 - Rel. DEBORAH CIOCCI - 181ª Sessão - j. 17/12/2013).

RECURSO ADMINISTRATIVO. RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. **INSATISFAÇÃO COM O MÉRITO DE DECISÃO JUDICIAL**. AUSÊNCIA DE FATOS NOVOS A ENSEJAR A REAPRECIÇÃO DOS FATOS. EXAME DE MATÉRIA JURISDICIONAL. ARQUIVAMENTO MANTIDO. **RECURSO IMPROVIDO**. I. Incabível reapreciação dos mesmos fatos. II. Erros de que padeça a decisão judicial são alacáveis pelas vias processuais adequadas; **III. Incabível ao CNJ a análise e revisão do mérito de decisões de cunho nitidamente jurisdicional.** IV. Recurso improvido. (CNJ - RA – Recurso Administrativo em RD - Reclamação Disciplinar - 0005731-84.2012.2.00.0000 - Rel. FRANCISCO FALCÃO - 175ª Sessão - j. 23/09/2013).

Nota-se, portanto que as Corregedorias de Justiça, assim como o Conselho Nacional de Justiça, têm competência para fiscalizar apenas os atos administrativos e disciplinares do Poder Judiciário e seus serviços auxiliares, e **não os ATOS JURISDICIONAIS, ainda que na sua forma, desde que o conteúdo atinja seu objetivo.**

Portanto, a orientação emanada da Corregedoria Geral de Justiça, no expediente 18/2019/DJA/CGJ, de 07 de maio de 2019, que determina que as decisões que decretem prisão processual devem ser escritas, em sua totalidade, não tem poder vinculativo e seu descumprimento, ao meu sentir, não pode implicar em qualquer sanção ao magistrado.

Conclusão.

O desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, Dr. Marcelo Gobbo Della Dea, enquanto ministrava, à minha turma, aulas de Direito Penal, na Faculdade UNIFOZ, dizia que “o Direito não é rígido ou estanque, ele deve ser semelhante à massa de modelar ou aquelas ´geleias que as crianças brincam´, vez que o Direito tem que acompanhar as evoluções, se moldar conforme a sociedade muda”. Concluía que “a sociedade é rápida em evoluir, em especial neste século, e nem sempre o Direito consegue acompanhar tais mudanças, mas ele tem que fazer isso. Do contrário, se o Direito não acompanhar a sociedade, ele não tem utilidade”.

Esta singela lição resume bem a evolução do Direito, pois vimos, de forma breve, que o Direito Penal e o Processo Penal evoluíram das relações

tribais às sociedades modernas, das meras vontades do líder à legislação positivada, com amplo arcabouço jurídico, sustentado em princípios e nas Constituições.

Por outro lado, o processo partiu de uma situação informal para várias fórmulas, criando um sistema processual muitas vezes complexo e burocrático.

Todavia, com o advento da Constituição Federal/88 e a eficiência esperada da Administração Pública, do qual o Poder Judiciário faz parte, os ritos vêm sendo simplificados para que a concessão da tutela jurisdicional seja mais simples, célere e barata. Logo, os princípios da instrumentalidade das formas e economia processual ganham destaque e a celeridade processual atinge *status* de garantia individual, sendo forjado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

A par, a sociedade atual evolui de forma tão rápida que nunca fora anteriormente apreciada pelas gerações pretéritas, com constantes mudanças decorrentes dos meios científicos, tecnológicos e pela troca de informações do novo mundo globalizado.

Neste sentir, o Direito e os aplicadores do Direito não podem se manter inertes e devem acompanhar as novas realidades sociais e tecnológicas, bem como, os novos conflitos que surgem.

É primordial que o legislador crie as normas necessárias à evolução/atualização do Direito, porém o processo legislativo nem sempre acontece e, por suas características próprias, esse processo é lento.

De outro norte, o Poder Judiciário é chamado a resolver conflitos nunca antes visto, sem uma legislação de respaldo ou até mesmo precisa rejeitar textos de leis infraconstitucionais que não mais servem à realidade. Algumas questões primeiro foram conhecidas e resolvidas pelo Poder Judiciário antes do Poder Legislativo regular, como a reprodução assistida e os crimes cibernéticos. Em outros, somente há decisões judiciais para nortear questões, como exemplo a relativização da coisa julgada em decorrência dos exames científicos de última ponta, como o DNA em investigações de paternidade e ações penais; casamento e Direito Homoafetivo; aborto de anencéfalo; *fake news*; e direito sanitário em épocas de pandemia decorrente do COVID 19.

Não se concebia, há poucos meses, que todo o Poder Judiciário e o Poder Legislativo tivessem que funcionar de forma remota, com sessões e julgamentos por videoconferência; que nossos filhos, desde a mais terna idade escolar, passassem a ser educados por professores através da internet e que os educadores precisassem ser *youtubers*.

Nesta seara, a aplicação do Direito e sua interpretação devem se submeter e utilizar os recursos tecnológicos atuais, dando nova formatação a ritos e fórmulas. Oras, ninguém discute que o art. 388 do CPP²⁰ não pode ser aplicado na sua forma posta na lei e, quase a totalidade dos magistrados sentenciam através de seus computadores, situação que o legislador de 1.941 não poderia sequer conceber.

²⁰ Art. 388: A sentença poderá ser datilografada e neste caso o juiz a rubricará em todas as folhas.

Assim, sentenciar e decretar prisões de forma oral, ao final de audiências, além de implicarem em celeridade e economia processual, possui respaldo em nossa legislação e, portanto, tem validade jurídica, não havendo vícios ou nulidades.

Para tanto, **porém, os atos decisórios devem ser devidamente fundamentados no caso concreto e serem proferidos na presença das partes ou que estas tenham, oportunamente, contato com a mídia em que está gravada.**

Por fim, penso que decidir de forma oral reforça o próprio significado de sentença, que na sua origem linguística é o *sentir*, o que sentiu o magistrado que é mais justo naquela situação.