

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Cassiano Mazon**

**A Fundamentação das Decisões Judiciais e a Prisão Preventiva**

**MESTRADO EM DIREITO**

**São Paulo  
2012**

**Cassiano Mazon**

**A Fundamentação das Decisões Judiciais e a Prisão Preventiva**

**MESTRADO EM DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito das Relações Sociais, na área de concentração de Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Cláudio José Langroiva Pereira.

**São Paulo**

**2012**

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

Dedico esta dissertação às pessoas mais importantes da minha vida:

Aos meus pais, Dercio e Gildete, pelo amor, zelo, dedicação e compreensão. Deus nos uniu em um só Amor. Amo vocês!

Aos meus avós paternos, Vitório e Adelina e aos meus avós maternos, José e Norma, na certeza de que Deus fará o reencontro para a eternidade. Saudades! Às minhas tias Vilma, Zilda e Gilda. Força! Estamos juntos.

À minha esposa Tânia, pelo amor e compreensão.

## Agradecimentos

ao Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva, nobre magistrado, que honra a Magistratura paulista, sendo referência nas letras jurídicas nacionais, com reconhecimento internacional. Na arte de ensinar, cumpre o desiderato magno de todo professor, que é o de infundir no aluno o desejo de aprender, incentivando-o sempre a estudar.

ao meu orientador, Professor Doutor Cláudio José Langroiva Pereira, pela dedicação e incentivo aos estudos.

ao Professor Doutor Roberto Ferreira Archanjo da Silva, sempre solícito e gentil com os alunos.

ao Dr. Dimas Eduardo Ramalho, chefe e amigo, homem público honrado e de caráter. Quem o conhece, passa a acreditar na política deste país. Sempre me incentivou a estudar e a progredir.

à Dra. Angélica de Maria Mello de Almeida, que honra a Magistratura bandeirante, sempre me incentivando a estudar direito processual penal, desde suas aulas na Escola Paulista da Magistratura.

O Senhor é meu pastor, nada me falta,  
Em verdes prados ele me faz deitar.  
Conduz-me junto ás águas refrescantes,  
Refaz a minha alma.  
Pelos caminhos retos ele me leva,  
Por amor do seu nome.  
Ainda que eu atravesse o vale escuro,  
Nada temerei, pois estais comigo.  
Vosso bordão e vosso báculo  
São o meu amparo.  
Preparais para mim a mesa  
À vista de meus inimigos.  
Ungis de óleo minha cabeça,  
Transborda a minha taça.  
Graça e misericórdia hão de seguir-me  
Por todos os dias da minha vida.  
E habitarei na casa do Senhor  
Na amplidão dos tempos.

(Salmo 22 de Davi).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> BÍBLIA SAGRADA. Trad. dos originais: hebraico, aramaico e grego, mediante a versão francesa dos Monges Beneditinos de Maredsous – Bélgica. Centro Bíblico Católico de São Paulo. São Paulo: Editora Ave Maria, 1959, p. 745.

## **MAZON, Cassiano. A fundamentação das decisões judiciais e a prisão preventiva.**

### **RESUMO**

A presente dissertação abordou o tema da fundamentação das decisões judiciais e a prisão preventiva, mediante análise da legislação e da doutrina, nacionais e estrangeiras, bem como da jurisprudência pátria. O processo penal, direito constitucional aplicado, é uma garantia fundamental no Estado Democrático de Direito, cujo pilar central é a dignidade humana. No Estado Democrático de Direito, devem ser motivadas todas as decisões judiciais, máxime diante da necessidade de restrição a direitos fundamentais, no caso a liberdade, mediante a decretação da prisão preventiva. A fundamentação, decorrente do princípio do devido processo legal, consiste na explicitação das razões de fato e de direito que conduziram o magistrado à decisão. O discurso justificativo judicial deve mostrar-se íntegro, dialético, coerente e racional, não sendo suficientes meras referências a dispositivos legais, com alusão a fórmulas vagas e genéricas, ajustáveis a toda e qualquer situação. Considerando o princípio da presunção de inocência, consignou-se que a prisão preventiva, cautelar por excelência, é marcada pela provisoriação, devendo vigorar enquanto perdurar a situação de urgência que justificou a decretação da medida, constituindo providência excepcional, porquanto aplicável às hipóteses emergenciais, se e quando todas as demais medidas cautelares mostrarem-se inadequadas e insuficientes. O estudo demonstrou que a prisão preventiva só poderá ser decretada em face da presença de determinados pressupostos e requisitos legais, razão pela qual sua motivação demandará, por parte do magistrado, análise das circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, à luz do princípio da proporcionalidade. Ao final, restou assente que a fundamentação inidônea, dotada de vícios, enseja reconhecimento de sua nulidade, por comprometer valores essenciais consagrados no Texto Constitucional, atingindo a própria dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito; direitos fundamentais; dignidade da pessoa humana; princípio do devido processo legal; princípio da fundamentação das decisões judiciais; medidas cautelares privativas de liberdade; prisão cautelar; prisão preventiva; princípio da presunção de inocência; princípio da proporcionalidade.

## **MAZON, Cassiano. The grounds of court decisions and preventive detention orders.**

### **ABSTRACT**

This thesis is a study on the issue of the grounds of court decisions and preventive detention orders, in light of both domestic and foreign legislation and books of authority, including Brazilian case law. The criminal procedure, an enforceable constitutional right, is a fundamental guarantee under a democratic rule of law system, the central pillar of which is human dignity. Under the rule of law, all court decisions must be duly grounded, notably in the case of the need to restrict fundamental rights, such as an individual's freedom, through a preventive detention order. The grounds arising from the due process of law consist in providing all details of the legal and factual basis which led the court to render such decision. The grounds given by the court must be just, dialectic, coherent and rational, as mere references to legal provisions, allusion to vague and generic formulae, which may be adjusted to any circumstance, are not sufficient. Considering the principle of presumption of innocence, it has been established that preventive detention, a provisional remedy *par excellence*, is marked by its provisional character in that it should remain effective for the same time the urgent situation that justified it lasts - thus qualifying as an exceptional measure - hence, applicable to emergency situations, if and when all other provisional remedies prove to be improper and insufficient. This study has shown that preventive detention may be ordered in view of the presence of certain legal assumptions and requirements, therefore its grounds requires from the court a careful examination of the circumstances and particularities of the case in question, in light of the principle of proportionality. The conclusion is that unjust and defective grounds give rise to the acknowledgement of the nullity thereof as the essential values provided in the Constitution may be harmed and thus adversely affect human dignity.

**Key words:** Rule of law; fundamental rights; human dignity; due process of law; principle of sufficient grounds for court decisions; provisional remedies depriving individual freedom; precautionary detention; preventive detention; principle of presumption of innocence; principle of proportionality.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	1
1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E PROCESSO PENAL .....	3
1.1. O processo penal como garantia fundamental no Estado Democrático de Direito.....	3
1.2. A garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais e o direito processual penal .....	25
1.2.1. Histórico do dever de fundamentar .....	27
1.2.2. A fundamentação como garantia política .....	32
1.2.3. A fundamentação das decisões judiciais e o devido processo legal .....	35
2. A Estrutura Lógico-Sistemática da Fundamentação.....	39
2.1. Fundamento (motivo) e fundamentação (motivação) .....	39
2.2. Decisão e fundamentação.....	40
2.3. Fundamentação e justificação .....	41
2.3.1. Justificação dedutiva .....	42
2.3.2. Justificação indutiva .....	43
2.3.3. Justificação retórica .....	43
2.4. Fundamentação de direito e fundamentação de fato .....	44
2.5. Requisitos substanciais da fundamentação .....	53
2.6. Vícios da fundamentação e sua decorrente nulidade .....	55

2.6.1. Fundamentação implícita e fundamentação <i>ad relationem</i> .....	58
<b>3. A PRISÃO CAUTELAR .....</b>	<b>62</b>
3.1. Pressupostos e requisitos para a prisão cautelar .....	62
3.2. Princípios constitucionais informadores das medidas cautelares privativas de liberdade .....	64
3.2.1. O princípio do devido processo legal .....	64
3.2.2. O princípio da presunção de inocência .....	67
3.2.3. O princípio da proporcionalidade .....	69
3.2.3.1. Subprincípios da proporcionalidade .....	78
3.2.3.1.1. Adequação ou Idoneidade .....	79
3.2.3.1.2. Necessidade ou Exigibilidade .....	80
3.2.3.1.3. Proporcionalidade em sentido estrito .....	82
3.3. As características das medidas cautelares privativas de liberdade.....	85
3.3.1. Jurisdicionalidade .....	86
3.3.2. Excepcionalidade .....	87
3.4. As espécies de medidas cautelares privativas de liberdade .....	90
3.4.1. Prisão temporária .....	91
3.4.2. Prisão preventiva .....	95
3.4.3. Prisão domiciliar .....	99
3.4.4. Prisão decorrente de pronúncia .....	103
3.4.5. Prisão decorrente de sentença penal condenatória não transitada em julgado.....	105

4. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A PRISÃO PREVENTIVA .....	108
4.1. Requisitos da prisão preventiva .....	108
4.1.1. Garantia da ordem pública .....	108
4.1.2. Garantia da ordem econômica .....	111
4.1.3. Conveniência da instrução criminal .....	113
4.1.4. Segurança de aplicação da lei penal .....	115
4.2. Hipóteses legais autorizadoras da prisão preventiva .....	115
4.2.1. Crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos .....	117
4.2.2. Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, inciso I, do Código Penal .....	118
4.2.3. Nos casos de violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência para garantir a execução das medidas protetivas de urgência .....	119
4.2.4. Quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa .....	122
4.3. Tempo razoável de duração da prisão preventiva .....	124
4.4. A prisão preventiva e sua fundamentação .....	127
4.5. Vícios da fundamentação da prisão preventiva .....	130
CONCLUSÃO .....	134
BIBLIOGRAFIA .....	140



## INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito é caracterizado pela supremacia da Constituição, que possui conteúdo normativo-axiológico, porquanto aberta a princípios e valores.

Os direitos e garantias fundamentais inseridos no Texto Constitucional devem ser protegidos e assegurados, constituindo o processo penal garantia fundamental no Estado Democrático de Direito, cujo pilar central é a dignidade humana.

A noção de Estado Democrático de Direito e seus componentes, versados na supremacia da Constituição, na separação de poderes (funções), na legalidade e nos direitos e garantias fundamentais possibilitam a compreensão da importância do dever de fundamentar as decisões judiciais.

Todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, máxime diante da necessidade de restrição a direitos fundamentais, no caso a liberdade, mediante a decretação da prisão preventiva.

Com base nestas premissas, procuramos arquitetar esta dissertação.

O capítulo primeiro versou exatamente sobre o Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias fundamentais, a fundamentação das decisões judiciais e o processo penal.

O processo penal é uma garantia no Estado Democrático de Direito, devendo ser motivadas todas as decisões judiciais. A fundamentação é uma garantia constitucional política decorrente do devido processo legal.

A estrutura lógico-sistemática da fundamentação foi abordada no capítulo segundo. Restou delineado que o discurso judicial justificativo deverá ser calcado na fundamentação de direito e de fato, devendo mostrar-se íntegro, dialético, coerente e racional, sob o ponto de vista da lógica. Os vícios da fundamentação ensejam sua nulidade, não sendo suficientes meras referências a dispositivos legais, com alusão a fórmulas vagas e genéricas, ajustáveis a toda e qualquer situação, por falta de completitude.

No capítulo terceiro foi exposta a prisão cautelar, seus pressupostos e requisitos, bem como seus princípios informadores, suas características e as espécies das medidas cautelares privativas de liberdade.

Neste ponto da dissertação, restou delineado que os princípios do devido processo legal, da presunção de inocência e da proporcionalidade têm o condão de informar a prisão cautelar. Considerando o princípio da presunção de inocência, consignou-se que a prisão preventiva, cautelar por excelência, é marcada pela provisoriaidade, devendo vigorar enquanto perdurar a situação de urgência que justificou a decretação da medida, constituindo providência excepcional, porquanto aplicável às hipóteses emergenciais, se e quando todas as demais medidas cautelares mostrarem-se inadequadas e insuficientes.

O estudo demonstrou que a prisão preventiva só poderá ser decretada em face da presença de determinados pressupostos e requisitos legais, razão pela qual sua motivação demandará, por parte do magistrado, exame da hipótese vertente, à luz do princípio da proporcionalidade.

O derradeiro capítulo, fulcro do debate, abordou a fundamentação das decisões judiciais e a prisão preventiva, sendo apresentados os requisitos e hipóteses legais autorizadoras da imposição da medida.

A prisão preventiva somente poderá ser decretada mediante análise das circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, devendo a fundamentação ser idônea. A motivação inidônea, dotada de vícios, enseja reconhecimento de sua nulidade, por comprometer valores essenciais consagrados no Texto Constitucional, atingindo a própria dignidade da pessoa humana.

# **1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E PROCESSO PENAL**

## **1.1. O processo penal como garantia fundamental no Estado Democrático de Direito**

No regime absolutista, o poder político era exercido de forma despótica e arbitrária. No Estado Democrático de Direito, ao contrário, a ideologia corresponde à limitação desse poder, com escopo na supremacia da Constituição, na separação de poderes (funções), na legalidade e na proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

O Estado Democrático de Direito é caracterizado pela supremacia da Constituição, que possui conteúdo normativo-axiológico, porquanto aberta a princípios e valores.

A divisão de funções do Estado possibilita um controle recíproco entre os poderes, evitando distorções e abusos. Trata-se do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que visa a impedir o arbítrio estatal.

O princípio da legalidade representa um efetivo limite ao poder punitivo do Estado, porquanto impede a criação de tipos penais, a não ser por intermédio de processo legislativo regular, caracterizando-se pelo fato de constituir um limite ao poder normativo do Estado.<sup>1</sup>

Figurando a legalidade como um dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, dela derivam a garantia jurisdicional e a garantia na execução. Nesse sentido, pontifica Marco Antonio Marques da Silva:

Ainda como garantias básicas derivadas do princípio da legalidade, podemos mencionar a garantia jurisdicional e a garantia na execução. Por meio daquela se afirma a impossibilidade de impor-se uma pena por qualquer outra via diferente do processo penal desenvolvido de conformidade com a lei constitucional e ordinária processual, ante ao órgão judicial competente (*nemo damnetur nisi per legali iudicio*). A garantia da execução se expressa na impossibilidade de proceder-se a

---

<sup>1</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 08.

execução da pena de modo diverso ao determinado na lei, observando-se, também, a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal (*nulla poena sine executione*).

O Brasil, República Federativa que é, constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, estatuídos no art. 1º da Constituição Federal de 1988.<sup>2</sup>

Ao interpretar o mencionado artigo, Cláudio José Langroiva Pereira assevera que:

No Brasil, a concretização do Estado Democrático de Direito possui pressupostos normativos próprios que identificam e caracterizam o modelo vigente como uma democracia social, participativa e pluralista: social na medida em que prevê valores de igualdade e liberdade no reconhecimento de seus cidadãos; participativa quando adota modelos de participação coletiva do cidadão no exercício do poder, através da representação eletiva ou, ainda, através da participação direta na formação de atos de governo como a iniciativa popular, o referendo, o plebiscito; pluralista enquanto reconhecimento de uma sociedade heterogênea em sua composição, mas homogênea em direitos e garantias assegurados pelo Estado, aceitando o pluralismo político, social, partidário, econômico, cultural, ideológico.<sup>3</sup>

Uma sociedade heterogênea comporta seres humanos com pluralidade de ideias, pensamentos e opiniões, inseridos em diferentes culturas. O ser humano é um fim em si mesmo, não podendo jamais ser coisificado ou instrumentalizado.<sup>4</sup>

Sob esta ótica, de afirmar-se que qualquer pessoa é um indivíduo diverso dos outros e, ao mesmo tempo, um indivíduo como todos os outros, vindo Jorge Miranda a obtemperar que “(...) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta (...).”<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.”

<sup>3</sup> PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais. Tipo, tipicidade e bem jurídico universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 39.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 141.

<sup>5</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 183, t. IV.

Nessa linha, tem-se que os direitos e garantias fundamentais, indispensáveis à própria existência e desenvolvimento do ser humano, deverão não só ser protegidos, como também efetivados pelo Estado.

Com efeito, num Estado Democrático de Direito, a missão magna consiste na máxima eficácia dos direitos fundamentais, reduzindo-se ao máximo a distância estrutural entre a normatividade e a efetividade.

Enuncia Marco Antonio Marques da Silva:

O Estado Democrático de Direito, fundado no princípio da soberania popular, impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas no seu completo desenvolvimento. Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. Tem por finalidade o pleno desenvolvimento dos cidadãos, através da superação das desigualdades sociais e reconhecimento dos limites da esfera de intervenção do Estado, de forma a realizar a justiça social e assegurar a dignidade da pessoa humana. Um dos aspectos mais relevantes dessa ideia é a sujeição do Estado ao império da lei, mas da lei que realize os princípios da igualdade e da dignidade, ou seja, a um regime jurídico de legalidade qualificada pelo reconhecimento das garantias e direitos individuais.<sup>6</sup>

A doutrina constitucional em geral classifica os direitos e garantias fundamentais do seguinte modo: a) direitos de primeira dimensão, em que estariam incluídos as liberdades públicas e os direitos individuais clássicos, civis e políticos; b) direitos de segunda dimensão, representados pelos direitos sociais, econômicos e culturais; c) direitos de terceira dimensão, destacando-se os direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação, congregando, enfim, os direitos difusos e coletivos.

Impende deixar registrado que preferimos adotar a expressão *dimensões de direitos a gerações de direitos*.

Pondera a respeito Paulo Bonavides:

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo *dimensão* substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o

<sup>6</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Cidadania e Democracia: Instrumentos para a efetivação da dignidade humana*. In. MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin. 2008, p. 229.

termo *geração*, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.<sup>7</sup>

Com efeito, o termo *dimensões de direitos fundamentais* traz ínsita a ideia de continuidade, ou seja, de não abandono das conquistas anteriores, ao passo que a expressão *gerações de direitos fundamentais* traduz a noção de descontinuidade, isto é, de rompimento com as conquistas antecedentes, dando a impressão de que novo direito surgiria, sem ligação com os anteriores.

Atualmente, a doutrina já se reporta aos direitos fundamentais de quarta dimensão.

Norberto Bobbio afirma que os direitos de quarta dimensão decorreriam dos avanços no campo da engenharia genética, referindo-se à manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo, que poderia colocar em risco a própria existência humana, diante dos efeitos traumáticos da pesquisa biológica.<sup>8</sup>

Para Paulo Bonavides, no entanto, os direitos de quarta dimensão seriam introduzidos pela globalização política, compreendendo a democracia, a informação e o pluralismo, responsáveis pela “concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade.”<sup>9</sup>

Hodiernamente, fala-se em democracia material ou substancial, que somente seria efetivada mediante a consolidação da cidadania, com redução das desigualdades sociais e econômicas, direitos de segunda dimensão, e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nas palavras expendidas por Carlos Portugal Gouvêa, a “democracia se faz não como um direito estático, mas como uma constante construção de mais direitos e liberdades com base no progresso econômico, com equidade.”<sup>10</sup>

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 571-572.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 05-06.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pp. 571-572.

<sup>10</sup> GOUVÊA, Carlos Portugal. *Democracia material e direitos humanos*. In. AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 119.

Em perfunctória análise, podemos afirmar que os direitos humanos fundamentais surgiram a partir das tradições das mais diversas civilizações, mediante a conjugação dos pensamentos filosóficos e jurídicos reinantes à época, com as ideias advindas do cristianismo e do próprio direito natural.

Basicamente, três são as teorias que procuraram conceituar os direitos humanos, quais sejam: a) jusnaturalista; b) positivista; c) moralista.<sup>11</sup>

A teoria jusnaturalista galga os direitos fundamentais a uma ordem superior, imutável e inderrogável. Esta linha de pensamento considera que tais direitos jamais poderiam desaparecer da consciência humana, não sendo fruto da criação dos legisladores, juristas ou tribunais.

A teoria positivista alicerça os direitos fundamentais em uma ordem normativa, como legítima manifestação da soberania do povo, estando eles, portanto, previstos expressamente em um ordenamento jurídico positivado.

A teoria moralista fundamenta-se na própria experiência e consciência moral de um povo.

Quaisquer dessas teorias, tomadas isoladamente ou em compartimentos estanques, seriam insuficientes para fornecer uma explicação satisfatória dos direitos humanos. Elas, ao contrário, complementam-se e interagem-se, devendo coexistir, na medida em que, somente com a formação de uma consciência moral (teoria moralista), calcada em valores fixados por uma ordem superior e universal (teoria jusnaturalista), é que os legisladores e tribunais conseguirão encontrar substrato político e social para reconhecer a existência de direitos humanos fundamentais, como integrantes do ordenamento jurídico (teoria positivista).<sup>12</sup>

Alexandre de Moraes, com base em definição proposta pela UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem), conceituou os direitos humanos fundamentais como

<sup>11</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais e a Constituição de 1988*. In. MORAES, Alexandre de (Coord). *Os 10 anos da Constituição Federal. Temas Diversos*. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 65-66.

<sup>12</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais e a Constituição de 1988*. In. MORAES, Alexandre de (Coord). *Op. cit.*, p. 66.

(...) um conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.<sup>13</sup>

Antonio Enrique Pérez Luño vislumbra os direitos fundamentais como

(...) um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.<sup>14</sup>

Aproveitando a conceituação dos direitos fundamentais, de rigor a apresentação, ainda que breve, de suas principais características, a saber: a) historicidade; b) universalidade; c) limitabilidade; d) concorrência; e) irrenunciabilidade.

A historicidade diz respeito aos antecedentes históricos mais remotos dos direitos e garantias fundamentais, com destaque para o cristianismo.

Ao ressaltar a sua não linearidade, Eloísa de Sousa Arruda pontua que a história dos direitos humanos

(...) seguiu os avanços e retrocessos de todas as histórias, com as acelerações e estancamentos habituais, sem que o passo de uma etapa a outra tenha-se produzido mecanicamente. Algumas vezes, duas etapas foram superadas ao mesmo tempo; em outros casos, o retrocesso chegou ao ponto do desconhecimento dos direitos humanos. Podemos dizer, por isso mesmo, que os direitos humanos retratam o homem histórico, ou seja, são reconhecidos e elencados de acordo com o momento da história no qual a humanidade está inserida. Por isso, podem ser – e efetivamente têm sido – ampliados e modificados de acordo com as transformações na organização da vida humana e nas relações sociais. Os direitos humanos foram encarados no passado de modo diferente do que são considerados hoje e, provavelmente, serão vistos no futuro de maneira diversa da de hoje. (...). Assim, não há uma relação estabelecida e final de direitos

<sup>13</sup> UNESCO – *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Les dimensions internationales des droits de l'homme)*. MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais e a Constituição de 1988*. In. MORAES, Alexandre de (Coord). *Op. cit.*, p. 66.

<sup>14</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 43. Apud. MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais e a Constituição de 1988*. In. MORAES, Alexandre de (Coord). *Op. cit.*, pp. 66-67.

humanos, já que seu caráter é progressivo, correspondendo a cada momento ao estágio cultural da civilização.<sup>15</sup>

A universalidade vem a revelar que os direitos fundamentais, por sua própria natureza, são destinados a todos os seres humanos, indistintamente.

A limitabilidade, por sua vez, indica que tais direitos não são absolutos, mas relativos, podendo o exercício de um deles implicar na invasão do âmbito de proteção do outro.

A concorrência tem o condão de significar que num mesmo titular pode-se cumular ou cruzar diversos direitos. José Joaquim Gomes Canotilho afirma que esta concorrência implica num cruzamento de direitos fundamentais, ou seja, “o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias.”<sup>16</sup>

Por fim, a irrenunciabilidade prescreve que os direitos fundamentais são irrenunciáveis, não podendo os indivíduos dispor de tais direitos.

Crucial ficar consignado que a constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não se traduz em mera enunciação formal de princípios, mas em uma cristalina positivação de direitos. Em não sendo efetiva a aplicabilidade e, em havendo desrespeito aos direitos fundamentais, os cidadãos possuem o poder-dever de recorrer ao Judiciário, como forma de resguardá-los.

Quando a Constituição Federal consigna o respeito à dignidade da pessoa humana, refere-se não só aos elementos extrínsecos do ser humano (constituição física ou corporal) como também aos seus elementos intrínsecos (constituição mental, psíquica, intelectual e espiritual), sendo a incolumidade do corpo humano matéria de ordem pública.

Ao reconhecê-la como princípio orientador e valor supremo, Cláudio José Langroiva Pereira, apregoa que a dignidade da pessoa humana

Assimila o conteúdo de todos os denominados direitos fundamentais de ordem pessoal, física e moral, social e, inclusive, econômica,

<sup>15</sup> SOUSA ARRUDA, Eloísa de. *O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos*. In. MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 363-364.

<sup>16</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1255.

definindo-se por características de autonomia e especificidade inerentes ao próprio homem em razão de sua simples pessoalidade. (...). Podemos considerar a dignidade da pessoa como um personalismo ético, atribuindo ao ser humano um valor em si mesmo, a ser respeitado por todos os outros na sociedade, sem prejuízo à sua existência, da mesma forma em que este está obrigado em relação a todos os demais. Trata-se de um respeito mútuo em uma comunidade jurídica de convivência, composta por uma reciprocidade de direitos e deveres que compõem esta relação jurídica fundamental. Desta forma, a condenação jurídica, decorrente da violação de norma limitadora social e historicamente aceita, jamais será sinônimo de restrição, perda ou subtração do respeito à dignidade do ser humano. O princípio supremo não fica sujeito à voluntariedade ou arbitrariedade da repressão estatal, limitando-se o poder de intervenção do Estado, impedindo quaisquer medidas que expropriem a condição de dignidade do ser humano, que é de sua própria essência.<sup>17</sup>

Consignando a dignidade humana como princípio fundamental maior do Direito Interno e do Direito Internacional, Flávia Piovesan afirma que:

No universo da principiologia a pautar o Direito Constitucional de 1988, o Direito Constitucional contemporâneo, bem como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, desponta a dignidade humana como o valor maior, a referência ética de absoluta primazia a inspirar o Direito erigido a partir da segunda metade do século XX. É no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e o Direito Interno.<sup>18</sup>

Os direitos fundamentais são valores reconhecidos constitucionalmente aos indivíduos, não só em relação ao Estado, bem como em relação a todos os demais

<sup>17</sup> PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais. Tipo, Tipicidade e Bem Jurídico Universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 53-54.

<sup>18</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988*. In. QUARESMA, Regina; PAULA OLIVEIRA, Maria Lúcia de. OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio. (Coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 459. O processo de internacionalização dos direitos humanos erige-se em fenômeno recente da história, operando-se somente a partir de meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial, como resposta às atrocidades perpetradas pelo nazismo. Após a Segunda Guerra Mundial, fatores relevantes contribuíram para o fortalecimento deste processo, com destaque para a expansão de organismos internacionais, com propósitos de cooperação internacional.

membros da coletividade, traduzindo-se numa autodeterminação consciente e responsável da própria vida e em dever de tratamento igualitário dos semelhantes.<sup>19</sup>

Nos domínios do direito penal e direito processual penal, onde há permanente conflito entre o *jus libertatis* do indivíduo e o *jus puniendi* do Estado, pode-se mais de perto visualizar as restrições ou limitações aos direitos humanos fundamentais, principalmente no que concerne à intimidade do indivíduo.

