

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO CURITIBA**

**MARIA CECILIA DE PAULA PRESTES**

**FUNDAMENTAÇÃO DO JUIZ NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

**CURITIBA  
2015**

**MARIA CECILIA DE PAULA PRESTES**

**FUNDAMENTAÇÃO DO JUIZ NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Projeto de pesquisa apresentado como requisito avaliativo à disciplina de Metodologia da Pesquisa Jurídica do Curso de Pós-Graduação em Direito Aplicado, ofertado pela Escola da Magistratura do Paraná.

Professor: José Laurindo de Souza Neto

**CURITIBA  
2015**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**MARIA CECÍLIA DE PAULA PRESTES**

### **FUNDAMENTAÇÃO DO JUIZ NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Curitiba, de de 2015.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico o presente trabalho a  
todos os estudiosos do direito.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente ao grande estudioso do direito e que serve de espelho pelos ensinamentos proferidos, me conduzindo pelos caminhos da pesquisa com paciência e maestria: professor Dr. Desembargador José Laurindo de Souza Netto.

Agradeço a todos os meus amigos, parentes, familiares que de uma forma ou de outra contribuíram para esta conquista.

Agradeço aos meus pais Rosane de Paula Prestes e João Galvão Prestes que me criaram e me deram o suporte para enfrentar as dificuldades da vida.

Agradeço aos meus colegas de trabalho atuantes junto a Promotoria de Justiça de Infrações Penais contra Crianças, Adolescentes e Idosos, em especial a Promotora de Justiça Dra. Tarcila Santos Teixeira, a qual serve de inspiração para prosseguir na jornada acadêmica.

Agradeço, em especial, a minha amiga e também colega de trabalho, Agda Zorzan, que além de seu apoio incondicional durante a realização deste trabalho, sempre me incentivou pela busca do conhecimento.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 DA PRISÃO PREVENTIVA.....</b>	<b>9</b>
2.1 CONCEITO .....	9
2.2 PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS.....	12
2.3 PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA .....	21
<b>3 FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES .....</b>	<b>23</b>
3.1 PRINCÍPIOS.....	23
3.1.1 Princípio da motivação .....	24
3.1.2 Princípio da presunção de inocência.....	28
3.1.3 Princípio da excepcionalidade .....	33
3.1.4 Princípio da proporcionalidade .....	36
<b>4 CONSEQUÊNCIAS DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO .....</b>	<b>41</b>
4.1 DA BANALIZAÇÃO DAS DECISÕES .....	41
4.2 NULIDADES DA DECISÃO PELA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO .....	45
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>57</b>

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo primordial tratar da problemática da prisão preventiva, abordando os pressupostos e fundamentos, bem como conceitos e princípios, trazendo a baila os seguintes princípios da excepcionalidade, proporcionalidade, presunção de inocência e por fim da motivação. Ainda, tratar-se-á dos prazos da prisão preventiva, nulidade das decisões, trazendo os vícios que assolam as decisões dos juízes. Abordar-se-á a questão da banalização das decisões quando fundamentam a decretação da prisão preventiva. Será fundamentado com decisões dos tribunais superiores, bem como com doutrinadores que abordam de maneira exemplar o tema. Ainda, conceituar-se-á os principais fundamentos da prisão preventiva e também as quatro modalidades de vícios na nulidade da motivação, sendo eles contradição, ausência de fundamentação, motivação *per relationem* e motivação implícita.

Palavras chave: prisão preventiva, prisão, nulidade, pressupostos e fundamentos e motivação.

## 1 INTRODUÇÃO

No primeiro capítulo será abordado a sistemática da prisão preventiva, conceito, pressupostos e fundamentos da prisão, discriminando os pressupostos mais importantes para o ordenamento jurídico, bem como o prazo da prisão preventiva. Abordando de forma profunda os pressupostos e conceitos, trazendo à baila a discussão enfática do tema.

Deve-se atender a possibilidade da decretação da prisão preventiva, se estão preenchidos os requisitos ensejadores da medida em estudo, ou seja, é imprescindível a existência do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, para o primeiro é necessário à exigência de que o fato investigado seja criminoso, bem como da existência de indícios de autoria e prova da materialidade da infração em apuração, já para o segundo diz respeito à necessidade de segregação da acusação, antes mesmo da condenação, por se tratar de pessoa perigosa ou que esta prestes a fugir.

Ademais, serão abordados os fundamentos da prisão preventiva previsto no artigo 312 e 313 do Código de Processo Penal, sendo eles garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; garantia da futura aplicação da lei penal; descumprimento de obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Tratar-se-á no segundo capítulo da fundamentação das decisões e seus princípios, abordando os quatro princípios que norteiam a prisão preventiva, bem como a sua decretação.

Verificar-se-á a forma de abordagem da motivação nas decisões de prisão preventiva, especificando a possibilidade de nulidade das decisões, bem como os princípios que norteiam a prisão preventiva, sejam eles o princípio da motivação, instituto mais importante, o qual visa esclarecer que a todas as decisões devem ser devidamente fundamentadas; o princípio da excepcionalidade que dispõe sobre o caráter excepcional da prisão preventiva, devendo ser aplicada como *última ratio* do ordenamento jurídico brasileiro; princípio da presunção de inocência em que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo um desdobramento do princípio da excepcionalidade, haja vista que não pode ser utilizada como antecipação de pena, previsto constitucionalmente;

princípio da proporcionalidade em que a pena deve ser aplicada de forma proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente.

Abordar-se-á no terceiro capítulo a consequência da falta de fundamentação, trazendo a questão polêmica da banalização das decisões, as quais vêm sendo utilizada de forma desmoderada e desproporcional, quando deveria ser usada como *última ratio*.

Ainda, será abordada a questão das nulidades das decisões ante a ausência de motivação, quando a mesma é anulada. Serão tratados das quatro modalidades de vícios que norteiam as nulidades, quais sejam ausência de fundamentação, contradição, motivação *per relationem* e motivação implícita, conceituando-os de forma sucinta, trazendo a baila a problemática que envolve e acarreta as nulidades.

Nesta senda será verificado se pode ocorrer nulidades nas decisões e quais são os motivos ensejadores de tais nulidades, trazendo de forma discriminada os principais motivos e suas peculiaridades.

## 2 DA PRISÃO PREVENTIVA

### 2.1 CONCEITO

Trata-se de instituto previsto no ordenamento jurídico brasileiro, respaldado pelos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal<sup>1</sup>, bem como pelo artigo 5º, LXI, da Constituição Federal<sup>2</sup>.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

(...)

---

<sup>1</sup> Código de Processo Penal. Acessado em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.html).

<sup>2</sup> Constituição Federal: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html).

A prisão preventiva tem natureza cautelar, sendo um dos mais importantes institutos que constituem a pedra angular de toda a prisão processual.

Nas palavras de Luis Flávio Gomes<sup>3</sup>:

O eixo, a base, o fundamento de todas as prisões cautelares no Brasil residem naqueles requisitos da prisão preventiva. Quando presentes, pode o juiz fundamentadamente decretar qualquer prisão cautelar; quando ausentes, ainda que se trate de reincidente ou de quem não tem bons antecedentes, ou de crime hediondo ou de tráfico, não pode ser decretada a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O objetivo da prisão preventiva é garantir a execução da pena, a preservação da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal, ou ainda para assegurar a aplicação da lei penal, desde que haja prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Claus Roxin<sup>4</sup> em conceituação mais sintética, afirma que “*a prisão preventiva no processo penal é a privação da liberdade do imputado para o fim de assegurar o processo de conhecimento ou a execução da pena*”.

A possibilidade da decretação da prisão preventiva pressupõe a existência do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, ou seja, é a exigência de que o fato investigado seja criminoso, bem como da existência de indícios de autoria e prova da materialidade da infração em apuração, já o segundo diz respeito a necessidade de segregação da acusação, antes mesmo da condenação, por se tratar de pessoa perigosa ou que esta prestes a fugir<sup>5</sup>.

Conforme o ilustríssimo orientador José Laurindo de Souza Netto<sup>6</sup>:

No Brasil, a decretação da prisão cautelar exige vinculação a elementos objetivos e verdadeiros existentes no caso concreto, além do que deverá ficar demonstrada a presença de dois pressupostos lógicos: *fumus commissi delicti* e o do *periculum lum libertatis* (risco de liberdade do investigado ou acusado). É necessário que o magistrado analise os fundamentos que o levaram para decretação, quais sejam, garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal.

---

<sup>3</sup> GOMES, Luís Flavio. **Revista Jurídica Número 189**. Porto Alegre: Síntese. 1994.

<sup>4</sup> ROXIN, Claus. CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas Cautelares Pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011. P.232.

<sup>5</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo/GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Esquemático**. Coordenador Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 378.

<sup>6</sup> NETTO, José Laurindo de Souza. **A motivação inadequada da decisão que decreta a prisão preventiva como elemento do estado de exceção**. Em sede de publicação. 2015. P. 12.

Ainda, não deve o autor da infração penal ter praticado fato nas condições previstas no artigo 314 do Código de Processo Penal, *in verbis*.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do artigo 23 do Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.<sup>7</sup>

A prisão preventiva poderá ser decretada durante o processo administrativo investigatório, bem como durante o curso da ação penal, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico conforme acima citados.

Com o advento da Lei 12.403/2011, a prisão preventiva caberá em 3 (três) situações, quais sejam, conforme assevera Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves<sup>8</sup>:

a) quando o autor da infração tiver sido preso em flagrante e o juiz, ao receber a cópia do auto no prazo de 24 horas da prisão, convertê-la em preventiva. Nesse caso não é necessário requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, conforme se depreende da própria leitura do artigo 310<sup>9</sup> do Código de Processo Penal. Com efeito, diz o caput do referido artigo que o juiz, ao receber a cópia do auto de prisão em flagrante “devera” relaxá-la se for ilegal, convertê-la em preventiva ou conceder a liberdade provisória, isto é, o fato de ter havido prisão em flagrante de o indiciado estar no cárcere permite que o juiz, de ofício, tome qualquer das providências que o texto legal elenca. Este mesmo dispositivo dispõe que o juiz só decretará que a prisão preventiva se concluir que são inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, previstas nos artigos 319 e 320 do CPP (monitoramento eletrônico, recolhimento domiciliar e etc.).

b) quando o autor da infração não tiver sido preso em flagrante, mas as circunstâncias do caso em concreto demonstrarem a sua necessidade. Nessa hipótese, o juiz não pode decretar a prisão de ofício, durante as investigações policiais, mas apenas se houver requerimento da acusação ou representação da autoridade policial. (...). Assim, apenas em decorrência de representação deste ou mediante requerimento do destinatário das investigações (Ministério Público ou querelante) é que pode ser decretada a preventiva nesta fase. Durante o tramitar da ação penal a

<sup>7</sup> Código de Processo Penal: fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.html)

<sup>8</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo/GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Esquematizado**. Coordenador Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 380.

<sup>9</sup> Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

decretação pode se dar de ofício em razão do requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente de acusação.

c) quando o acusado descumprir, injustificadamente, medida cautelar diversa da prisão anteriormente imposta. A lei 12.403/2011 criou diversas modalidades de cautelares diversas da prisão, que podem ser decretadas pelo juiz, quer o indiciado tenha sido preso em flagrante (liberdade provisória com imposição de cautelar), quer esteja solto. Em qualquer caso, o descumprimento da medida justificara a substituição por outra, a cumulação de medida ou, em último caso, a decretação da prisão preventiva (art. 282, parágrafo 4º do CPP).

Através de decisão fundamentada, somente o juiz poderá decretar a prisão preventiva, se a ação penal for de competência dos tribunais, a prisão só poderá ser decretada por desembargador ou ministro que for relator da ação penal.

## 2.2 PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS

Como toda medida cautelar, é imprescindível a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, todavia, na prisão preventiva, tais pressupostos são representados pelo *fumus comossi delicti* e do *periculum libertatis*, respectivamente.

Assim, os requisitos da prisão preventiva estão elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal já citado acima, denominados como *fumus comissi delicti*, conforme aborda Gustavo Badaró<sup>10</sup>:

“Há dois aspectos a serem considerados: (1) existência do crime; (2) autoria. Quanto a existência do crime, ou seja, a materialidade delitiva, é necessário que haja “prova”, isto é, certeza de que o fato existiu. Neste ponto, há uma exceção ao regime normal das medidas cautelares, na medida em que para a caracterização do *fumus boni iuris* há determinados fatos sobre os quais o juiz deve ter certeza, não bastando a mera probabilidade. Já quanto a autoria delitiva, não se exige que o juiz tenha certeza da autoria, bastando que haja elementos probatórios que permitam afirmar, no momento da decisão, a existência de “indício suficiente”, isto é, a probabilidade da autoria. Cabe destacar, que neste ponto, a expressão indício foi utilizada no sentido de uma simples “prova leva” ou uma prova semiplena de autoria.

Em relação a prova da existência do crime<sup>11</sup>, tal característica poderá ser demonstrada entre diversas formas, como por exemplo, nos crimes em que deixam

---

<sup>10</sup> BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. P. 737.

<sup>11</sup> DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3.Ed. Rev.ampl. Atual.nBahia. JusPodivm, 2015.

vestígios é necessário o exame de corpo de delito, isto é, laudo pericial; no crime de tráfico de drogas, pelo laudo de constatação da natureza da droga.

Assim, o pressuposto da prisão preventiva exige prova cabal da existência do crime e indícios suficientes da autoria, não sendo possível a decretação desta baseada unicamente em provas insuficientes ou em suposições.

Ademais, se o agente estiver amparado pelas excludentes de ilicitude (art. 23 do Código Penal) e culpabilidade, e em caso da prática de contravenções penais, igualmente não será possível a decretação da prisão preventiva, e o agente permanecerá em liberdade.

Nesta senda, já que se há fortes elementos de que o agente está amparado de excludente de ilicitude, bem como excludentes de culpabilidade, não resta preenchido o *fumus commissi delicti* não havendo que se falar em decretação da prisão preventiva.