A este respeito, Ada Pellegrini Grinover argumenta que

(...) a problemática da intimidade faz parte *ab antiquo* do tema de fundo do processo penal, porque nele é que o Estado de direito se preocupa em colocar limites aos poderes de investigação, pública e privada, em nome da tutela do indivíduo; poderes de investigação, estes, que quase necessariamente levam a uma intromissão na esfera privada do indivíduo.<sup>20</sup>

De sua parte, Paulo José da Costa Júnior pondera, todavia, que a questão não pode ser interpretada como se,

(...) em torno da esfera privada a ser protegida, devesse ser erguida verdadeira muralha. Pelo contrário, os limites da proteção legal deverão dispor de suficiente elasticidade. O homem, enquanto indivíduo que integra uma coletividade, precisa aceitar as delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado, quanto pelas esferas pessoais dos demais indivíduos, que bem poderão conflitar ou penetrar por ela. Hipóteses se configuram em que o interesse do indivíduo é superado pelo interesse público, justificando o sacrifício da intimidade.<sup>21</sup>

As lesões ao direito à intimidade cingem-se, em primeiro lugar, à autoridade pública, quer no campo do poder de polícia, quer no campo da atividade judiciária. O poder público haure-se de poderes e, não raro, acaba por interferir e ferir, desmedidamente, certos interesses que se enquadram na esfera da vida privada dos indivíduos.

<sup>19</sup> Trata-se das três regras de ouro dos romanos, mandamentos considerados obrigatórios: a) viver honestamente (*honestere vivere*); b) não prejudicar ninguém (*alterum non laedere*); c) dar a cada um o que é devido (*suum cuique tribuere*).

<sup>20</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal. As interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 67.

<sup>21</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 42-43.

Cláudio José Langroiva Pereira e Pedro Luiz Ricardo Gagliardi pontuam que

A própria submissão de um cidadão à persecução penal, por si só caracteriza limitação ao livre exercício e disponibilização de bens jurídicos. Trata-se da limitação de bens de natureza personalíssima, envolvendo a imagem, a honra, a intimidade e a vida privada, o que importa, em parte e sob certa perspectiva, em um determinado grau de investidas contra a liberdade e a dignidade do ser humano em seu exercício pleno de direitos.<sup>22</sup>

Desse modo, eventuais restrições aos direitos fundamentais devem ser objeto de ponderação no caso concreto, tendo por norte a dignidade da pessoa humana.

Nesse aspecto, assevera Willis Santiago Guerra Filho que

(...) ao Estado é atribuída competência para, tutelando primordialmente o interesse público, fazer o devido balizamento da esfera até aonde vão interesses particulares e comunitários, para o que, inevitavelmente, restringirá direitos fundamentais, a fim de assegurar a maior eficácia deles próprios, visto não poderem todos, concretamente, serem atendidos absoluta e plenamente.<sup>23</sup>

Com efeito, o direito à intimidade não se encerra nele mesmo. Ao contrário, se manifesta em outros direitos constitucionais, tais como: o direito à inviolabilidade do domicílio, à inviolabilidade da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, entre outros.<sup>24</sup>

Se, de um lado, o indivíduo possui direito à prova licitamente obtida ou produzida, como manifestação da ampla defesa, o Estado, ao exercer o *jus persequendi in judicio*, defende outro valor constitucional não menos digno de proteção, que é a segurança da sociedade, manifestada na prevenção e repressão aos delitos.

Destarte, não raro acontecer, na prática, a colisão ou conflito de direitos fundamentais, que pode ser: a) autêntico ou em sentido próprio; b) não autêntico ou em sentido impróprio.

<sup>22</sup> PEREIRA, Cláudio José Langroiva; GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. *Comunicação Social e a Tutela Jurídica da Dignidade Humana*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 51.

<sup>23</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 67.

<sup>24</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 205-207.

Considera-se existir colisão autêntica quando “o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.”<sup>25</sup>

Por outro lado, haverá conflito de direitos em sentido impróprio, na observação de José Joaquim Gomes Canotilho, toda vez que

(...) o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos (...). É a colisão não autêntica, entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade. Não se trata de qualquer valor, interesse, exigência, imperativo da comunidade, mas sim de um bem jurídico. Exige-se, pois, um objecto (material ou imaterial) valioso (bem) considerado como digno de protecção jurídica e constitucionalmente garantido.<sup>26</sup>

Expõe, ainda, José Joaquim Gomes Canotilho:

A segurança existencial do Estado é um bem legitimador de importantes restrições aos direitos fundamentais. (...). A proteção do bem defesa nacional, a cargo do Estado, conduz à colisão com alguns direitos fundamentais (...). O bem ordem constitucional democrática pode levar à suspensão do exercício de certos direitos fundamentais. O bem segurança pública legitima certas restrições ao direito à liberdade e à segurança pessoal, designadamente através da instituição de medidas privativas de liberdade.<sup>27</sup>

A restrição aos direitos fundamentais e, na seara do processo penal, a restrição à liberdade, deve ser medida excepcional, configurando-se na *ultima ratio*, incidindo desde que presentes os requisitos da necessidade e da adequação, à luz do princípio da proporcionalidade, em respeito à dignidade humana. O processo penal, direito constitucional aplicado, realiza-se a partir da concretização dos direitos e garantias expressos no Texto Constitucional.

A esse respeito, preleciona Marco Antonio Marques da Silva:

Um sistema de direito penal, no Estado Democrático de Direito, deve ter como limite os direitos fundamentais acolhidos na Constituição Federal e nos tratados e convenções internacionais. Qualquer violação por parte do Estado destes direitos atinge de forma direta a dignidade

<sup>25</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1255.

<sup>26</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 1255-1256.

<sup>27</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1257.

humana, impedindo, assim, a concretização das garantias constitucionais, objeto do processo penal.<sup>28</sup>

A dignidade humana é valor jurídico fundamental, devendo ser galgada ao patamar de supraprincípio. Possui conteúdo axiológico-valorativo, constituindo um mandado de otimização, devendo ser realizada na maior medida possível, consideradas as condições fáticas e jurídicas existentes.

Ingo Wolfgang Sarlet, baseado em Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, ressalta que na doutrina alemã predomina o entendimento de que a dignidade humana não admite restrição, pelo que nem mesmo o interesse comunitário justificaria tal limitação, por se tratar de valor absoluto e insubstituível.<sup>29</sup>

Ao abordar o tema, André Luiz Nicolitt assim pontifica:

Para nós, a questão é resolvida em razão da distinção entre sacrifício da dignidade, através da violação de seu núcleo essencial, e eventual limitação ou restrição a aspectos da dignidade ou mesmo de direitos fundamentais que dela decorrem. Ademais, a harmonização, relativização ou ponderação da dignidade, para nós, só é concebível no plano concreto, diante de tensão entre dignidade e dignidade, ou seja, em razão da igual dignidade de todas as pessoas. Não é possível ponderar, restringir ou relativizar a dignidade com qualquer outro interesse, só encontrando limite na igual e concreta dignidade do outro.<sup>30</sup>

Desse modo, se a dignidade humana não pode ceder nem mesmo a interesses da comunidade, não poderão as medidas cautelares privativas de liberdade, em especial a prisão preventiva, objeto de nosso estudo, restringir, limitar ou mesmo aniquilar a dignidade humana.

Inadmissível, para não dizer repudiável, por exemplo, qualquer relativização ou ponderação da dignidade humana em razão da ordem pública, expressão que, a despeito de encerrar conteúdo vago, impreciso e indeterminado, não terá o condão de justificar, por si só, a decretação da prisão preventiva.

<sup>28</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 143.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 137.

<sup>30</sup> NICOLITT, André Luiz. *Lei nº 12.403/2011: O Novo Processo Penal Cautelar - a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 14.

Como estamos tratando de direitos e garantias fundamentais, momento oportuno para tentarmos diferenciá-los, porquanto árdua é a tarefa, considerando-se que, em última instância, os direitos são garantias, enquanto as garantias são também direitos constitucionais.<sup>31</sup>

Quando da análise da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, Ruy Barbosa, cotejando os direitos e as garantias fundamentais, assim os diferenciou:

(...) devemos separar, no texto da lei fundamental, as disposições *meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas as *garantias*: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.<sup>32</sup>

Desse modo, comprehende-se que os direitos albergariam caráter enunciativo ou declaratório, enquanto as garantias teriam caráter instrumental, configurando-se nos meios voltados à obtenção ou reparação dos direitos violados.<sup>33</sup>

Assevera Antonio Magalhães Gomes Filho que garantia

(...) indica a sustentação, a proteção, a tutela das posições do indivíduo na sociedade política, as chamadas liberdades individuais; sugere, assim, a existência de mecanismos presentes no ordenamento cujo objetivo é tornar seguros os direitos dos cidadãos, diante do poder estatal e também dos outros cidadãos.<sup>34</sup>

Nota-se existir não só uma obrigação de cunho negativo (*non facere*), traduzida no fato de o Estado não poder interferir desmedidamente na vida dos cidadãos, mas, principalmente, uma obrigação de conteúdo positivo (*facere*), atuação esta voltada à preservação dos direitos fundamentais, direcionada não só aos cidadãos, como também ao próprio ente estatal.

<sup>31</sup> Nesse sentido: ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109.

<sup>32</sup> BARBOSA, Ruy. *República: teoria e prática (Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República)*. Petrópolis: Brasília, Vozes/Câmara dos Deputados. Apud. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 185.

<sup>33</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110.

<sup>34</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25.

Nessa ordem de ideias, o processo apresenta-se como garantia do correto exercício de poder, tutelando direitos e garantias individuais e coletivas.

O vocábulo processo é externado sob o ponto de vista da jurisdição, não havendo espaço nessa dissertação para considerações a respeito do processo administrativo ou legislativo, que também possuem matriz constitucional.

O corte epistemológico cinge-se ao processo jurisdicional, mais especificamente à jurisdição penal, na medida em que o vértice analítico corresponde ao exame da fundamentação das decisões judiciais e a prisão preventiva.

O objetivo primordial do processo é a pacificação social. Por essa razão, a decisão judicial deve levar em conta o conjunto probatório, formado mediante um procedimento legal válido, onde são examinados os argumentos delineados pelos interessados no litígio (as partes), a fim de que a decisão proferida esteja de acordo com a Constituição, apta a efetivar os escopos políticos e sociais da função jurisdicional.

O processo erige-se em instrumento voltado à realização da efetiva proteção dos direitos fundamentais, consagrados constitucionalmente. Trata-se, portanto, de uma garantia do indivíduo, um meio de acesso à justiça, para proteção judicial de seus direitos e instrumento de participação popular nas decisões dos órgãos do poder.<sup>35</sup>

De valia salientar que a proteção do indivíduo por intermédio do processo deu-se, nos países da *common law*, a partir da proclamação da Magna Carta, em 1215, assegurando o art. 39 o *legal judgement*. Eram estabelecidos limites na relação entre o monarca e seus súditos, vedando restrições indevidas na liberdade dos indivíduos contra eventuais intromissões arbitrárias. Com o passar dos tempos, tal garantia foi aperfeiçoada e consolidada na fórmula *due process of law*, incorporada na Emenda V da Constituição americana, em 1791, como direito inalienável do ser humano.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 28.

<sup>36</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 29. O autor afirma que o processo penal, compreendido como barreira de defesa do indivíduo frente ao poder remonta à antiguidade clássica, pelo que na Grécia, por intermédio do instituto garantístico da *ephesis*, era possibilitado ao cidadão, para defesa de suas liberdades, recurso ao tribunal dos heliastas em face das decisões dos magistrados. O direito romano da fase republicana previa a *provocatio ad populum*, conferindo ao acusado recurso à assembleia popular, onde lhe era assegurado um processo dotado de regularidade, sem arbítrios por parte do magistrado.

Nos países da Europa continental, essa noção restou desenvolvida no iluminismo, com destaque para a obra clássica *Dei delitti e delle pene*, de Cesare Bonesana – *Marchesi di Beccaria*. Este opúsculo tratou o sistema criminal como um todo unitário, antevendo a exigência de sentença amalgamada a diversos postulados, como a imparcialidade do juiz, a regularidade dos procedimentos, a publicidade dos julgamentos, a proibição da tortura, enfim, à obrigatoriedade de um processo justo e equânime.

Atual o pensamento externado pelo Marquês de Beccaria, ao se referir à proporcionalidade entre os delitos e as penas, concluindo o autor que “para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditada pelas leis.”<sup>37</sup>

O reconhecimento definitivo do processo como requisito à imposição de qualquer medida de natureza repressiva, ou seja, como limite ao poder punitivo estatal, adveio com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assegurando seu artigo XI a presunção de inocência do acusado, vislumbrada sob a ótica de um direito natural, inalienável e sagrado do ser humano.<sup>38</sup>

Estes breves delineamentos representam os alicerces da justiça penal, construída para cumprir função de garantia e proteção do indivíduo, através de um processo penal justo e idôneo, institucional e constitucionalmente estabelecido.

A intervenção estatal somente estará legitimada, máxime em se tratando de conflito de natureza penal, em que há a possibilidade de imposição de uma sanção punitiva, mediante a arquitetura de um processo voltado a assegurar a preservação de determinados valores, tais como a liberdade, a igualdade e a dignidade humana.

O processo não se erige em mero formalismo, exigindo para sua realização a presença de garantias mínimas. No caso, o processo penal traduz-se no direito constitucional aplicado. As garantias do processo estão cada vez mais estampadas nos

<sup>37</sup> BONESANA, Cesare. (BECCARIA, *Marchesi di*). *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Trad. de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa, rev. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>38</sup> Artigo XI, n. 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

textos constitucionais, registrando-se tendência à sua universalização, com o reconhecimento nos diplomas internacionais de direitos e valores de um processo justo, merecendo menção a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), bem como tratados regionais, como a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem (1950) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (1969).

O tema da efetividade da tutela jurisdicional e das garantias processuais está na ordem do dia. Considerando que a maior parte dos acusados situa-se na marginalidade social e econômica, o desafio hodierno consiste não só em observar as previsões normativas, mas, principalmente, em criar instrumentos e condições materiais para que tal obediência seja possível na prática, assegurando-se emergencialmente o acesso à justiça e aos direitos e garantias fundamentais, a fim de torná-los efetivos.

Nessa seara, oportuno pontuar que o processo é um direito fundamental, não se exaurindo, porém, em garantias particulares, fundamentando-se, no dizer de Luigi Paolo Comoglio, na “coordenação de várias garantias concorrentes.”<sup>39</sup>

A assertiva do processualista italiano pode ser compreendida a partir da leitura da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, onde são enumeradas diversas garantias processuais, propiciando a exata noção da relação existente entre os valores envolvidos, que se encontram não só somados, mas articulados entre si.

A forma com que os direitos e garantias fundamentais estão inseridos na Constituição Federal de 1988 dá azo a um sistema circular, no ponto de vista de Alfredo Bargi, havendo entre eles uma interpenetração recíproca, de modo que cada

---

<sup>39</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *I modelli di garanzia costituzionali del processo*, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova, Cedam, 1994, v. 1, p. 308. Apud. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 33.

um deles confira efetividade aos outros, assegurando-se, em níveis cada vez mais complexos, a proteção do indivíduo por intermédio do processo.<sup>40</sup>

Concordamos com essa visão sistêmica, que também poderia ser batizada de sistema em espiral, denominação, a nosso sentir, que também poderia representar a concatenação dos direitos e garantias fundamentais, inseridas as garantias penais, que proporcionam os limites da repressão penal e as processuais penais, direcionadas a um julgamento justo e imparcial.

Todas as garantias erigem-se em instrumento de proteção dos destinatários do provimento jurisdicional. Uma jurisdição eficaz exige juiz independente e imparcial, com observância do princípio do juiz natural, sem contar o contraditório e a ampla defesa (autodefesa e defesa técnica), o direito à prova bem produzida, o direito à presunção de inocência, o duplo grau de jurisdição, entre outros direitos.

Na perspectiva da jurisdição, uma das garantias mais prementes do processo cinge-se à existência da figura do juiz, que é órgão jurisdicional, investido pela coletividade na função de dirimir controvérsias.

Em que pese a investidura judicial não se dar de forma eletiva, como os demais representantes da sociedade (nas esferas do Legislativo e do Executivo), opera-se também de modo legítimo, consistindo em ato de soberania estatal, pelo que somente a Constituição pode instituir juízes e tribunais, com atribuição do poder de julgar.<sup>41</sup>

A figura do juiz somente pode ser concebida mediante a conjugação de dois elementos indissociáveis, a independência e a imparcialidade.

A independência judicial corresponde à autonomia, de modo a permitir ao magistrado o exercício de suas mais nobres funções, sem temeridades, sujeitando-se tão somente à lei e às suas próprias convicções (princípio do livre convencimento motivado), ainda que contrarie os detentores do poder político.

<sup>40</sup> BARGI, Alfredo. *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, Jovene, 1990, p. 105. Apud. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 33.

<sup>41</sup> Interessante pontuar que o Judiciário possui garantias institucionais, representadas pela autonomia orgânico-administrativa e pela autonomia financeira. As garantias funcionais dos magistrados compreendem a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio, com fulcro no artigo 95, incisos I, II e III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A chamada independência externa diz respeito à topografia do juiz no espectro dos quadros dos órgãos estatais, albergando sentido de que a função jurisdicional não se presta a determinações oriundas de outros poderes.

A independência interna, por sua vez, cinge-se à posição do juiz frente aos órgãos do próprio Judiciário, ainda que superiores.

A imparcialidade encerra valor no âmbito interno do processo, fazendo com que o juiz posicione-se de modo equidistante e, ao mesmo tempo, acima dos interesses das partes em conflito.

A esse respeito, pondera Salvador Guerrero Palomares:

A imparcialidade é uma das notas específicas do Estatuto dos Juízes e Magistrados, podendo ser definida também como uma característica da função jurisdicional. A imparcialidade constitui-se, definitivamente, como um direito fundamental dos intervenientes do processo penal. (...). O sistema de distribuir justiça do Estado moderno importa na necessidade de se exigir das pessoas encarregadas de administrá-las um comportamento e um modo de atuar tendente a conseguir a máxima equidistância das partes.<sup>42</sup>

A garantia do juiz natural, prevista no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal de 1988, diz respeito também à proibição da criação dos denominados tribunais de exceção, órgãos jurisdicionais *ad hoc*, ou seja, instituídos para julgar fatos ocorridos antes de sua criação. O artigo 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal de 1988 e o art. 8º, n. 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica proíbem tal prática, não admitindo a criação de órgãos não previstos na época do fato, ainda que por meio de lei, demonstrando que a competência dos órgãos jurisdicionais existentes deve ser fixada legal e previamente à ocorrência dos fatos.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> “La imparcialidad es una de las notas específicas del estatuto de Jueces y Magistrados, pudiéndose definir también como una característica de la función jurisdiccional. La imparcialidad se constituye, en definitiva, como un derecho fundamental de los intervenientes en el proceso penal. (...). El sistema de impartir justicia del Estado moderno ha sentido siempre la necesidad de exigir a las personas encargadas de administrarla un comportamiento y un modo de actuar tendente a lograr la máxima equidistancia de las partes”. ALOMARES, Salvador Guerrero. *El principio acusatorio*. Navarra: Aranzadi, 2005, pp. 39-40.

<sup>43</sup> Artigo 5º, inciso LIII, da Constituição da República Federativa do Brasil: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Artigo 5º, inciso XXXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Artigo 8º, n. 1, do Pacto de San José da Costa Rica: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei,

Para Marco Antonio Marques da Silva, o princípio do juiz natural tem o condão de expressar

(...) a preocupação do Estado em não permitir que ninguém seja processado e julgado senão por juízes integrantes do Poder Judiciário e que sejam investidos de atribuições jurisdicionais de acordo com os preceitos da Lei Maior. (...). Complementando o princípio do juiz natural, estão vedados, pelos dispositivos constitucionais, os chamados tribunais de privilégio ou exceção. O propósito constitucional é impedir a criação dentro da Justiça Comum e da Justiça Especial dos órgãos ‘ad hoc’ ou a designação de juízes especiais para o julgamento desta ou daquela infração.<sup>44</sup>

Imprescindível à cognição judicial, o contraditório foi conceituado por Joaquim Canuto Mendes de Almeida como “ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los.”<sup>45</sup>

O contraditório reúne valores político-ideológicos no Estado Democrático de Direito, máxime por representar a participação dos cidadãos no provimento jurisdicional, que podem influenciar o resultado final do processo, consagrando a ideia de igualdade, em paridade de tratamento ou em simetria processual.<sup>46</sup>

Trata-se de uma relação dialética, desenvolvida entre dois polos (defesa e acusação), que devem cumprir seus ofícios com idoneidade técnica, destinada à persuasão de um terceiro imparcial (juiz), revestindo, portanto, a própria noção de processo.

Numa acepção lógico-filosófica, Luigi Paolo Comoglio visualizava o contraditório como um “contraste dialético entre posições assertivas opostas, direcionadas a se elidirem reciprocamente.”<sup>47</sup>

<sup>44</sup> na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

<sup>45</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, pp. 21-22.

<sup>46</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 82.

<sup>47</sup> Com vistas a destacar o equilíbrio que deve haver entre as oportunidades concedidas aos litigantes para apresentação de suas provas e argumentações, hábeis a influenciar o magistrado no provimento final, preferimos utilizar a expressão paridade de tratamento ou igualdade processual das partes a paridade de armas.

<sup>47</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *Contraddittorio*, in. *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, 4. ed., Torino, UTET, 1990, p. 2. Apud. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 39.

O contraditório possibilita aos litigantes uma participação ativa no desenvolvimento válido e regular do processo, hábeis a influenciar o convencimento do julgador.

Nessa ordem de ideias, convém tecermos algumas considerações sobre a ampla defesa no processo penal, que apresenta duas facetas.

A primeira refere-se à defesa técnica, desenvolvida por profissional habilitado, inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, que é o advogado. Trata-se de defensor técnico, versado em direito e conheededor da técnica processual.

A segunda cinge-se à autodefesa, realizada pelo próprio acusado. Na ótica da defesa, é o réu quem teve maior proximidade e contato com os fatos, possuindo melhores condições de apresentar sua versão, contribuindo sobremaneira para a atividade probatória. Destaque-se o instituto do interrogatório, que tem no processo penal natureza jurídica de meio de defesa (autodefesa), sendo de extrema importância a presença do acusado neste ato.

Pontifica Marco Antonio Marques da Silva que a

(...) ampla defesa é um corolário do processo como modo de garantia individual. A defesa, tal como a ação, é também um direito constitucional e processualmente garantido. Desse modo, como no processo a acusação é exercida por um órgão que possui conhecimentos técnico-jurídicos, também ao acusado deve ser proporcionada idêntica oportunidade de se ver representado em juízo por quem tenha igual formação a do órgão de acusação, sob pena de violar-se o tratamento paritário que é uma imposição do devido processo legal.<sup>48</sup>

Por fim, o duplo grau de jurisdição permite o reexame das decisões, em seus aspectos fáticos e jurídicos.

A despeito de existir no plano da doutrina sérias divergências no sentido de situar o duplo grau de jurisdição entre as garantias processuais, indispensável à realização de um processo justo, de rigor reconhecê-lo como instrumento de controle do exercício do poder jurisdicional.

<sup>48</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 20.

Num Estado Democrático de Direito, que prima pela correção dos provimentos judiciais, tendo como substrato o bem jurídico liberdade, estando em jogo direitos fundamentais do acusado submetido à persecução penal, imprescindível a reapreciação das decisões de primeiro grau por outros órgãos (tribunais), investidos legitimamente no poder de controle, com previsão constitucional.

Na busca da verdade real, o caminho é árido, exigindo-se não raro, em razão da própria falibilidade humana, análise mais aprofundada do caso por magistrados mais experientes, integrantes de tribunais.

Desse modo, o duplo grau de jurisdição pode ser vislumbrado como corolário do direito à ampla defesa. Nesse sentido, assevera Antonio Magalhães Gomes Filho que

(...) o duplo grau deve ser incluído entre as garantias do justo processo, seja como instrumento que propicia um grau mais elevado de correção dos pronunciamentos jurisdicionais, seja, especialmente no processo penal, como meio de proteção do indivíduo submetido à persecução penal; trata-se, acima de tudo, de um desdobramento do direito à ampla defesa.<sup>49</sup>

Com efeito, imprescindível se torna conferir à defesa a oportunidade de impugnar as decisões que lhes são desfavoráveis, porquanto possam ferir direitos fundamentais do acusado. O reexame judicial, que será fundamentado, não deve limitar-se às questões de direito (*quaestio juris*), mas principalmente aos fatos, que podem ter sido interpretados de forma errônea ou deficitária, exigindo-se nova apreciação, de modo a aniquilar eventuais violações a direitos humanos.

A publicidade dos atos judiciais e a fundamentação das decisões judiciais configuram-se em garantias de segundo grau ou *garantias das garantias*, inseparáveis da própria noção de democracia.

A publicidade possibilita maior transparência aos assuntos públicos, legitimando o exercício do poder através do controle popular. No caso da administração da justiça, o conhecimento de todos os atos processuais é condição indispensável para o controle efetivo das partes, bem como do público em geral. No campo do processo penal, a publicidade é uma das principais características do modelo

<sup>49</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 47.

acusatório, diferentemente do modelo inquisitório, onde impera a forma secreta do processo.

A publicidade processual pode ser compreendida sob duas vertentes.

Num primeiro enfoque, estaria relacionada ao conteúdo inserto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, ao enunciar que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos”, de modo a assegurar correto exercício da função jurisdicional.<sup>50</sup>

Sob outro prisma, diria respeito ao artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, como instrumento de tutela dos interesses das partes no processo, aludindo às próprias atividades que o contraditório encerra.

Menção pode ser feita à publicidade imediata, efetivada mediante a presença e o contato direto dos litigantes com os atos processuais e à publicidade mediata, referindo-se à divulgação dos atos processuais pelos meios de comunicação, seara em que deve ser ponderado o interesse geral (conhecimento do público) e o interesse individual (direitos das pessoas envolvidas no processo).

A derradeira garantia consiste na fundamentação das decisões judiciais, que possibilita o controle das razões de decidir (*ratio decidendi*) pelas partes e pela própria sociedade, objeto de nossa investigação científica, no que tange à prisão preventiva, ponto nevrálgico do debate.

---

<sup>50</sup> Artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

## 1.2. A garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais e o direito processual penal

O objetivo deste tópico consiste em examinar as funções (instrumentais) da fundamentação no âmbito interno do processo (endoprocessual), sendo a principal delas a de assegurar efetiva cognição judicial de todas as questões de fato e de direito.

Como o processo deve refletir as bases do regime democrático, a exigência de motivação das decisões penais é condição de legitimidade para imposição de qualquer medida punitiva no Estado Democrático de Direito.

A fundamentação permite identificar o alcance e conteúdo do ato decisório, delimitando a coisa julgada, para fins de execução da sentença. Por intermédio da motivação, é possível saber se a independência e a imparcialidade judiciais foram observadas, impedindo escolhas arbitrárias ou advindas de eventuais pressões externas. Nessa linha, será possível constatar, através da justificação judicial, se não foram invadidas esferas de competência reservadas a outros poderes.

O magistrado tem o dever de enunciar os motivos de seu provimento, decorrentes da valoração probatória e da análise das argumentações trazidas pelas partes, à luz do devido processo legal.

Nesse sentido, a garantia da fundamentação é vista como “a última manifestação do contraditório”, expressão utilizada por Vittorio Colesanti, que bem traduz a relevância da participação das partes no processo, interessadas em obter um resultado favorável ao término do procedimento.<sup>51</sup>

Força convir que as atividades concretamente realizadas pelas partes no *iter* procedural, submetidas ao contraditório, não podem ser desconsideradas pelo magistrado em sua decisão.

A motivação das resoluções judiciais também exerce função psicológica, dissuadindo, eventualmente, a parte prejudicada da intenção de utilizar as vias de impugnação, muito embora a prática forense tenha demonstrado o contrário, diante do aumento exponencial do número de recursos dirigidos aos Tribunais.

---

<sup>51</sup> COLESANTI, Vittorio. *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali. Rivista di Diritto Processuale*, 30(4):612, 1975. Apud. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 100.

Com efeito, o duplo grau de jurisdição possibilita o reexame da decisão de primeiro grau, nos seus aspectos de direito e de fato, conferindo maior grau de certeza à solução do litígio, mesmo porque, como dizia filosoficamente Francesco Carnelutti, “(...) a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem (...), a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”.<sup>52</sup>

Os Tribunais terão melhores condições de reapreciar as decisões se estas forem suficientemente motivadas pelo magistrado *a quo*. No que tange à jurisdição penal, tem o condão de proporcionar uma tutela mais adequada ao direito de defesa do acusado.