Saliente-se ainda, que a prisão preventiva somente é cabível nos crimes dolosos punidos com reclusão, com detenção, ou verificada a reincidência do réu desde que previstas quaisquer das circunstâncias do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Julio Fabrini Mirabete<sup>12</sup> assevera que:

Assim, permite-se a prisão preventiva em todos os crimes dolosos punidos com reclusão. Nos crimes punidos com detenção nas hipóteses do réu vadio ou que fruste a sua identificação; e nos crimes punidos com qualquer pena privativa de liberdade quando se tratar de criminoso que será considerado reincidente em crime doloso se condenado. Não se impede, inclusive, a decretação da prisão preventiva no caso de crime afiançável.

Destarte, o Ministério Público não estará obrigado a requerer a prisão preventiva, tampouco o Juiz de decretá-la, se for possível a aplicação de medida cautelar diversa.

Em relação aos fundamentos da prisão preventiva, entende-se *periculum libertatis*, é imprescindível analisar os motivos que embasam o juiz na decisão da decretação de referido instituto, observando o estampado no artigo 312, parágrafo único do Código de Processo Penal. São eles:

### **Garantia da ordem pública (art. 312, *caput* do CPP);**

---

<sup>12</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2005. P. 419.

Aplicável quando se mostra necessário afastar o autor do fato da sociedade, haja vista que apresenta periculosidade ao meio social, devendo ceder a liberdade do acusado em prol do resguardo dos direitos da sociedade, bem como quando há possibilidade de reiteração criminosa. Ainda, diante da gravidade do delito cometido, tendo em vista as circunstâncias do crime no caso concreto.

Ademais, a Constituição Federal prevê que para crimes hediondos são inafiançáveis, desta forma o agente que cometer infrações penais tidas como hediondas será mantido encarcerado, diante da gravidade que o próprio ordenamento jurídico estabelece na tipificação do crime. Todavia, é cabível prisão preventiva em crimes afiançáveis, desde que as circunstâncias da execução do crime indiquem a necessidade da custódia cautelar.

José Laurindo de Souza Netto assevera que *“no âmbito da prisão preventiva como instrumento da garantia da ordem pública, não há dúvida de que esta prerrogativa discricionária do juiz se revela mais dramática, uma vez que há maior possibilidade de arbítrio no lidar com a liberdade individual.”*<sup>13</sup>

Os tribunais superiores têm utilizado como conceito de garantia a ordem pública diversos elementos, como “comoção social” “periculosidade do réu”, “perversão do crime”, “insensibilidade moral do acusado”, “credibilidade da justiça”, “clamor público”, “repercussão na mídia” e “preservação da integridade física do indiciado”.<sup>14</sup>

Todavia, existem três correntes na doutrina e na jurisprudência, utilizando conceito e da possibilidade da decretação da prisão preventiva como requisito “garantia da ordem pública”, segundo Renato Brasileiro de Lima.

A primeira corrente, **minoritária**, utiliza tal requisito como espécie de cumprimento antecipado da pena, não sendo um fundamento cautelar.

Nesse sentido, colhe-se o entendimento de Renato Brasileiro de Lima<sup>15</sup>:

Para os adeptos dessa primeira corrente, medidas cautelares de natureza pessoal só podem ser aplicadas para garantir a realização do processo ou de seus efeitos (finalidade endoprocessual), e nunca para proteger outros interesses, como o de evitar a prática de novas infrações penais (finalidade extraprocessual).

---

<sup>13</sup> NETTO, José Laurindo de Souza. **A motivação inadequada da decisão que decreta a prisão preventiva como elemento do estado de exceção**. Em sede de publicação. 2015. P. 13.

<sup>14</sup> BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. P. 738.

<sup>15</sup> DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3.Ed. Rev.ampl. Atual.Bahia. JusPodivm, 2015. P. 938.

Sendo assim, a prisão preventiva acaba sendo utilizada como uma espécie de pena, seja ela, a prevenção geral ou a segurança da sociedade, como bem explica Renato Brasileiro citando Odone Sanguiné<sup>16</sup> “está se desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira esta chamada a cumprir.”

Já a segunda corrente majoritária, também chamada de *caráter restritivo*, visa assegurar a persecução penal, bem como impedir que o réu possa voltar a delinquir, resguardando o princípio da prevenção geral.

Nas palavras de Antonio Scarance Fernandes<sup>17</sup> “se com a sentença e a pena privativa de liberdade pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de cometer delitos, esse objetivo seria acautelado por meio da prisão preventiva.”

Para esta corrente, a garantia da ordem pública é preservada com a decretação da custódia cautelar, uma vez que pode instalar-se uma pseudossensação de impunidade ao sentimento coletivo, gerando grande intranquilidade à população e descrédito à Justiça.

De acordo com o entendimento jurisprudencial, é sabido que “no conceito de ordem pública, insere-se a necessidade de preservar a credibilidade do Estado e da Justiça, em face da intranquilidade que os crimes de determinada natureza vêm gerando na comunidade local” (RT 594/408), razão pela qual, por este fundamento, a decretação prisional preventiva é medida necessária.

De outro lado, a possibilidade de evasão do distrito da culpa, bem como a reiteração criminosa vêm a corroborar da mesma forma a conveniência da sua segregação provisória.

Destarte, se analisados todos os requisitos de forma conjunta, há a possibilidade da imposição da medida cautelar, todavia, se analisados de forma isolada não será apta a decretação de tal medida.

Ademais, somente com o clamor público, gravidade abstrata, periculosidade do agente e reiteração criminosa, de forma isolada, não há possibilidade da prisão, sendo obrigação do Estado manter a ordem e garantir a paz no meio social, não podendo imputar ao agente a incapacidade do Estado.

---

<sup>16</sup> DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3.Ed. Rev.ampl. Atual.Bahia. JusPodivm, 2015. P. 938.

<sup>17</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2000. P.302.

Por fim, a terceira corrente, de *caráter ampliativo*, prevê que a prisão preventiva se mostra necessária, devendo a liberdade do agente exceder em prol do clamor público e da garantia da ordem pública.

Para Fernando Capez<sup>18</sup> “a brutalidade do delito provoca comoção no meio social, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, de tal forma que, havendo *fumus boni iuris*, não convém aguardar-se até o trânsito em julgado para só então prender o indivíduo”.

Cumpra observar ainda que, conforme entendimento do egrégio STJ, “*eventuais condições pessoais favoráveis do paciente, como bons antecedentes, residência fixa, ocupação lícita, etc., não são garantidoras de direito subjetivo à liberdade provisória, se outros elementos dos autos recomendam a custódia preventiva.*”<sup>19</sup>

Neste sentido:

RHC. CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO. REVELIA DO RÉU. RELEVÂNCIA. PROCRASTINAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS DO PACIENTE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À LIBERDADE PROVISÓRIA. RECURSO DESPROVIDO. I. Não se configura constrangimento ilegal quando a defesa contribuiu para a demora na instrução do processo, sendo certo que a revelia do paciente foi relevante para o atraso. II. A procrastinação não se justificaria se provocada arbitrariamente pelo Juízo ou pelo Ministério Público, o que não ocorreu na espécie. III. Eventuais condições pessoais favoráveis do paciente, como bons antecedentes, residência fixa, ocupação lícita, etc., não são garantidoras de direito subjetivo à liberdade provisória, se outros elementos dos autos recomendam a custódia preventiva. IV. Recurso desprovido.<sup>20</sup>

Em suma, independente da corrente adotada, qualquer condição favorável do agente deve ceder em prol da ordem pública, desde que comprovada a periculosidade do agente com base em dados concretos, bem como qualquer hipótese que possibilite a decretação da medida cautelar.

### **Garantia da ordem econômica (art. 312, *caput* do CPP);**

Tal instituto somente é aplicável quando constatado a magnitude dos valores arrecadados pelo agente de forma ilícita, sendo que se assemelha com o

<sup>18</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. Sao Paulo: Saraiva, 2009. P. 279.

<sup>19</sup> Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 8804/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 22.11.99. P. 165.

<sup>20</sup> STJ - RHC: 8804 PE 1999/0061448-8, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 26/10/1999, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 22.11.1999. P. 165.

fundamento da garantia da ordem pública, todavia relacionados a crimes econômicos, instituídos pelas Leis nº. 8.884/1994 e 12.529/11, crimes pela ordem tributária tipificado pela Lei 8.137/90 e sistema financeiro pela Lei 7.492/86.<sup>21</sup>

Para Gustavo Badaró<sup>22</sup>:

A prisão para garantia da ordem econômica não é, tal qual aquela para a garantia da ordem pública, uma medida de natureza cautelar. Não se destina a ser um instrumento para assegurar os meios (cautela instrumental) ou resultado do processo (cautela final). Ao contrário, sua **finalidade é permitir uma execução penal antecipada**, visando aos fins de prevenção geral e especial, próprios da sanção penal, mas não das medidas cautelares.

Todavia, não é possível, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a decretação da prisão somente baseada na magnitude da lesão causada (art. 30 da Lei 7.492/86<sup>23</sup>), sendo necessário que estejam presentes os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Saliente-se ainda, que referido artigo foi declarado inconstitucional, uma vez que se considerado como natureza cautelar, poderia ser aplicado a todo e qualquer delito.<sup>24</sup>

### **Conveniência da instrução criminal (art. 312, *caput* do CPP);**

Este requisito é utilizado quando o agente ameaça ou suborna testemunhas ou peritos, ocultando ou destruindo provas, ou de qualquer forma que vise turbar a apuração dos fatos e o andamento da persecução penal.

Não é por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal tem decidido:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PRESENÇA DOS SEUS REQUISITOS. EXCESSO DE PRAZO. INTERPOSIÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE RECURSO PROTETÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. O fato de os pacientes terem residência fixa e ocupação lícita, além de não apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, não leva, por si só, à revogação da prisão preventiva, se presentes, como no caso, os seus requisitos (HC

<sup>21</sup> REIS, Alexandre Cebrian Araújo/GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Esquemático**. Coordenador Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 383.

<sup>22</sup> BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. P. 741.

<sup>23</sup> Art. 30. Sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada (Vetado).

<sup>24</sup> DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3. Ed. Rev. ampl. Atual. Bahia. JusPodivm, 2015. P. 943.

93.972, rel. min. Ellen Gracie, DJe-107 de 13.6.2008). A decretação e a preservação da prisão preventiva são decorrentes, sobretudo, do fato de a família da vítima, especialmente o irmão desta, ter sido ameaçada pelos acusados. Tal fato justifica a manutenção da custódia, por colocar em risco a instrução criminal (RHC 89.972, rel. min. Cármen Lúcia, DJe-047 de 29.6.2007), que, na espécie, só se esgota com o julgamento pelo tribunal do júri.<sup>25</sup>

Eugênio Pacceli<sup>26</sup> assevera que:

Por conveniência da instrução criminal há de se entender a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo, o que ocorrerá, por exemplo, quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidade testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, ou ainda provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal. Evidentemente, não estamos nos referindo a eventual atuação do acusado ou de seu defensor, cujo objetivo seja procrastinação da instrução, o que pode ser feito nos limites da própria lei.

Sendo assim, sua finalidade não visa garantir a eficácia do resultado final do processo e sim, conservar a instrução processual, para a prestação jurisdicional adequada em prol da busca da verdade dos fatos.

Ademais, a prisão preventiva baseada em tal instituto subsiste enquanto persistir a instrução processual com a sentença final.

### **Garantia da futura aplicação da lei penal (art. 312, *caput* do CPP);**

Tal instituto é também denominado prisão cautelar final, quando utilizado para garantir a utilidade e a eficácia de uma possível sentença condenatória, haja vista os indícios de autoria e materialidade, ou seja, o *fumus comissi delicti*.

Ainda, se revela oportuna, visando à garantia da aplicação da lei penal, posto que o agente pode evadir-se do distrito da culpa, todavia, só há possibilidade de prisão por referido instituto, desde que devidamente comprovado que este tenha o objetivo de fazê-lo.

Neste aspecto, a permanência do representado em liberdade constitui uma potencial ameaça à própria eficácia da repressão penal que exsurge da aplicação da lei, e que pode ser comprometida com a demora na providência criminal acauteladora pelos órgãos incumbidos da prestação jurisdicional.

<sup>25</sup> Prisão preventiva por conveniência da instrução criminal nos crimes dolosos contra a vida <http://jus.com.br/artigos/14635/prisao-preventiva-por-conveniencia-da-instrucao-criminal-nos-crimes-dolosos-contr-a-vida>.

<sup>26</sup> PACCELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. P. 555.

Sendo assim, tal requisito é utilizado para prevenir que, diante da provável fuga do acusado, frustrasse uma futura execução da pena.<sup>27</sup>

Para restar caracterizado que o agente pretende fugir, deve haver provas firmes e coerentes, como por exemplo, desfazimento de seus bens imóveis, viajar injustificadamente, dentre outros.

Noutro vértice, o Supremo Tribunal Federal entende que somente a intenção de subtrair a aplicação da lei penal, por si só, não é elemento suficiente para a decretação da prisão preventiva, ou seja, devem estar presentes os demais requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, que seja capaz de possibilitar a prisão.

Sobre o tema Denilson Feitoza Pacheco<sup>28</sup> entende:

Certamente, o fato em si mesmo de alguém pretender uma viagem ao exterior não significa que queira fugir da aplicação da lei penal. Tampouco a mudança residencial para fora da comarca onde corre o processo pode ser considerada como tal, pois, afinal de contas, a pessoa tem o direito de fixar o domicílio em outro estado. O que deve ser verificado é se essas condutas indicam, concretamente, a intenção de se subtrair à aplicação da lei penal. Por exemplo, a pessoa pode mudar de endereço residencial, mas fixá-lo de maneira bastante estável em outro estado, onde também tem um sólido emprego fixo, origens familiares etc., tudo a apontar que a mudança não se trata de uma fuga.