Com relação às partes, a fundamentação, com explicitação do raciocínio decisório, constituirá referência à apresentação de argumentos delineados nas razões recursais, com vistas à reforma da decisão, ou eventual reconhecimento de nulidades, invalidando-a.

Nítida a conexão existente entre motivação e publicidade, sem a qual seria impossível o exercício do controle da atividade judicial pelas partes e pela própria sociedade.

A publicidade constitui também condição de legitimidade das decisões, devendo ser também fundamentadas eventuais restrições à publicidade externa dos atos processuais.

Ao comentarem a legitimidade do Judiciário para o exercício de suas funções, Cláudio José Langroiva Pereira e Pedro Luiz Ricardo Gagliardi aludem à finalidade da publicidade dos atos jurisdicionais:

O Poder Judiciário, no exercício da jurisdição do Estado, na atual concepção constitucional, é constituído de representantes dos interesses do povo, que são levados à condição de magistrados por meio de outro que aquele destinado aos outros Poderes da Federação. Composto por membros aprovados em concurso público de provas e títulos, que não passam pelo sistema do sufrágio universal, expressão da manifestação da vontade dos cidadãos, quanto àqueles que serão seus representantes no exercício do poder estatal, o Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional encontra, na publicidade dos atos judiciais, legitimidade para suas atividades. A defesa constitucional do

<sup>52</sup> CARNELUTTI, Francesco. *As funções do processo penal*. Trad. de Rolando Maria da Luz. Campinas: Apta Edições, 2004, p. 05.

interesse público à informação, limitado pelo respeito à intimidade dos envolvidos, quanto às decisões judiciais, referenda a necessária legitimação dos atos judiciais pela sua publicidade e pelo seu conhecimento fiscalizador, disponibilizado à população. Neste sentido, quando tratamos da publicidade dos atos jurisdicionais, com a finalidade política de controle e fiscalização do cumprimento da lei pelos órgãos do Poder Judiciário, tratamos da publicidade como elemento garantidor de processo judicial justo.<sup>53</sup>

Passemos às raízes históricas do dever de fundamentar.

### **1.2.1. Histórico do dever de fundamentar**

A obrigatoriedade do dever de fundamentar ou motivar relaciona-se ao próprio desenvolvimento do Estado Moderno.

No direito romano, são encontradas algumas regras, ainda incipientes, acerca da necessidade de fundamentação, ainda que sua aplicação estivesse limitada a *cognitio extra ordinem*, em que a existência da apelação obrigava o juiz inferior a motivar sua decisão, de modo a possibilitar ao órgão superior o reexame completo da demanda.<sup>54</sup>

O direito germânico não apresentou noção exata a respeito da fundamentação das decisões, sendo comumente confiada a forças sobrenaturais, cabendo à figura do magistrado apenas a condução dos mecanismos probatórios (duelos, juramentos, ordálias, juízos de deus etc.), manifestando a interferência divina na solução dos conflitos.<sup>55</sup>

A primeira referência inequívoca sobre a motivação surgiu no direito canônico, com a decretal *Sicut nobis*, de Inocêncio III, no ano de 1199, cujo texto mencionava a validade da sentença não motivada, em razão de a *auctoritas iudicaria*

<sup>53</sup> PEREIRA, Cláudio José Langroiva; GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. *Comunicação Social e a Tutela Jurídica da Dignidade Humana*. In. MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 50-51.

<sup>54</sup> VILLAR, Alfonso Murillo. *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, Complutense, 2:46, 1995. Apud. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>55</sup> GODDING, Philippe. *Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du 18e. siècle*. In. PERELMAN e FORIERS (Orgs.). *La motivation des decisions de justice*. Bruxelles: Bruylant, 1978, p. 39. Apud. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 52.

presumir sempre a ausência de vícios. Somente através da decretal *Quum medicinalis*, de Inocêncio IV, foi fixada a obrigatoriedade da redação por escrito e da motivação da sentença de excomunhão, estabelecendo sanções ao magistrado que desatendesse tais preceitos. Trata-se, com efeito, da primeira exigência normativa de fundamentação. Antonio Magalhães Gomes Filho, no entanto, registra que esta exigência de fundamentação de outrora não possuía o mesmo sentido da motivação hodierna, porquanto a excomunhão era uma pena, impondo-se comunicar ao excomungado, através de sentença, as razões de sua punição, a fim de que pudesse emendar-se.<sup>56</sup>

No processo medieval, a partir do século XIII, com a abolição dos denominados juízos de Deus pelo IV Concílio de Latrão, em 1215, começam a surgir nas decisões, ainda que de forma embrionária, as primeiras referências aos fundamentos ou motivos. A ausência de fundamentação não era considerada causa de nulidade; aliás, nem era recomendada pela doutrina, sob o argumento de causar entraves ao funcionamento da máquina judiciária.<sup>57</sup>

A exigência de motivação não prosperou no absolutismo, pelo que, a partir do século XIV, a alusão aos motivos não foi mais encontrada nos registros das Cortes de justiça. A razão foi eminentemente política, posto que o rei, que recebia seus poderes diretamente de Deus, cumulava função legislativa e judiciária. Com a instituição da apelação por falso julgamento, por exemplo, o rei não raro deliberava que o juiz havia *bien jugé*, isentando-se de apresentar os motivos.<sup>58</sup>

Há referências históricas de que, a partir de 1778, por ato de Carlos III, foi vedada a motivação das sentenças em todos os tribunais da monarquia.<sup>59</sup>

Na França, a não obrigatoriedade de motivação foi mantida até a Revolução. Somente a partir do século XVI é que começam a surgir na Europa mandamentos legais em torno da necessidade de fundamentação. Na Itália, a obrigação

<sup>56</sup> TUSET, Joaquín Llobell. *Historia de la motivacion de la sentencia canonica*, Zaragoza, Caja de Ahorros, 1985, pp. 117-119. *Apud.* GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, pp. 52-53.

<sup>57</sup> SAUVEL, Tony. *Histoire du jugement motive. Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l' Étranger*, 61:5-53, 1955, p. 12. *Apud.* GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>58</sup> SAUVEL, Tony. *Histoire du jugement motive. Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l' Étranger*, 61:5-53, 1955. *Apud.* GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 54.

<sup>59</sup> RAMOS, Manuel Ortells. *Origen historico del deber de motivar las sentencias*, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 4:900-4, 1977. *Apud.* GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 56.

de fundamentar deu-se por intermédio da reforma de 1532, imposta à Rota Florentina, Rota Romana e outros tribunais italianos.<sup>60</sup>

Em Portugal, a obrigatoriedade de motivar apareceu nas primeiras leis do reino e nas Ordenações Afonsinas, sedimentada com as Ordenações Manuelinas. Nos reinos da Catalunha e de Aragão, atual Espanha, os juízes consignavam os fundamentos de direito em seus votos, conservados em registro especial, com comunicação às partes, mas desde que requeridos.<sup>61</sup>

Traço marcante do período medieval corresponde ao fato de a justiça ser administrada pelo soberano ou exercida por outros órgãos em seu nome. Desse modo, nota-se uma centralização da função jurisdicional nas mãos do monarca, que detinha controle hierárquico sobre a atuação dos juízes.

A configuração atual do dever de fundamentar deu-se a partir da edição legislativa de alguns estados de despotismo esclarecido, sob a influência do Iluminismo.

Mister ter em mente que, até então, a motivação era vislumbrada como forma de controle do órgão superior sobre a atuação judicial. Todavia, no reinado de Frederico II da Prússia, com a publicação do *Codex Fridericianus Marchicus*, em 1748, a motivação da sentença ganhou contornos de instrumento destinado às partes.<sup>62</sup>

Este diploma legislativo, adjetivado por Giovanni Tarello de *monumento importantíssimo*, do ponto de vista processual, continha determinações a respeito do comportamento dos juízes no que tange à decisão, prescrevendo que o relator deveria redigir um relatório acerca dos trâmites processuais e resultados da atividade probatória, estabelecer uma proposta de decisão, delineando as questões de fato e de direito e, ao final, expor as razões de decidir, opinião motivada, que corresponderia à fundamentação da decisão.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> TARUFFO, Michele. *L' obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e iluminismo*, *Rivista di Diritto Processuale*, 29(2): 279-81, 1974. Apud. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>61</sup> GODDING, Philippe. *Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du 18e. siècle*. In. PERELMAN e FORIERS (orgs.). *La motivation des decisions de justice*. Bruxelles: Bruylant, 1978. Apud. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>62</sup> TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976. Apud. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>63</sup> TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976. Apud. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 57.

O objetivo de tais regras processuais era não só a de evitar divergências interpretativas a respeito do conteúdo da decisão, como também a de possibilitar ao colégio julgador (juízes da impugnação) conhecimento mais detalhado acerca da controvérsia. Não era prevista publicação da decisão, pelo que as partes é que a deveriam requerer, com o escopo de recorrer.<sup>64</sup>

Com o passar dos anos, a legislação prussiana aperfeiçoou-se, mediante a publicação da *Allgemeine Gerichtsordnung* no ano de 1781, no reinado de Frederico – o Grande, promulgada definitivamente por Frederico Guilherme, em 1793. Embora a motivação ainda estivesse restrita ao âmbito endoprocessual, tal diploma passou a prever a necessidade de fundamentação também às decisões incidentais e prejudiciais, inovando no que tange à publicidade, porquanto a leitura da sentença passou a ser realizada na presença das partes e de seus procuradores.<sup>65</sup>

Por intermédio da *Prammatica*, em 1774, o rei Ferdinando IV reformou a organização da Justiça em Nápoles, na Itália, disciplinando a atividade dos juízes e tribunais quanto à obrigatoriedade de fundamentação das decisões, como forma de remoção dos arbítrios e afastamento de suspeitas e parcialidades.<sup>66</sup>

Força convir que a *Prammatica*, contudo, por ser diploma avançado, incompatível com a realidade política do período, encontrou sérias resistências à sua consolidação.

Somente com a Revolução Francesa, fruto dos ideais iluministas, que rompeu com o *ancien régime*, é que a motivação começou a esboçar contornos mais precisos, com ênfase à exigência da motivação de direito, deixando de lado, todavia, a motivação de fato.

Evidencia-se, portanto, o aspecto político do dever de fundamentar as decisões judiciais, que passa a ser reconhecido, com previsão na Constituição Francesa de 1795. No direito francês, disposições a respeito da motivação são encontradas no

<sup>64</sup> TARUFFO, Michele. *L' obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e iluminismo*, *Rivista di Diritto Processuale*, 29(2): 273-275, 1974. *Apud*. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>65</sup> TARUFFO, Michele. *L' obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e iluminismo*, *Rivista di Diritto Processuale*, 29(2): 276-277, 1974. *Apud*. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>66</sup> PISANI, Mario. *Appunti per la storia della motivazione nel processo penale*, in *Problemi della giurisdizione penale*, Padova, Cedam, 1987, p. 59. *Apud*. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 58.

Código de Processo Civil de 1806, no *Code d' Instruction Criminelle* de 1808 e na Lei de Organização Judiciária de 1810, todos prescrevendo a nulidade das sentenças não fundamentadas.<sup>67</sup>

A legislação processual dos estados italianos, influenciada pelo ordenamento francês, passou a exigir a motivação, que permanecia com a unificação da normativa processual civil, ocorrida no ano de 1865.<sup>68</sup>

No Brasil, as disposições normativas vinham desde as Ordенаções, sendo que em portaria de março de 1824, o Ministro Clemente Ferreira França determinou aos magistrados o cumprimento do parágrafo 7º da Ordenação do Livro III, Título 66, nos seguintes termos: “por ser conforme ao liberal sistema ora abraçado, a fim de conhecer as partes as razões em que fundão os Julgadores as suas decisões, alcançando por esse modo o seu sossego, ou novas bases para ulteriores recursos.”<sup>69</sup>

O Regulamento 737, de 1850, estabelecia no artigo 232 que:

(...) a sentença deve ser clara, sumariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estilo em que se funda.

O Código de Processo Criminal de 1832 não dispunha a respeito da fundamentação das decisões, em razão de o julgamento ser feito pelo Tribunal do Júri, adotando o princípio da íntima convicção, com dispensa da apresentação de razões.

Apesar de existir previsão legal a respeito da necessidade de fundamentação das decisões, pode ser afirmado que não havia esse comprometimento, não sendo raro flagrantes desrespeitos ao dever de motivação. Essa é a conclusão de José Rogério Cruz e Tucci, ao apregoar que “(...) na prática, os pretórios pátrios desrespeitavam, com certa frequência, o dever de motivação das sentenças.”<sup>70</sup>

<sup>67</sup> GORLA, Gino. *Sulla via dei ‘motivi’ delle ‘sentenze’: lacune e trappole*, Il Foro Italiano, 103:212, 1980, p. 340. *Apud.* GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 65.

<sup>68</sup> TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 340. *Apud.* GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 65.

<sup>69</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. A motivação da sentença no processo civil. *Tese de livre-docência apresentada na Universidade de São Paulo*, 1987, p. 54.

<sup>70</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. A motivação da sentença no processo civil. *Tese de livre-docência apresentada na Universidade de São Paulo*, 1987, p. 57.

### **1.2.2. A fundamentação como garantia política**

O Estado Democrático de Direito conjuga-se à ideia de limitação do poder, amalgamando-se com os conceitos de legalidade, inviolabilidade dos direitos fundamentais, separação de poderes e participação popular.

É evidente a função política que a fundamentação das decisões judiciais encerra.

A legitimidade do Judiciário não decorre diretamente do voto popular, ao contrário dos demais poderes, mas de modo indireto, na medida em que o Poder Constituinte Originário, fruto da vontade da maioria democrática soberana, elegeu, mediante consenso popular, a forma de escolha dos juízes, através de concurso público de provas e títulos.

Sob outra ótica, a legitimidade do Judiciário advém do modo pelo qual é exercida a função judicante, que deve atuar com observância e respeito às garantias e princípios constitucionais, com independência e imparcialidade, dentre os quais se destaca a fundamentação das suas próprias decisões, estabelecida a partir da relação dialética travada entre as partes.

Este é o entendimento esposado por Antonio Magalhães Gomes Filho:

Por isso que nos regimes democráticos a legitimação dos membros do Judiciário – que não resulta da forma de investidura no cargo – só pode derivar do modo pelo qual é exercida a sua função. Isso quer dizer que, para ser legítima, a atividade judiciária deve ser exercida com respeito às garantias da justiça natural: o juiz não age de ofício, nem em causa própria, e a sua decisão é um ato que nasce do diálogo entre as partes e com as partes, que são destinatárias da decisão.<sup>71</sup>

A fundamentação pode ser vislumbrada como uma prestação de contas do Judiciário (*accountability*), que transcende o âmbito jurídico, ou seja, do processo (endoprocessual), espraiando-se para o plano da política, como instrumento de controle social sobre o exercício da função jurisdicional, traduzido numa participação popular na administração da justiça.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 79.

<sup>72</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 80.

A assertiva acima lançada implica em pontuar que os destinatários da motivação não são apenas as partes e seus advogados, assim como os magistrados superiores, que irão analisar eventuais impugnações, mas principalmente a opinião pública, *juiz natural da magistratura*, no dizer de Marco Ramat, expressão que representa o próprio povo, em nome do qual a decisão é proclamada.<sup>73</sup>

Da leitura sistemática do Texto Constitucional Brasileiro de 1988, extrai-se que a fundamentação situa-se de forma expressa entre os princípios de organização do Poder Judiciário, e não entre os direitos e garantias individuais e coletivos, embora, a nosso sentir, decorra do devido processo legal, como adiante será demonstrado.

O viés político da fundamentação das decisões pode ser apreendido também da exigência de publicidade dos julgamentos (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988), como forma de assegurar a transparência dos atos estatais.

A motivação alinha-se à própria noção de administração da justiça. É através da fundamentação das decisões que as instâncias superiores do Judiciário poderão avaliar criteriosamente o nível de preparação dos juízes de primeiro grau.

Ora, nobre e difícil é a missão da judicatura, em que o juiz deve possuir não apenas formação técnico-jurídica, mas humanística, devendo estar atento à realidade social que o circunda, com visão global do momento histórico-cultural no qual se encontra inserido e do contexto sócioeconômico em que atua.<sup>74</sup>

Relação umbilical apresenta-se entre a motivação das decisões judiciais e o princípio da legalidade. É por intermédio da fundamentação inserta na decisão que o magistrado irá demonstrar que a lei foi validamente aplicada no caso *sub examine*. Não se trata, todavia, de mera referência ao texto legal, devendo a legalidade estar impressa substancialmente, em concreto, nas razões (*ratio decidendi*), pelas quais o juiz afirma ter aplicado a lei. A observância da legalidade encontra sensível ressonância no campo penal, exatamente por conta do bem jurídico tutelado, traduzido na liberdade, direito fundamental do indivíduo.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 407. RAMAT, Marco. *Il giudice político*. Comunità, 22(152):21, 1968. Apud. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 80.

<sup>74</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pp. 46-50.

<sup>75</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 85.

O legislador, contudo, tem limitações, como todo e qualquer ser humano, não reunindo condições de prever todas as hipóteses da vida, diante da multifacetada realidade social, em que se faz exigível a intervenção legislativa. Com a deficiência legislativa resultam as lacunas, as antinomias, os tipos penais abertos e as cláusulas gerais, com conteúdos jurídicos indeterminados, realçando em importância, quando do julgamento da prática de crimes e imposição de penas, os poderes discricionários interpretativos do magistrado, mostrando-se imprescindível, a partir daí, a necessidade imperiosa de fundamentação das decisões, de modo a legitimar os espaços de criação judicial.

Tomando por base o contexto fático, as argumentações apresentadas e a prova constante dos autos, o magistrado decidirá mediante a aplicação racional (lógica) das regras gerais e abstratas do direito. Como não estão previstas legalmente todas as hipóteses submetidas a julgamento, abre-se espaço para a discricionariedade judicial, que longe estará de ser arbitrária, se os critérios utilizados puderem ser aferidos na justificação da decisão, traduzindo segurança jurídica.

No campo da justificação, assumem extrema importância os precedentes judiciais, passando os magistrados a observar em suas próprias decisões diretrizes firmadas pelos tribunais (*stare decisis*).

De toda sorte, convém ter em mente que a fundamentação deve ser suficiente e razoável, a fim de que as decisões possam ser controladas não só pelas partes, como também por toda sociedade.

Inegável a relação existente entre separação de poderes e exigência de motivação dos provimentos judiciais. A índole política dessa garantia está representada não só na limitação do poder, mas também na organização, coordenação, divisão de competências e funções das atividades estatais, com destaque para a tarefa constitucional do Judiciário que intervém, quando provocado, na vida dos cidadãos.

Tendo em vista que a presente dissertação pertence à área do direito processual penal, onde são discutidas, em linhas gerais, questões adstritas à restrição da liberdade e à dignidade do indivíduo, sobreleva notar que a fundamentação das

decisões judiciais, relacionada à prisão preventiva, configura-se em garantia de efetividade dos direitos fundamentais.

É cediço que somente por intermédio da fundamentação será possível aferir se foi observado o devido processo legal, em seu aspecto substancial, constatando se foram ou não validamente aplicadas as regras autorizadoras da restrição da liberdade, com a decretação da prisão preventiva, mediante apreciação correta do contexto fático e dos elementos probatórios insertos nos autos.

Desse modo, a previsão genérica do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, encontra-se alinhada à disposição especial contida no artigo 5º, inciso LXI, do Texto Constitucional de 1988, ao estabelecer que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo (...).”<sup>76</sup>

Em última análise, a fundamentação como garantia político-jurídica decorre do próprio Estado Democrático de Direito, de forma a possibilitar o controle do poder, assegurando-se a legitimidade democrática.

### **1.2.3. A fundamentação das decisões judiciais e o devido processo legal**

O devido processo legal é princípio constitucional, previsto expressamente no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

A fonte original deste preceito encontra-se na *Magna Charta Libertatum*, de João Sem Terra, promulgada no campo de Runnymede, próximo a Windsor, em junho de 1215, prescrevendo que ninguém poderia ser privado dos seus bens, vida e liberdade senão *by the law of the land*. Na versão original, esta última frase correspondia a *per legem terrae*, considerando que a *Magna Charta* fora escrita em

<sup>76</sup> Artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”; Art. 5º, inciso LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “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.”

latim. Teve sua reedição em 1225, de sorte que na sua primeira versão em inglês, ocorrida em 1354, no lugar de *legem terrae* ou *by the law of the land*, foi aposto o termo *due process of law*.<sup>77</sup>

O princípio constitucional do devido processo legal é amplo, relacionando-se a uma série de direitos e garantias fundamentais, versados no acesso ao Poder Judiciário; no tratamento processual isonômico; na presunção de inocência; na ampla defesa; no contraditório; no duplo grau de jurisdição; na publicidade; na imparcialidade judicial e, por certo, na fundamentação das decisões judiciais, entre outros.

Nesse sentido, argumenta Nelson Nery Junior:

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies.<sup>78</sup>

Crucial mencionar que a efetivação do princípio do devido processo legal tem o condão de possibilitar às partes o acesso à justiça, permitindo à acusação deduzir a pretensão punitiva em juízo e ao réu defender-se do modo mais amplo possível.

Marco Antonio Marques da Silva transmite o conteúdo do aludido princípio, ao afirmar que

O devido processo legal não se destina tão somente ao intérprete da lei, mas já informa a atuação do legislador, impondo-lhe a correta e regular elaboração da lei processual penal. Em outras palavras, o juiz está submetido e deve submeter as partes à norma processual penal vigente, o que caracteriza a garantia constitucional. Por outro lado, obedecido ao devido processo legal, além de assegurar-se a liberdade do indivíduo contra a ação arbitrária do Estado, busca-se uma correta atuação do poder jurisdicional, evitando-se as nulidades do processo. Desse modo, em uma outra instância, é o próprio processo que fica garantido. O devido processo legal, como dito anteriormente, importa num amplo espectro de garantias que dele devem necessariamente decorrer para que se atenda a exigência do Estado Democrático de Direito. O tratamento das partes será sempre paritário, em razão do princípio da isonomia, pois, perante o Estado-jurisdição, não pode

<sup>77</sup> HOYOS, Arturo. *El debido proceso*. Bogotá: Temis, 1998, p. 08. *Apud*. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70.

<sup>78</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal. Processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 77.

haver parte com destaque de importância. Autor e réu têm, enquanto partes, os mesmos direitos e deveres.<sup>79</sup>

Com efeito, o devido processual legal pode ser vislumbrado em seus aspectos formal e material.

Em sua acepção formal, o devido processo legal garante à pessoa o direito de exigir que seu julgamento se dê em conformidade às regras procedimentais, previamente estabelecidas em lei.

Por outro lado, o devido processo legal substancial ou material liga-se à ideia de um processo legal justo e adequado, dirigido não só ao juiz e às partes, mas ao próprio legislador.

No campo do direito penal e direito processual penal, onde há o permanente confronto entre o *jus puniendi* estatal e a liberdade do indivíduo, a resposta do Estado-juiz é dada através das decisões, incluindo-se a sentença, devendo ser assegurado o devido processo legal e seus consectários, contraditório e ampla defesa.

Força concluir, portanto, que a fundamentação das decisões judiciais, decorre do princípio do devido processo legal, devendo ser consequência do desenvolvimento de um processo penal justo e adequado.

No dizer de Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz:

A necessidade e obrigatoriedade da motivação é uma imposição do princípio do devido processo legal na busca da exteriorização das razões de decidir, revelando o prisma pelo qual o legislador interpretou a lei e os fatos da causa. Daí a importância de que as razões de decidir sejam expostas com clareza, lógica e precisão, para que haja a perfeita compreensão de todos os pontos controvertidos, bem como do desfecho da demanda.<sup>80</sup>

Nessa vereda, de afirmar-se que todas as decisões judiciais sejam motivadas, principalmente as que impõem a privação de liberdade, como é o caso da que decreta a prisão preventiva, a fim de que a sociedade, a defesa, o Ministério Público, o ofendido e, principalmente, o próprio réu, saibam quais as razões da segregação cautelar.

<sup>79</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 17.

<sup>80</sup> PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal. Direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 242.

Advinda do princípio do devido processo penal, a fundamentação das decisões judiciais configura-se não só em importante instrumento de controle das razões de decidir pelas partes, como também em cristalino mecanismo de controle social da própria função jurisdicional, legitimando-a.

No capítulo subsequente, será abordada a estrutura lógico-sistêmática da fundamentação, seus requisitos substanciais e vícios, os quais acarretam sua nulidade.

## 2. A ESTRUTURA LÓGICO-SISTEMÁTICA DA FUNDAMENTAÇÃO

### 2.1. Fundamento (motivo) e fundamentação (motivação)

O processo contém estrutura dialética. A fundamentação encerra estrutura lógico-sistêmática.

Partindo-se do norte constitucional, determinando o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 que “serão fundamentadas todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade”, depreende-se que o legislador ordinário conferiu poucas regras a respeito da estrutura da fundamentação.

O artigo 381, inciso III, do Código de Processo Penal estatui que “a sentença conterá a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.” A dicção do artigo 458, inciso II, do Código de Processo Civil é no sentido de que “são requisitos essenciais da sentença os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”, ao passo que o artigo 131 do Código de Processo Civil, prevendo a livre apreciação da prova, exige a indicação dos motivos da formação do convencimento judicial.

Como visto, não há disposições legais a respeito dos requisitos estruturais da fundamentação. E não poderia ser diferente, levando-se em conta a complexidade e a heterogeneidade de elementos que deverão ser considerados na atividade decisória.

O legislador processual penal pouco esclarece sobre a estrutura da fundamentação em geral. Anota Antonio Magalhães Gomes Filho que essa opção parece constituir a regra nas legislações contemporâneas, com exceção do Código de Processo penal italiano de 1988, que apresenta disposições mais aclaradas a respeito:

Assim, no art. 192, § 1º, o Código determina que ‘o juiz valora a prova dando conta na motivação dos resultados obtidos e dos critérios adotados’, ao mesmo tempo em que, no art. 546, § 1º, letra ‘e’, inclui entre os requisitos da sentença ‘a concisa exposição dos motivos de fato e de direito sobre os quais a decisão está fundada, com a indicação das provas adotadas como base da própria decisão e enunciação das razões pelas quais o juiz entende não aceitáveis as provas contrárias’. Com relação aos provimentos cautelares, exige-se ainda que contenham a exposição dos indícios que justificam a medida disposta, com indicação dos elementos de fato dos quais são extraídos

e dos motivos por que assume relevância, além da ‘exposição dos motivos pelos quais foram considerados irrelevantes os motivos apresentados pela defesa.<sup>81</sup>

Fundamento (motivo) difere de fundamentação (motivação), possuindo ambas as expressões diversas acepções.

O vocábulo motivo, na acepção comum, significa causa ou condição de uma escolha, de uma vontade, volição ou ação. O direito penal, ao tratar da reprovabilidade da conduta, refere-se ao motivo(s) quando da análise das circunstâncias qualificadoras ou agravantes (motivo fútil ou torpe), atenuantes ou causas de diminuição da pena (motivo de relevante valor social ou moral), além de fazer menção aos motivos genericamente, como dados para fixação da pena (artigo 59 do Código Penal).<sup>82</sup>

Na acepção vulgar, a palavra motivação cinge-se aos processos mentais que levam o indivíduo a agir. Na linguagem jurídica a motivação traduz-se na explicitação dos motivos ou fundamentos de um provimento judicial.

## **2.2. Decisão e fundamentação**

Decisão e fundamentação sinalizam duas etapas distintas do raciocínio judicial.

Como restou afirmado, não há um modelo normativo pré-estabelecido na lei, existindo apenas diretrizes a serem consideradas pelo magistrado.

Do ponto de vista eminentemente jurídico, a decisão forja-se numa atividade direcionada à escolha de uma alternativa para solução de um caso concreto. Fundamentação ou motivação refere-se à articulação de razões (discurso) utilizadas para justificar a decisão anteriormente tomada.<sup>83</sup>

<sup>81</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 149.