Desta forma, para se custodiar cautelarmente o agente, é importante estar diante de um fato claro, calcado de fundado temor, jamais fruto de imaginações.<sup>29</sup> Caso contrário ocorreria violação ao princípio da presunção da inocência, e a sistemática penal que beneficia a liberdade em detrimento da prisão.

### **Descumprimento de obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 312, parágrafo único do CPP).**

O instituto aqui abordado foi incluído através da Lei 12.403/2011, em seu artigo 312, parágrafo único, em que prevê a possibilidade de decretação da prisão preventiva, em caso de descumprimento da medida cautelar.

---

<sup>27</sup> BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. P. 742.

<sup>28</sup> PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria crítica e práxis**. 5.ed. ver. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008. P.748.

<sup>29</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume II. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

É cabível quando o agente deixa de cumprir as medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319<sup>30</sup>, incisos I, II e III do Código de Processo Penal.

Ademais, quando o magistrado se deparar com o descumprimento da medida cautelar, desde que respeitado o contraditório, já estaria autorizado a decretar a prisão preventiva.

Todavia, não é possível a decretação, se por si só o agente vier a descumprir as medidas cautelares impostas, sendo necessário que estejam presentes os demais elementos, pois se magistrado assim o decretasse aplicaria uma hipótese de *periculum libertatis abstrato*, não analisando o perigo do caso em concreto.

Nas palavras de Gustavo Badaró<sup>31</sup>:

Os já conhecidos requisitos indicadores do perigo de liberdade, mantidos no agora *caput* do artigo 312, autorizam que se decrete, desde o início, a prisão preventiva. Ou seja, são hipóteses que permitem desde o início a prisão. Trata-se, pois, de requisitos de *periculum libertatis* que autorizam originalmente a decretação da prisão preventiva. Já a nova situação do parágrafo único, descumprimento de medida alternativa, permite uma prisão preventiva em substituição a medida alternativa descumprida. Ou seja, não se trata de situação em que desde o início, permitiria decretar a prisão preventiva. Ao contrário exige uma situação originária de necessidade de tutela cautelar, mas que encontre adequação em medida alternativa a prisão, e é justamente o descumprimento de tal medida, originalmente adequada (por exemplo proibição de sair da comarca), que implicará reforço da necessidade de cautela com exigência de medida mais restritiva, no caso, a prisão.

Desta forma, infere-se que aplicada medida cautelar diversa da prisão, e está demonstrando não ser suficiente para impedir os atos do agente, caberá a prisão preventiva, que se revelará mais adequada ao caso, posto que as medidas diversas da prisão restaram infrutíferas.

---

<sup>30</sup> Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica. § 1º, § 2º e §3º - Revogados. § 4º - A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

<sup>31</sup> BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. P. 744.

No entanto, existe controvérsia quanto a possibilidade de decretação da prisão preventiva diante do descumprimento das medidas cautelares diversas da prisão em caso de crimes que não preencham os requisitos previstos no artigo 313 do Código de Processo Penal, em especial aos crimes de menor potencial ofensivo, cuja a pena, por si só, não autorize a decretação da prisão preventiva.

Assim, há possibilidade de decretar a prisão em crimes de menor potencial ofensivo, mesmo que não estejam preenchidos os requisitos do artigo 313 do Código de Processo Penal, haja vista que as medidas cautelares revestem-se de poder coercitivo, em caso contrário, estaria agente isento de cumprimento das referidas medidas, posto que se tornaria letra morta, caso não houvesse a possibilidade de prisão.

### 2.3 PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA

Estando o réu preso, o prazo da prisão preventiva está previsto no ordenamento jurídico, sendo eles; a) inquérito, 10 dias – artigo 10, *caput*, do Código de Processo Penal; b) denúncia, 5 dias – artigo 46, *caput*, do Código de Processo Penal; c) defesa prévia, 3 dias – antiga redação do artigo, 395, *caput*, do Código de Processo Penal; d) inquirição de testemunhas, 20 dias – antiga redação do artigo 401, *caput*, do Código de Processo Penal; e) requerimento de diligências, 2 dias – revogado no artigo 499, *caput*, do Código de Processo Penal; f) despacho do requerimento de diligências, 10 dias, revogado no artigo 499, *caput*, cumulado com artigo 800, § 3º do Código de Processo Penal; g) alegações das partes, 6 dias – revogado no artigo 500, *caput*, do Código de Processo Penal; h) diligências *ex officio*, 5 dias - revogado no artigo 502, cumulado com artigo 800, inciso II, do Código de Processo Penal; i) sentença, 20 dias – revogado no artigo 502, cumulado com artigo 800, §3º, do Código de Processo Penal.<sup>32</sup>

Anteriormente a jurisprudência adotava como parâmetro de prazo para a prisão preventiva de 81 dias, sendo que caso a prisão excedesse referido prazo era considerada ilegal, devendo ser objeto de relaxamento de prisão, haja vista que a

---

<sup>32</sup> DE LIMA. Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3.Ed. Rev.ampl. Atual.Bahia. JusPodivm, 2015. P. 956.

Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXV<sup>33</sup>, estabelece que toda prisão ilegal, deverá ser relaxada.

No entanto, quanto a aplicabilidade do prazo para prisão cautelar de 81 (oitenta e um) dias, previsto no artigo 8º, da Lei 9.034/1995, **a qual foi revogada pela Lei 12.850/2013**, não se aplica a todo e qualquer processo criminal, devendo ser analisado o caso concreto com suas particularidades, não sendo o prazo absoluto.

No entanto, a jurisprudência, entende, uma vez iniciada a persecução penal, deve ser considerada os prazos de forma cumulada em relação a cada um deles. Ainda, quando o prazo, somado se findar estará caracterizado excesso de prazo, sendo possível a revogação da prisão preventiva.

Nesse sentido é a doutrina de Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró<sup>34</sup>:

A natureza do delito e a pena a ele cominada, enquanto critérios de razoabilidade de duração do processo, representam, em essência, o critério da proporcionalidade. Processos que tenham por objeto delitos mais graves e, conseqüentemente, apenados mais severamente, poderão durar mais tempo do que outros feitos por delitos de pequena gravidade.

Ademais, findada a instrução processual fica superado eventualmente excesso de prazo. Não se pode olvidar que, para o reconhecimento do excesso de prazo, não basta o simples cômputo dos dias da prisão ou dos prazos estabelecidos na norma processual penal, porque não se traduzem num simples cálculo, impõe-se a análise das circunstâncias motivadoras de uma maior dilação para a entrega da prestação jurisdicional, sem que se descure da obediência ao Princípio da Duração Razoável do Processo.

Neste sentido colhe-se a Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça, que prevê: **ENCERRADA A INSTRUÇÃO CRIMINAL, FICA SUPERADA A ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO POR EXCESSO DE PRAZO.**

---

<sup>33</sup> Art. 5º (...) LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; (...) Acessado em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html)

<sup>34</sup> LOPES Jr., Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

### 3 FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES

#### 3.1 PRINCÍPIOS

Antes de ingressarmos nos aspectos fundamentais em debate, aconselha-se a utilização do conceito de princípios. Tratando do conceito de princípio, nota-se que o princípio é o primeiro instante, o início de algo, a sua fonte inicial, ou seja, é o começo<sup>35</sup>.

Na área jurídica, os princípios são a base para o direito. São todos os preceitos básicos, fundamentais e norteadores para o direito em si. Em síntese, seria uma teoria que orienta uma determinada atividade e lhe serviria de norma a um efetivo juízo prático.

Os princípios são normas jurídicas caracterizadas pela abstração, uma vez que sua finalidade é preencher as lacunas em branco que não foram observadas pelo legislador. Os princípios servem como uma complementação, na construção e formação das normas jurídicas.

Tal instituto rege a vida humana, ou seja, sua criação evolui na medida em que o homem utiliza para justificar suas condutas. No entanto, deve-se observar os valores basilares e culturais, que tem por finalidade dar garantia as normas fundamentais.

Todavia, as normas jurídicas são criadas através destes acontecimentos sociais, que, por sua vez, ferem os princípios normativos implícitos.

Em uma das definições mais abrangentes hoje existentes, nas palavras do Professor Celso Antonio Bandeira de Melo<sup>36</sup>:

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se radia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que a por nome sistema jurídico.

---

<sup>35</sup> DANTAS, Ivo. **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2001. P. 331.

<sup>36</sup> MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade**. 1988. P. 230.

Assim, vale abordar alguns princípios que norteiam as decisões dos magistrados na decretação da prisão preventiva, quais sejam, princípio da motivação, princípio da presunção da inocência, princípio da excepcionalidade, por fim, o princípio da proporcionalidade.

Tais princípios são imprescindíveis para a decretação da prisão preventiva, eis que serão eles os defensores primordiais dos direitos individuais do indivíduo.

No presente trabalho, serão abordados os quatro principais preceitos constitucionais que demonstram a relação fundamental que a Constituição Federal possui, com a possibilidade ou não do magistrado de decretar a prisão preventiva de um cidadão, tendo em vista o caráter excepcional da medida.

### 3.1.1 Princípio da motivação

Um dos mais importantes institutos que norteiam a prisão preventiva e as demais decisões judiciais, haja vista que nenhuma decisão poderá se dar sem fundamentação. Deverá o magistrado fundamentar toda e qualquer decisão de mérito ou interlocutória que decidir sobre direitos fundamentais do indivíduo.

Nas palavras de José Laurindo de Souza Netto<sup>37</sup> *“o princípio da motivação assume então redobrada relevância no âmbito jurídico penal, exigindo-se dos juízes a compreensão crítica da realidade prisional como pressuposto indispensável para a motivação substantiva.”*

O princípio da motivação é também conhecido como princípio da fundamentação, isto é, oportunidade a qual o magistrado expressa suas razões, fundamentos de argumentos para uma determinada decisão.

Vale expressar o doutrinador italiano Michele Taruffo<sup>38</sup> *“é o discurso em torno das razões com base nas quais o juiz apresenta a decisão como aceitável.”*

Ademais, referido autor assevera que a motivação pode ser analisada em três aspectos, no tocante aos sujeitos processuais, facilitar a interposição de recurso, convencer as partes do processo e permitir a interpretação da sentença de forma clara e coesa, demonstrando sua livre convicção através da motivação.

---

<sup>37</sup> NETTO, José Laurindo de Souza. **A motivação inadequada da decisão que decreta a prisão preventiva como elemento do estado de exceção.** Em sede de publicação. 2015. P. 04.

<sup>38</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos.** 2.ed. Bologna: Editorial Trotta, 2005. P. 435.

Referido princípio teve seus primórdios, de forma clara, no direito canônico, com a decretal *Sicut nobis*, de Inocêncio III (1199)<sup>39</sup>, cujo texto apresentou a validade da decisão não motivada.

A origem do princípio da motivação não tem origem no ordenamento brasileiro, sendo oriundo das Ordenações Filipinas, as quais serviram de base, haja vista que vigoraram em nosso Estado mesmo após a nossa independência política.

Tal instituto é reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, com previsão no artigo 381, III do Código de Processo Penal e 458, II do Código de Processo Civil. Diante dos princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a importância da motivação das manifestações doutrinárias, editando a emenda nº 1 de 1969, conferindo relevância à questão.

Através da referida emenda, em 1988, houve a promulgação da Constituição Federal, trazendo em seu texto dispositivo expresso quanto à necessidade e a relevância da motivação das decisões judiciais.

Conforme ensinamento de Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>40</sup> há dois pontos fundamentais que merecem destaque. O primeiro diz respeito à extensão do dever judicial de motivar, excluindo-se os despachos, todavia, as decisões com valoração decisória, devem estar devidamente motivadas. O segundo está relacionado a falta de motivação o que será melhor explanado no quarto capítulo do presente trabalho.

O princípio da motivação das decisões judiciais, funciona como instrumento técnico processual, permitindo as partes analisar a conveniência para recorrer, bem como para em grau de recurso a sentença possa ser entendida em sua essência.

Impende salientar a função processual da motivação sendo esta, um requisito formal das decisões bem como é um elemento do ato decisório que *“favorece a correta interpretação do ato decisório, aclarando o seu exato conteúdo pra fins de execução de sentença ou de delimitação da coisa julgada.”*<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 45.

<sup>40</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 60.

<sup>41</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 80.

Em suma, a função processual é valorar e analisar as provas produzidas pelas partes devendo o magistrado conhecer a carga probatória, verificando as questões de fato e de direito, resultando na segura aplicação da lei.

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli<sup>42</sup> assevera:

O valor fundamental do princípio da motivação: o de garantia da natureza cognitiva e não potestativo do julgamento penal, vinculando-o, quanto ao direito, à estrita legalidade e, quanto aos fatos a prova da hipótese acusatória.

Destarte, a motivação completa integra as garantias penais e processuais penais, devendo ser observado de forma rigorosa, visando a legitimidade de imposição de pretensão punitiva do Estado.

Assim, visando resguardar os direitos das partes, as decisões devem ser devidamente fundamentadas, para que garanta a ordem processual, bem como a dignidade da pessoa humana.

Segundo magistério de Câmara, esposada por Rangel, Nicolitt e Choukr<sup>43</sup>, faz-se muito mais evidenciada a importância de mencionada motivação, não somente por ordem constitucional e direito fundamental assegurado ao indiciado ou acusado, mas, principalmente, por restringir um dos principais bens do cidadão: a liberdade de locomoção. Assim nos ensina o professor Câmara<sup>44</sup>:

Do magistério decretante da cautela excepcional, exige-se que motive a decisão, não lhe sendo conferido poder para restringir a liberdade pessoal conforme suas conveniências. Não é possível que o faça, outrossim, através de meros juízos de possibilidade. Em tema tão delicado quanto o da restrição legal da liberdade de ir e vir, exige-se da autoridade judicial que, ao exarar a cautela, demonstre concretamente a possibilidade de que o acusado venha a dificultar a instrução criminal ou, ainda, impossibilitar a aplicação da lei penal.

Deve o magistrado demonstrar *in concreto* a real necessidade e possibilidade da decretação da prisão preventiva. A simples indicação pelo magistrado da existência dos pressupostos cautelares sem fundamentação, não autorizam a constrição da liberdade, não correspondendo aos anseios de um justo e

---

<sup>42</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. P. 640.

<sup>43</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas Cautelares e Prisão Processual**: comentários À Lei 12.403/2011. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 143.

<sup>44</sup> CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas Cautelares Pessoais**: prisão e liberdade provisória. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p.232.

regular processo penal, afrontando não somente o Princípio do Devido Processo Legal, mas também o Princípio da Inocência.

Ademais, ao não ser demonstrado claramente os argumentos motivadores da imposição de constrição cautelar, o magistrado fere não só o princípio da presunção de inocência, mas sim o princípio da fundamentação das decisões, não ficando a decisão clara e coesa, haja vista que não informa fundamentadamente quais argumentos o convenceram para a tomada de uma medida tão grave e excepcional.

A não fundamentação das decisões viola o comando constitucional por parte do magistrado de suas decisões, interlocutórias ou não, ou mesmo baseadas em motivações genéricas e que podem ser utilizadas em qualquer processo, gera a nulidade ou invalidade do ato, como pondera os ensinamentos de André Nicolitt<sup>45</sup> *“sem a motivação, ou fundamentação, não há como fazer o controle sobre os requisitos das medidas cautelares, o que importará na invalidade ou nulidade da medida aplicada (art. 93, IX, da CF/1988).”*

Tal princípio esta previsto na Constituição Federal em seu artigo 93, inciso IX da Constituição Federal:

Art. 93:

(...)

inciso IX: nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno;

(...)

As decisões fundamentadas são garantias constitucionais, bem como processuais, tendo em vista que as partes tem o direito de tomar conhecimento das razões invocadas pelo magistrado para decretar a prisão preventiva e que formaram sua convicção. Além disso, a fundamentação permite ainda que o segundo grau, no caso de eventual recurso, possa modificar ou manter a referida decisão.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIOS NAS FORMAS CONSUMADA E TENTADA. PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE DO ACUSADO. REAL POSSIBILIDADE

---

<sup>45</sup> NICOLITT, André Luiz. **Lei 12.403/2011**: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.145.

DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO NÃO PROVIDO. - A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), as exigências do art. 312 do CPP. Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade. - **O magistrado de primeiro grau apresentou motivação concreta para decretar a prisão preventiva do ora recorrente como garantia da ordem pública, tendo em vista a sua periculosidade e a real possibilidade de reiteração criminosa.** Segundo o decreto prisional, o ora recorrente, após a prática do primeiro delito, se envolveu em mais dois outros homicídios, inclusive com indicação de que tais delitos teriam sido praticados para assegurar a impunidade do primeiro. - Estando a prisão preventiva fundamentada, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, resta incabível o deferimento do pedido de substituição da segregação cautelar de liberdade do paciente por medidas substitutivas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. - Condições pessoais como primariedade, bons antecedentes, residência e trabalho fixos não impedem a decretação da prisão preventiva quando presentes os requisitos do artigo 312 do CPP. Recurso não provido.<sup>46</sup> (grifo nosso).

De igual plano a prisão preventiva deve preencher os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico, devendo ser fundamentada, não bastando somente a explanação simples dos fatos, conforme passará a ser analisado a fundo no quarto capítulo.

Desta forma, a correta motivação da decisão judicial, não visa somente a validação dentro das normas do ordenamento jurídico, mas também, é um exercício de convencimento que o juiz exerce sobre as partes, mostrando que a decisão foi acertada pela motivação explanada.

### 3.1.2 Princípio da presunção de inocência

A presunção de inocência é um instituto do ordenamento jurídico brasileiro, que visa favorecer o acusado, sobre a inferência de que a maioria das pessoas não é criminosa.<sup>47</sup>

Cesar Beccaria<sup>48</sup>, em 1974, assevera:

<sup>46</sup> STJ - RHC: 42258 MG 2013/0369674-9, Relator: Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Data de Julgamento: 27/06/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/08/2014.

<sup>47</sup> Princípio da presunção de inocência. Fonte: <http://catolicaonline.com.br/revistadacatolica2/artigosv3n5/artigo11.pdf>.

Um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada.

Ainda, o princípio da presunção de inocência está previsto na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais do Conselho da Europa, em seu artigo 6.2: *Toda a pessoa acusada de uma infração presume-se inocente até ser provado culpado de acordo com a lei. Esta convenção foi adotada pelo tratado e é obrigatória para todos os membros do Conselho da Europa.*

No Canadá, está previsto na seção 11 (d) da Carta Canadense de Direitos e Liberdades na qual afirmam: *Qualquer pessoa acusada de um delito tem o direito de ser presumido inocente até prova em contrário nos termos da lei em uma audiência justa e pública por um tribunal independente e imparcial.*

Na França, o artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, diz: *Todos são inocentes até que supostamente terem sido declarados culpados e os primeiros artigos do Código de Processo Penal dizem que qualquer pessoa suspeita ou processada presume-se inocente até que a sua culpabilidade tenha sido estabelecida.*

Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), interpretada no Brasil<sup>49</sup>, entendeu o princípio como: *Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência até que não se comprove legalmente sua culpa.*

A Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 11, afirma: *Toda a pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até provar-se culpado de acordo com a lei em um julgamento público no qual eles tiveram todas as garantias necessárias para a sua defesa.*

Tal princípio é adotado por todos os Estados Democráticos, já no ordenamento jurídico Brasileiro, tal princípio está previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso VII<sup>50</sup>:

---

<sup>48</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Conessa, São Paulo: Martins Fontes, 1997. P. 69

<sup>49</sup> NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003. P. 155.

<sup>50</sup> Constituição Federal: Acessado em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html).

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.(EC nº 45/2004).

(...)

LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

(...)

Assim, uma vez que determinado princípio está referendado pela Constituição Brasileira, este torna-o um direito fundamental, ou seja, sua aplicabilidade deve ser imediata.

Conforme ensinamentos de José Laurindo de Souza Netto:

A partir da Constituição de 1988, ocorre a viragem da presunção de culpa para a presunção de inocência. Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece que a presunção de inocência (art. 5º, LVII) impede que a prisão provisória seja empregada como antecipação de pena.<sup>51</sup>

No entanto, o princípio do estado da presunção de inocência, antes da promulgação da Constituição de 1988, não era abordado como um direito fundamental, mas sim, para a doutrina e jurisprudência, como o princípio do *in dubio pro reo*, tipificado no artigo 386<sup>52</sup>, inciso VI do Código de Processo Penal, motivo o qual muitos doutrinadores confundem os princípios.

Alexandre de Moraes leciona que o *princípio da presunção de inocência é um dos princípios basilares do Estado de Direito. E como garantia processual penal, visa à tutela da liberdade pessoal, salientando a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é de forma constitucional presumido inocente, sob pena de retrocedermos ao estado de total arbítrio estatal.*<sup>53</sup>

Trata-se de um princípio que esta inserido no ordenamento jurídico implicitamente, em que ninguém será considerado culpado sem trânsito em julgado de sentença condenatória.

Nas palavras de José Laurindo de Souza Neto<sup>54</sup>

<sup>51</sup> NETTO, José Laurindo de Souza. **A motivação inadequada da decisão que decreta a prisão preventiva como elemento do estado de exceção**. Em sede de publicação. 2015. P. 11.

<sup>52</sup> Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...)

IV - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência.

<sup>53</sup> MORAES; Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. P. 703.

<sup>54</sup> NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003. P.156.

O princípio constitucional da presunção da inocência pode ser entendido sob dois aspectos, o formal e o substancial. O aspecto formal diz respeito à sua qualidade de direito constitucional fundamental, assegurado como cláusula pétrea pelo constituinte.

No aspecto substancial, a presunção de inocência é definida como um direito de caráter processual, que repercute no campo da prova e no tratamento do acusado.

Através deste princípio, é vedado qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, como por exemplo, o uso de algemas, deve ser utilizada de maneira cautelosa, devendo ser observadas a integridade física e moral do acusado.

Segundo o doutrinador Renato Brasileiro<sup>55</sup>, o princípio da presunção da inocência derivam duas regras fundamentais. A primeira delas é e a **regra probatória** (*in dubio pro reo*), ou seja, o ônus recai para a acusação que deve demonstrar a culpabilidade do réu, e não este provar sua inocência. Utiliza-se quando houver dúvida em determinando fato para a decisão da ação penal, sendo assim, o momento oportuno é na valoração das provas.

Já a segunda, é chamada de **regra de tratamento**, isto é, o poder público não pode agir contra o indivíduo como se o mesmo já estivesse condenado, isto porque, é somente a partir da sentença transitada em julgado que o acusado tem esse tratamento.

Noutro vértice, em se decretando a prisão preventiva de forma antecipada, poderia estar insinuando que o agente é culpado, já que serviria como a antecipação de cumprimento da pena.

Apesar das mais diversas críticas e interpretações controvertidas, há sim compatibilidade entre o Princípio da Presunção de Inocência e a prisão processual, desde que se demonstre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*), ou seja, os quatro pressupostos do art. 312 do CPP – garantia da ordem econômica, garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.<sup>56</sup>

Neste sentido:

---

<sup>55</sup> DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3.Ed. Rev.ampl. Atual.Bahia. JusPodivm, 2015. P. 44/48.

<sup>56</sup> Princípio da presunção de inocência e sua aplicabilidade conforme entendimento do supremo. <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-presun%C3%A7ao-de-inoc%C3%Aancia-e-sua-aplicabilidade-conforme-entendimento-do-supremo>

O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CUPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º., LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º., LVII) – presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário.<sup>57</sup>

Como bem registrado pela pena iluminada de Montesquieu, *“quando a inocência dos cidadãos não é assegurada, a liberdade também não o é”*.<sup>58</sup>

Para Amilton Bueno de Carvalho, a presunção de inocência é pressuposto. De acordo com o autor, mesmo que este princípio não estivesse normatizado na Declaração dos Direitos do Homem, ou, em nossa Carta Magna, assim mesmo ele seria garantia fundamental. Segundo o autor *“o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto [...]”*.<sup>59</sup>

As prisões cautelares não ofendem o princípio da presunção da inocência, pois existem pressupostos e fundamentos que embasam essas medidas cautelares, sendo elas aplicadas apenas em casos extremos, que são tipificados pela lei. Como por exemplo, servem para assegurar o bom andamento do processo até sua sentença final. Porém, essas prisões cautelares, são um mal necessário, pois o Estado não pode deixar de executá-las, senão acabaria ocorrendo um enfraquecimento na repressão dos crimes, ou seja, na luta contra as infrações penais.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Habeas Corpus n. 96.095-2/SP, relatado pelo Min. Celso de Mello.

<sup>58</sup> MONTESQUIEU. In **O Espírito das Leis**. Livro XII, I.

<sup>59</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Alexandre Wunderlich(coordenador).Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. P. 51.

<sup>60</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2 ed. atual. Campinas: Millenium, 2000. P. 64.

### 3.1.3 Princípio da excepcionalidade

A excepcionalidade caracteriza a última alternativa adotada pelo juiz, admissível somente em situações efetivamente graves, seja para assegurar a segurança da sociedade ou a aplicação da lei penal, desde que preenchidos os requisitos estudados anteriormente.

José Laurindo de Souza Netto<sup>61</sup> salienta que:

A prisão preventiva é medida constritiva da liberdade do indiciado ou acusado. Em acepção ampla, o conceito engloba as custódias cautelares, isto é, todas aquelas que ocorrem antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Constitui-se na mais relevante e abrangente das prisões provisórias, pois seus fundamentos funcionam como pressuposto para as demais espécies de segregação cautelar.

Saliente-se também, o disposto no art. 282, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Da leitura do referido artigo, observa-se que ao legislador prevalece o entendimento de que a prisão preventiva é cautelar e deve ser usada, apenas, em *última ratio*, ou seja, existindo alternativas de menor gravidade, cabível ao indiciado, não poderá o juiz estabelecer detenção cautelar.

A prisão preventiva sendo medida excepcional, não permite sua aplicação em casos para os quais é escassa a possibilidade de aplicação, pela própria natureza do crime.

Neste sentido Antonio Magalhães Gomes Filho, Geraldo Prado, Gustavo Henrique Badaró, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Og Fernandes<sup>62</sup> asseveram:

O prognóstico de cabimento de medidas ou penas restritivas de direito no lugar da privativa de liberdade pode decorrer da lei – e será fruto da articulação de diversos dispositivos, como ocorre com a previsão de

<sup>61</sup> NETTO, José Laurindo de Souza. **A motivação inadequada da decisão que decreta a prisão preventiva como elemento do estado de exceção**. Em sede de publicação. 2015. P. 11.

<sup>62</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhaes/PRADO, Geraldo/ BADARÓ, Gustavo Henrique/MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis/FERNANDES/Og. **Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisões e suas alternativas**. Editora Revista dos Tribunais: 2012. P. 121.

suspensão condicional do processo ou aplicação de penas substitutivas ou alternativas - ou do exame do caso em concreto com o juiz.

Ademais, o postulado da excepcionalidade, dispõe que a prisão preventiva, por ser uma medida extremamente grave, haja vista que atinge diretamente o direito de locomoção do cidadão, bem como direito de liberdade deste, antes de uma análise definitiva de culpabilidade, juízo de valor com a consequência de uma sentença, somente poderá ser decretada em última hipótese.

Com o advento da Lei 12.403/2011, que ampliou o rol de medidas cautelares diversas da prisão, o princípio da excepcionalidade ganhou mais efetivação, haja vista que a prisão se tornou *última ratio* do sistema penal brasileiro, posto que somente é cabível a prisão quando não houver a possibilidade de medida diversa, em substituição, aplicada isolada ou cumulativamente.