<sup>82</sup> Quando do exame do ato administrativo, o motivo é estudado com propriedade pela doutrina do direito administrativo, expressando os elementos objetivos de direito e de fato que levam a Administração Pública a agir, constituindo o próprio fundamento do ato administrativo.

<sup>83</sup> TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 213-214. Apud. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 112.

No transcurso da primeira etapa, em que o juiz busca encontrar a solução para o caso *sub examine*, são levadas em consideração não só as premissas de fato e de direito, como também valores extrajurídicos, de conteúdo moral, psicológico (impressões pessoais), político, ideológico dentre outros. Não é possível negar que tais fatores influenciam sobremaneira a decisão, por serem inerentes à natureza humana, embora devam ser evitados.

Se no plano teórico é possível estabelecer tal distinção, na prática essa tarefa não se revela tão fácil, em virtude da íntima conexão existente entre a decisão e a fundamentação, posto que esta estrutura o próprio julgamento.

Reitere-se a inexistência de um modelo normativo de decisão judicial fundamentada. No dizer de Ennio Amodio, a motivação não constitui um discurso aberto. Traduz-se, ao contrário, numa exposição em que os temas estão contidos na lei.<sup>84</sup>

O ordenamento jurídico estabelece parâmetros e diretrizes, conferindo um norte a ser seguido pelo magistrado. Preleciona Antonio Magalhães Gomes Filho que:

(...), é a Constituição e são as leis processuais e materiais, assim como os princípios que delas decorrem, que estabelecem o caminho a ser percorrido pelo magistrado, que condicionam, enfim, o procedimento intelectual que leva à decisão e que deve vir expresso na motivação.<sup>85</sup>

### **2.3. Fundamentação e justificação**

A fundamentação tem natureza de discurso justificativo, compreendendo a indicação de motivos e razões justificadoras da solução do caso submetido a julgamento, considerando todo o contexto processual.<sup>86</sup>

A justificação será obtida mediante realização de juízos de valor, em termos de justiça, equidade, persuasividade, verdade processual e razoabilidade.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> AMODIO, Ennio. *Motivazione della sentenza penale. Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1977, v. 27. *Apud.* GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 108.

<sup>85</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 115.

<sup>86</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 116.

<sup>87</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 117.

Etimologicamente, justificação provém do latim *justitia* e *facere*, consistindo numa atividade de fornecer as razões de uma ação, ou seja, dar as razões visando à sustentação de uma decisão, demonstrando que ela é justa ou racional.

A justificação, procedimento argumentativo que é, busca persuadir e convencer o destinatário acerca do valor de uma escolha (decisão). Esse discurso argumentativo deve alcançar diversos tipos de auditório, constituídos não só pela comunidade jurídica (outros juízes, magistrados de instância superior, membros do Ministério Público, defensores públicos e advogados das partes), como também pela comunidade política, corpo social, composta por membros da sociedade (partes, interessados e demais pessoas).

Considerando-se que a linguagem versada na justificação é eminentemente técnica, as comunidades apreenderão o conteúdo da decisão judicial de maneiras diversas, o que se afigura salutar, proporcionando maior controle sobre a atividade judiciária.

Basicamente, há três modelos de justificação (racionalidade judicial): dedutivo, indutivo e retórico.

### **2.3.1. Justificação dedutiva**

O modelo dedutivo é comumente conhecido como silogismo judicial. Trata-se de uma forma de demonstração lógica, onde são estabelecidas as premissas maior e menor, até chegar-se à conclusão.

A premissa maior cinge-se à norma a ser aplicada. A premissa menor corresponde aos fatos. A conclusão é representada pela decisão. Evidentemente que, na prática, esse esquema lógico não é tão simplista, constituindo a atividade decisória num procedimento complexo, comportando uma série de silogismos parciais, pelo que as conclusões seriam premissas de um silogismo final.<sup>88</sup>

No âmbito da fundamentação, pondera Antonio Magalhães Gomes Filho que “(...) a lógica dedutiva desempenha papel muito modesto no trabalho dos juízes,

<sup>88</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 119.

pois a argumentação judicial está voltada mais à demonstração do acerto na escolha das premissas que à extração de uma conclusão lógica a partir delas.”<sup>89</sup>

Hodiernamente, não há mais espaço para a lógica puramente formal, devendo prevalecer a lógica substancial, que é a lógica do razoável.

### **2.3.2. Justificação indutiva**

Com base em Letizia Gianformaggio, Antonio Magalhães Gomes Filho identifica o modelo indutivo de raciocínio jurídico num esquema que parte de um caso particular, com vistas ao estabelecimento de uma norma geral.

Digno de nota que, nesse modelo de justificação, a norma a ser aplicada não é encontrada no ordenamento jurídico pelo magistrado, mas por ele é estabelecida. Como visto, trata-se de verdadeira substituição da vontade do legislador pela *criatividade judicial*, que leva em conta as peculiaridades do caso concreto para decidir, ainda que, para isso, seja necessário desatender as regras postas pelo próprio legislador, diante da viabilidade, em tese, de ser obtida uma decisão mais justa.<sup>90</sup>

### **2.3.3. Justificação retórica**

O modelo retórico coloca em destaque a justificação no processo decisório. A decisão judicial deve ter como substrato uma regra de direito, sendo ato de criação do magistrado. Importa que as alternativas escolhidas (decisões) sejam justificadas, mediante a utilização de argumentos racionais, válidos e controláveis.

<sup>89</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 120.

<sup>90</sup> Na Europa Continental, tal orientação restou consagrada na doutrina da *libre recherche scientifique*, desenvolvida por François Geny, no final do século XIX. Nos países da *common law*, a doutrina que vislumbrava a atividade judicial como *social engineering* foi capitaneada por Roscoe Pound. No Brasil, tal tendência doutrinária é representada pelo denominado ‘direito alternativo’, cujos principais defensores concentram-se no Estado do Rio Grande do Sul, conferindo primazia aos fatos (situação concreta), em detrimento da norma (situação abstrata). GIANFORMAGGIO, Letizia. *Modelli di ragionamento giuridico: modello deduttivo, modello induttivo, modelo retórico*. In *Studi sulla giustificazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 1986, p. 47. FRIEDMANN, Wolfgang. *Legal philosophy and judicial lawmaking*. Columbia. Law Review, 61:826-30, 1961. Apud. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 121-122.

O desenvolvimento desse processo decisório comporta diversas escolhas discricionárias por parte do juiz, direcionadas não só à determinação da regra aplicável, mas também à sua interpretação, sem contar os múltiplos juízos de valor realizados sobre a real configuração dos fatos trazidos à colação pelas partes.

Considerando-se o modelo retórico, a justificação das decisões é desenvolvida em dois níveis distintos: interno e externo.

A justificação interna ou de primeiro nível é calcada na exigência de coerência entre as premissas e a conclusão, ao passo que a justificação externa ou de segundo nível é dependente dos argumentos (razões) utilizados para a escolha das premissas.<sup>91</sup>

Pode-se afirmar que uma decisão está justificada internamente quando inexistirem incompatibilidades entre seus diversos enunciados, de modo a não haver contradições no contexto da própria decisão.

A justificação externa consiste em aduzir razões válidas, persuasivas e convincentes, diante da escolha das premissas, a partir das quais será desenvolvido o raciocínio decisório, com indicação das circunstâncias concretas do caso.

Diante de tal complexidade, plenamente possível a existência de decisões diversas para uma mesma situação, todas justificáveis, com base nas regras da argumentação racional, que compõem o discurso justificativo judicial. O que se almeja é a melhor justificação possível, de modo que, com fulcro nas razões consideradas, a decisão represente a solução mais justa para o caso concreto.

#### **2.4. Fundamentação de direito e fundamentação de fato**

O processo destina-se à preparação de um provimento jurisdicional, constituindo atividade que demanda desenvolvimento no tempo, mediante a busca de elementos indispensáveis à correta compreensão dos fatos, a fim de que seja determinado qual direito será aplicado ao caso *sub judice*.

<sup>91</sup> A distinção entre justificação interna e externa, no âmbito da estrutura da fundamentação das decisões judiciais, foi formulada por Jerzy Wróblewski, sendo posteriormente desenvolvida por Robert Alexy, MacCormick e Aulis Aarnio. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, pp. 124-125.

Nessa senda, justificam-se as oportunidades conferidas aos interessados para apresentação de suas alegações e provas, com vistas à ponderação judicial, direcionada à solução do caso concreto.

O cerne das decisões judiciais motivadas, portanto, reside na fundamentação de direito e na fundamentação de fato.

A fundamentação de direito opera-se a partir da identificação da norma no ordenamento jurídico, atividade racional de seleção por parte do magistrado, voltada à solução da *quaestio juris*.

Na prática, essa escolha dos enunciados normativos não se faz automaticamente, exigindo interpretação, ou seja, atribuição de significado às normas, que, num primeiro plano, devem guardar compatibilidade com a Constituição. Na maior parte das vezes, trata-se de tarefa difícil, na medida em que a escolha, dentre as diversas alternativas possíveis, requer juízo valorativo, devendo, portanto, ser justificada.<sup>92</sup>

A sociedade contemporânea complexa, onde a cada dia surgem novos atores, conflitos e valores, exige a edição de normas. Ocorre que essa produção normativa nem sempre se dá de maneira sistemática, ordenada e coerente. Atualmente, o que se verifica é um verdadeiro manancial de leis assistemáticas. Os códigos passaram a ceder espaço à legislação especial, fragmentada e excessiva, com regras redundantes e ambíguas (imprecisões semânticas, expressões vagas e abertas).

Na seara criminal, ramo do direito que mais se encontra jungido à legalidade estrita, cuja aplicação exige univocidade normativa, em face do bem jurídico tutelado, o que se vê é a produção desordenada e emergencial de leis penais e processuais penais, em razão do aumento desenfreado da criminalidade, com destaque para a organizada (criminalidade de massa), e da incapacidade estatal de efetivar as sanções aplicadas, editadas de forma distante dos mandamentos constitucionais e longe de fornecerem diretriz segura ao intérprete e aplicador do direito.

A segunda etapa cinge-se à interpretação da norma aplicável, que é realizada, como visto, concomitantemente à precedente.

<sup>92</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 135.

Com a interpretação, busca-se extrair o exato conteúdo, sentido e alcance da norma, visando à solução de uma questão trazida ao processo.

O significado do texto legal é obtido mediante o emprego dos chamados métodos de interpretação (gramatical, lógico, histórico, sistemático e teleológico) que são, na realidade, verdadeiros esquemas de argumentação, hábeis a possibilitar a justificação da decisão judicial.

Difícil é a missão do exegeta, diante da imprecisão terminológica do legislador, inclusive sob o ponto de vista semântico, sem contar as expressões vagas e abertas. Na tarefa de preencher esse espaço jurídico vazio, o magistrado deverá encarnar a incumbência de criador do direito, com vistas à integração da norma.

No direito penal, em que vige o princípio da estrita legalidade, traduzido como garantia do indivíduo, não possuindo o legislador condições de descrever objetivamente todas as condutas criminosas, não raro é a utilização dos elementos normativos do tipo, representando valores que devem ser apreendidos pelo juiz quando da apreciação dos fatos. Expressões como documento, funcionário, coisa alheia móvel, mulher honesta, dignidade, decoro etc., exigem valoração jurídica ou cultural (extrajurídica).

Convém mencionar os tipos penais abertos, como os crimes culposos e os comissivos por omissão, cabendo ao magistrado determinar qual cuidado seria exigível do autor naquela situação específica e concreta, com a finalidade de saber se ele agia ou não de modo adequado ou, então, complementar o tipo com as características do agente, de modo objetivo, para saber se ele agiu indevidamente, sem justa causa, sem permissão legal etc.

No direito processual penal, essa atividade judicial criadora também se apresenta frequente, exigindo especial atenção do magistrado quanto à justificação da decisão. Como exemplos, podem ser mencionadas as seguintes expressões: a) amigo íntimo e inimigo capital, que são motivos de suspeição (artigo 254, inciso I, do Código de Processo Penal); b) bons antecedentes, um dos requisitos para o recurso em liberdade (artigo 594 do Código de Processo Penal, revogado pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008); c) ordem pública e ordem econômica, pressupostos da prisão

preventiva (artigo 312 do Código de Processo Penal), que serão detalhados um passo à frente, entre outras.

O julgamento sobre os fatos possui natureza problemática. É o cenário, sem sombras de dúvidas, em que se manifesta com maior amplitude a discricionariedade judicial.

Nesse momento merece ser feita menção ao princípio do livre convencimento motivado, que pode ser identificado na liberdade de valoração probatória, com base em critérios objetivos, no que tange às escolhas realizadas, sem subterfúgios e arbitrariedades, com a participação das partes em contraditório.

O exercício da racionalidade do juízo sobre os fatos permite o controle da fundamentação.

No transcurso da instrução processual penal, o magistrado deverá trilhar caminho que se inicia na admissibilidade probatória, passa pelo exame da pertinência ou relevância das provas e finda com a valoração do material probatório inserto nos autos, elementos indispensáveis à justificação correta e idônea da decisão.

A valoração probatória obedecerá a critérios legais e racionais, de ordem objetiva, em que neste assegurado o princípio do devido processo legal e seus consectários, contraditório e ampla defesa, possibilitando às partes a participação efetiva no processo.

As partes possuem direito à prova, com vistas a influenciar o convencimento judicial.<sup>93</sup>

As provas serão selecionadas mediante aplicação de critérios jurídicos, consistentes na admissibilidade, e critérios lógicos, versados na pertinência ou relevância. Essa tarefa será desenvolvida tanto no curso do procedimento, onde são exigidos pronunciamentos específicos sobre requerimentos de prova, quanto na fase final, traduzida na prolação de sentença.

Quando da admissibilidade probatória, o magistrado analisará se determinada prova é ou não vedada pelo ordenamento jurídico, decidindo a respeito do seu ingresso no processo. As provas proibidas ou ilícitas são inadmissíveis. Com

---

<sup>93</sup> Referimos aqui às provas licitamente obtidas e produzidas, regularmente adquiridas no curso do procedimento.

efeito, determinados meios de prova são inidôneos para a reconstrução fática, devendo, portanto, ser excluídos.

Os critérios lógicos de pertinência e relevância demandam verificação a respeito de sua utilidade e necessidade para o processo, devendo ser expurgadas as provas irrelevantes, que procrastinam indevidamente o feito, em atenção aos princípios da duração razoável do processo, da celeridade e da economia processual.

A fundamentação sobre a valoração das provas apresenta dois momentos distintos.

O primeiro momento reporta-se à reanálise (nova seleção) das provas consideradas admissíveis, pertinentes e relevantes, tendo como escopo a determinação de sua credibilidade, realizada no contexto da instrução probatória.

Essa situação pode ser aferida pelo magistrado quando das acareações, esclarecimentos dos peritos, arguições de falsidade documental e depoimentos de testemunhas em geral. Na última hipótese, a prova comportará credibilidade, figurando como idônea, por exemplo, quando a testemunha responder prontamente as respostas, sem contradições, sendo de suma importância nessa ocasião a participação ativa das partes, no exercício efetivo do contraditório. Não raras vezes, a testemunha narra os acontecimentos com imprecisão e incoerência.

A partir das informações obtidas no curso da instrução processual penal, o juiz apreciará as provas.

Os elementos probatórios podem estar harmônicos, uns confirmados pelos outros, com a aquisição de outras provas que forneçam a representação do mesmo fato, ou conflitantes, uns excluindo outros, tendo em vista fatos que, aparentemente, não guardam correspondência com o *thema probandum*, mas que, a partir de uma apreciação conjunta possam auxiliar na descoberta na verdade real.

É exatamente esta apreciação conjunta das provas que constitui o segundo momento da valoração, fase derradeira da avaliação probatória. O valor de cada elemento de prova, então, passará a ser considerado em sua totalidade pelo autor da decisão, e não de forma isolada. Nesse instante será avaliado todo o “*patrimônio cognitivo*” inserto no processo, no dizer de Antonio Magalhães Gomes Filho, levando

em consideração todas as provas regularmente produzidas e relevantes para o estabelecimento dos fatos.<sup>94</sup>

A racionalidade e objetividade da decisão exige menção de todas as provas utilizadas na fixação dos fatos versados nos autos. No processo mental da decisão devem ser evitados elementos de ordem psicológica, meras impressões ou avaliações de cunho pessoal, dotadas muitas vezes de preconceitos e idiossincrasias a respeito do juízo fático.

Se alhures restou afirmado que às partes é assegurado direito à prova, algures impende consignar a existência de um direito à fundamentação, realizado mediante a valoração probatória, hábil a justificar a avaliação judicial realizada.

Não há parâmetros valorativos previamente fixados pela lei. A valoração conjunta da prova obedece também a um esquema lógico, que pode ser: dedutivo, indutivo ou abdutivo.

O esquema clássico de raciocínio judicial é o dedutivo, que obedece a um silogismo, no qual a premissa maior é representada pela norma, a premissa menor corresponde aos fatos, enquanto a conclusão cinge ao dispositivo ou à decisão propriamente dita.

Convém deixar assente, todavia, que esse raciocínio probatório não se mostra o mais adequado, ressaltando a doutrina que a atividade judicial não se reduz a mero esquema de lógica formal, máxime porque a marcha processual converge-se em complexo procedimento de pesquisa.<sup>95</sup>

Outro modelo de raciocínio decisório para determinação dos fatos é o indutivo.

Em linhas gerais, com base nas provas colhidas durante a instrução processual penal, são obtidos dados para estabelecimento da regra geral, que se configura na premissa maior.

A semiologia contemporânea desenvolveu o raciocínio abdutivo.

Esse esquema lógico busca reconstituir um acontecimento pretérito (realidade histórica do processo), basicamente em duas etapas. A primeira cataloga as

<sup>94</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 158.

<sup>95</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 160.

possíveis causas de determinado evento, com delimitação das hipóteses mais prováveis para sua ocorrência. A segunda seleciona, entre as hipóteses delimitadas previamente, aquela que parece ser a mais provável, em face das diversas causas possíveis.<sup>96</sup>

Dessa forma, o raciocínio abdutivo ocuparia lugar de destaque na atividade judicial criminal, possibilitando, com fulcro nos elementos de prova obtidos, chegar-se à conclusão de que o acusado é autor de um delito.

Antonio Magalhães Gomes Filho, baseado nos estudos realizados por Elvio Fassone, ilustra a questão com os seguintes exemplos: a) a presença de impressão digital, identificada pela perícia, tem o condão de sinalizar que um indivíduo tocou o objeto; b) a partir do testemunho de um fato, comprehende-se a realidade da situação fática; c) com a posse de determinados objetos, podem ser depreendidos os antecedentes causais.<sup>97</sup>

Essas referências a respeito dos esquemas lógicos de raciocínio evidenciam a complexidade da tarefa judicial, sendo possível antever o importante papel exercido pela argumentação para justificar as escolhas realizadas, a partir dos resultados obtidos na instrução probatória.

A valoração probatória dos enunciados fáticos será justificada, então, através da argumentação, que consiste na exteriorização da fundamentação.

Com acerto Antonio Magalhães Gomes Filho ao afirmar que a motivação de fato traduz-se na argumentação, mediante a

(...) indicação dos critérios de inferência, ou seja, das regras que autorizam a passar do fato constatado (elemento de prova) à afirmação sobre a real ocorrência (ainda que em termos de probabilidade ou de probabilidade acima de uma dúvida razoável) da hipótese fática debatida no processo (resultado de prova).<sup>98</sup>

As regras de inferência podem ser representadas, em geral, por disposições legais, regras técnicas e científicas, máximas da experiência, bem como por *regras estabelecidas criativamente pelo juiz*, quando da realização do esquema lógico de raciocínio abdutivo.

<sup>96</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 161.

<sup>97</sup> FASSONE, Elvio. *Dalla "certezza" all "ipotesi preferibile": un método per la valutazione. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. 38(4):1113-4, 1995. Apud. Antonio Magalhães Gomes Filho. *Op. cit.*, p. 161.

<sup>98</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 163.

Na primeira situação, o raciocínio judicial encontra-se delimitado pela norma, que estabelece a consequência de determinado elemento de prova. Trata-se da prova legal ou tarifada, figurando como exemplo a prova do óbito, para extinção da punibilidade (artigo 62 do Código de Processo Penal), cuja avaliação probatória residirá apenas na verificação da autenticidade da certidão.

As regras técnicas e científicas estão jungidas à realização de perícia, efetivada por profissionais devidamente habilitados, que possuem conhecimentos especializados, elemento de prova que será incorporado e discutido no processo. Quando acolhido, o laudo pericial invoca atividade justificativa por parte do magistrado, no que se refere à utilização das informações obtidas por esse meio de prova na formação de seu convencimento.

O raciocínio judicial decisório também pode fundar-se nas máximas de experiência, que são noções trazidas da experiência comum, de acordo com a cultura média da sociedade.

A formulação do conceito de máximas de experiência (*erfahrungssätze*), no âmbito processual, foi dada por Friedrich Stein, que as definiu como

(...) juízos hipotéticos de conteúdo geral, desvinculados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, além desses casos, pretendem ter validade para outros casos novos.<sup>99</sup>

Convém diferenciar as verdadeiras das falsas máximas da experiência, posto que, no processo, só podem ser aplicadas regras específicas e congruentes aos fatos. Assim, devem ser expurgadas regras genéricas, vagas e ambíguas, que não possuam relação de ordem fática. Por certo, as máximas da experiência adotadas serão enunciadas de forma expressa, seguidas das razões que justificaram sua escolha, com menção dos critérios racionais que as exigiram.

Os indícios também podem ser objeto de valoração.

---

<sup>99</sup> STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2. ed., trad. Andrés de La Oliva Santos. Bogotá: Temis, 1999, p. 27. *Apud*. Antonio Magalhães Gomes Filho. *Op. cit.*, p. 164-165.

Antonio Magalhães Gomes Filho conceitua indício como “prova dotada de eficácia persuasiva atenuada, não sendo apta, por si, a estabelecer a verdade sobre um fato.”<sup>100</sup>

O Código de Processo Penal brasileiro emprega esta expressão no artigo 413, ao apregoar que, para a pronúncia, o juiz deve estar convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria e de participação. Na primeira parte, portanto, exige a legislação processual penal juízo de *certeza*, enquanto na parte final entende ser suficiente a mera probabilidade.

Indício, portanto, é espécie do gênero prova. Trata-se de prova indireta, em que a partir de um fato conhecido, pela via da inferência, chega-se ao fato que realmente interessa à decisão.

Como soa notar, a valoração da prova indiciária possui certa complexidade, em razão de sua menor eficácia persuasiva. A sua utilização pelo juiz, quando da fundamentação da decisão, requer justificativa completa e congruente, inclusive como forma de superar o déficit de persuasão atribuído a esse meio de prova.

Para Antonio Magalhães Gomes Filho, seguindo de perto as prescrições do Código de Processo Penal italiano de 1988, na fundamentação do juízo fático fundado em indícios, cabe ao magistrado demonstrar:

(...) que as inferências empregadas foram realizadas com base em máximas de experiência de reconhecida validez, resultando daí um elevado grau de relevância e pertinência em relação ao fato a ser provado, o que acarreta uma apreciável intensidade persuasiva dos elementos obtidos (gravidade); b) que o fato constatado pela prova indireta tem um sentido único e definido, autorizando uma só conclusão a respeito do fato que deve ser provado, ao contrário do que sucederia com um indício vago ou equívoco (precisão); c) finalmente, quando há mais de um indício, que todos os elementos obtidos convergem para uma reconstrução unitária do fato a que se referem (concordância).<sup>101</sup>

A qualificação jurídica dos fatos não se funda em momento autônomo ou *ex post* à realização dos juízos de direito e de fato. Todas essas operações estão conjugadas e articuladas, efetivando-se de modo concomitante.

<sup>100</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 167.

<sup>101</sup> *Apud.* GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 169.

Identificando-se o raciocino judicial como silogismo, a qualificação jurídica dos fatos forja-se num esquema lógico cujo objetivo consiste em conduzir um fato concreto ao tipo abstratamente previsto na lei. Com efeito, trata-se de determinar a relação existente entre a *fattispecie* legal e a *fattispecie* fática, apurada no processo a partir da instrução probatória realizada, visando à aplicação do direito. A conclusão demanda não só encadeamento lógico dos argumentos, como também plausibilidade das premissas que embasam o raciocínio judicial.<sup>102</sup>

A fundamentação das decisões, portanto, demanda esquema complexo de justificação, principalmente em matéria penal, palco de acirradas divergências entre as partes, no que tange ao exato enquadramento típico dos fatos.

## **2.5. Requisitos substanciais da fundamentação**

A fundamentação, documento justificativo que é, deve apresentar alguns requisitos substanciais, sob pena de ter declarada sua nulidade.

São eles: integridade, dialeticidade, correção e racionalidade que, por sua vez, divide-se em interna e externa.

A integridade ou completude encontra-se inserta no Texto Constitucional de 1988, ao estatuir que todas as decisões, sem exceções, devem ser fundamentadas. Ao fazer essa determinação, vislumbra-se que a Constituição Federal de 1988 logrou estabelecer regra de extensão, no sentido de que todas as decisões, sejam judiciais ou administrativas, sejam motivadas, estando incluídos, evidentemente, os provimentos processuais penais.

É sabido que no transcurso do processo variadas questões são apresentadas, reclamando, muitas vezes, solução particularizada, antes de ser proclamada a decisão final. Assim, a cada deliberação ou escolha parcial surgem exigências de justificação, possuindo completude tão somente a fundamentação que alberga toda a área decisória. No dizer de Antonio Magalhães Gomes Filho, “a integridade supõe a

---

<sup>102</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 170 e 178.

adequação do discurso justificativo aos temas que são efetivamente objeto de decisão.”<sup>103</sup>

Antes de dizer respeito à motivação, a dialeticidade conjuga-se à própria ideia de processo, que encerra estrutura dialética, vez que o procedimento realiza-se por intermédio da atividade das partes e interessados em contraditório, com vistas a influenciar o convencimento judicial.

A fundamentação, discurso justificativo da decisão, apresenta também dialeticidade em razão de seu caráter dialógico, na medida em que deverão ser apreciados todos os elementos probatórios, pedidos e alegações, trazidos à discussão pelos interessados no provimento.<sup>104</sup>

A correção do discurso justificativo judicial demanda perfeita correlação entre os dados existentes no processo e os elementos considerados na decisão.

Na articulação do raciocínio decisório, deverá o magistrado levar apenas em consideração os elementos existentes no processo.

O derradeiro requisito da fundamentação consiste na racionalidade ou logicidade.

A decisão judicial deve ser racional, devendo ser entendida esta racionalidade sob o enfoque da validade dos argumentos justificativos.

A racionalidade lógica é característica de um discurso coerente, sem contradições, de modo que haja uma congruência entre fundamentação e decisão. Deve resultar, portanto, da argumentação apresentada para justificar a decisão, podendo ser dividida em racionalidade interna e externa.

Enquanto a racionalidade interna, identificada com o silogismo, diz respeito à ausência de contradições, inferindo-se a decisão (conclusão) das premissas de direito e de fato corretamente estabelecidas, a racionalidade externa cinge-se à correção não das premissas de *per si*, mas da forma pela qual foram escolhidas, com vistas à conclusão.<sup>105</sup>

<sup>103</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 175.

<sup>104</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op.cit.*, pp. 176-177.

<sup>105</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 181.

A racionalidade interna exige a inexistência de contradição entre as proposições insertas no discurso justificativo.

Nessa linha de pensamento, deverá a argumentação possuir “coerência contextual”, na expressão utilizada por Michele Taruffo.<sup>106</sup>

A racionalidade externa do discurso jurídico, voltado à justificação da decisão judicial, não é aferida pela lógica formal, mas pelos critérios de congruência normativa, que diz respeito ao direito, e de congruência narrativa, que atine aos fatos, conceitos estes desenvolvidos por Neil MacCormick. Sustenta este autor ser perfeitamente possível a ausência de contradições no raciocínio jurídico impresso na argumentação, apresentando coerência interna, porém, não fazer nenhum sentido em seu conjunto, como um todo considerado.<sup>107</sup>

A congruência normativa encontra-se adstrita à interpretação e aplicação do direito, restando caracterizada em dois momentos distintos, quando da resolução de um caso concreto. Primeiramente, manifesta-se no ato do magistrado de seleção das normas relevantes para a decisão, mediante a verificação substancial dos valores e princípios que informam as regras jurídicas (interpretação). A etapa seguinte refere-se à incidência das normas para justificar a decisão, que deve ser congruente em relação à totalidade do ordenamento jurídico (aplicação).