Renato Brasileiro de Lima<sup>63</sup> acrescenta que:

[...] no sistema originalmente previsto no CPP, ou o acusado respondia ao processo com total privação de sua liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe era deferido o direito à liberdade provisória. Seguindo orientação do direito comparado, e com objetivo de pôr fim a essa bipolaridade cautelar do sistema do Código de Processo Penal, a Lei nº 12.403/2011 amplia de maneira significativa o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar, proporcionando ao juiz a 22 escolhas da providência mais ajustada ao caso concreto, dentro dos critérios de legalidade e de proporcionalidade.

Todavia, cabe ao magistrado analisar o caso concreto e aplicar as medidas cautelares diversas da prisão de forma prudente, para que não gere na sociedade uma sensação de impunidade.

Luigi Ferrajoli<sup>64</sup> salienta que *o cárcere preventivo não tem sido utilizado somente para tutelar o processo, mas também para gerar uma imagem de defesa social aos cidadãos, ampliando, portanto, as causas de incidência da prisão cautelar.*

Assim, no momento da decretação da prisão preventiva, se não observadas às exigências da adequação e necessidade, o enclausuramento não será uma exceção, se tornando regra como argumenta Aury Lopes Jr.

---

<sup>63</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011. P. 354.

<sup>64</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. P. 663.

Ademais, diante das alterações trazidas pela Lei 12.403/2011, a prisão é medida de exceção, não podendo ser decretada de forma desproporcional e desmotivada, sendo que há real necessidade da observância das exigências estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

Tal medida de exceção visa garantir o bom andamento do processo, aplicação da lei penal e a garantia da ordem pública, sendo que a liberdade do agente deve ceder ao melhor interesse social.

Outro ponto relevante do tema em análise, esta diretamente ligado com o prazo da prisão preventiva, não podendo tirar o bem mais precioso do cidadão que é o direito a liberdade, encarcerando-o provisoriamente com desrespeito aos prazos, bem como mantendo-o preso cautelarmente de forma exacerbada para somente ao final constatar que o mesmo é inocente.

Assim, devem-se respeitar os prazos e colocar sempre em primeiro plano os casos envolvendo réu preso, para que não se cometa injustiças no sistema processual penal, mantendo um indivíduo preso de forma inocente, por isso as medidas cautelares diversas da prisão vieram para substituir a regra da prisão, visando aplicar outras medidas até deslinde final do feito, salientando-se que o magistrado sempre deverá analisar o caso concreto e aplicar as medidas que mais se adequam ao caso concreto.

Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

PRISÃO PREVENTIVA - EXCEPCIONALIDADE. Em virtude do princípio constitucional da não-culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção. Cumpre interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos. PRISÃO PREVENTIVA - CRIME APENADO COM RECLUSÃO. O fato de o crime ser apenado com reclusão não conduz necessariamente à decretação da prisão preventiva - alcance dos artigos 312 e 313, inciso I, do Código de Processo Penal e 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal. PRISÃO PREVENTIVA - CONCURSO MATERIAL E FORMAL - CONTINUIDADE DELITIVA. O concurso de crimes, quer na modalidade material, quer na formal, e a continuidade delitiva são dados neutros relativamente à prisão preventiva - interpretação dos artigos 69, 70 e 71 do Código Penal, 311 ao 316 do Código de Processo Penal e 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal. PRISÃO PREVENTIVA - FIANÇA. O descabimento da fiança não embasa a prisão preventiva, repercutindo, isto sim, na manutenção da custódia decorrente de flagrante. PRISÃO PREVENTIVA - FUNDAMENTAÇÃO. O pronunciamento judicial em que implementada a prisão preventiva ou negada a liberdade provisória há de estar individualizado ante o caso concreto e fundamentado, mostrando-se imprópria a alusão genérica aos artigos que a disciplinam. PRISÃO PREVENTIVA - INSTRUÇÃO CRIMINAL - SUPOSIÇÃO. A custódia preventiva que vise à regular instrução criminal deve calcar-se em dados concretos, não se podendo supor a prática de atos que objetivem

embaraçá-la. PRISÃO PREVENTIVA - AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO SOBRE ANTECEDENTES. Descabe lançar, como fundamento da manutenção da prisão temporária, a ausência, nos autos, de esclarecimentos sobre os antecedentes criminais do envolvido. PRISÃO PREVENTIVA - PROVA DA MATERIALIDADE - INDÍCIOS DE AUTORIA. A prisão preventiva pressupõe o enquadramento nos permissivos legais e constitucionais. A prova da materialidade do crime e a existência de indícios da autoria não servem, por si sós, a respaldá-la. PRISÃO PREVENTIVA - GRAVIDADE DA IMPUTAÇÃO. A pena prevista para o tipo é norteadora, em opção político-legislativa, pela gravidade do delito. O potencial ofensivo da conduta não autoriza a custódia precoce, implementada quando ainda em curso o processo revelador da ação penal. PRISÃO PREVENTIVA - EXCESSO DE PRAZO - RELAXAMENTO. Uma vez constatado o excesso de prazo, impõe-se o relaxamento da prisão, sendo desinfluyente o fato de o processo achar-se na fase de alegações finais. FLAGRANTE - CRIME DE QUADRILHA - ARTIGO 14 DA LEI Nº 6.368/76. O crime de quadrilha, ainda que tipificado no artigo 14 da Lei nº 6.368/76, não está enquadrado como crime hediondo, sendo inaplicável a norma excludente da fiança e da liberdade provisória.<sup>65</sup> (grifo meu).

Assim, com o advento da Lei 12.403/2011, consagrou-se a excepcionalidade da prisão preventiva especialmente ao estabelecer medidas cautelares diversas à prisão. Por outro lado, deu mais ênfase a ideia de excepcionalidade, estabelecendo no artigo 282, parágrafo 6º, que a prisão preventiva somente será determinada quando não cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

Além disso, o artigo 310, inciso II, autoriza o magistrado a converter a prisão em flagrante em preventiva somente quando se revelem inadequadas ou insuficientes às medidas cautelares diversas da prisão, desde preenchidos os requisitos trazidos pelo ordenamento jurídico.

Desta forma, o princípio da excepcionalidade, prevê que, em existindo medidas cautelares diversas da prisão deverão ser aplicadas, mantendo como regra as medidas não restritivas de liberdade e como exceção a prisão preventiva.

### 3.1.4 Princípio da proporcionalidade

---

<sup>65</sup> FEDERAL, Supremo Tribunal. STF - HC: 83534 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 18/11/2003, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 27-02-2004 PP-00027 EMENT VOL-02141-04 PP-00869.

O princípio da proporcionalidade foi criado pelos alemães, nas palavras de José Laurindo de Souza Netto<sup>66</sup>, “o princípio da proporcionalidade é pois uma construção do pensamento jurídico, inerente ao Estado de Direito que exige do Estado o exercício moderado de seu poder”.

No ordenamento jurídico brasileiro, referido princípio não está prevista expressamente na Carta Magna, no entanto, está inserida junto ao princípio do devido processo legal.

Paulo Rangel<sup>67</sup> nos ensina que:

A medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente. A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido.

Na Constituição Federal de 1988, está previsto implicitamente em seu artigo 5º, LIV<sup>68</sup>: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

A proporcionalidade é autônoma, legitimando e nos valores de justiça. Além de estabelecer um critério valorativo constitucional das restrições dos direitos, propicia um direcionamento na atividade hermenêutica, tornando-se um importante instrumento de combate às arbitrariedades, conforme ensina José Laurindo de Souza Netto<sup>69</sup>.

Tal princípio estabelece quem não pode ocorrer excessos, trazendo a baila a questão do Estado não poder agir imoderadamente, haja vista que esta vinculado ao princípio da razoabilidade, agindo como forma de contenção dos excessos do Poder Público.

<sup>66</sup> NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003. P.64.

<sup>67</sup> Rangel, Paulo. **Direito Processual Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 596.

<sup>68</sup> Constituição Federal. Acessado em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html).

<sup>69</sup> NETTO, José Laurindo de Souza. O princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional das medidas substitutivas da prisão cautelar. <http://www.utp.br/tuiuticienciaecultura/FCJ/FCJ%2027/PDF/art%2004%20-%20o%20principio%20da%20proporcionalidade.pdf>

José Laurindo de Souza Netto<sup>70</sup>, citando Karl Larenz, assevera que “*é um princípio que deriva da ideia de justiça, conecta com a ideia da moderação e da medida do justo no sentido de equilíbrio.*”

Referido instituto tem como finalidade demonstrar que toda e qualquer atuação do Estado deve se dar baseado no princípio da necessidade, de forma adequada e justa, objetivando a eficácia dos direitos fundamentais, em busca da justiça no caso concreto, sem causar excessos exacerbados.

Renato Brasileiro ao citar Mauricio Zanoide de Moraes<sup>71</sup>:

É norma basilar de um Estado Democrático de Direito que, no âmbito criminal (penal ou processual penal), somente poderá acontecer coerção da esfera de direitos individuais se houver lei anterior clara, escrita e escrita que a defina (*nulla coertio sine lege*). A legalidade, que deve obedecer a todos os ditames constitucionais de produção legislativa, confere a um só tempo (i) a segurança jurídica a todos os cidadãos para conhecerem em quais hipóteses e com intensidade os agentes persecutórios podem agir e, também, (ii) a previsibilidade necessária para, de antemão, saber quando os agentes públicos agem dentro dos limites legais e se estão autorizados a restringir os direitos fundamentais.

Deve-se analisar ainda os requisitos intrínsecos também chamados de subprincípios, sendo eles:

#### **a) Da adequação;**

Tal requisito ou subprincípio é também chamado de princípio da idoneidade e da conformidade. Tal instituto determina que o Estado deve utilizar o meio adequado à concretização do fim almejado. Nas palavras de Luis Regis Prado<sup>72</sup>: “*A sanção penal deve ser o instrumento capaz, apto ou adequado à consecução da finalidade pretendida pelo legislador (adequação do meio ao fim)*”.

Assim se o meio adotado para o fim almejado não for adequado, acarretará uma violação a um direito fundamental.

A adequação poderá ser analisada no plano qualitativo, que visa alcançar o fim almejado, impondo as medidas adequadas para tal meio; o plano quantitativo dispõe sobre a duração e intensidade da medida em relação ao objeto pretendido; já

<sup>70</sup> NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003. P.64.

<sup>71</sup> DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3.Ed. Rev.ampl. Atual.Bahia. JusPodivm, 2015. P. 86.

<sup>72</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006. P. 30.

no plano subjetivo de aplicação, refere-se à individualização do acusado, ou seja, a pena não pode passar da pessoa do condenado.<sup>73</sup>

Desta forma o subprincípio em estudo, exige uma relação entre meio e fim em busca do resultado, devendo os mesmos ser conexos.

## **b) Da necessidade;**

Este subprincípio pode ser chamado também de princípio da exigibilidade, bem como princípio da intervenção mínima, da menor ingerência possível, da alternativa menos gravosa, da subsidiariedade, da escolha do meio mais suave ou da proibição do excesso.<sup>74</sup>

Referido instituto determina que o Poder Público deve intervir da menor forma possível no âmbito dos direitos fundamentais do indivíduo, como o é a sua liberdade, visando a proteção do interesse público.

O direito penal deve agir como *última ratio*, somente quando as demais áreas do direito não foram eficazes para alcançar o fim desejado dentro da persecução penal.

Segundo Luiz Regis Prado<sup>75</sup>, *“o requisito da necessidade significa que o meio escolhido é indispensável, necessário para atingir o fim proposto, na falta de outro menos gravoso e de igual eficácia”*.

Na definição de Ferrari<sup>76</sup>, *“a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, não devendo gravar em excesso o cidadão”*.

Para Alice Bianchini<sup>77</sup>, o direito penal deve agir quando almejar um fim, que não consiga ser efetivado *“por qualquer outro meio menos oneroso para o cidadão”*.

Conclui-se que tal princípio visa estabelecer a intervenção mínima do Estado, sendo utilizado o instrumento processual penal somente quando na há mais recursos a serem utilizados no ordenamento jurídico. Ainda, deve o Juiz verificar a possibilidade de aplicação de medida menos gravosa, que acarrete a mesma

---

<sup>73</sup> DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3.Ed. Rev.ampl. Atual.Bahia. JusPodivm, 2015. P. 89.

<sup>74</sup> DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3.Ed. Rev.ampl. Atual.Bahia. JusPodivm, 2015. P. 89.

<sup>75</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006. P. 33.

<sup>76</sup> FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 102.

<sup>77</sup> BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 83.

finalidade da prisão, sem, no entanto, afete de forma direta os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

**c) Da proporcionalidade em sentido estrito;**

Este princípio visa auferir qual a pena deve ser atribuída ao crime e qual sua mensuração. Neste aspecto se analisará especificamente a dimensão dos danos causados pelo crime ao bem jurídico e a sociedade, e nesta proporção se analisará a pena devida.

Este princípio, segundo ensinamentos de Luis Regis Prado<sup>78</sup> *“exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/conseqüência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso”*.

No mesmo sentido Mariângela Gama de Magalhães Gomes<sup>79</sup> afirma que *“relaciona-se, com a necessidade de que todos os delitos sejam punidos com uma pena justa, proporcional à gravidade da ação punível, particularmente considerada, e ao mesmo tempo congruente com as outras penalidades previstas pra o resto dos delitos existentes na legislação penal”*.

Conclui-se que as penas impostas aos crimes praticados pelos indivíduos deve ser aplicada de forma proporcional a gravidade da ação, observando-se outras penalidades previstas no ordenamento jurídico.

Nas palavras de Hassemer<sup>80</sup>, concluindo que *“uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência, delito e consequência jurídico penal. Constituindo parte do postulado de justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas”*.