A congruência narrativa cinge-se à forma como serão dispostos os argumentos, diante dos enunciados fáticos reunidos no processo, a fim de que o julgamento possa ser justificado racionalmente.

## **2.6. Vícios da fundamentação e sua decorrente nulidade**

De forma correlata aos itens antecedentes, descumpridos os requisitos substanciais da fundamentação, corolário lógico sua decorrente invalidade ou nulidade.

<sup>106</sup> TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, pp. 272 e 566. *Apud.* GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 181.

<sup>107</sup> MACCORMICK, Neil. *La congruenza nella giustificazione giuridica*. In. *Materiali per um corso di analisi della giurisprudenza*. Bessone e Guastini (Orgs.). Padova: Cedam, 1994, p. 115. *Apud.* Antonio Magalhães Gomes Filho. *Op. cit.*, p. 182.

A doutrina em geral aponta como vícios da fundamentação: a) a inexistência de motivação; b) a falta de completitude; c) a não dialeticidade; d) a ausência de correspondência com os dados insertos nos autos; e) a presença de contradição (interna e externa).

A inexistência de fundamentação constitui o mais sério e grave dos vícios, diante da total ausência do discurso justificativo judicial, revelando que não foram ponderados os elementos de fato e de direito inseridos nos autos.

Fundamentações permeadas de fórmulas genéricas e vagas, amoldadas a várias situações, podendo ser aplicadas em diversos provimentos judiciais, sem criteriosa análise do caso concreto, também se apresentam como viciosas, já que nessas hipóteses a motivação é apenas aparente, servindo para qualquer situação posta a julgamento.

Na hipótese dos provimentos cautelares em geral, sendo a prisão preventiva um deles, não raras são as motivações teratológicas, em que as razões são explicitadas de maneira falaciosa, geralmente com base nos próprios termos utilizadas pelo legislador, sendo apenas consignado o conteúdo de determinados artigos, sem nenhuma justificação racional. São inúmeras as decisões que, ao decretarem a prisão preventiva, são fundamentadas com fulcro exclusivamente na reprodução, total ou parcial, do artigo 312 do Código de Processo Penal.

A falta de completitude ou fundamentação incompleta se dá nos casos em que, muito embora exista motivação, a decisão judicial não se apresenta suficientemente justificada.

Desse modo, diante de tal situação, força convir não restar cumprida a exigência de integridade do discurso justificativo.

A fundamentação não dialética é aquela que deixa de levar em conta as informações e dados trazidos aos autos pelas partes.

A decisão judicial, com efeito, deve analisar todas as questões suscitadas pela defesa e pela acusação, não podendo o magistrado permanecer silente nesse aspecto, máxime porque seu discurso justificativo pauta-se nas provas e alegações das partes, que deverão ser valoradas e racionalmente justificadas.

A fundamentação deve ser dotada de correção. Em razão disso, não merece ser considerada a motivação que, pelo exame de seu texto, deixe de apresentar correspondência entre os elementos considerados base da decisão judicial e aqueles efetivamente constantes dos autos. Não se trata de apreciação judicial equivocada dos fatos, suportando reforma em grau de jurisdição superior. No caso, resta evidenciada dissonância entre o discurso justificativo e conjunto de dados probatórios.

O raciocínio decisório não deve se ater a dados inexistentes, incorretos ou ficticiamente formulados, mas considerar a realidade fática inserta nos autos, ou seja, o conteúdo do processo, obtido em instrução probatória, na fase cognitiva (reconstrução histórica dos fatos). Também é equivocado o julgamento realizado com base em provas vedadas ou proibidas pelo ordenamento jurídico. Se tais provas são inadmissíveis no processo, consectário lógico sua inadmissão no discurso judicial.

A fundamentação também pode encerrar contradição. A incoerência no discurso justificativo pode ocorrer no plano interno e externo.

A fundamentação conterá contradição interna quando houver incompatibilidade entre os diversos enunciados, proposições e asserções do discurso por não se mostrar racionalmente adequado, tornando a argumentação incoerente.

Antonio Magalhães Gomes Filho proclama que a contradição interna encerra vício gravíssimo, pois,

(...) além de revelar a falta de correção no desenvolvimento do raciocínio decisório, torna inviável o próprio controle deste, pois uma argumentação que contenha asserções inconciliáveis impede aos destinatários da motivação conhecer claramente a *ratio decidendi*, frustrando a sua função de garantia.<sup>108</sup>

Exemplo clássico de contradição interna na motivação se dá a partir da incompatibilidade existente entre o dispositivo da sentença e o teor da decisão, atingindo as conclusões nela alcançadas. No processo penal, v.g., pode ocorrer de o magistrado reconhecer a inexistência de um fato ou a atipicidade da conduta, absolvendo o réu por insuficiência de provas. Outra situação manifesta-se na contradição entre os diversos argumentos contidos no mesmo discurso justificativo,

---

<sup>108</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 193.

vislumbrada na hipótese de o juiz, quando da aplicação da pena, afirmar ser o réu primário e de bons antecedentes, negando, contudo, direito ao recurso em liberdade, em razão da reincidência.

Simetricamente, a contradição externa diz respeito à incongruência normativa e à incongruência narrativa, ambas já analisadas, ao sinalizarmos que as conclusões atinentes às questões de direito e de fato seriam despidas de sentido.

### **2.6.1. Fundamentação implícita e fundamentação *ad relationem***

Delineadas tais considerações, incumbe mencionar a existência das fundamentações implícita e *ad relationem*, apontadas normalmente pela doutrina como técnicas de motivação, podendo ser vistas como artifícios, estratégias ou mesmo subterfúgios, em que o discurso justificado é minorado em detrimento de outros valores, como a economia processual e a celeridade na solução dos litígios.

Tais fundamentações não podem ser confundidas com estilo de linguagem ou técnica redacional. Não se trata de motivação concisa, sintética ou resumida, perfeitamente válida, desde que cumpridos os requisitos substanciais já mencionados. A hipótese vertente diz respeito à existência de uma lacuna no discurso judicial argumentativo, por atingir a própria motivação, ensejando comumente a invalidade da decisão, caso a omissão não puder ser integrada com base no próprio contexto justificativo.

A fundamentação implícita é aquela que apresenta lacunas, mas que podem ser superadas mediante a integração do que ficou expresso no discurso e o que não restou explicitado na justificação judicial, mediante análise de todo contexto decisório.

Para Antonio Magalhães Gomes Filho, há casos em que a motivação implícita pode ser validamente aceita no juízo penal, sem violar a garantia de fundamentação, como nos casos de

(...) sentenças objetiva ou subjetivamente complexas, em que a exigência de uniformidade de solução das questões relacionadas ao concurso de crimes ou de agentes não só autoriza, mas até recomenda que a justificação dada para a solução do ponto comum da decisão possa ser inferida logicamente; assim, v.g., apresentados

expressamente os motivos que levam ao reconhecimento do furto, é possível deduzir, sem nenhuma dificuldade, que esses mesmos motivos também foram os adotados para reconhecer um dos elementos do tipo de receptação.<sup>109</sup>

A nosso sentir, a motivação implícita deve ser vista com cautela.

Ora, se é crível que a fundamentação deve ser expressa, clara e objetiva, impondo-se o cumprimento, ademais, dos requisitos da integridade, dialeticidade, correção e racionalidade, temos que tais pressupostos difficilmente seriam vislumbrados, com a devida vênia, numa justificação (motivação) implícita.

Na fundamentação *ad relationem*, os espaços vazios do discurso justificativo são superados também pela integração, reportando-se expressamente à justificação contida em outra decisão.

Assim como a motivação implícita, entendemos que a motivação *ad relationem* não merece subsistir.

Se por um lado é possível às partes e aos órgãos de grau superior o conhecimento do texto justificativo referido pelo autor da decisão, o mesmo não acontece em relação à sociedade, impedindo a efetivação do controle externo sobre a atividade jurisdicional (controle social da racionalidade decisória).

Força convir que tal prática tem o condão de impossibilitar a realização da cognição judicial, de forma efetiva e adequada. Nesse sentido, pronuncia-se Antonio Magalhães Gomes Filho:

Ao adotar integralmente as razões apresentadas para justificar outra decisão, proferida em fase distinta do procedimento, e até mesmo por órgão diverso, com frequência o juiz acaba por omitir a inafastável valoração crítica sobre os argumentos a que adere ou, o que é mais grave, deixa de considerar elementos supervenientes que deveriam levar, senão a outra solução, pelo menos à indicação dos motivos pelos quais não devem alterar a conclusão antes adotada.<sup>110</sup>

Exemplo rotineiro na lide forense cinge-se à adoção das razões da decisão recorrida, quando do julgamento de um recurso, sem explicitar o porquê foram confirmadas, demonstrando que o órgão de segundo grau não apreciou efetiva e

<sup>109</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 198.

<sup>110</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.*, p. 200.

devidamente o conteúdo da decisão impugnada, sem qualquer valoração crítica dos elementos probatórios constantes dos autos.

Outro exemplo comum, principalmente na seara penal, refere-se à exclusiva adoção, como razões de decidir, de pronunciamentos do órgão do Ministério Público. Tal prática, além de figurar como ilegítima, pois transfere o encargo de motivar a sujeito diverso, que não o juiz, apresenta-se como parcial, máxime porque, em última análise, as razões do convencimento serão dadas por uma das partes, sem considerar as alegações da outra.

As necessidades de economia processual e, principalmente, de uma prestação jurisdicional célere, não podem ser aceitas sem restrições, em detrimento da exigência constitucional da fundamentação.

Destarte, na hipótese da fundamentação conter vícios, imprescindível a declaração de sua nulidade, como determina o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

Trata-se de nulidade absoluta, diante da inobservância de uma garantia processual constitucional, sendo caso de o juiz ou tribunal pronunciá-la de ofício, independentemente de provação da parte interessada.

No caso específico do direito processual penal, incumbe o estabelecimento de certas diferenças entre os sujeitos processuais, pois, enquanto para a acusação não há como ser reconhecida a nulidade de uma decisão não fundamentada, após a preclusão das vias normais de impugnação, para a defesa há possibilidade de a decisão ser declarada nula mesmo após o trânsito em julgado, por intermédio da revisão criminal e do *habeas corpus*, decorrência dos princípios do *favor rei* e do *favor libertatis*.

Força convir que, mesmo na hipótese de ser constatado um defeito na fundamentação que enseja a nulidade da decisão em favor da defesa, o juiz ou tribunal não devem necessariamente anulá-la, podendo decidir o mérito da demanda em benefício do réu, mediante *reforma in mellius* do provimento judicial.

A questão pode ser aclarada com um exemplo: se o tribunal, ao realizar o julgamento, verificar a existência de vícios na motivação da sentença, demonstrando a

prova constante dos autos que o caso requer absolvição do acusado, não deverá anular a decisão de primeiro grau, mas sim absolver incontinenti o réu.

No próximo capítulo, abordaremos a questão da prisão cautelar, analisando seus pressupostos e requisitos, seus princípios informadores, suas características, bem como as espécies de medidas cautelares privativas de liberdade.

### 3. A PRISÃO CAUTELAR

#### 3.1. Pressupostos e requisitos para a prisão cautelar

A prisão definitiva decorre da sentença penal condenatória transitada em julgado. A prisão cautelar, também denominada de processual ou provisória é a que se dá no âmbito da investigação policial ou no curso do processo criminal, anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Enquanto a prisão definitiva representa o direito de punir do Estado (*jus puniendi* estatal), a prisão cautelar é concebida como um instrumento destinado a assegurar a persecução penal e a efetividade processual.

Vicente Greco Filho, preferindo a expressão prisão processual a prisão provisória, define-a como “a que resulta do flagrante ou de determinação judicial, em virtude de atuação da persecução penal ou processo penal, com os pressupostos de medida cautelar.”<sup>111</sup>

No dizer de Miguel Fenech:

A prisão provisória é um ato cautelar no qual se produz uma limitação da liberdade individual de uma pessoa, em virtude de uma declaração judicial, e que tem por objeto o ingresso desta a um estabelecimento destinado a tal efeito, com o fim de assegurar os fins do processo e eventual aplicação da pena.<sup>112</sup>

Tendo em vista que as medidas cautelares privativas de liberdade prestam-se à efetividade e eficiência da persecução penal e do processo, força convir que elas somente possam ser impostas desde que observados o pressuposto do *fumus boni iuris* e o requisito do *periculum in mora*.

De acordo com Vicente Greco Filho, o *fumus boni iuris* consiste na “probabilidade de a ordem jurídica amparar o direito que, por essa razão, merece ser

<sup>111</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 294.

<sup>112</sup> FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*. Barcelona: Labor S.A., 1952, p. 129, v. 1. “La prisión provisional es un acto cautelar por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona en virtude de una declaración de voluntad judicial y que tiene por objeto el ingreso de ésta em un establecimiento al destinado efecto, con el fin de asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena.”

protegido”, enquanto o *periculum in mora* traduz-se no “risco de perecer que corre o direito se a medida não for tomada para preservá-lo.”<sup>113</sup>

No processo penal, o pressuposto e o requisito acima mencionados recebem a denominação de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, previstos no artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal.<sup>114</sup>

O *fumus commissi delicti* consiste na existência de indícios suficientes de autoria, bem como na prova de existência do crime. Trata-se de um juízo *ex ante*, situado no campo das probabilidades.

No que concerne aos indícios e à prova da existência do crime, asseveram Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly:

(...), há necessidade de que os indícios sejam suficientes, convincentes, para que o juiz afirme a autoria e possa decretar a medida extrema. Quando o legislador fala em ‘indícios de autoria’, está se referindo à probabilidade de autoria, não se contentando com a mera possibilidade. (...). Para tanto, o órgão acusador há de reunir, pelo menos, circunstâncias sérias indicativas da autoria, não bastante uma mera suposição. Por outro lado, quando se fala em prova da existência do crime, a expressão não pode ser interpretada em seu sentido estrito, como prova de um fato típico e antijurídico. Não há necessidade de se provar a existência do crime em todos os seus elementos constitutivos, bastando a demonstração da existência de um fato típico (...).<sup>115</sup>

O *periculum libertatis* representa o risco à efetividade do processo penal, causado pela liberdade plena do agente, em face da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

De notar-se, assim, que o *periculum libertatis* correlaciona-se ao princípio da proporcionalidade, em especial no que atine ao subprincípio da necessidade, contido no artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal, exigibilidade esta

<sup>113</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, p. 296.

<sup>114</sup> Artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal: “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.”

<sup>115</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 200.

voltada à aplicação da lei penal, à investigação ou à instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.<sup>116</sup>

### **3.2. Princípios constitucionais informadores das medidas cautelares privativas de liberdade**

As medidas cautelares privativas de liberdade são informadas, em linhas gerais, por três princípios constitucionais, quais sejam: a) devido processo legal; b) presunção de inocência; c) proporcionalidade.

Nos subitens subsequentes, abordaremos cada um destes princípios, correlacionando-os com a prisão cautelar.

Força convir que os aludidos princípios constitucionais mostram-se imprescindíveis à fundamentação das decisões judiciais, tornando-a idônea e isenta de vícios, principalmente quando se trata da restrição da liberdade individual.

#### **3.2.1. O princípio do devido processo legal**

A prisão cautelar representa uma das formas mais agressivas de intervenção do Estado na esfera individual, sendo mais intensa do que a própria prisão pena.

Enquanto a prisão pena pressupõe desenvolvimento do devido processo legal, com análise do mérito da demanda, acobertada pela coisa julgada, a prisão cautelar tem o condão de impor ao ser humano idêntico sofrimento, porém em caráter provisório e sumário, sem prévio esgotamento do devido processo legal.<sup>117</sup>

O fato de o devido processo legal não se desenvolver de modo tão intenso, quando da aplicação das medidas cautelares privativas de liberdade, não tem o condão de retirar-lhe a imprescindibilidade, por se tratar de uma garantia processual, necessária à fundamentação das decisões judiciais.

<sup>116</sup> Artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal: “As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.”

<sup>117</sup> NICOLITT, André Luiz. *Lei nº 12.403/2011: O Novo Processo Penal Cautelar – A prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 21.

A esse respeito pondera Antonio Magalhães Gomes Filho:

É intuitivo que a natureza urgente dos provimentos acautelatórios impõe certas limitações ao pleno atendimento dessas exigências, até porque, como já se registrou antes, se fosse necessário percorrer o mesmo *iter* procedural exigido para a obtenção do provimento definitivo, melhor seria renunciar à cautela. Isso não quer significar, entretanto, que as garantias processuais possam ser descartadas, em face da premência do pronunciamento jurisdicional. Antes disso, é preciso verificar se no caso concreto existe efetivamente uma situação de urgência capaz de justificar alguma restrição a qualquer daquelas garantias, e, existindo, é necessário adaptá-las à situação, de sorte que mesmo nessa condição excepcional seja possível assegurar a cognição adequada, que também integra a noção de devido processo legal.<sup>118</sup>

Um processo penal justo, adequado e igualitário exige necessariamente juiz independente e imparcial, que permaneça equidistante das partes, concedendo à acusação e à defesa as mesmas oportunidades e idêntico tratamento.

Em decorrência da taxatividade das cautelares, não se há falar em poder geral de cautela do magistrado, só podendo ser impostas as medidas previstas em lei, tendo em vista o princípio da legalidade.

O processo penal difere substancialmente do processo civil, exatamente em razão do bem jurídico tutelado, qual seja: a liberdade. Enquanto o artigo 798 do Código de Processo Civil contempla a possibilidade de o juiz determinar as medidas cautelares que entender adequadas, desde que haja fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause lesão grave e de difícil reparação ao direito da outra, o Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 12.403/2011, apresenta uma gama de medidas cautelares que formam um rol taxativo, fazendo com que os juízes criminais não disponham do denominado poder geral de cautela.<sup>119</sup>

É a posição sufragada por André Luiz Nicolitt:<sup>120</sup>

<sup>118</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Medidas cautelares e princípios constitucionais*. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; PRADO, Geraldo; BADARÓ, Gustavo Henrique; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og. *Medidas cautelares no processo penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 29-30.

<sup>119</sup> Artigo 798 do Código de Processo Civil: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

<sup>120</sup> NICOLITT, André Luiz. *Op.cit.*, p. 21.

Em decorrência do *due process of law*, bem como do fato das cautelares representarem restrições a direitos fundamentais, não se pode falar em poder geral de cautela do juiz, havendo verdadeira taxatividade no rol das medidas cautelares. (...). Ocorre que no processo penal, o *due process of law* se estrutura a partir da legalidade, sendo uma de suas dimensões o respeito às formas legais, que funcionam como limite ao poder e garantia para o réu. Desta maneira, a ideia de poder geral de cautela no processo penal é incompatível com a exigência de tipicidade processual decorrente da cláusula do devido processo.

Com a ampliação das providências cautelares, conferindo a Lei nº 12.403/2011 nova redação ao artigo 282, parágrafo 3º, do Código de Processo Penal, o contraditório imediato foi galgado à condição de regra, passando o deferido a ser exceção, reservado aos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida.<sup>121</sup>

De alinhavar-se que grande parte das medidas cautelares, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, como a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares ou de manter contato com pessoa determinada, entre outras, comportam a instauração do contraditório.

Na prática, todavia, em que a urgência e o risco constituem a tônica das providências cautelares, destacadamente em sede de prisão preventiva, o contraditório será postergado ou deferido.

A ressalva da legislação apresenta-se adequada, posto que, em determinadas situações, a prévia ciência do investigado ou acusado poderá frustrar os objetivos pretendidos com a imposição da medida cautelar, como exemplo na decretação da prisão temporária ou da prisão preventiva, o que reforça a ideia de que o contraditório prévio deverá guardar compatibilidade com a natureza da providência cautelar, bem como às circunstâncias do caso concreto.

Não se há falar em ofensa, portanto, ao princípio do devido processo legal e seus consectários lógicos, a ampla defesa e o contraditório, considerando que o exercício de tais garantias constitucionais resta assegurado, porém postergado para outro momento processual.

<sup>121</sup> Artigo 282, parágrafo 3º, do Código de Processo Penal: “Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.”

O princípio do devido processo legal exige que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas, pontuando Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz que

A necessidade e obrigatoriedade da motivação é uma imposição do princípio do devido processo legal na busca da exteriorização das razões de decidir, revelando o prisma pelo qual o julgador interpretou a lei e os fatos da causa. Daí a importância de que as razões de decidir sejam expostas com clareza, lógica e precisão, para que haja a perfeita compreensão de todos os pontos controvertidos, bem como do desfecho da demanda.<sup>122</sup>

Sediado no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, o princípio do devido processo legal apresenta duas facetas: a) formal; b) material ou substancial.<sup>123</sup>

Sob o aspecto meramente formal, o devido processo legal diz respeito ao procedimento previamente estabelecido em lei.

Sob o ponto de vista material, por sua vez, o princípio do devido processual legal abarcaria os direitos fundamentais dos cidadãos, podendo ser destacados os princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade, os próximos a serem estudados.

### **3.2.2. O princípio da presunção de inocência**

O princípio da presunção de inocência, comumente denominado de estado de inocência ou presunção de não culpabilidade, encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo decorrente do devido processo legal.<sup>124</sup>

<sup>122</sup> PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal. Direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 242.

<sup>123</sup> Artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

<sup>124</sup> Há corrente doutrinária que distingue o princípio da presunção de inocência do princípio da não culpabilidade. Este último teria sido consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, enquanto o primeiro teria sido adotado no artigo XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Entendemos que esta diferenciação não merece guarida, principalmente a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, ao preceituar em seu artigo 8º que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.” De salientar-se que mencionada Convenção foi ratificada pelo Brasil,

Dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Por sua vez, estabelece o artigo XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Marco Antonio Marques da Silva vislumbra três significados distintos para o princípio da presunção de inocência:

O primeiro deles poderia referir-se à presunção de inocência como o conceito fundamental ao redor do qual se constrói um modelo liberal de processo penal, no qual a finalidade é estabelecer garantias para o imputado diante do poder do Estado de punir. Este é o significado que tem a presunção de inocência no centro da discussão travada pelas diferentes escolas doutrinárias italianas. A presunção de inocência pode, ainda, ser um postulado dirigido diretamente ao tratamento do imputado no decorrer do processo penal, ou seja, que se deve partir da ideia de que ele é inocente e, como via de consequência, reduzir ao mínimo possível as chamadas medidas restritivas de direitos a ele aplicadas, durante o processo. É esse o significado que tem a presunção de inocência no artigo IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Um terceiro significado, a presunção de inocência pode ser uma regra referida diretamente ao juízo de fato da sentença penal, em virtude do qual a prova completa da culpabilidade do imputado pesa totalmente sobre a acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não fica suficientemente demonstrada. Este é o significado da presunção de inocência nos documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos dos Homens e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.<sup>125</sup>

A prisão cautelar é medida excepcional e provisória, só podendo ser imposta em casos de absoluta necessidade, presentes os pressupostos e requisitos da cautelariedade.

passando a integrar o ordenamento jurídico pátrio, por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao afirmar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>125</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 31.

Ao fazer referência à aplicação das medidas cautelares para evitar a prática de infrações penais, nos termos do artigo 282, inciso I, *in fine*, do Código de Processo Penal, André Luiz Nicolitt, sustenta a constitucionalidade do dispositivo, por violar o princípio da presunção de inocência, nos seguintes termos:

Com efeito, no inciso I do art. 282 do CPP, com a nova redação, não vemos problema quando as medidas cautelares são destinadas à garantia da aplicação da lei penal, investigação e instrução criminal. Todavia, quando pretensamente dirigida a evitar a prática de infrações penais, o que se está pretendido, diversamente da tutela do processo, é o controle social, a prevenção geral ou específica, que é o objetivo da pena e não das medidas cautelares. Note-se que as teorias relativas da pena sustentam exatamente que o fundamento da pena é a necessidade de evitar a prática futura de delitos, ou seja, a pena é o instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos, trata-se de prevenção geral e específica. Percebe-se assim, que ‘a necessidade de evitar a prática de infrações penais’ previstas no inciso I, do art. 282 do CPP, é o objetivo da pena, não podendo ser perseguido por via cautelar. Tal dispositivo antecipa os objetivos da pena, o que viola a presunção de inocência, sendo, portanto, <sup>126</sup>inconstitucional.

No âmbito das medidas cautelares privativas de liberdade, qualquer forma satisfativa de tutela jurisdicional, com o propósito de antecipação de pena, sob o manto de cautelar, violará o princípio da presunção de inocência.

No âmbito da prisão cautelar, o princípio da presunção de inocência sinaliza que sua decretação somente poderá se dar em casos excepcionais. Caso contrário, o agente será punido antecipadamente, em evidente afronta à dignidade humana.

### **3.2.3. O princípio da proporcionalidade**

A maioria doutrinária diferencia os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que um estaria contido no outro, enquanto outros doutrinadores preferem adotar certa relação de fungibilidade entre os princípios, no sentido de que seriam correlatos, isto é, faces de uma mesma moeda.

---

<sup>126</sup> NICOLITT, André Luiz. *Op. cit.*, p. 36.

Eros Roberto Grau partilha do entendimento de que a razoabilidade é face do princípio da proporcionalidade, na medida em que o razoável estaria diluído entre os subprincípios da proporcionalidade.<sup>127</sup>

Odete Medauar endossa o mesmo raciocínio, ao pontificar que:

(...) parece melhor englobar no princípio da proporcionalidade o sentido de razoabilidade. O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social.<sup>128</sup>

Celso Antonio Bandeira de Mello, após asseverar que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade descendem dos cânones da legalidade, encontrando respaldo nos artigos 5º, inciso II, 37, ‘caput’, e 84, inciso IV, todos da Constituição Federal de 1988, destaca que ‘*em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade*’, possuindo ambos, portanto, a mesma matriz constitucional.<sup>129</sup>

No mesmo sentido é a tese sufragada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.<sup>130</sup>

Ao explicar o perfil constitucional da razoabilidade, Celso Spitzcovsky utiliza-se da expressão proporcionalidade, revelando que este último princípio estaria contido no primeiro:

<sup>127</sup> GRAU, Eros Roberto. Equidade, Razoabilidade e Proporcionalidade. Homenagem ao Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, nº 78, set., 2004, p. 27-30.

<sup>128</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 158.

<sup>129</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 38/66-68.

<sup>130</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 81.

Por esse princípio é lícito ao Judiciário reapreciar os atos praticados pela Administração Pública para verificar a existência de uma relação de pertinência, de proporcionalidade, com o interesse público que surge como objetivo único a ser por ela perseguido. E continua: Em outras palavras, as atitudes tomadas pelo Poder Público devem guardar proporcionalidade com os objetivos específicos a serem alcançados, sob pena de caracterização de desvio de finalidade.<sup>131</sup>

De modo contrário, Hely Lopes Meirelles afirma que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa.<sup>132</sup>

Outra não é não a posição de Salomão Abdo Aziz Ismael Filho, ao assim pronunciar:

(...) não me parece que haja diferença substancial entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois ambos têm a mesma teleologia. Não vejo a ideia de razoabilidade inserta nos elementos do princípio da proporcionalidade, porém como resultante da observância de todos eles. Da mesma forma que a proporcionalidade, em sentido amplo, não pode ser apenas um dos reflexos do princípio da razoabilidade. Existe, sim, uma diferença quanto à origem, mas se trata de um discrimen que não altera o conteúdo de ambos os postulados, facetas de uma mesma moeda.<sup>133</sup>

Curioso notar, a título de simples constatação que, enquanto os ordenamentos norte-americano e argentino, por exemplo, operam com a razoabilidade, os ordenamentos europeus em geral, sobretudo o alemão e o francês, preferem adotar o termo proporcionalidade, tendo, inclusive, tal postulado sido galgado pela Corte de Justiça da União Europeia como um princípio comunitário.