Assim, os três subprincípios dão vida ao princípio da proporcionalidade, sendo que sem um deles pode ocorrer violação aos direitos fundamentais, bem como são conexos e agem de forma integrada um com o outro, fazendo com que não sejam determinadas penas e decisões desproporcionais, inadequadas, sem a observância da real necessidade ao caso concreto.

---

<sup>78</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006. P. 30.

<sup>79</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 179.

<sup>80</sup> HASSEMER, W. Fundamentos del derecho penal. Apud: PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006. P. 142.

## 4 CONSEQUÊNCIAS DA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO

A fundamentação é um dos mais importantes institutos da decretação da prisão preventiva, consiste em o magistrado expor suas razões de convencimento, explicitando os fatores que influíram no processo associado à tomada de decisão pelo mesmo. A decisão deve ter fundamentação idônea e coesa, para que possa facilitar as partes recorrer a instâncias superiores.

A fundamentação constitui pressuposto formal positivo da validade de todo e qualquer ato jurisdicional provido de carga decisória e emanado de Magistrado togado, como nos ensina Fernandes<sup>81</sup>.

### 4.1 DA BANALIZAÇÃO DAS DECISÕES

Com o advento da Lei 12.403/2011 a prisão preventiva se tornou exceção ao sistema processual penal brasileiro, sendo necessária fundamentação idônea para que seja decretada a prisão, ao invés de imputar as medidas cautelares diversas.

Destarte, a decisão que converte a prisão em flagrante em preventiva ou a decretação da prisão preventiva isoladamente, deve apoiar-se em elementos suficientes e com base empírica idônea e, portanto, se a decisão for desprovida de fundamento substancial indispensável à decretação da prisão preventiva, referida decisão será nula ou correrá o risco de ser reformada.

Nesse sentido:

PRISÃO PREVENTIVA EXCEPCIONALIDADE. Em virtude do princípio constitucional da não culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção. Cumpre interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos ou a instrução penal. PRISÃO PREVENTIVA PRESUNÇÃO. A prisão preventiva há de estar lastreada em fatos concretos a atraírem a incidência do artigo 313 do Código de Processo Civil, descabendo partir para o campo das suposições, mormente contrariando a ordem natural das coisas. LIBERDADE PROVISÓRIA AUSÊNCIA DE INCIDENTES. O fato de o acusado, simples acusado sem culpa formada, haver alcançado a liberdade ante liminar deferida, passando a atender, sem incidentes, aos chamamentos judiciais, respalda o direito de assim

---

<sup>81</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 121.

permanecer até o término do processo-crime quando a prisão, se for o caso, resultar da execução do título judicial condenatório.<sup>82</sup>

A decisão que decreta o encarceramento do agente deve estar fundamentada nos fatos concretos e que preenchem os requisitos, se não pode ocorrer em um contexto caracterizado por julgamentos sem defesa ou por condenações sem processo.

O Supremo Tribunal Federal já censurou decisões que fundamentam a privação cautelar da liberdade no reconhecimento de fatos que apenas representem a própria descrição abstrata dos elementos do tipo penal.<sup>83</sup>

A prisão preventiva não visa punir sem processo, levando apenas em consideração a gravidade em abstrato do crime imputado, haja vista o princípio constitucional do estado de inocência. É imprescindível para a decretação da prisão preventiva fundamentação adequada que demonstre efetivamente sua necessidade, sob pena de violação constitucional.

Há, nesses casos, como explica Camile Eltz de Lima<sup>84</sup>, uma verdadeira “perversão do instituto”, já que a medida perde seu caráter processual, instrumental, para se transformar em medida de defesa social contra acusados socialmente perigosos.

A prisão preventiva visa proteger a eficácia do processo, todavia, vem sendo utilizada como garantia da ordem pública e da paz social, sendo decretada contra indivíduos supostamente perigosos, equivalendo-se, portanto, a um verdadeiro juízo antecipado de culpabilidade, fazendo-se um verdadeiro juízo de valor ao caso concreto, antecipando-se a pena futura ao ser imposta, caso considerando culpado.

Saliente-se que a prisão do réu durante o curso do processo deve ser considerada em caso excepcional. No entanto, para o advogado criminalista José Roberto Batochio<sup>85</sup>, essa hipótese está se tornando uma regra no Brasil.

---

<sup>82</sup> STF - HC: 92682 RJ, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 26/10/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-233 DIVULG 01-12-2010 PUBLIC 02-12-2010 EMENT VOL-02443-01 PP-00025.

<sup>83</sup> MEDIDA EXCEPCIONAL. STF põe-se contra a banalização da prisão preventiva.

<http://www.conjur.com.br/2013-jul-20/roberta-pioli-stf-posiciona-banalizacao-prisao-preventiva>

<sup>84</sup> LIMA, Camila Eltz de. **A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva:** (in) constitucionalidade à luz do garantismo penal. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, 2003. nº 11. P. 184/164.

<sup>85</sup> BATOCHIO, José Roberto. **Pedido de prisão cautelar deve ser excepcional.** P. 02. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-nov-07/banalizacao-prisao-cautelar-aumenta-numero-hc-tribunais>

A Constituição garante a presunção de inocência até o trânsito em julgado. Mas estão invertendo essa equação. Isso é uma deformidade, uma subversão de um direito constitucional. Neste quadro, o direito de liberdade, que é o mais precioso bem jurídico que integra o patrimônio do homem, está se tornando um bem jurídico de terceira categoria.

Desta forma, a prisão preventiva ganha ares de medida punitiva por antecipação, utilizada na maioria das vezes como forma de tentar viabilizar o resguardo social e restaurar a credibilidade do sistema judiciário, mesmo que às custas de direitos individuais tão caros a uma sociedade dita democrática, que possui na Constituição o fundamento de validade de todo o seu sistema jurídico.

Atualmente o sistema jurídico brasileiro vem violando um direito constitucional, sob argumento de preservar a ordem pública e em prol do clamor público, sem, no entanto, observar as medidas menos gravosas estabelecidas no ordenamento, que vieram para substituir medida tão duras como a prisão.

De outro vértice, conforme ensinamentos de José Laurindo de Souza Netto<sup>86</sup>:

O fenômeno da banalização da prisão preventiva pode ser atestado diante de dados estatísticos no Brasil, que apontam para o aumento de 1250% num período de 12 (doze) anos. A sistemática violação de direitos e garantias relacionadas aos presos provisórios, em patamar elevadíssimo e desequilibrado de 41%<sup>87</sup> dos aprisionados, tem sido questionado junto ao Supremo Tribunal Federal<sup>88</sup>. Se não bastasse, mais de 37%<sup>89</sup> dos réus submetidos à prisão provisória não são sequer condenados, o que “revela o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país”. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E IPEA, 2014, p.7). A trivialização da prisão e seus efeitos deletérios vem sendo reiteradamente destacada no cenário brasileiro por Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Assevera José Roberto Batochio<sup>90</sup>:

A Justiça não pode ceder a esse tipo de pressão. Ela deve ser equilibrada, ter como base princípios humanísticos, ser impessoal. Caminhamos para um endurecimento do autoritarismo burocrático. Por isso é importante termos uma defesa técnica, que repudia esses excessos.

<sup>86</sup> NETTO, José Laurindo de Souza. **A motivação inadequada da decisão que decreta a prisão preventiva como elemento do estado de exceção**. Em sede de publicação. 2015. P. 18.

<sup>87</sup> Dados do Conselho Nacional de Justiça, Cf. Idem.

<sup>88</sup> Caminhando nestas águas, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADPF 347, ação judicial cujo objetivo é ver superada uma situação de sistemática afronta a preceitos fundamentais da Constituição Federal no âmbito do sistema carcerário brasileiro. Em síntese, alega a superpopulação carcerária e sustenta uma lesão ao princípio da presunção de inocência e uma falta de cuidado na decretação das prisões.

<sup>89</sup> Ministério da Justiça e IPEA. A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas, 2014. (doc. 10). Disponível em:

<<http://pt.slideshare.net/justicagovbr/a-aplicacao-de-penas-e-medidas-alternativas>>.p. 7.

<sup>90</sup> BATOCHIO, José Roberto. **Pedido de prisão cautelar deve ser excepcional**. P. 02. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-nov-07/banalizacao-prisao-cautelar-aumenta-numero-hc-tribunais>

Assim, no âmbito do direito penal, a exceção acaba virando regra, o que não contribui em nada para a sociedade, haja vista que a liberdade deve ser preservada até a sentença condenatória definitiva, ressalvando-se os casos inafiançáveis e hediondos, devidamente previstos em lei.

A prisão preventiva tem natureza cautelar e visa tutelar o andamento processual, visando garantir a sua eficácia. Se a decisão extrapolar o próprio processo, baseando-se no mérito processual será inconstitucional, representando juízo antecipado de culpabilidade.

Em tais situações, a prisão preventiva deixa de ser válida, passando a representar execução provisória de uma pena. São contrariados, desse modo, princípios básicos do processo moderno, respaldado nas garantias do contraditório e da ampla defesa. Não custa lembrar, aqui, o antigo brocardo latino, segundo o qual *nulla poena sine iudicio*.<sup>91</sup>

Ademais, atualmente o sistema penitenciário brasileiro encontra-se superlotado de presos provisórios e condenados, sem qualquer segurança e o mínimo de dignidade humana, a prisão cautelar acaba sendo pior que a pena, de acordo com o criminalista Rodrigo Dall'Acqua, falta conscientização tanto do Ministério Público quanto dos juízes de primeira instância para que a prisão preventiva seja decretada nos casos de extrema necessidade.<sup>92</sup>

E continua:

A prisão cautelar não pode ser uma resposta antecipada ao crime, usada para não desagradar a opinião pública ou mesmo para que juízes não sejam vistos como favoráveis ao réu. Enquanto isso não ocorrer, vamos continuar com uma enxurrada de Habeas Corpus nos tribunais superiores, mesmo com a jurisprudência consolidada que garante o direito à liberdade.

Assim, a prisão preventiva se revela como última *ratio* do direito processual penal brasileiro, devendo ser substituída por medidas cautelares diversas, bem como deve ser devidamente embasada e fundamentada para que não ocorra nulidade na decisão e violação aos princípios constitucionais.

---

<sup>91</sup> LIMA, Camila Eltz de. **A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva:** (in) constitucionalidade à luz do garantismo penal. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, nº 11. P. 184/164, 2003.

<sup>92</sup> DALL'ACQUA, Rodrigo. **Pedido de prisão cautelar deve ser excepcional.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-nov-07/banalizacao-prisao-cautelar-aumenta-numero-hc-tribunais>

Segundo preleciona Pacelli<sup>93</sup> a “*prisão é violência e violência produz danos. Logo, deve-se aplicá-la quando os danos a serem protegidos sejam mais graves do que os gerados pela prisão*”.

Como bem disse o ministro Marco Aurélio de Mello<sup>94</sup>, do Supremo Tribunal Federal (STF), em entrevista ao Jornal Estado de Minas (Política, 27/6):

A prisão temporária não pode resultar da capacidade intuitiva de quem quer que seja. Não pode está alicerçada em suposições (...) o que nós estamos notando nos dias atuais é uma inversão de valores, como se presumisse de imediato a culpa. O princípio da não culpabilidade está ficando em segundo plano. Prende-se para depois apurar.

Nesta baila, infere-se a ausência de limites punitivos do poder público. Ferrajoli afirma que o modelo do Direito Penal Mínimo afeiçoa-se à democracia, já o Direito Penal Máximo condiz com o Estado autoritário.

Consoante Ferrajoli<sup>95</sup>:

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos.

Desta forma, a decretação indiscriminada da prisão preventiva acarretará uma superlotação carcerária, bem como afronta a democracia e ao Estado Democrático de Direito, salientando-se ainda, violação constitucional a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência.

#### 4.2 NULIDADES DA DECISÃO PELA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO

Tal instituto visa evitar que decisões no âmbito penal sejam tomadas sem a observância dos princípios constitucionais, a declaração de nulidade de uma decisão

<sup>93</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10. ed. atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2011. P. 87.

<sup>94</sup> MELLO, Marco Aurélio de. **Banalização da prisão temporária**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI13877,101048-Banalizacao+da+prisao+temporaria>

<sup>95</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. P. 102.

judicial que não atenda à necessidade de fundamentação só deve ocorrer quando se comprovar que as finalidades inerentes à motivação não foram atingidas.<sup>96</sup>

A nulidade poderá ser decretada por ausência de fundamentação das decisões, contradição, motivação *per relationem* e motivação implícita.

José Laurindo de Souza Netto<sup>97</sup> nos ensina que:

Trata-se da forma mais evidente de violação à exigência constitucional, abarcando não só os casos de inexistência de um discurso, mas também os casos de aparência de motivação, quando são apresentadas as justificativas que nada dizem ou até mesmo ocultam as verdadeiras razões do decidir, fixadas, às vezes, por “motivos inconfessáveis”.

Mais recentemente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se orientou no sentido de que a chamada motivação implícita atende ao preceito inscrito no art. 93, IX, CF/1988, como demonstra o seguinte precedente:

EMENTA Habeas corpus. Roubo qualificado (CP, art. 157, § 2º, II). Pretensão de reconhecimento de nulidade em razão de alegada falta de análise específica do pedido de desclassificação para o crime de exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345) formulado pela defesa. Não ocorrência. Rejeição implícita. Alegada inexistência de provas das elementares do tipo de roubo. Necessidade de análise de fatos e provas. Inadequação da via do writ. Precedentes. Ordem denegada. 1. A conclusão da Corte Superior de Justiça não divergiu do entendimento desta Suprema Corte, preconizado no sentido de que “quando a decisão acolhe fundamentadamente uma tese, afasta implicitamente as que com ela são incompatíveis, não sendo necessário o exame exaustivo de cada uma das que não foram acolhidas” (HC nº 76.420/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Maurício Côrrea, DJ de 14/8/98).<sup>98</sup>

No mesmo sentido é o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

[..] 2. Depreende-se dos acórdãos proferidos pelo Tribunal a quo, que todas as teses defensivas foram, ao contrário do alegado na impetração, rechaçadas, direta ou indiretamente. [...] 3. Não se tem como omisso um acórdão que, embora não se referindo, expressamente, às teses defensivas, fundamenta a manutenção da sentença com base nos elementos probatórios reputados válidos para demonstrar o crime e sua autoria. 4. Embora seja necessário que o Magistrado aprecie as teses ventiladas pela defesa, torna-se despiciendo a menção expressa a cada

<sup>96</sup> BARROSO, Marcelo Lopes. **A motivação das decisões judiciais no processo penal**. 2012. P. 12/16.