Desse modo, tem-se que a consagração de um ou outro princípio depende da opção do ordenamento jurídico de cada país.

Nesse sentido já teve a oportunidade de se manifestar Luiz Roberto Barroso:

(...) a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da

<sup>131</sup> SPITZCOVSKY, Celso. *Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004, p. 56.

<sup>132</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, atual por ANDRADE AZEVEDO, Eurico de; ALEIXO, Décio Balesteri; BURLE FILHO, José Emmanuel. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 92.

<sup>133</sup> ISMAEL FILHO, Salomão Abdo Aziz. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade: critérios limitantes da discricionariedade administrativa através do controle judicial, *Boletim de Direito Administrativo*, NDJ, São Paulo, ano XVIII, nº 09, set., 2002, p. 731.

proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade.<sup>134</sup>

Entendemos, com a devida vênia, que a proporcionalidade é face da razoabilidade. Assim, a razoabilidade seria expressão dotada de maior amplitude, sendo um de seus aspectos mais estritos a proporcionalidade.

Contudo, como o Brasil, assim como a maior parte dos países europeus, conferem primazia à proporcionalidade, adotaremos tal termo no curso da exposição.

Com efeito, não se revela tarefa por demasiado difícil compreender os termos razoabilidade e proporcionalidade, na medida em que tais conceitos encontram-se latentes em nossas consciências, como se fizesse parte, de forma arraigada e natural, de nossa própria essência e existência. Daí, talvez, ter afirmado Walter Jellinek que “não se abatem pardais disparando canhões.” De modo contrário, é missão árdua esboçar, ainda que perfunctoriamente, noção exata do que venha a ser razoabilidade ou proporcionalidade.

A palavra proporcionalidade encerra perfeita noção de proporção, equilíbrio, harmonia, justa relação entre coisas, conformidade e simetria<sup>135</sup>.

Intuitivo afirmar que proporcionalidade expressa ideia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, admissibilidade, traduzindo uma imagem de bom senso, prudência e moderação<sup>136</sup>. Não há como dissociar o sentido da proporcionalidade da concepção de equilíbrio, trazendo implicitamente, em seu bojo e estrutura, uma relação de harmonia entre duas grandezas.

O jurista alemão Pierre Müller cunhou duas definições distintas sobre o princípio da proporcionalidade, uma em sentido amplo e outra em sentido estrito. Em sentido amplo, seria a “regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder.” Em sentido mais estrito, restaria caracterizado pelo

<sup>134</sup> BARROSO, Luiz Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 336, out./dez, 1996, p. 128.

<sup>135</sup> HOUAISS, Antonio; SALLES VILLAR, Mauro de; MELLO FRANCO, Francisco Manuel de. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 2313.

<sup>136</sup> TOLEDO BARROS, Suzana de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 72.

fato de “presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.”<sup>137</sup>

As bases do princípio da proporcionalidade, insertas nessa junção de fim e meio, surgiram nas reflexões preconizadas por Rudolf Von Ihering, em duas célebres e imortais obras, quais sejam: ‘A Luta pelo Direito’ (*Der Kampf ums Recht*) e ‘O fim do Direito’ (*Der Zweck im Recht*).

Com a evolução dos estudos doutrinários, Guy Braibant acrescentou um terceiro elemento, a situação de fato, de modo a estabelecer uma relação triangular entre fim, meio e situação de fato, propriamente dita.<sup>138</sup>

É sabido que os sistemas de direito obedecem a um mandamento finalístico, sendo preciso afirmar que fim e meio encontram-se, portanto, numa conexão normativa e relação sistemática, tendo como substrato a sociedade e o próprio Direito.

O raio de ação de um princípio dilata-se além dos direitos de primeira dimensão, vindo a atingir os de segunda e terceira dimensões, na observação de Felix Ermacora, afirmando Herbert Krueger que “já não são os direitos fundamentais que valem unicamente na moldura das leis, mas as leis na moldura dos direitos fundamentais.”<sup>139</sup>

Dessa forma, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade emerge como um núcleo central em torno do qual gravitam todas as transformações sociais e constitucionais, estando plenamente apto a formar e consolidar um universo de liberdade, juridicamente resguardado por mecanismos válidos e eficazes de proteção.

No dizer de Eberhard Grabitz:

(...) pertence o princípio da proporcionalidade àqueles princípios da Constituição que desempenham um notável e destacado papel na judicatura da Corte Constitucional. De início, o Tribunal o empregou apenas de forma hesitante e casual, sem consequência sistemática evidente; desde o ‘Apotheken Urteil’, porém, ele o tem utilizado de maneira cada vez mais reiterada e em campos sempre mais largos do Direito Constitucional como matéria de aferição da constitucionalidade dos atos de Estado. Sua principal função, o

<sup>137</sup> MÜLLER, Pierre. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*. Apud. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 393.

<sup>138</sup> BRAIBANT, Guy. *Le Principe de Proportionnalité, Mélanges à Marcel Waline*. Paris, 1974. Apud. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 393.

<sup>139</sup> KRUEGER, Herbert. *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*. Apud. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 394.

princípio da proporcionalidade, a exerce na esfera dos direitos fundamentais; aqui serve ele antes de mais nada (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais.<sup>140</sup>

Na medida em que o princípio da proporcionalidade ampara os direitos fundamentais, protegendo a liberdade, assume a função de limitar o poder legítimo, fornecendo critérios seguros para as limitações da liberdade individual.<sup>141</sup>

Ernesto Pedraz Penalva, por sua vez, sustenta que a proporcionalidade erige-se como algo mais de um simples critério, regra ou elemento de juízo, pois se mostra como um

(...) princípio consubstancial ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, ao mesmo passo que a exigência de sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas que se hão de observar em toda hipótese em que os direitos e as liberdades sejam lesados.<sup>142</sup>

De outra banda, para Werner Friedrich Holtz, configura-se a proporcionalidade num princípio normativo; para Klaus Stern, num princípio aberto e para Ulrich Zimmerli num princípio informativo<sup>143</sup>.

Humberto Bergmann Ávila pontua que o princípio da proporcionalidade consiste num postulado normativo aplicativo, ou seja, numa condição normativa instituída pelo próprio Direito para sua devida e correta aplicação. E alerta que, “sem obediência ao dever de proporcionalidade, não há a devida realização integral dos bens juridicamente resguardados.”<sup>144</sup>

Eros Roberto Grau, após concordar com a ponderação exarada por Humberto Bergmann Ávila, no sentido de que o princípio constitui-se num postulado

<sup>140</sup> GRABITZ, Eberhard. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Apud. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 394-395.

<sup>141</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, 2007, p. 395

<sup>142</sup> PENALVA, Ernesto Pedraz. *Constitución, Jurisdicción y Proceso*. Apud. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 395.

<sup>143</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pp. 395-396.

<sup>144</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, jan./mar, 1999, p. 170.

normativo aplicativo, afirma que a proporcionalidade é também uma pauta ou critério de interpretação, não passando de um novo rótulo dado à equidade.<sup>145</sup>

Trata-se o princípio de um cânones de grau constitucional, por meio do qual os juízes encerrariam o poder de corrigir o *defeito da lei*, bem como as insuficiências legislativas advindas do próprio ente estatal, evitando uma série de lesões aos direitos fundamentais.

Após vislumbrarmos que a noção de proporcionalidade encontra-se inserta em nosso ordenamento jurídico, irradiada em todos os cantos da Constituição Federal, insta tecermos algumas linhas sobre a sede material (*sedes materiae*) do princípio da proporcionalidade, tentando desvendar a sua exata localização no sistema constitucional.

A controvérsia doutrinária acrescida em torno da sede material constitucional do princípio da proporcionalidade é apenas aparente.

Alguns autores alemães, como Hans Jarass, Bodo Piroth e Klaus Müller, entendem que o princípio da proporcionalidade tem raízes no princípio do Estado de Direito.

Autores nacionais ponderam, mais especificamente, que a proporcionalidade está inserida no princípio do devido processo legal, em seu sentido substancial (*substantive due process clause*). Nelson Nery Júnior, por exemplo, opta por conjugar ambas as informações acima explicitadas, pontificando que a proporcionalidade é corolário não só do Estado Democrático de Direito como também do devido processo legal substantivo.<sup>146</sup>

Ressaltando a ligação existente entre os princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade pondera Willis Santiago Guerra Filho:

Os princípios da isonomia e da proporcionalidade, aliás, acham-se estreitamente associados, sendo possível, inclusive, que se entenda a proporcionalidade como incrustada na isonomia, pois como se encontra assente em nossa doutrina, com grande autoridade, o

<sup>145</sup> GRAU, Eros Roberto. Equidade, razoabilidade e proporcionalidade. Homenagem ao Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. Associação dos Advogados de São Paulo. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 78, ano XXIV, setembro de 2004, pp. 28-29.

<sup>146</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Proibição da Prova Ilícita – Novas Tendências do Direito (CF, Art. 5º, LVI)*. In. MORAES, Alexandre de (Coord). *Os 10 anos da Constituição Federal. Temas Diversos*. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 235-245.

princípio da isonomia traduz a ideia aristotélica – ou, antes ‘pitagórica’, como prefere Del Vecchio – de ‘igualdade proporcional’, própria da ‘justiça distributiva’, ‘geométrica’, que se acrescente àquela ‘comutativa’, ‘aritmética’, meramente formal – aqui, igualdade de bens, ali, igualdade de relações.<sup>147</sup>

Por fim, para Suzana de Toledo Barros, o princípio da proporcionalidade é derivado da força normativa dos direitos fundamentais, garantias materiais objetivas do Estado Democrático de Direito.<sup>148</sup>

Acreditamos que, não obstante essas dutas ponderações, uma compreensão exata e segura acerca da sede material do princípio da proporcionalidade somente é possível mediante a conjugação de vários artigos da Constituição Federal de 1988, quais sejam: *artigo 1º, ‘caput’, e inciso III; artigo 3º, inciso I; artigo 5º, ‘caput’, incisos II, XXXV e LIV, e parágrafos 1º e 2º; artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV.*

Perscrutando todo o Texto Constitucional, não há como não encontrar as raízes da proporcionalidade fincadas no Estado Democrático de Direito. É com base no Estado Democrático de Direito que o princípio nasce, sugando sua essência, e é com fundamento no Estado de Direito Democrático que o princípio desenvolve-se, pronto para ganhar o mundo.<sup>149</sup>

Na verdade, pensamos que qualquer estrada percorrida (diversos títulos e capítulos do Texto Constitucional Brasileiro de 1988) conduzirá o intérprete ou aplicador do direito a uma mesma localidade, chamada de Estado Democrático de Direito, não sem antes passar, durante todo o percurso do caminho, pelos direitos e garantias fundamentais (devido processo legal, igualdade, entre outros).

<sup>147</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 65.

<sup>148</sup> TOLEDO BARROS, Suzana de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 214.

<sup>149</sup> O Estado Brasileiro possui um perfil essencialmente democrático. Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, ‘caput’, logrou definir o perfil político-constitucional do Brasil como Estado Democrático de Direito, noção esta que traduz e encerra um conceito muito mais abrangente e complexo do que o de simplesmente Estado de Direito. Enquanto um Estado de Direito assegura tão somente a igualdade formal entre as pessoas (igualdade formal de todos perante a lei) e o estabelecimento formal de garantias individuais, sendo carecedor, portanto, de um conteúdo social, o Estado Democrático de Direito caracteriza-se não apenas por uma proclamação formal da igualdade entre as pessoas, mas pela imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, elevando o povo como fonte única do poder, e pautando-se pela garantia e respeito inarredável da dignidade da pessoa humana.

Nesse longo caminho, a bússola guiadora será a dignidade da pessoa humana, fundamento e objetivo de um Estado Democrático de Direito como o nosso, que assumiu a missão primordial de não só protegê-la, como também de assegurá-la.

A dignidade humana caracteriza-se por ser um valor essencial ao ordenamento jurídico, conferindo unidade e sentido ao texto constitucional. No dizer de José Afonso da Silva:

(...) a dignidade da pessoa humana constitui em valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza.<sup>150</sup>

Dessa forma, os direitos da pessoa humana representam os sustentáculos do Estado Democrático de Direito, assim como as vigas e colunas conferem sustentação a um edifício.

Por maior força que se imprima ao raciocínio, temos que não há como dissociar, tarefa que se revela hercúlea, o princípio da proporcionalidade da força normativa dos direitos e garantias fundamentais, bem como do Estado Democrático de Direito, que tem por norte a dignidade da pessoa humana.<sup>151</sup>

Na nossa visão, portanto, o princípio da proporcionalidade emerge como uma regra fundamental e essencial, de direito constitucional, que irradia seus efeitos a todos os ramos do Direito, entre os quais o processo penal, de modo a escorar e proteger os direitos fundamentais. Além disso, o princípio caracteriza-se por moldar e constituir um Estado Democrático de Direito, pleno de garantias e comprometido com a dignidade da pessoa humana, a segurança e a paz sociais. De um lado emerge como máxima interpretativa e, de outro, configura-se num critério de aplicação do Direito.

<sup>150</sup> SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun., 1998, p. 94.

<sup>151</sup> Convém ressaltar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de ter afirmado que o Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, apresentando como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), ponderou, em outra passagem de seu texto, que a União poderá intervir nos Estados-membros e no Distrito Federal para assegurar a observância dos direitos da pessoa humana, denominado, pela doutrina, de princípio constitucional sensível (artigo 34, inciso VII, alínea 'b').

No caso das medidas cautelares e, mais especificamente, na hipótese da prisão preventiva, que interfere na liberdade do indivíduo, é de extrema importância que esteja presente a noção de proporcionalidade.

Desse modo, a partir da reforma determinada pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, o Código de Processo Penal brasileiro, em seus artigos 282, incisos I e II e parágrafos 4º e 6º, e artigo 310, inciso II, passou a reconhecer expressamente que toda medida cautelar deverá sujeitar-se à verificação das três máximas que compõem o aludido princípio da proporcionalidade, quais sejam: a) adequação (idoneidade); b) necessidade (exigibilidade); c) proporcionalidade em sentido estrito.

Convém pontuar, ainda que brevemente, os subprincípios da proporcionalidade, relacionando-os com as cautelares, mais propriamente com a preventiva, no decorrer da exposição.

### **3.2.3.1. Subprincípios da proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade contém em seu âmago elementos de concretização, que são, na realidade, verdadeiros subprincípios que o integram. São eles: a) princípio da adequação, da pertinência, aptidão ou idoneidade; b) princípio da necessidade, exigibilidade, subsidiariedade ou indispensabilidade; c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Esses subprincípios conferem noção exata acerca do sentido e alcance do princípio da proporcionalidade, definindo seus contornos e dimensões. Ao mesmo tempo em que se complementam, interagem-se.

Vejamos cada um deles, pormenorizadamente, não devendo ser olvidado que tal divisão é deveras recente, já que num passado próximo, os conceitos eram assaz confundidos.

Peter Lerche, em sua obra *Übermass und Verfassungsrecht*, por exemplo, utilizou a terminologia proibição de excesso (*übermass*) como rótulo do princípio, considerando, no entanto, como seus elementos parciais a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, restando omitida a adequação. Para o autor, o

princípio da necessidade conteria dois núcleos, conjugados no meio mais idôneo e na menor restrição possível. De sua pena provêm essas palavras: “entre vários instrumentos possíveis, adequados para a obtenção de um fim, só caberia escolher aquele que comportasse consequências menos gravosas.”<sup>152</sup>

### **3.2.3.1.1. Adequação ou Idoneidade**

O princípio da adequação, pertinência, aptidão ou idoneidade (*Geeignetheit*) pode ser entendido, conforme expõe Ulrich Zimmerli, como “o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público”. Desse modo, a adequação cinge-se à conformidade ou validade do fim.<sup>153</sup>

Nessa ordem de ideias, o princípio da idoneidade corresponde a um juízo de adequação da medida adotada para se alcançar o fim em pauta. A adequação reporta-se aos meios em relação aos fins, traduzindo-se na exigência de que qualquer medida de cunho restritivo deve-se mostrar idônea à consecução da finalidade pretendida.

Questão sobressalente cinge-se à extensão e alcance da adequação, isto é, se há de ser total ou tão somente parcial, ou seja, se deve ser exigida ou não uma absoluta concatenação entre o meio empregado e o resultado obtido.

Escorada na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, Suzana de Toledo Barros enuncia não existir razão para radicalizar o assunto, na medida em que um juízo valorativo de adequação deve pautar-se em face de uma situação concreta e específica, não se devendo olvidar que a lei, como produto da vontade do legislador é, no momento de sua edição, apenas e tão somente uma previsão abstrata cujo sentido, dimensão e alcance só com o transcurso do tempo vão-se revelando.<sup>154</sup>

Entendemos pertinente tal colocação. Força convir que somente em dada ocasião, examinadas todas as circunstâncias e nuances do caso concreto, é que se

<sup>152</sup> LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht. – Zur Bindung des Gesetzgebers na den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*. Colônia-Berlim-Munique-Bonn, 1961. *Apud*. TOLEDO BARROS, Suzana de. *Op. cit.*, p. 77.

<sup>153</sup> ZIMMERLI, Ulrich. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht*, in ZSR, 1978. *Apud*. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 396. Digno de registrar que alguns juristas alemães de nomeada utilizam o princípio da adequação com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade.

<sup>154</sup> TOLEDO BARROS, Suzana de. *Op. cit.*, p. 79.

poderá observar detidamente se os meios escolhidos e adotados são, de fato, apropriados aos objetivos pretendidos.

Com efeito, a adequação encontra-se expressamente prevista no artigo 282, inciso II, do Código de Processo Penal. Assim, a medida a ser imposta deverá ser adequada à gravidade do crime, circunstâncias fáticas e condições pessoais do indiciado ou acusado.

A adequação ou idoneidade permite analisar a pertinência abstrata da medida cautelar em face do crime sob apuração e do indivíduo que deverá cumprí-la.

Oportuno consignar que uma medida cautelar somente será legítima quando se mostrar adequada e idônea para tutelar o direito que se encontra ameaçado, em dada situação concreta, não se mostrando adequado, por exemplo, impor a um indivíduo que responde criminalmente por crimes praticados pela *internet* seu recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (artigo 319, inciso V, do Código de Processo Penal), cumulando-se com monitoração eletrônica (artigo 319, inciso IX, do Código de Processo Penal), se o fim visado é justamente o de evitar a reiteração da conduta criminosa.

### **3.2.3.1.2. Necessidade ou Exigibilidade**

O princípio da necessidade ou exigibilidade (*Erforderlichkeit*) revela que a medida posta em prática não poderá exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se pretende almejar, ou seja, uma medida, para ser considerada admissível pelo ordenamento jurídico, deve ser considerada necessária e imprescindível.

O ponto nevrágico na configuração desse princípio toca à perquirição e questionamento acerca do meio empregado, que deverá ser sempre dosado com parcimônia e critério, para que se chegue ao fim acalentado e pretendido.

Em todas as situações da vida, deve ser escolhida a medida menos nociva aos interesses dos cidadãos, apresentando-se como mandamento a utilização do meio

mais brando. No dizer de Theodor Maunz e Duerig, trata-se do “princípio da escolha do meio mais suave (*das Prinzip der Wahl des mildesten mittels*).”<sup>155</sup>

O princípio da exigibilidade tem como pressuposto que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental. Não pode ser substituída por outra medida igualmente eficaz, mas que seja mais gravosa, pois deve conter a menor restrição possível. Urge recorrer-se a outro meio, igualmente eficaz, porém dotado de menor grau de lesividade, caso reste evidente a possibilidade de se alcançar objetivo semelhante com o emprego de um meio menos restritivo. Do ponto de vista objetivo, deve-se limitar da maneira menos sensível um direito fundamental.

É o ponto de vista de Suzana de Toledo Barros ao concluir que

(...) o princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação, só se podendo falar em exigibilidade se o meio empregado pelo legislador for idôneo à prossecução do fim constitucional.<sup>156</sup>

Nesse sentido ponderou também Gilmar Ferreira Mendes, seguindo de perto as lições de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink:

(...) um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o fim atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito). O pressuposto da adequação ('geeignetheit') exige que as medidas intervencionistas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade ('notwendigkeit oder enforderichkelt') significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.<sup>157</sup>

A aferição da necessidade de uma restrição está jungida à utilização de critérios qualitativos e quantitativos.

<sup>155</sup> MAUNZ, Theodor. *Deutsches Staatsrecht*, 1951; 19. ed, Munique, 1973. *Apud*. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 397.

<sup>156</sup> TOLEDO BARROS, Suzana de. *Op. cit.*, p. 83.

<sup>157</sup> SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht, Schriften zum Öffentliches Recht*, v. 299, Berlim, 1976. *Apud*. MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 23, 1994, p. 473.

Sob o aspecto qualitativo, a exigibilidade dar-se-á pela valoração no caso concreto, envolvendo uma avaliação sobre o grau de afetação do destinatário, que deve estar em perfeita adequação com o meio eleito.

Sob o aspecto quantitativo, pode-se vislumbrar o tempo de duração da medida, ou seja, até que ponto ela pode dilatar-se no tempo, produzindo seus efeitos, questão interessante a ser abordada no âmbito da preventiva.

Sopesando-se ambos os critérios acima mencionados, tem-se que a exceção da medida restritiva, necessária e adequada aos fins que se pretende atingir, não pode transformar-se em regra e, por via oblíqua, aniquilar, deteriorando os direitos fundamentais constitucionais.

O legislador estampou no artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal o elemento necessidade, voltado à aplicação da lei penal, à investigação ou instrução processual penal, e para evitar a prática de infrações penais, deixando nítido haver estreita relação com os pressupostos da prisão preventiva, dispostos no art. 312 do Código de Processo Penal.

### **3.2.3.1.3. Proporcionalidade em sentido estrito**

Do conteúdo do princípio da proporcionalidade *stricto sensu* (*Verhältnismässigkeit, i. e., Sinn*) extrai-se que toda escolha deve recair sobre o meio ou os meios que, no caso concreto e específico, levarem mais em conta o conjunto dos interesses em jogo.

Esse princípio confere um mandamento de ponderação ou de avaliação dos interesses em conflito, encerrando ao mesmo tempo um caráter de obrigação e de interdição.

Nesse aspecto, Pierre Müller obtempera que

(...) é em função do duplo caráter de obrigação e interdição que o princípio da proporcionalidade tem o seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptarem todas as suas atividades e os meios de que dispõem aos fins

que buscam e aos efeitos de seus atos. A proporção adequada se torna assim condição de legalidade.<sup>158</sup>

Enquanto a obrigação refere-se ao uso dos meios adequados, a interdição reporta-se ao não uso de meios desproporcionados.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito traz ínsita a ideia de equilíbrio entre valores e bens, devendo o meio utilizado sempre se encontrar em razoável proporção com o fim perseguido. Evita-se, com isso, a imposição coativa pelo Estado de uma carga exacerbada em detrimento do cidadão. Envolve uma noção de precedência de um bem ou interesse sobre o outro, só sendo possível a eliminação desse conflito de direitos mediante um mecanismo de ponderação dos valores em jogo.

Convém destacar a observação de José Joaquim Gomes Canotilho sobre o tema:

(...) as regras do ‘direito constitucional de conflitos’ devem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na ‘prevalência’ (ou relação de ‘prevalência’) de um direito ou bem em relação ao outro (D1 P D2). Todavia, uma relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro (D1 P D2) C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C).<sup>159</sup>

E, a um passo à frente, salienta o jurista português ser oportuno notar que “(...) este juízo de ponderação e esta valoração de prevalência tanto podem efectuar-se logo a nível legislativo (...) como no momento da elaboração de uma norma de decisão para o caso concreto.”<sup>160</sup>

Quando do exame do Texto Constitucional, verifica-se comumente que as várias medidas legais, as quais se propõem a dar garantia a determinado direito, quase sempre afetam, reflexamente, outro direito igualmente protegido pela Constituição.

<sup>158</sup> MÜLLER, Pierre. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*. Apud. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 398.

<sup>159</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Almedina: Coimbra, 2002, p. 1258.

<sup>160</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1259.

A aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige uma equânime distribuição de ônus. Todavia, na prática, não se mostra tarefa fácil a comparação de valores e interesses que entram em conflito, vindo a colidir.

O Tribunal Constitucional Alemão cunhou três critérios que representam um norte a ser seguido, pois, em se tratando de direitos fundamentais, sua utilização possibilita a ponderação dos meios em relação aos fins. São eles:

(...) quanto mais sensível revelar-se a intromissão da norma na posição jurídica do indivíduo, mais relevantes hão de ser os interesses da comunidade que com ele colidam; b) do mesmo modo, o maior peso e preeminência dos interesses gerais justificam uma interferência mais grave; c) o diverso peso dos direitos fundamentais pode ensejar uma escala de valores em si mesmo, como ocorre na esfera jurídico-penal (o direito à vida teria preferência ao direito à propriedade).<sup>161</sup>

Para Alberto Silva Franco, nas searas penal e processual penal, “o princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena).”<sup>162</sup>

Destarte, afigura-se notar que a prisão preventiva somente se mostrará legítima quando o sacrifício da liberdade do investigado ou do acusado for razoável (adequado, idôneo e necessário) e proporcional (em sentido estrito), em termos comparativos, no que tange à gravidade do crime, circunstâncias do caso concreto e respectivas sanções, que possam ser impostas ao sujeito passivo da medida.

Por força do princípio da proporcionalidade em sentido estrito não se deve admitir que o acusado seja submetido, no transcurso do processo penal, a gravame superior ao que poderá sujeitar-se na hipótese de provimento condenatório final.<sup>163</sup>

<sup>161</sup> TOLEDO BARROS, Suzana de. *Op. cit.*, p. 88.

<sup>162</sup> FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação jurisprudêncial. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 14.

<sup>163</sup> Em que pese o princípio da proporcionalidade em sentido estrito não estar previsto expressamente no artigo 282 do Código de Processo Penal, força convir sua decorrência lógica quando da análise dos elementos adequação e necessidade, configurando-se em verdadeiro juízo de ponderação no caso concreto. Todavia, convém deixar registrado que o legislador, ao deixar de consignar expressamente o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ao editar a Lei nº 12.403/2011, não obrou com a mesma técnica por ocasião da Lei nº 11.690/2008, que alterou dispositivos atinentes à prova, posto que o artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal afirma que, na produção de provas de ofício pelo juiz, na fase anterior à instrução criminal, serão observados os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Trata-se de uma escolha comparativa, ou seja, entre duas ou mais medidas disponíveis, adequadas e idôneas a atingir o resultado a que se propõe, cumpre ao magistrado identificar qual providência cautelar representará a menor lesão ao direito à liberdade do investigado ou acusado.<sup>164</sup>

### **3.3. Características das medidas cautelares privativas de liberdade**

A doutrina não confere tratamento uniforme às características das medidas cautelares privativas de liberdade.

Entendemos como características principais das providências cautelares privativas de liberdade as seguintes: a) jurisdicionalidade; b) excepcionalidade.

Para nós, as características da homogeneidade, da provisoriação (revogabilidade e substitutividade) e da cumulatividade não seriam autônomas, mas decorrentes da própria excepcionalidade.

A excepcionalidade, todavia, não se traduz em princípio, mas em mera peculiaridade, sendo decorrente do princípio da proporcionalidade.

Com efeito, a proporcionalidade determina que o provimento cautelar, de caráter provisório, não possa ser mais gravoso do que o provimento jurisdicional definitivo.

O princípio da proporcionalidade sinaliza no sentido de que a decretação da prisão somente se dê em casos estritamente necessários, observando-se uma adequação qualitativa, direcionada a alcançar os fins idôneos pretendidos no caso concreto, e

<sup>164</sup> De acordo com essa linha de pensamento, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “(...). No caso em tela, não se verifica a hipótese legal de admissibilidade da prisão preventiva previstas no inciso I do art. 313 do CPP, pois, embora o crime envolva a prática de violência familiar, não houve a decretação anterior da medida protetiva, ou seja, a prisão, *in casu*, é desproporcional, pois não tem como fundamento garantir a execução de medida protetiva de urgência, não funcionando como a *ultima ratio*. Afigura-se, assim, suficiente para o caso destes autos, antes da decretação da prisão preventiva do paciente, a adoção das seguintes medidas protetivas: proibição de o paciente se aproximar da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, tendo como 500 m o limite mínimo de distância entre estes e o paciente, bem como a proibição de o paciente manter contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação. Atento, ainda, às condições deste caso, e presentes os requisitos do art. 282 do Código de Processo Penal, aplica-se, como medida cautelar: o comparecimento bimestral do paciente em juízo, para informar e justificar suas atividades, bem como o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, tendo em vista que neste período há maior probabilidade de o paciente encontrar a vítima. (...) (TJ/SP. Habeas Corpus nº 0120967-94.2011.8.26.0000. 12<sup>a</sup> Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. João Morenghi, j. em 10.08.2011).”

quantitativa, com duração e intensidade razoáveis, em relação aos fins perseguidos no transcurso processual.

### **3.3.1. Jurisdicionalidade**

A jurisdicionalidade cinge ao fato de que as medidas cautelares privativas de liberdade são impostas pelo Poder Judiciário.

Com efeito, nos termos do artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988, a prisão somente poderá ser decretada por ordem judicial escrita e fundamentada.<sup>165</sup>

Trata-se da reserva de jurisdição, posto que a prisão deva ser decretada por um juiz de direito, assistindo ao Judiciário o poder-dever de proferir a última palavra, mas também a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra.<sup>166</sup>

A prisão em flagrante é precautelar e, quando mantida pela autoridade judiciária, torna-se prisão cautelar, portanto, jurisdicional.

Para que o indivíduo preso em flagrante delito possa continuar a ter sua liberdade segregada, deverá o magistrado converter o flagrante em prisão preventiva, uma vez presentes seus pressupostos e requisitos autorizadores, e desde que não seja adequada, necessária e suficiente a aplicação das demais medidas acautelatórias diversas da prisão, contidas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal (artigo 310, II, do Código de Processo Penal), principalmente em face da excepcionalidade da prisão preventiva, nos termos do artigo 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal.<sup>167</sup>

Como exceção, pode ser considerado o disposto no artigo 322 do Código de Processo Penal, ao conferir à autoridade policial o poder de arbitrar fiança, no que

<sup>165</sup> Artigo 5º, inciso LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil: “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>166</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 664.

<sup>167</sup> Artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal: “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: 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.” Artigo 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).”

tange aos crimes cuja pena máxima não seja superior a 4 (quatro) anos de prisão, tendo em vista que, na literalidade do artigo 319, inciso VIII, do Código de Processo Penal, a fiança também possui natureza cautelar.<sup>168</sup>

### **3.3.2. Excepcionalidade**

A excepcionalidade traduz-se na principal característica das cautelares privativas de liberdade, podendo ser afirmado que as peculiaridades da homogeneidade e da provisoriação dela derivam.

Significa que elas devem ser aplicadas somente em hipóteses emergenciais, vale dizer, excepcionais, seja no curso da investigação criminal ou do processo, exatamente por restringirem direitos fundamentais.

Com efeito, a prisão preventiva é a *ultima ratio* do sistema processual, nos termos do artigo 282, parágrafos 4º e 6º do Código de Processo Penal.<sup>169</sup>

A excepcionalidade pode ser visualizada sob três ângulos distintos.

Primeiramente, o caráter excepcional da prisão preventiva, medida cautelar por excelência, não autoriza sua incidência em situações em que seja pouco provável a aplicação de pena privativa de liberdade, considerando a hipótese de o acusado ser condenado, jungindo-se à característica da homogeneidade.

Em segundo lugar, relaciona-se com a possibilidade de se alcançar a tutela do processo por intermédio de meios menos invasivos aos direitos do acusado, do que a prisão preventiva.

Por fim, o terceiro aspecto coaduna-se com o tempo de duração da prisão preventiva, que deve ser razoável.

<sup>168</sup> Artigo 322 do Código de Processo Penal: “A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos e infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.” Parágrafo único: “Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas; Art. 319, inciso VIII, do Código de Processo Penal: “São medidas cautelares diversas da prisão: 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.”

<sup>169</sup> Artigo 282, parágrafo 4º, do Código de Processo Penal: “No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Pùblico, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).” Artigo 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).”

No dizer de Geraldo Prado:

A medida temporal é, talvez, o ponto mais sensível da regulação da prisão preventiva, pois confronta a necessidade imperiosa da prisão cautelar (função processual) com limites prognosticados a partir de um juízo de valor da acusação (a sentença condenatória em perspectiva e o montante de pena provável – mérito substantivo) e a garantia a um processo sem dilações indevidas e que obedeça ao prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, CF/88). Tudo isso tendo como paradigma o procedimento penal, com os prazos legais previstos para os diversos atos e emissão da sentença e as nuances de cada processo.<sup>170</sup>

Em seguida, serão analisadas as peculiaridades decorrentes da excepcionalidade, com destaque para a homogeneidade, provisoriação e cumulatividade.

A homogeneidade das medidas cautelares tem o condão de expressar a ideia de que não há sentido em ser determinada a prisão de uma pessoa no curso da instrução criminal se, ao final, verificar-se que, provavelmente, não será imposta pena de prisão.

Trata-se de uma visão em perspectiva do magistrado, ou seja, de uma projeção hipotética, realizada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, de que ao término do processo a pena a ser imposta, considerando que o acusado será condenado, não conduzirá o agente à prisão, não se justificando, desse modo, a imposição da cautelar preventiva.

A provisoriação, comumente denominada de provisionalidade ou de precariedade, guarda estreita relação com a necessidade, um dos subprincípios informadores da proporcionalidade, significando que a prisão deva vigorar somente enquanto perdurar a situação de urgência que justificou a decretação da medida, sendo limitada no tempo.

Trata-se da cláusula *rebus sic stantibus*, posto que as medidas cautelares devam atender a determinadas situações fáticas. Uma vez modificadas, interferindo na sua manutenção, podem ser revogadas ou substituídas.

<sup>170</sup> PRADO, Geraldo. *Excepcionalidade da prisão provisória*. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; PRADO, Geraldo; BADARÓ, Gustavo Henrique; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og. *Medidas cautelares no processo penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei nº 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 122-123.

Tal característica pode ser vislumbrada, por exemplo, na hipótese contemplada no artigo 319, inciso IV, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a proibição de o agente ausentar-se da Comarca quando sua permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução processual.<sup>171</sup>

Ora, deixando de ser necessária a disponibilidade do investigado ou acusado na sede da comarca, a medida deverá ser revogada, sendo assente afirmar que, diante da cessação das razões que a justificaram, imperiosa a revogação da cautelar.

Outra hipótese interesse encontra-se no art. 319, inciso VI, do Código de Processo Penal, que prevê a “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.” A conclusão é idêntica, ou seja, superada a situação que determinou a medida, a restrição deverá cessar.

A revogabilidade está umbilicalmente ligada à provisoriade, podendo ser visualizada no artigo 282, parágrafo 5º, do Código de Processo Penal, ao estatuir que “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”

Como soa notar, se a decretação encontra-se condicionada à análise do princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), bem como à presença dos pressupostos e requisitos das cautelares (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*), é evidente que a sua revogação também está jungida ao exame destes elementos. Se não estiverem presentes, de rigor a revogabilidade da cautelar imposta, restabelecendo-se a situação anterior à decretação.

A substitutividade decorre do comando inserto no artigo 282, parágrafos 4º e 5º, do Código de Processo Penal, ao facultar ao magistrado a substituição da cautelar, no caso de descumprimento das obrigações impostas ou, então, substitui-la diante da ausência de motivo para a subsistência da providência cautelar anteriormente aplicada.

<sup>171</sup> Artigo 319, IV, do Código de Processo Penal: “São medidas cautelares diversas da prisão: proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.”

A derradeira característica comumente arrolada pela doutrina diz respeito à cumulatividade, estabelecida no art. 282, parágrafos 1º e 4º, do Código de Processo Penal, ao versar que as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, facultando ao juiz substituir a providência cautelar ou determinar outra, em cumulação, em face do descumprimento das obrigações impostas.<sup>172</sup>

Não é demasiado pontuar que o princípio da proporcionalidade deverá ser sempre observado, a teor do próprio artigo 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal, no sentido de que as medidas impostas sejam necessárias e adequadas aos fins visados.<sup>173</sup>

Impõe-se, também, a existência de compatibilidade lógica entre as providências cumuladas, diante das peculiaridades do caso concreto.

Desse modo, o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, previsto no artigo 319, inciso V, do Código de Processo Penal, apresenta-se compatível, por exemplo, com o monitoramento eletrônico, estatuído no artigo 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, caso sejam aplicados cumulativamente. De outra parte, não se há falar em compatibilidade lógica entre o mencionado monitoramento eletrônico e a suspensão para o exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, disposto no artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal.<sup>174</sup>

### **3.4. As espécies de medidas cautelares privativas de liberdade**

Atualmente, duas são as espécies de medidas cautelares privativas de liberdade, versadas na prisão temporária e não prisão preventiva.

<sup>172</sup> Artigo 282, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal: “As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.”

<sup>173</sup> Art. 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal: “As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.”

<sup>174</sup> Artigo 319, incisos V e IX, do Código de Processo Penal: “São medidas cautelares diversas da prisão: V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; IX – monitoração eletrônica.”

Enquanto a prisão domiciliar é forma de cumprimento da prisão preventiva, as prisões decorrentes de pronúncia e de sentença penal condenatória não transitada em julgada não são autônomas, configurando-se na própria prisão preventiva, como será adiante analisado.

A prisão em flagrante não possui natureza de cautelar, pelo fato de não ser destinada a tutelar o resultado das investigações policiais ou do processo criminal, exigindo, para isso, posterior decretação da prisão preventiva, a fim de que o indivíduo possa ser mantido segregado.

### **3.4.1. Prisão temporária**

A prisão temporária é modalidade de prisão provisória, possuindo natureza cautelar, considerando seu objetivo de tutelar as investigações criminais, quando a segregação do investigado mostrar-se necessária à realização de diligências, tidas como imprescindíveis à conclusão do inquérito policial.

A respeito do tema enuncia Jayme Walmer de Freitas:

A prisão temporária tem natureza cautelar, cujo âmbito de incidência é mais reduzido que o das demais modalidades de prisão provisória, unicamente dentro de um inquérito policial. Tem o propósito de instrumentalizar o inquérito policial com manancial probatório concernente à autoria ou participação do suspeito ou indiciado em grave infração penal e fornecer cabedal probante que subsidie a futura denúncia ou queixa. Outrossim, esse acervo probatório pode ser decisivo na transformação da prisão temporária em prisão preventiva e, com finalidade mais relevante, arrimar o convencimento ministerial, a *opinio delicti*, para oferecimento da inicial acusatória.<sup>175</sup>

Regulamentada pela Lei nº 7.960/1989, prevendo o artigo 1º suas hipóteses de cabimento, a prisão temporária, no caso dos crimes hediondos, restou estabelecida no artigo 2º, parágrafo 4º, da Lei nº 8.072/1990.

Estatui o artigo 1º da Lei nº 7.960/1989:

Caberá prisão temporária: I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao

<sup>175</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 106.

esclarecimento de sua identidade; III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, ‘caput’, e seu § 2º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, ‘caput’, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, ‘caput’, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, ‘caput’, e seus §§ 1º, 2º e 2º); e) extorsão mediante sequestro (art. 159, ‘caput’, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, ‘caput’, e sua combinação com o art. 223, ‘caput’, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, ‘caput’, e sua combinação com o art. 223, ‘caput’, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, ‘caput’, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, ‘caput’, combinado com o art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º, e 3º, da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).<sup>176</sup>

Apesar de a Lei nº 7.960/1989 ter estabelecido as hipóteses de cabimento da prisão temporária, a doutrina não se mostra pacífica, havendo três linhas interpretativas a respeito do assunto.

A primeira corrente doutrinária, defendida por Fernando da Costa Tourinho Filho e Júlio Fabbrini Mirabete, dentre outros, pontua que a prisão temporária é cabível com base em qualquer das três situações previstas em lei, sustentando a alternatividade dos requisitos.<sup>177</sup>

O segundo pensamento destaca a necessidade de haver uma combinação das hipóteses, concorrendo, ainda, os requisitos autorizadores da prisão preventiva. Tal linha é defendida por Vicente Greco Filho, que assim proclama:

Essas hipóteses parecem ser puramente alternativas e destituídas de qualquer outro requisito. Todavia assim não podem ser interpretadas. Apesar de instituírem uma presunção de necessidade da prisão, não

<sup>176</sup> A Lei nº 11.923, de 17.04.2009, acrescentou § 3º ao art. 158 do Código Penal, que dispõe sobre sequestro relâmpago; a Lei nº 12.015, de 7.08.2009 alterou a redação do art. 213 do Código Penal, revogando os artigos 214 e 223 do Código Penal, passando a matéria a ser tratada no art. 213 do Estatuto Penal; a Lei nº 11.106, de 28.03.2005 revogou o art. 219 do Código Penal; a Lei nº 6.368, de 21.10.1976 foi revogada pela Lei nº 11.343, de 23.08.2006, dispendo sobre a matéria no art. 33. Convém anotar que a Lei nº 12.015/2009, disciplinando os crimes contra a dignidade sexual, introduziu a figura do estupro de vulnerável, que era anteriormente rotulado de estupro mediante violência presumida, não existindo qualquer óbice, a nosso sentir, ao decreto de prisão temporária diante desta modalidade delituosa, com fulcro no art. 1º, III, da Lei nº 7.960/1989.

<sup>177</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 109.

teria cabimento a sua decretação se a situação demonstrasse cabalmente o contrário. É preciso, pois, combiná-las entre si e combiná-las com as hipóteses de prisão preventiva, ainda que em sentido inverso, somente para excluir a decretação. Por exemplo, não teria cabimento que toda vez que o indiciado não tivesse residência fixa ou que não fornecesse elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade a prisão fosse automaticamente decretada. Pode ser decretada, mas só-lo-á se for imprescindível às investigações do inquérito ou necessária à ordem pública ou à aplicação da lei penal.<sup>178</sup>

A derradeira posição, majoritária, pontifica que a prisão temporária somente poderá ser imposta quando presente um dos crimes elencados no inciso III, do artigo 1º, da Lei nº 7.960/1989, e desde que patente uma das situações insertas nos incisos I e II da referida legislação. Alguns de seus defensores são: Antonio Scarance Fernandes, Guilherme de Souza Nucci, Fernando Capez, Paulo Lúcio Nogueira, Jayme Walmer de Freitas, dentre outros.<sup>179</sup>

A esse respeito, assim se manifesta Guilherme de Souza Nucci:

Enfim, não se pode decretar a temporária somente porque o inciso I foi preenchido, pois isso implicaria viabilizar a prisão para qualquer delito, inclusive os de menor potencial ofensivo, desde que fosse imprescindível para a investigação policial, o que soa despropositado. Não parece lógico, ainda, decretar a temporária unicamente porque o agente não tem residência fixa ou não é corretamente identificado, em qualquer delito. Logo, o mais acertado é combinar essas duas situações com os crimes enumerados no inciso III, e outras leis especiais, de natureza grave, o que justifica a segregação cautelar do indiciado.<sup>180</sup>

Com efeito, temos que a legalidade da decretação da prisão temporária exige a presença de ao menos um dos requisitos contidos nos incisos I e II, da Lei nº 7.960/1989, que digam respeito aos crimes nela listados, prescindível a concorrência dos requisitos ensejadores da prisão preventiva.

Jayme Walmer de Freitas expõe a questão da seguinte forma:

Essa é a posição que nos parece mais acertada e coerente com o princípio da inocência. Somente pode haver a prisão de agente, suspeito ou indiciado pela prática de crime grave (*fumus boni juris*) quando sua prisão é necessária para as investigações e/ou quando não

<sup>178</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 305.

<sup>179</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. *Op. cit.*, p. 110.

<sup>180</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 587.

se identifica ou não fornece endereço, fatores que concorrem diretamente para a formação de justa causa ao oferecimento da denúncia em futura ação penal (*periculum in mora*). (...). Repise-se que a prisão temporária congrega duas finalidades bem claras e estratificadas, no auxílio à atividade policial (ou ao Ministério Público), com a investigação e cooperação com o membro do ‘*Parquet*’ ou querelante no acionamento judicial do suspeito ou indiciado. Em consequência, diante da inexistência de região de conflito entre os pressupostos da prisão temporária e o das demais prisões cautelares, não se cogita da presença de requisitos autorizadores da prisão preventiva para fundamentação da prisão temporária.<sup>181</sup>

Ora, a prisão temporária não se confunde com a preventiva. Enquanto a primeira é medida cautelar que visa a garantir a realização de atos investigatórios, indispensáveis ao inquérito policial, a prisão preventiva, custódia cautelar que é, destina-se ao processo legal.<sup>182</sup>

O *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* constam dos três incisos do artigo 1º da Lei nº 7.960/1989, formando a base em que o juiz há de fundamentar o decreto prisional contra o indiciado.

Evidentemente, a prisão temporária deverá ser objeto de fundamentação, nos termos dos artigos 5º, inciso LXI e 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, embasando-se o magistrado em fatos concretos reveladores de sua real adequação e necessidade, sob pena de nulidade da decisão e revogação incontinenti da custódia.

Na fundamentação da decisão judicial que decreta a prisão temporária, exige-se a efetiva demonstração de quais obstáculos o indiciado pretende causar ao trabalho da autoridade policial.

Assente afirmar que este discurso justificativo não poderá ser baseado em meras conjecturas, mas em circunstâncias do caso concreto, sob pena de constrangimento ilegal, ensejando a revogação da temporária.

Nesta vereda, afirma Jayme Walmer de Freitas que:

O envolvimento em crime grave (*fumus boni juris*) não é motivo suficiente para fundamentar o decreto de prisão temporária, nem o

<sup>181</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. *Op. cit.*, pp. 110-112.

<sup>182</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. *Op. cit.*, pp. 111-112.

envolvimento singelo nas situações previstas, catalogadas nos incisos I e II será suficiente para a medida constritiva.<sup>183</sup>

De relevo pontuar que a prisão temporária não pode ser imposta ou mantida após o recebimento da denúncia pelo juízo competente. Como tal providência cautelar visa a assegurar o êxito das investigações policiais, que antecedem a ação penal, força convir que seu ajuizamento implique no desaparecimento do móvel que poderia conduzir o magistrado a determinar ou manter a prisão temporária. Assim, recebendo a exordial acusatória, o juiz deverá revogar a temporária e, se for o caso, impor a prisão preventiva, presentes seus pressupostos e requisitos autorizadores (artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal), e desde que não seja possível substituir a privação da liberdade por outra medida diversa da prisão, com fulcro no artigo 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal.

### **3.4.2. Prisão preventiva**

A prisão cautelar por excelência é a prisão preventiva.

A prisão preventiva exige a presença de pressupostos e requisitos legais, a teor do artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal, traduzidos no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis*.<sup>184</sup>

O *fumus commissi delicti*, aparência do delito, consiste na prova de existência do crime e na existência de indícios suficientes de autoria.

Com efeito, a lei exige prova acerca existência de um fato típico, não bastando mera probabilidade de sua ocorrência, devendo estar comprovada a materialidade delitiva.

Com relação aos indícios suficientes de autoria, a lei exige demonstração da probabilidade de que o indivíduo seja o autor, com base em elementos colhidos no curso do procedimento investigatório ou no transcorrer da instrução penal.

<sup>183</sup> FREITAS, Jayme Walmer de. *Op. cit.*, p. 111.

<sup>184</sup> Artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal: “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.”

O *periculum libertatis* traduz o risco à efetividade do processo penal, causado pela liberdade plena do agente, diante da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Trata-se de medida excepcional, aplicada nos casos e de acordo com a lei, não podendo jamais ser generalizada e devendo ser sempre fundamentada, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 e do artigo 315 do Código de Processo Penal.<sup>185</sup>

Afigura-se notar que tal medida não deverá ser imposta, no âmbito da cognição do processo penal, como forma de execução antecipada da pena, em face do princípio da presunção de inocência, máxime porque indiciado e acusado não são indivíduos assimilados a condenado.

Desse modo, tem-se que a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, não sendo cabível no âmbito de outros procedimentos, tais como comissões parlamentares de inquérito, processos administrativos, sindicâncias, inquéritos civis etc.

No que tange à legitimidade para imposição da prisão preventiva, convém transcrever o conteúdo inserto no artigo 311 do Código de Processo Penal:

Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Pùblico, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Da dicção do dispositivo legal, podem ser extraídas as seguintes conclusões: a) o magistrado não possui legitimidade para decretar medidas cautelares de ofício, no curso das investigações policiais, mas somente por meio de representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Pùblico; b) o juiz pode decretar as medidas cautelares de ofício, a requerimento do Ministério Pùblico, do querelante e do assistente de acusação, no curso do processo judicial.<sup>186</sup>

<sup>185</sup> Art. 315 do CPP: “O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado.”

<sup>186</sup> Há divergências doutrinárias a respeito da constitucionalidade do dispositivo legal, no que tange à possibilidade da decretação da prisão preventiva *ex officio*, por força da imparcialidade judicial. Tendo em vista o sistema penal brasileiro, em que são consagradas as funções de acusar, defender e julgar, a permissão legal de o juiz decretar de ofício a preventiva poderia abrir espaço para convicções condenatórias prévias. Nesse sentido: CÂMARA, Luiz Antonio. *Medidas cautelares pessoais. Prisão e Liberdade Provisória*. 2. ed.

Inovou a Lei nº 12.403/2011 ao prever a legitimidade ativa do assistente de acusação para requerimento da prisão preventiva, ampliando, assim, a participação do ofendido, vítima do crime, no processo penal, com vistas à promoção do andamento e deslinde da causa, assegurando também eventual indenização civil.

Traço marcante da prisão preventiva cinge-se à sua excepcionalidade.

A característica da excepcionalidade, já analisada, pode ser vislumbrada sob dois ângulos distintos: a) geral; b) restritivo.

Sob o prisma geral, a excepcionalidade acena no sentido de que a prisão preventiva deve ser decretada se e quando amparada pelos requisitos legais, diante do princípio constitucional da presunção de inocência.

Sob o vértice restritivo, a excepcionalidade diz respeito à determinação da preventiva tão somente quando não se mostrar cabível sua substituição por outra medida cautelar, nos termos do artigo 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva não será admitida nas seguintes hipóteses: a) contravenções penais; b) quando houver provas de ter o agente praticado o fato sob a égide de excludentes de ilicitude.

No que concerne às contravenções penais, nítida é a situação de impossibilidade de decretação da prisão preventiva, de acordo com a redação da parte final do artigo 312 do Código de Processo Penal, ao referir-se à *prova da existência do crime*.

Da exegese do artigo 314 do Código de Processo Penal, extrai-se que a prisão preventiva não será imposta se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos que o agente tenha praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II, e III, do ‘caput’, do artigo 23 do Código Penal, referindo-se à legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.<sup>187</sup>

De valia indagar se a prisão preventiva justifica-se nas hipóteses de excludentes de culpabilidade.

<sup>187</sup> Curitiba: Juruá, 2011, pp. 125-126; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 607.

<sup>187</sup> Artigo 314 do Código de Processo Penal: “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 art. 23 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.”

Por analogia *in bonam partem*, entendemos que a prisão preventiva, nos casos de embriaguez fortuita completa, coação moral irresistível, erro de proibição e inexigibilidade de conduta diversa, não pode ser decretada, em que pese não incluídas no artigo 314 do Código de Processo Penal.

No que tange especificamente à inimputabilidade por doença mental, excludente de culpabilidade, pode haver incidência da prisão preventiva, diante da periculosidade do agente, aferida no caso concreto pelos critérios da proporcionalidade, não podendo ser olvidado que, apesar de isento de pena, com fulcro no artigo 26, *caput*, do Código Penal, está sujeito à medida de segurança ao término do processo, nos termos do artigo 386, parágrafo único, III, do Código de Processo Penal e no artigo 97 do Código Penal, possuindo natureza de medida privativa de liberdade, quando cumprida sob a forma de internação.

Apesar de o artigo 317 do Código de Processo Penal ter sido revogado pela Lei nº 12.403/2011, a apresentação espontânea do agente não impede a decretação da preventiva, desde que presentes os pressupostos e requisitos que a autorizam.

No entanto, não é demasiado pontificar que a apresentação espontânea revela que o investigado ou acusado tem a intenção de cumprir com suas obrigações de cunho processual, bem como de não se evadir do distrito da culpa, questões estas que deverão ser ponderadas pelo magistrado, em face do princípio do livre convencimento motivado.

A prisão preventiva deverá ser revogada pelo magistrado se, no transcorrer do processo, seja verificada a falta de motivo para que subsista, podendo ser decretada novamente, caso sobrevenha razões justificadoras, conforme artigos 282, parágrafo 5º, e artigo 316 do Código de Processo Penal.<sup>188</sup>

De notar-se que a expressão *poderá revogar*, contida em ambos os artigos acima mencionados, não sugere faculdade judicial, devendo o juiz revogar a prisão preventiva se ausentes fundamentos para que subsista, diante de sua excepcionalidade,

<sup>188</sup> Artigo 316 do Código de Processo Penal: “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”

bem como dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da presunção de inocência, não podendo a providência cautelar significar execução antecipada da pena.

### **3.4.3. Prisão domiciliar**

A prisão domiciliar, prevista nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal, é forma de cumprimento da prisão preventiva, permanecendo o agente recolhido em sua residência, podendo apenas sair mediante prévia autorização judicial.

A prisão domiciliar incide sobre idosos, enfermos, pessoas imprescindíveis aos cuidados de criança ou deficiente e gestantes, a partir de certo tempo da gravidez, a teor do artigo 318 do Código de Processo Penal.<sup>189</sup>

A redação do art. 318 do Código de Processo Penal, alterada pela Lei nº 11.719/08, buscou inspiração na própria Lei de Execuções Penais. Contudo, a prisão domiciliar ora analisada difere daquela prevista no artigo 117 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), vez que a prisão-albergue domiciliar destina-se ao preso já condenado por sentença judicial transitada em julgado, cumprindo pena em regime aberto.

Não se deve confundir também a prisão domiciliar em comento com a medida cautelar diversa da prisão, consignada no artigo 319, inciso V, do Código de Processo Penal, versada no recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga.

Visualiza-se que nas hipóteses dos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal ocorre, na verdade, a decretação da prisão preventiva, cumprida em forma de prisão domiciliar.

Por outro lado, a situação contemplada no artigo 319, inciso V, do Código de Processo Penal, cinge-se à imposição de medida cautelar diversa da prisão, traduzida no recolhimento domiciliar, podendo ou não ser convertida em prisão

<sup>189</sup> Estabelece o art. 318, do Código de Processo Penal: “Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I – maior de 80 (oitenta) anos; II – extremamente debilitado por motivo de doença grave; III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.”

preventiva, caso descumprida pelo agente, e desde que não seja cabível sua substituição ou cumulação com outra medida não privativa de liberdade, a teor dos artigos 282, parágrafo 4º, e 312, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

O artigo 318, do Código de Processo Penal contempla a possibilidade de o magistrado substituir a prisão preventiva pela domiciliar, com enumeração das hipóteses autorizativas. Se o indiciado ou acusado transgredir as obrigações impostas na prisão domiciliar, será imposta a preventiva. A convolação da custódia domiciliar em prisão preventiva não se dá de forma automática, devendo a decisão ser fundamentada, de acordo com o art. 315 do Código de Processo Penal.

A primeira situação que permite a decretação da prisão domiciliar diz respeito ao octogenário, isto é, maior de 80 (oitenta) anos, prevista no inciso I, do art. 318 do Código de Processo Penal.

O Código de Processo Penal não exige a concorrência de outro requisito ao fator etário, como, por exemplo, as condições de ordem pessoal do agente, para que a custódia preventiva seja cumprida sob a forma domiciliar.