<sup>97</sup> NETTO, José Laurindo de Souza. **A motivação inadequada da decisão que decreta a prisão preventiva como elemento do estado de exceção**. Em sede de publicação. 2015. P. 07.

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC n.º 105.697/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 10/04/2012, Processo Eletrônico DJe-091 de 10/05/2012. No mesmo sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC n.º 76.420/SP, Rel. Min. Maurício Côrrea, DJ de 14/8/98.

uma das alegações se, pela própria decisão condenatória, resta claro que o Julgador adotou posicionamento contrário.<sup>99</sup>

Desta forma, infere-se que a nulidade é acarretada quando a decisão não é fundamentada adequadamente, todavia, vem sendo admitidas decisões com fundamentação sucinta, haja vista que se rechaçam de plano as demais teses defensivas.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci<sup>100</sup>:

Acrescente-se que a motivação não pode ser *pro-forma*, lastreada, por exemplo, na própria representação do delegado (“acolhendo os motivos expostos pela autoridade policial, decreto a prisão de ‘X’ por cinco dias.”). O magistrado precisa dar os *seus* próprios argumentos para decretar a preventiva. Além disso, o prazo de 24h (vinte e quatro horas), na prática não se dá.

A Constituição Federal atual prevê o devido processo legal, sendo que deste derivam os demais princípios, são eles juiz natural, contraditório, ampla defesa, necessidade da adequação das formalidades essenciais do processo, sendo que todos os princípios unidos fazem culminar na sentença, a qual exige, também, ser devidamente fundamentada sob pena de nulidade, conforme dispõe o art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.

### **Ausência de fundamentação**

A fundamentação precária acarreta nulidade na decisão atacada, haja vista que não se sabe quais os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, violando desta forma os princípios da ampla defesa e contraditório.

Explica Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró<sup>101</sup> *"Nesse caso, que é o mais frequente, embora a sentença apresente fundamentação sobre determinadas questões, não exaure o campo decisório, deixando de motivar uma ou mais questões que exigiam fundamentação"*.

A ausência de fundamentação prejudica de forma direta o andamento processual no juízo de primeiro grau, haja vista que as partes terão dificuldade para entender as razões invocadas pelo magistrado, que o levaram a decidir de tal forma.

---

<sup>99</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC 61.715/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 29/08/2007, DJ 08/10/2007. P. 325.

<sup>100</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais**. Forense: 2014. P. 741.

<sup>101</sup> BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002, p. 128.

Ainda, a decisão que carece de motivação torna-se um empecilho para o exercício do contraditório e ampla defesa, na medida em que lhe impede de aduzir adequadamente às razões de seu recurso.

Nesse sentido Renato Brasileiro de Lima<sup>102</sup>:

Meras ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica concreta não autorizam a segregação cautelar de liberdade de locomoção. É indispensável que o magistrado aponte, de maneira concreta, as circunstâncias fáticas que apontam no sentido da adoção da medida cautelar, sob pena de manifesta ilegalidade do decreto prisional. Caso a decisão proferida pela autoridade judiciária competente não esteja devidamente fundamentada, haverá constrangimento ilegal ensejador de pedido de habeas corpus, pleiteando a cassação da prisão preventiva. Se ao magistrado se impõe o dever de apontar elementos que confirmem a necessidade da segregação cautelar do acusado, também se lhe impõe o dever de moderação de linguagem. Ao exteriorizar seu convencimento no momento da fundamentação, a utilização de linguagem sóbria por parte do magistrado serve, assim, para demonstrar que não esta havendo um julgamento antecipado do acusado.

Assim, deve o magistrado analisar todos os pontos para decretar a prisão preventiva, não podendo fazer de superficial e incompleta.

Quanto a isso, válidos os dizeres do Ministro Sepúlveda Pertence<sup>103</sup>:

(...) II. Prisão preventiva: falta de fundamentação concreta de sua necessidade cautelar, não suprida pelo apelo a gravidade objetiva do fato criminoso imputado: nulidade. A fundamentação da prisão preventiva - além da prova da existência do crime e dos indícios da autoria -, há de indicar a adequação dos fatos concretos a norma abstrata que a autoriza como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução ou para assegurar a aplicação da lei penal (CPP, arts. 312 e 315). A gravidade do crime imputado, um dos malsinados "crimes hediondos" (Lei 8.072/90), não basta a justificção da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse dos interesses do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizado, a punir sem processo, em atenção a gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (CF, art. 5., LVII). (grifo nosso).

Assim, a decisão de segregação cautelar do acusado deve ser decretada com base nos fundamentos que lhe dão suporte ao caso concreto, não devendo ser baseada em decisões análogas em instâncias judiciais superiores observando-se a necessidade e adequação.

<sup>102</sup> DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3.Ed. Rev.ampl. Atual.Bahia. JusPodivm, 2015. P. 969.

<sup>103</sup> STF - RHC: 68631 DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 25/06/1991, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 23-08-1991 PP-11265 EMENT VOL-01630-01 PP-00088 RTJ VOL-00137-01 PP-00287.

## Contradição

A decisão deve ser devidamente fundamentada e devem guardar coerência, sob pena de declaração da nulidade. Não pode o magistrado decidir se contradizendo, deverá, dentro de sua livre convicção, acolher a tese que mais se amolda ao caso concreto e fundamentar dentro daquele panorama, não podendo acolher duas teses e passar a se contradizer.

Carlos Eduardo Scheid<sup>104</sup>, de forma objetiva, afirma que:

Padecerá a decisão de sério defeito caso apresente, em seu discurso justificativo, incompatibilidade entre suas variadas asserções". Verificandose a contradição, poderá o magistrado retificar sua decisão em caso de interposição de embargos declaratórios, que se configuram no instrumento mais célere para afastar o vício.

Não pode haver decisões contraditórias, sendo que o magistrado deve decidir e fundamentar dentro de sua livre convicção, mas baseado nas provas arreadas aos autos.

Neste sentido:

PENAL E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. DEFESA. CERCEAMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. ILEGALIDADE. NULIDADE. PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. Cabem embargos de declaração quando o acórdão for omissivo, ambíguo, contraditório ou obscuro. O direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, assegurado pela Constituição da República na letra do inciso LV do seu artigo 5º, compreende o direito à participação do advogado no interrogatório de seu cliente. Assegura-se ao acusado participar da oitiva das testemunhas de acusação, ressalvada a situação prevista no art. 217 do Código de Processo Penal. O deferimento de compromisso a irmão da vítima, na qualidade de testemunha contraditada constitui mera irregularidade, uma vez que o Tribunal popular, de modo soberano, conferirá adequado valor ao conteúdo do depoimento. Precedentes. É iterativa a orientação desta Corte no sentido de que primariedade, bons antecedentes, endereço e emprego fixo, além de família e outros atributos subjetivos, não impedem, per se, a decretação da custódia cautelar, quando necessária. Não se decreta a nulidade de nenhum ato processual se dele não resultar, comprovadamente, prejuízo para a acusação ou para a defesa (art. 563 do CPP). Embargos de declaração acolhidos. Ordem denegada.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> SCHEID, Carlos Eduardo. **A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 143.

<sup>105</sup> STJ - EDcl no HC: 26245 MG 2002/0177009-7, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 10/02/2004, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 08/03/2004 p. 334.

Assim, considera-se um vício na decisão da decretação da prisão preventiva, haja vista que o discurso justificativo não atende as exigências normativas do caso concreto ou apresenta disparidade entre elas.<sup>106</sup>

### **Motivação *per relationem***

Este instituto traz a baila a problemática enfrentada no judiciário, que cada vez mais, deve o magistrado julgar de forma célere, todavia, acaba por se utilizar de argumentação proferida em caso semelhante anteriormente, ou se utiliza da argumentação das partes, ao invés, de apreciar e expor corretamente as razões de seu convencimento.

Nas palavras de Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>107</sup> *"na modalidade per relationem o preenchimento dos espaços do vazio da argumentação decorre da integração expressa ao texto justificativo da motivação apresentada em outro documento"*.

Por sua vez, Carlos Eduardo Scheid<sup>108</sup> assevera que *"essa motivação exige, portanto, o reenvio a um ato distinto do que se encontra em exame"*.

Tal práxis adota como razões do recursos os mesmos fundamentos esposados na sentença ou quando o magistrado acata integralmente as razões do Ministério Público.

A motivação *per relationem* tem sido utilizada na prática forense como mecanismo de aceleração dos julgamentos, de forma a evitar a exposição de densa fundamentação sobre a análise de uma matéria já debatida. Inegável o comodismo que essa técnica representa ao julgador, todavia, não pode ser considerada verdadeiramente como motivação, apenas como reforço argumentativo do autor da decisão, uma ferramenta auxiliar, nunca exclusiva.<sup>109</sup>

Para Renato Brasileiro de Lima<sup>110</sup>:

---

<sup>106</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. Revista dos tribunais: 2013. P. 160.

<sup>107</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. Revista dos tribunais: 2013. P. 163.

<sup>108</sup> SCHEID, Carlos Eduardo. **A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P.147.

<sup>109</sup> SCHEID, Carlos Eduardo. **A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 143.

<sup>110</sup> DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3.Ed. Rev.ampl. Atual.Bahia. JusPodivm, 2015. P. 969.

Fundamentação *per relationem* ou *aliunde* é aquela que a autoridade judiciária adota como fundamento de sua decisão as alegações contidas na representação da autoridade policial ou no requerimento do órgão do Ministério Público, do querelante ou do assistente.

Nestor Távora e Rosmar Alencar<sup>111</sup> corroboram com a possibilidade da utilização dessa técnica:

Tem-se admitido, contudo, que o juiz arrime a decisão com os fundamentos trazidos na representação da autoridade policial ou na representação do Ministério Público. Entendemos que esta é uma discussão estéril, pois se o pedido dos órgãos da persecução pela decretação da medida está amparado por elementos extraído dos autos, basta que o magistrado se valha daquilo que já foi compilado pelo promotor ou pelo delegado, indicando a fonte.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÕES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento. 2. Não há cogitar nulidade do acórdão por ausência de fundamentação ou ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, se o órgão julgador na origem, ao julgar a apelação da defesa, além dos fundamentos próprios, reporta-se ao parecer ministerial, valendo-se da denominada fundamentação per relationem. 4. A jurisprudência tem admitido que decisões judiciais louvem-se em manifestações do processo, mas desde que haja um mínimo de fundamentos, com transcrição de trechos das peças às quais há indicação (per relationem), o que ocorreu na espécie. 4. Habeas corpus não conhecido.<sup>112</sup> (grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal tem admitido a utilização da motivação *per relationem*, sem que, com isso, afronte o princípio constitucional da motivação. Atualmente o Ministro Celso de Mello, um dos grandes defensores dessa teoria, aduz que é possível a incorporação ao acórdão das razões expostas pelo Ministério Público, sendo legítima a utilização dessa técnica.<sup>113</sup>

Outros Ministros dessa Corte Constitucional também apoiam a utilização da motivação referencial, conforme jurisprudência:

É firme a jurisprudência da Corte no sentido de que não caracteriza ofensa ao art. 93, inciso IX, da Constituição a decisão que adota como razões de

<sup>111</sup> TAVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. P. 485.

<sup>112</sup> STJ - HC: 315106 SP 2015/0018359-3, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 05/03/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/03/2015.

<sup>113</sup> STF. Ag no REExt 778.371/SC. 2ª T. julg. 16.09.2014.

decidir os fundamentos lançados no parecer do Ministério Público” (STF. AgRg no REExt com Ag. 742.212/DF. Rel. Min. Dias Toffoli. 1ª T. Julg. 2.09.2014). “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a técnica da fundamentação per relationem, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF” (STF. RHC 116.166/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. 2ª T. Julg. 27.05.2014). “A decisão agravada demonstrou, com esteio na jurisprudência do STF, a validade da técnica de motivação per relationem, rechaçando a alegação de que a exacerbação da pena-base pelo crime de homicídio careceu da necessária fundamentação” (STF. AgRg no RHC 120.982/SP. Rel. Min. Luiz Fux. 1ª T. Julg. 25.02.2014). E por fim “Não configura negativa de prestação jurisdicional ou inexistência de motivação a decisão que adota, como razões de decidir, os fundamentos do parecer lançado pelo Ministério Público, ainda que em fase anterior ao recebimento da denúncia”.<sup>114</sup>

Portanto, é imprescindível utilizar-se da cautela para admitir esta técnica de motivação. Tal instituto é empregado como arma em prol da celeridade e economia processual, bem como duração razoável do processo, visando o combate da morosidade processual, todavia, é importante salientar que deve ser utilizado com motivação concreta, apta a garantir às partes e sociedade o controle externo e difuso da atividade jurisdicional.

Conforme conclui Daniel Zaclis<sup>115</sup> “*A concretização de um processo célere e eficaz, contudo, não pressupõe o atropelamento, ou mesmo a relativização, de direitos consagrados por nossa Constituição Federal.*”

Cada magistrado deve expor seu convencimento, sendo tarefa personalíssima, sendo que as manifestações da parte servem como auxílio para formar a convicção do juiz, resultando de uma explanação lógica e unilateral do juiz e não se utilizando de fundamentos de terceiros.

### **Motivação implícita**

Ocorre quando o magistrado deixa de analisar pontos expostos pelas partes, nas palavras de Carlos Eduardo Scheid<sup>116</sup> “*tem-se a motivação implícita quando o juiz deixar de analisar determinados pontos expostos pelas partes posto que já rechaçados em função de ser acolhido um argumento em sentido contrário. Sobre o ponto não apreciado pelo juiz, diz-se que houve motivação implícita.*”

<sup>114</sup> STF. AgRg no AI 738.982/PR. Rel. Min. Joaquim Barbosa. 2ª T. Julg. 29.04.2012.

<sup>115</sup> ZACLIS, Daniel. **Processo célere não pressupõe relativização de direitos**. Consultor Jurídico. 18.07.2013. Disponível em [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso em 06.10.2015.

<sup>116</sup> SCHEID, Carlos Eduardo. **A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 146.

Em outras palavras Antonio Magalhaes Gomes Filho<sup>117</sup> afirma que “(...)os motivos que justificam a solução de uma questão servem, implicitamente, para atender a mesma finalidade, em relação a outro ponto em que não foram explicitadas as razões do convencimento judicial.”

O magistrado deve se utilizar nas decisões de linguagem clara e acessível, se fazendo compreender pelas partes, haja vista que é o mecanismo utilizado durante os atos processuais para dialogar com estes.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró<sup>118</sup> é enfático ao repelir a "motivação" implícita: *"Ou há motivação específica expressa, ou não há motivação"*.

A decisão deve ser inteligível por todos, em especial pelas partes envolvidas no litígio, devendo a motivação ser expressa, propiciando assim o seu pleno conhecimento e viabilizando que as partes possam impugnar a decisão, utilizando-se dos instrumentos adequados.

Neste sentido:

“(...) A exigência de motivação dos atos jurisdicionais constitui, hoje, postulado constitucional inafastável, que traduz, em sua concepção básica, poderoso fator de limitação do próprio poder estatal, além de constituir instrumento essencial de respeito e proteção às liberdades públicas. Atos jurisdicionais, que descumpram a obrigação constitucional de adequada motivação decisória, são atos estatais nulos. (...)”<sup>119</sup>

Desta forma, trata-se de hipóteses em que a atipicidade do ato por desrespeito a norma constitucional, acarreta consequentemente a ineficácia das decisões.<sup>120</sup>

Ademais, como explica Antonio Magalhaes Gomes Filho<sup>121</sup> *“no caso da decisão judicial não fundamentada, o prejuízo fica indubitavelmente revelado pela frustração de todos aqueles objetivos políticos e processuais que determinam a exigência constitucional.”*

Assim, se a decisão não estiver em conformidade com os requisitos estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico, a mesma será considerada nula, haja vista que a motivação esta viciada.

---

<sup>117</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. Revista dos tribunais: 2013. P. 162.

<sup>118</sup> BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002. P. 132.

<sup>119</sup> MELLO, Celso de. 1ª Turma, no HC n. 68.422-0-DF, julgado em 19.2.91.

<sup>120</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. Revista dos tribunais: 2013. P. 166.

<sup>121</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. Revista dos tribunais: 2013. P. 167.

## 5 CONCLUSÃO

A proposta inicial deste trabalho implicou de certa forma, em trazer à baila a questão das nulidades na decisão, fazendo enfoque nas fases procedimentais para que eventualmente sejam consideradas nulas, em especial ao princípio da fundamentação no momento em que o juiz decreta a prisão preventiva.

O instituto da prisão preventiva passou a ser utilizado de forma desmoderada e desproporcional, deixando-se de observar os princípios constitucionais que o norteiam, ressaltando o princípio da fundamentação, também conhecido como princípio da motivação, o qual é primordial na essência de tal decisão.

Nesta seara, os magistrados deixam de analisar de forma esgotada os pressupostos cautelares, que são imprescindíveis para que estejam presentes o *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, bem como os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, os quais estão sendo somente citados ao invés de fundamentados.

Desta forma, diante da não observância dos requisitos, ocorrem excessos de prazo nas prisões cautelares e, ainda violação aos preceitos constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência.

Diante da fundamentação precária que os juízes vêm adotando, acarretam uma fragilidade na decisão, uma vez que os mesmos deixam lacunas, possibilitando desta forma que as decisões sejam alteradas, bem como diante dos vícios existentes podem ser consideradas nulas.

Ademais a decisão que carece de fundamentação acaba por violar os princípios do contraditório e da ampla defesa, haja vista que as partes não terão conhecimento de forma coesa das razões que levaram o magistrado a decidir de tal forma.

A prisão preventiva passou a ser utilizada como regra, todavia o ordenamento jurídico prevê que tal instituto é a *última ratio* somente devendo ser usado quando os demais campos do direito não forem capazes de acabar com os litígios.

Destarte, após o advento da Lei 12.403/2011, no qual estabeleceu as medidas cautelares diversas da prisão, em seu artigo 313 do Código de Processo Penal disciplinando que uma vez descumpridas as medidas alternativas ou substitutivas da prisão, esta se revela oportuna.

Ainda, cumpre salientar que com a Lei 12.403/2011 a qual alterou o texto do artigo 313, houve uma mudança em relação ao cabimento da prisão, justamente para que os magistrados, membros do Ministério Público e partes não se utilizem de tal instituto de forma banal.

Sendo assim deve o magistrado atender a necessidade e a adequação de tal instituto, ou seja, atender ao princípio da proporcionalidade da pena, bem como as razões que levaram a tomar tal medida cautelar como a mais apropriada. Ressaltando-se que a decisão que estabelece a prisão preventiva deve estar sedimentada no princípio da motivação.

Em relação à motivação das decisões, deve-se tomar por base a fundamentação adequada, haja vista que é a oportunidade em que o magistrado expressa suas razões, fundamentos e argumentos para uma determinada decisão.

Ademais a motivação não pode ser baseada somente na real ocorrência dos fatos, mas sim deve ser justificada nos elementos de convicção e nas razões de direito, desde que não parem dúvidas sobre os mesmos.

Noutro vértice impende destacar o instituto da banalização das decisões, haja vista que atualmente os magistrados acabam por decretar a prisão sem a observância dos requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, fazendo um juízo de valor de forma superficial ao caso concreto.

Com a banalização das decisões ocorre um efeito dominó no sistema prisional brasileiro, gerando uma superlotação carcerária, tendo em vista que o instituto da prisão que deveria ser aplicado de maneira excepcional passa a ser utilizado de forma desproporcional.

Destarte, diante da motivação precária acaba dando margem para nulidades das decisões de decretação da prisão, tendo em vista a não observância dos requisitos estabelecidos para tanto.

Ainda, não pode o magistrado adotar uma tese das partes por seus próprios fundamentos, devendo justificar a decisão e os motivos que levaram a acolher referida tese. Caso não seja observado o princípio da motivação e de forma genérica seja decretada a prisão preventiva, adotando a tese de uma das partes, não rechaçando as demais, estará diante de uma nulidade.

Assim, a nulidade nas motivações da prisão preventiva, se desdobram em quatro outras modalidades, quais sejam contradição, ausência de motivação, motivação *per relationem* e motivação implícita.

A primeira diz respeito a eventuais decisões contraditórias em seus fundamentos, quando o juiz acaba por adotar e justificar as duas teses existentes no caso concreto, tornando a decisão contraditória em seus preceitos.

Em relação à segunda, trata da fundamentação insuficiente, na qual o magistrado, em que pese fundamentar a decisão, não exaure as questões, deixando lacunas na motivação.

A terceira trata da motivação *per relationem*, em que o magistrado adota como seus próprios fundamentos as teses das partes, não justificando e explanando suas razões, trazendo prejuízos diretos as partes, as quais não tomam conhecimento de forma clara dos pressupostos que ensejaram na decretação da prisão.

Quanto à modalidade da motivação implícita, esta ocorre quando o juiz deixa de analisar pontos expostos pelas partes, posto que já rechaçados em função de ser acolhido um argumento em sentido contrário.

Desta forma, tem-se que atualmente já há entendimento dos Tribunais Superiores, em relação às nulidades conforme acima explicitado, reconhecendo que existem vícios quanto à decretação da prisão preventiva, haja vista que os magistrados não se atentam para todos os princípios, fundamentos e pressupostos estabelecidos no ordenamento jurídico.

Ainda, a jurisprudência acompanha referido entendimento, já tendo reconhecido nulidades em suas decisões, em razão da violação do artigo 93, inciso IX da Carta Magna.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARROSO, Marcelo Lopes. **A motivação das decisões judiciais no processo penal**. 2012.

BATOCHIO, José Roberto. **Pedido de prisão cautelar deve ser excepcional**. P. 02. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-nov-07/banalizacao-prisao-cautelar-aumenta-numero-hc-tribunais>

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Conessa, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html).

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**: fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.html)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC n.º 105.697/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 10/04/2012, Processo Eletrônico DJe-091 de 10/05/2012. No mesmo sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC n.º 76.420/SP, Rel. Min. Maurício Côrrea, DJ de 14/8/98.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF - HC: 83534 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 18/11/2003, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 27-02-2004 PP-00027 EMENT VOL-02141-04 PP-00869.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF - RHC: 68631 DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 25/06/1991, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 23-08-1991 PP-11265 EMENT VOL-01630-01 PP-00088 RTJ VOL-00137-01 PP-00287.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Ag no REExt 778.371/SC. 2ª T. julg. 16.09.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. AgRg no AI 738.982/PR. Rel. Min. Joaquim Barbosa. 2ª T. Julg. 29.04.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF - HC: 92682 RJ, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 26/10/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-233 DIVULG 01-12-2010 PUBLIC 02-12-2010 EMENT VOL-02443-01 PP-00025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - RHC: 8804 PE 1999/0061448-8, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 26/10/1999, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 22.11.1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ - RHC: 42258 MG 2013/0369674-9, Relator: Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Data de Julgamento: 27/06/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/08/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - EDcl no HC: 26245 MG 2002/0177009-7, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 10/02/2004, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 08/03/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - HC: 315106 SP 2015/0018359-3, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 05/03/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/03/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. RHC n. 8804/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 22.11.99.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC 61.715/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 29/08/2007, DJ 08/10/2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. Sao Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Alexandre Wunderlich(coordenador).Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas Cautelares e Prisão Processual**: comentários À Lei 12.403/2011. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas Cautelares Pessoais**: prisão e liberdade provisória. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

DALL'ACQUA, Rodrigo. **Pedido de prisão cautelar deve ser excepcional**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-nov-07/banalizacao-prisao-cautelar-aumenta-numero-hc-tribunais>

DANTAS, Ivo. **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2001.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3.Ed. Rev.ampl. Atual. Bahia. JusPodivm, 2015.

\_\_\_\_\_, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2011.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2000..

\_\_\_\_\_, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Luís Flavio. **Revista Jurídica Número 189**. Porto Alegre: Síntese. 1994.

\_\_\_\_\_, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_, Antonio Magalhaes/PRADO, Geraldo/ BADARÓ, Gustavo Henrique/MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis/FERNANDES/Og. **Medidas**

**Cautelares no Processo Penal:** Prisões e suas alternativas. Editora Revista dos Tribunais: 2012.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Habeas Corpus n. 96.095-2/SP, relatado pelo Min. Celso de Mello.

HASSEMER, W. Fundamentos del derecho penal. Apud: PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** Volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006.

LIMA, Camila Eltz de. **A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva:** (in) constitucionalidade à luz do garantismo penal. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, 2003. nº 11.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Volume II. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_, Aury e BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** 2 ed. atual. Campinas: Millenium, 2000.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade.** 1988.

MELLO, Marco Aurélio de. **Banalização da prisão temporária.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI13877,101048-Banalizacao+da+prisao+temporaria>

MELLO, Celso de. 1ª Turma, no HC n. 68.422-0-DF, julgado em 19.2.91.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2005.

MONTESQUIEU. **In O Espírito das Leis.** Livro XII, I.

MORAES; Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.

\_\_\_\_\_, José Laurindo de Souza. **O princípio da proporcionalidade como fundamento constitucional das medidas substitutivas da prisão cautelar**. <http://www.utp.br/tuiuticienciaecultura/FCJ/FCJ%2027/PDF/art%2004%20-%20o%20princípio%20da%20proporcionalidade.pdf>

\_\_\_\_\_, José Laurindo de Souza. **A motivação inadequada da decisão que decreta a prisão preventiva como elemento do estado de exceção**. Em sede de publicação. 2015.

NICOLITT, André Luiz. **Lei 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais**. Forense: 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10. ed. atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2011.

PACCELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria crítica e práxis**. 5.ed. ver. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

PIOLI, Roberta Raphaelli. Medida Excepcional. STF põe-se contra a banalização da prisão preventiva. **Revista Consultor Jurídico**, 20 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-20/roberta-pioli-stf-posiciona-banalizacao-prisao-preventiva>> acesso em: 23 set. 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006.

Prisão preventiva por conveniência da instrução criminal nos crimes dolosos contra a vida <http://jus.com.br/artigos/14635/prisao-preventiva-por-conveniencia-da-instrucao-criminal-nos-crimes-dolosos-contr-a-vida>.

Princípio da presunção de inocência. Fonte:  
<http://catolicaonline.com.br/revistadacatolica2/artigosv3n5/artigo11.pdf>.

Princípio da presunção de inocência e sua aplicabilidade conforme entendimento do supremo. <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-presun%C3%A7ao-de-inoc%C3%Aancia-e-sua-aplicabilidade-conforme-entendimento-do-supremo>.

Rangel, Paulo. **Direito Processual Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005,

REIS, Alexandre Cebrian Araújo/GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Esquemático**. Coordenador Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROXIN, Claus. CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas Cautelares Pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011

SCHEID, Carlos Eduardo. **A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 2.ed. Bologna: Editorial Trotta, 2005.

ZACLIS, Daniel. **Processo célere não pressupõe relativização de direitos**. Consultor Jurídico. 18.07.2013. Disponível em [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso em 06.10.2015.