Norberto Avena entende de modo contrário, sustentando que:

Muito embora o Código de Processo Penal não exija, neste caso, que outro requisito concorra com o fator etário, compreendemos que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar deve levar em conta as condições pessoais do agente. Imagine-se, por exemplo, a situação do preso provisório que, apesar de octogenário, está em boas condições de saúde e, ainda, em razão de seu direito à prisão especial, encontra-se recolhido em sala de Estado-Maior. Relativamente a esta pessoa, não vemos razão para autorizar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, pois, conquanto idosa, não está acometida de limitações de ordem física ou mental, ou padecendo dificuldades que justifiquem o deferimento do benefício. Logicamente, o tema não é pacífico, sendo necessário acompanhar a evolução da jurisprudência a respeito.<sup>190</sup>

A segunda hipótese de decretação da prisão domiciliar, inserta no inciso II, do art. 318 do Código de Processo Penal, cinge-se àquele que estiver extremamente debilitado, por motivo de doença grave.

---

<sup>190</sup> AVENA, Norberto. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Método, 2012, pp. 954-955.

Convém atentar para a redação do dispositivo legal, ao exigir que o indivíduo esteja *extremamente debilitado*. Ora, parece que ao legislador não basta que a pessoa esteja gravemente enferma, devendo estar extremamente doente, isto é, à beira da morte. Temos que o advérbio de intensidade afigura-se despiciendo.

A expressão *doença grave* só pode ser compreendida mediante análise do caso concreto, tendo os Tribunais Superiores se orientado pela não estabilidade do enfermo, a fim de determinar a gravidade da moléstia, não se exigindo que o doente esteja em fase terminal, sob pena de afronta ao princípio da dignidade humana.<sup>191</sup>

No Supremo Tribunal Federal tem prevalecido posição no sentido de que a prisão domiciliar poderá ser imposta na hipótese de o estabelecimento prisional não ter condições de oferecer tratamento adequado ao custodiado.

Não seria demasiado ressaltar, todavia, que raros são os estabelecimentos prisionais com estrutura material e de pessoal minimamente adequada para oferecer tratamento de saúde aos encarcerados, situação que estaria cada vez mais longe da dependência de prova, transformando-se nos dias hodiernos em cristalino fato notório.

A terceira hipótese de prisão domiciliar refere-se àquele que for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, sendo que, neste último caso, não há o requisito da faixa etária.

Vislumbra-se diminuta aplicação prática ao dispositivo, na medida em que sempre haverá possibilidade de alguém (família, amigos, escola, hospital, entidade assistencial particular ou estatal) oferecer cuidados especiais ao menor de seis anos ou à pessoa com deficiência, assistência esta em termos de habitação, alimentação, educação etc.

<sup>191</sup> O Supremo Tribunal Federal assim decidiu: “Habeas corpus. Constitucional e processual penal. Prisão preventiva. Paciente acometido de enfermidades graves. Reconhecimento, pelo estabelecimento prisional, de que não tem condições de prestar assistência adequada. Prisão domiciliar. Hipótese não enquadradna no art. 117 da Lei de Execução Penal. Excepcionalidade do caso. Art. 1º, inc. III da Constituição do Brasil (princípio da dignidade da pessoa humana). 1. Autos instruídos com documentos comprobatórios do debilitado estado de saúde do paciente, que provavelmente definhará na prisão sem a assistência médica de que necessita, o estabelecimento prisional reconhecendo não ter condições de prestá-la. 2. O artigo 117 da Lei de Execução Penal determina, nas hipóteses mencionadas em seus incisos, o recolhimento do apenado, que se encontre em regime aberto, em residência particular. Em que pese a situação do paciente não se enquadrar nas hipóteses legais, a excepcionalidade do caso enseja o afastamento da Súmula 691-STF e impõe seja a prisão domiciliar deferida, pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição do Brasil). Ordem concedida (HC 98.675/ES. Rel. Min. Eros Grau – Dje de 20.08.2009).”

Uma vez mais, as peculiaridades do caso concreto é que deverão nortear a decisão judicial fundamentada, por ocasião da concessão ou não da prisão domiciliar.

O derradeiro inciso IV, do art. 318 do Código de Processo Penal consagra a custódia domiciliar à gestante, a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez, ou sendo esta de alto risco.

O sétimo mês de gravidez é facilmente comprovado mediante a realização de exames médicos específicos. No entanto, a norma não pode ser interpretada no sentido de que a prisão domiciliar perdure até o momento do parto, sob o fundamento de que a mulher, por óbvio, não mais estaria gestante.

O fim do período gestacional é, sem dúvida, o momento em que a criança mais precisa de sua mãe, em razão da amamentação, possuindo esta não raro o desejo de estar com seu filho.

Entendemos que, caso a prisão domiciliar não puder persistir com fulcro neste inciso, deverá ser mantida com espeque no antecedente (inciso III, do artigo 318 do Código de Processo Penal) por ser a mãe imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade, ainda mais durante o período da amamentação.

A parte final do inciso IV, do art. 318 do Código de Processo Penal, traduzida na expressão *alto risco*, merece as mesmas considerações externadas com relação à dicção *extremamente debilitado*.

Como visto, não bastou mero risco da gravidez, exigindo o legislador que o risco seja alto, isto é, extremo, podendo causar, ao que parece, a morte a mãe. Comumente, as adjetivações são prescindíveis, máxime em se tratando de técnica legislativa.

Força convir a existência de casos em que a natureza do crime cometido ou o modo de operação delitivo impedem a prisão domiciliar. Por exemplo, não se há falar em custódia domiciliar do indivíduo preso preventivamente para garantir a execução de medida protetiva de urgência, deferida em razão de delito praticado com violência doméstica e familiar. Contrassenso também seria a concessão de prisão

domiciliar ao sujeito acusado de tráfico de drogas, utilizando como local de venda sua própria residência.<sup>192</sup>

Enfim, importante ressaltar que a ocorrência das situações dispostas no artigo 318 do Código de Processo Penal implica na análise do caso concreto e específico, com suas nuances e peculiaridades.

### **3.4.4. Prisão decorrente de pronúncia**

O procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri estrutura-se de forma escalonada, comportando duas fases.

Na primeira fase, denominada de *judicium accusationis* ou sumário da culpa, é realizado um juízo de admissibilidade da acusação, em que é julgada a possibilidade de o acusado, presentes determinados requisitos, vir a ser submetido a plenário.

Convém alinhar que, ao término da instrução do sumário da culpa, o juiz poderá proferir uma das seguintes decisões: a) improúnica; b) desclassificação; c) absolvição sumária; d) pronúncia.

Na segunda fase, chamada de *judicium causae*, dá-se o julgamento propriamente dito, mediante sentença proferida pelo juiz-presidente do Júri (juiz togado), após votação do questionário por sete jurados (juízes leigos).

O *judicium accusationis* comporta cognição sumária, superficial, ou seja, menos aprofundada no sentido vertical, uma vez que se busca apenas um juízo de probabilidade ou de verossimilhança. Nesta fase deverão estar presentes requisitos mínimos, consubstanciados na prova da existência do crime (juízo de certeza) e nos indícios suficientes de autoria (juízo de probabilidade). Indícios são elementos probatórios de menor eficácia persuasiva.

<sup>192</sup> Assim decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “(...). No que concerne à prisão domiciliar, a circunstância do tráfico imputado à paciente ser praticado na respectiva casa, obsta a pretendida substituição da prisão preventiva (TJ/SP. HC nº 0192330-44.2011.8.26.0000. 6ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. José Raul Gavião de Almeida, j. 11.08.2011).”

A pronúncia tem natureza de decisão interlocutória mista, que encerra a primeira fase procedural, concluindo pela admissibilidade da acusação e submetendo o acusado a julgamento em plenário.

Hermínio Alberto Marques Porto define pronúncia como

(...) a decisão interlocutória, proferida no curso do procedimento e que fixa uma classificação penal para ser decidida pelos jurados; é, portanto, decisão processual de conteúdo declaratório em que o juiz proclama admissível a imputação que aceita e encaminha para julgamento pelo Tribunal do Júri.<sup>193</sup>

A prisão, como efeito imediato da decisão de pronúncia, é de inconstitucionalidade manifesta.

Com efeito, a redação original do Código de Processo Penal autorizava o juiz, por ocasião da pronúncia, a decretar a imediata prisão do réu, a fim de que aguardasse preso o julgamento pelo júri, salvo se primário e portador de bons antecedentes.

Conclui-se, portanto, que a regra era a prisão, sendo a liberdade exceção, configurada apenas quando o pronunciado fosse primário e de bons antecedentes.

Tal situação passou a ser incoerente, a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, que incluiu em seu texto a garantia da presunção de inocência do acusado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, nos termos de seu artigo 5º, inciso LVII.

Ademais, com a incorporação ao ordenamento jurídico pátrio da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, estando inserto o direito de o acusado recorrer da sentença, a exigência do recolhimento à prisão pautou-se pela necessidade da cautela.

A partir da vigência da Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008, que alterou o procedimento de apuração dos crimes dolosos contra a vida, o magistrado, em decisão fundamentada, somente poderá pronunciar o acusado, se convencido da materialidade

<sup>193</sup> MARQUES PORTO, Hermínio Alberto. *Júri. Procedimentos e aspectos do julgamento. Questionário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 69.

do crime e da existência de indícios suficientes de autoria, a teor do art. 413, *caput*, do Código de Processo Penal.<sup>194</sup>

Desse modo, atualmente, a prisão decorrente de pronúncia tem natureza cautelar, sendo sucedânea da preventiva, nos processos de competência do Tribunal do Júri, muito embora a doutrina e a jurisprudência, antes mesmo da promulgação da Lei nº 11.689/2008, assim já vinham entendendo.

Em que pese o art. 413, parágrafo 3º, do Código de Processo Penal não fazer referência ao artigo 312 do mesmo Estatuto, forçoso convir que o magistrado, ao pronunciar o acusado, poderá impor sua prisão preventiva.<sup>195</sup>

Impende ressaltar que a decretação da preventiva, neste momento processual deve se mostrar excepcional, fundada nos critérios da proporcionalidade, bem como na existência dos requisitos e pressupostos contidos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Ora, se o acusado permaneceu solto durante todo o transcorrer da instrução processual, deverá permanecer, regra geral, nessa condição. Em sentido contrário, caso tenha permanecido preso durante o sumário da culpa, a permanência no cárcere só poderá ser justificada mediante o preenchimento dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva, com demonstração inequívoca de sua necessidade.

### **3.4.5. Prisão decorrente de sentença penal condenatória não transitada em julgado**

Esta modalidade de custódia decorria das regras contidas nos artigos 393, inciso I e 594 do Código de Processo Penal, que contemplavam a prisão como efeito imediato da sentença condenatória recorrível, de gritante inconstitucionalidade.

<sup>194</sup> Artigo 413, ‘caput’, do Código de Processo Penal: “O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.”

<sup>195</sup> Artigo 413, parágrafo 3º, do Código de Processo Penal: “O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer medidas previstas no Título IX, do Livro I, deste Código.”

Observa-se que a prisão era *ex lege*, ou seja, imposta por lei, independentemente da verificação de sua necessidade pelo Poder Judiciário, à luz das circunstâncias e peculiaridades do caso concreto.

Com o advento da Lei nº 11.719, de 20.06.2008, o artigo 594 do Código de Processo restou expressamente revogado, atribuindo nova redação ao artigo 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal, exigindo que ao proferir sentença condenatória, o juiz decida fundamentadamente acerca da manutenção ou, se for o caso, sobre a imposição da prisão preventiva ao acusado, o que implicou na revogação tácita do artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal.

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, restou expressamente revogado o art. 393, inciso I, do Código de Processo Penal.

Com efeito, hodiernamente a questão é disciplinada pelo art. 387, parágrafo único, do Código de Processo Penal, não mais subsistindo a prisão da sentença condenatória recorrível como regra, mas como exceção.

Assim como a prisão advinda da decisão de pronúncia, a prisão decorrente de sentença condenatória não transitada em julgado tem natureza cautelar, traduzindo-se na prisão preventiva, condicionada à presença dos pressupostos e requisitos constantes dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal e, ainda, desde que não sejam cabíveis as medidas alternativas do artigo 319 do Código de Processo Penal.

A prisão em comento, portanto, não decorre automaticamente da decisão condenatória não transitada em julgado, exigindo-se exame acurado da cautelaridade da medida.

Interpretar de modo contrário poderia conduzir o exequente à admissão da execução antecipada da pena, não mais consentânea com um processo penal democrático e eficiente, por afrontar a presunção de inocência e a própria dignidade humana.

Ora, tratando-se de sentença penal condenatória, não transitada em julgado, situações diversas podem ocorrer na prática, podendo o réu, por exemplo, ser absolvido, ter a execução da sua pena suspensa ou ser determinado cumprimento em regime mais brando, uma vez não esgotadas todas as instâncias julgadoras.

Assim, não há falar-se em execução provisória da sentença em matéria penal, vez que o processo executivo tem início com a expedição da guia de recolhimento, por ocasião do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a teor do artigo 105 da Lei de Execuções Penais.<sup>196</sup>

No derradeiro capítulo, o assunto abordado será a fundamentação das decisões e a prisão preventiva, ponto nevrálgico da dissertação.

---

<sup>196</sup> O art. 105 da Lei de Execuções Penais que, “(...) transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.”

## **4. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A PRISÃO PREVENTIVA**

### **4.1. Requisitos da prisão preventiva**

A prisão preventiva exige para sua decretação não só a presença do *fumus commissi delicti*, pressuposto consistente na prova da existência do crime e no indício suficiente de autoria, mas também o requisito do *periculum libertatis*, traduzido na garantia da ordem pública e da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

É com fulcro nestes pressupostos e requisitos que o juiz terá condições de motivar o seu discurso justificativo, direcionado a decretar ou não a preventiva.

Em um Estado Democrático de Direito, onde há o devido processo legal, a fundamentação da prisão preventiva não se mostra legítima mediante a enunciação em abstrato dos pressupostos e requisitos contidos no artigo 312 do Código de Processo Penal, tornando-se imprescindível a demonstração da ocorrência em concreto dos motivos legais, a seguir analisados.

#### **4.1.1. Garantia da ordem pública**

Ordem pública é expressão elástica. É dotada de tanta amplitude, que chega a ser vazia de significado, recebendo em razão disso severas críticas por parte da doutrina. Pode ser dito, com acerto, que seu grau de extensão abarca até mesmo os outros três requisitos legais, na medida em que a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal têm como substrato a garantia da ordem pública.

Fernando da Costa Tourinho Filho manifesta-se nesse exato sentido:

Ordem pública é expressão de conceito indeterminado, por demais fluida, sem qualquer consistência. Normalmente, entende-se por ordem pública a paz, a tranquilidade do meio social. Assim, se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; se estiver fazendo

apologia de crime, incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública. Diga-se, contudo, uma prisão por esse motivo não tem a menor intimidade com o processo penal, não apresentando caráter cautelar, como exigido. Ademais, a medida extrema fica ao sabor da maior ou menor sensibilidade do Magistrado, de ideias preconcebidas a respeito de pessoas, de suas concepções religiosas, sociais, morais, políticas, que o fazem guardar tendências que o orientam inconscientemente em suas decisões.<sup>197</sup>

Como soa notar, trata-se de cláusula aberta, que carrega consigo ampla margem interpretativa. Exatamente por reunir um conceito jurídico indeterminado, possuindo sentido instável e flexível, pode ser facilmente manipulada, adaptada de acordo com o momento histórico e vontade políticas diversas, amoldando-se a variadas circunstâncias, exigindo assim, por parte do magistrado, redobrada cautela quando a invoque como argumento de seu raciocínio decisório.

Para alguns autores, a prisão para garantia da ordem pública é inconstitucional. Pronuncia-se nos seguintes termos André Luiz Nicolitt:

(...). Usar a prisão processual para garantir a ordem pública é antecipar os efeitos da pena, o que é inconstitucional. O mesmo se pode dizer em relação à ordem econômica, pois toda prisão cujo objetivo transcenda a ordem processual padece de inconstitucionalidade. (...). Qualquer forma satisfativa de tutela jurisdicional, sob o nome cautelar, viola a presunção de inocência. Desta forma, não se pode, sob o nome cautelar, pretender qualquer outro objetivo que não a tutela do próprio processo (de conhecimento ou execução), sob pena de se antecipar pena ou dar tratamento que diminua social, moral ou fisicamente o acusado diante de outras pessoas que não respondem a processo. Quando a prisão cautelar é dirigida a evitar a prática de infrações penais, ou tutelar a ordem pública, o clamor público, a ordem econômica, assegurar a credibilidade da justiça, o que se busca na verdade, diversamente da tutela do processo, é o controle social, a prevenção, geral ou específica, que é o objetivo da pena e não das medidas cautelares. (...). Percebe-se, assim, que a garantia da ordem pública prevista no ‘caput’ do art. 312 do CPP é o objetivo da pena, não podendo ser perseguido por via cautelar. Tal dispositivo antecipa os objetivos da pena, o que viola a presunção de inocência, sendo, portanto, repita-se, inconstitucional. Portanto, os únicos fundamentos, constitucionalmente válidos para a prisão, previstos no art. 312 do

---

<sup>197</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 686-687.

CPP são: o risco à instrução criminal e ao risco à aplicação da lei penal.<sup>198</sup>

A doutrina e a jurisprudência dos tribunais têm se esmerado na arquitetura de referenciais interpretativos para a preventiva, quando decretada com fundamento na garantia da ordem pública, consubstanciados no clamor público, na gravidade da infração penal, na probabilidade de reiteração criminosa e na periculosidade do acusado.<sup>199</sup>

Todos esses motivos, que não raro fundamentam a prisão preventiva para garantia da ordem pública, podem redundar em afronta ao princípio da presunção de inocência, transformando sumariamente o indiciado ou acusado em condenado, caso a decisão não leve em consideração a gravidade concreta do delito.

No tocante ao clamor público, convém pontificar a existência de corrente doutrinária e tendência jurisprudencial no sentido de desconsiderá-lo quando da fundamentação da prisão preventiva. Clamor público, portanto, seria expressão permeada de plasticidade conceitual, não podendo justificar a decretação da preventiva.<sup>200</sup>

As Cortes Superiores, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, têm se reportado com certa frequência aos conceitos de gravidade da infração e periculosidade do agente, sob o ponto de vista concreto, para autorização da custódia cautelar. Com efeito, somente a análise detida das peculiaridades do caso concreto permitirá adequada e idônea fundamentação acerca da preventiva.<sup>201</sup>

<sup>198</sup> NICOLITT, André Luiz. *Op. cit.*, pp. 69-70. Eugênio Pacelli de Oliveira também tece críticas às expressões garantia da ordem pública e econômica. Afirma o autor que são termos inadequados, não devendo ser mantidos em meio a tantas novidades, em matéria de prisão e de medidas cautelares. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 548.

<sup>199</sup> CAMARA, Luiz Antonio. *Medidas cautelares pessoais. Prisão e liberdade provisória*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 133.

<sup>200</sup> O Supremo Tribunal Federal já decidiu da seguinte forma: “Habeas corpus. 2. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. 3. Prisão preventiva. Decreto que, a título de garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal e de assegurar a aplicação da lei penal, baseia-se no clamor público causado pela gravidade do fato. Inadmissibilidade. 4. A prisão preventiva, pela excepcionalidade que a caracteriza, pressupõe decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em elementos concretos que justifiquem a sua necessidade, não bastando aludir-se a qualquer das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. 5. Constrangimento ilegal configurado. 6. Ordem concedida para tornar definitiva a liminar (STF – HC 95.358 – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. em 08.06.2010 – Dje 05.08.2010).” – grifei.

<sup>201</sup> Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Habeas corpus. Processual Penal. Homicídio qualificado. Fuga do distrito da culpa. Prisão preventiva. Fundamentação idônea. Garantia de aplicação da lei penal. Cautelaridade suficientemente demonstrada. Precedentes. Ordem denegada. 1. A análise da segregação

#### **4.1.2. Garantia da ordem econômica**

A garantia da ordem econômica foi incluída como pressuposto cautelar a partir da entrada em vigor da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, conhecida como Lei Antitruste, conferindo seu artigo 86 nova redação ao artigo 312 do Código de Processo Penal.

Trata-se, na realidade, de uma variante da garantia da ordem econômica, porém mais específica, posto que relacionada a uma categoria particularizada de crimes, que tenha por objetivo prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exceder de forma abusiva posição dominante, conforme artigo 20, incisos I a IV, da Lei nº 8.884/1994.

Em linhas gerais, os crimes que podem ser praticados com vistas a esses objetivos são: a) contra a economia popular (Lei nº 1.521/1951); b) contra o sistema financeiro, praticados em detrimento do patrimônio de instituições financeiras ou de órgãos públicos, denominados de crimes do colarinho branco (Lei nº 7.492/1986); c) do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990); d) contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo (Lei nº 8.137/1990); e) contra a ordem econômica (Lei nº 8.176/1991); f) contra a propriedade industrial (Lei nº 9.279/1996); g) de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/1998).

cautelar do paciente autoriza o reconhecimento de que existem fundamentos concretos e suficientes para justificar a privação processual da sua liberdade, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, especialmente em razão da gravidade em concreto da ação delituosa e da evasão do paciente do distrito da culpa logo após a prática delitiva, que perdura por mais de um ano. 2. Habeas corpus denegado (STF – HC 104.606 – Rel. Min. Dias Toffoli – j. em 14.12.2010 – Dje de 14.03.2011).” – grifei. No mesmo sentido: “Habeas corpus. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Réu pronunciado por duplo homicídio qualificado e lesão corporal grave. Manutenção da custódia cautelar. Prisão preventiva embasada em fatos concretos. Periculosidade concreta. Acautelamento do meio social. Ordem denegada. 1. O fundamento da garantia da ordem pública é suficiente, no caso, para sustentar o decreto de prisão preventiva do paciente. Decreto, afinal, mantido pela sentença de pronúncia, com o reconhecimento de que permanecem incólumes os fundamentos da preventiva. Não há como refutar a aplicabilidade do conceito de ordem pública se a concreta situação dos autos evidencia a necessidade de acautelamento do meio social. 2. Quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o modus operandi do suposto crime e a garantia da ordem pública. 3. Não há que se falar em inidoneidade do decreto de prisão, se este embasa a custódia cautelar a partir do contexto empírico da causa. Contexto, esse, revelador da gravidade concreta da conduta (de violência incomum) e da periculosidade do paciente (STF – HC 97.688/MG – Rel. Min. Carlos Brito – j. em 27.10.2009 – Dje de 27.11.2009).” – grifei.

O bem jurídico tutelado nos crimes contra a ordem tributária, de lavagem de dinheiro e contra o Sistema Financeiro Nacional, com efeito, é a ordem econômica.

Assim como ordem pública, a expressão ordem econômica encarna conceito dúctil e flexível. Com base nos mesmos referenciais interpretativos da ordem pública, posto que a ordem econômica a integra, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais procuraram determinar o seu conceito, consubstanciados no clamor público, na gravidade da infração penal, na probabilidade de reiteração e na periculosidade do acusado.

Evidentemente, as mesmas observações acima delineadas, com relação à ordem pública, merecem ser aqui acolhidas, interpretando-se o vago conceito de ordem econômica de acordo com a gravidade da infração e a periculosidade do agente, diante das peculiaridades do caso concreto, com vistas a uma adequada e idônea fundamentação da preventiva.

A Lei nº 7.492/86 contemplou o requisito específico da magnitude da lesão causada, no que tange aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.<sup>202</sup>

Pode ser compreendida como a extensão do dano de natureza patrimonial, causado pelo agente, nos crimes cometidos contra o Sistema Financeiro Nacional.

A magnitude da lesão causada não é fundamento legal agregado à prova da existência do crime e ao indício suficiente de autoria. É, na verdade, fundamento legal indicador do *periculum libertatis*, devendo ser tratado como especificação da garantia da ordem econômica.

Todavia, antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 7.492/86, os tribunais já vinham destacando a gravidade do delito como referencial apto à decretação da preventiva, para garantia da ordem econômica.<sup>203</sup>

Em que pese a lesão referida pelo legislador ordinário ser de ordem patrimonial, restando claro que a repressão penal buscou atingir os financeiramente

<sup>202</sup> O artigo 30 da Lei nº 7.492/1986 estatui que, “(...) 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 de crime previsto nesta lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada.”

<sup>203</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 192.

abastados, força convir que a aferição da magnitude da lesão sempre será de cunho subjetivo.<sup>204</sup>

Figura a magnitude da lesão entre as disposições de sentido instável ou variável, encerrando formulação vaga e imprecisa, exigindo-se para restrição da liberdade do acusado que o conteúdo e alcance da expressão sejam delimitados.

O Supremo Tribunal Federal não tem imposto a prisão preventiva com escopo exclusivamente no vulto da lesão estimada, ou seja, na magnitude da lesão causada por si só, sem base fática concreta, exigindo, com acerto, a conjugação dos requisitos da cautelaridade.

Creamos que o legislador poderia ter adotado, nas hipóteses de crimes econômicos, medidas mais eficientes, com imposição de providências cautelares diversas da prisão, tais como o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração penal, considerando a própria excepcionalidade da prisão preventiva.<sup>205</sup>

#### **4.1.3. Conveniência da instrução criminal**

O escopo do dispositivo legal é o evitar manobras e artifícios por parte do indiciado ou acusado, impedindo a regular produção probatória, v.g., ameaçando testemunhas ou destruindo elementos de prova do crime.

Uma vez mais, o legislador serviu-se de locução fluida, ao referir-se à *conveniência* da instrução criminal, ensejando determinação conceitual no caso específico.

Desse modo, não basta à imposição da preventiva a enunciação de juízos de mera oportunidade e conveniência, exigindo-se que a medida seja necessária, restando evidenciada a sua imprescindibilidade para o desenvolvimento adequado da instrução criminal.

A propósito, assim se posiciona Carlos Enrique Edwards:

<sup>204</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth Queijo e MACHADO, Charles M. *Crimes do colarinho branco*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 175.

<sup>205</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. cit.*, p. 548.

A prisão preventiva é uma medida de coerção pessoal que se impõe ao processado; tem uma finalidade cautelar que consiste em que este não iluda a ação da justiça. O princípio reitor apresenta-se no sentido de o que o imputado permaneça em liberdade durante a tramitação do processo, e só excepcionalmente seja restrinuida a liberdade do acusado quando se verifique que ele poderá impedir a ação da justiça, perturbando os fins do processo.<sup>206</sup>

O legislador perdeu a oportunidade, ao ensejo da reforma determinada pela Lei nº 12.403/2011, de modificar a redação do dispositivo, alterando a expressão *conveniência* para *exigência* da instrução criminal.

Com efeito, o vocábulo *exigência* exprime com maior nitidez a proporcionalidade da medida, posto que a exigibilidade, também identificada como necessidade, é um dos elementos componentes do aludido princípio.

Como a segregação cautelar, com base neste motivo, está atrelada à instrução probatória, força convir que, tão logo seja produzida a prova almejada, haja incontinenti revogação da preventiva, conforme artigos 316 e 282, parágrafo 5º, do Código de Processo Penal.

A decretação da prisão preventiva como exigibilidade da instrução criminal tem o condão de impedir que o agente, em liberdade, passe a intimidar ofendidos e testemunhas, forje provas, destrua ou oculte elementos probatórios etc.

Em face da excepcionalidade da preventiva, identificada como *ultima ratio*, em face de sua subsidiariedade, contemplou a lei hipóteses alternativas à prisão, limitadas no tempo, por óbvio, e que na prática podem ser mais eficazes, dependendo do caso concreto, tais como a proibição de o acusado frequentar determinado lugar, v.g., sua própria empresa, no caso de o empresário ameaçar destruir documentos, nos crimes contra a ordem econômica; ou de manter contato com pessoa determinada, na situação em que o réu houver ameaçado testemunhas.

Não se sustenta a custódia cautelar na hipótese de o acusado negar-se a colaborar com a justiça, seja no curso da investigação, seja no desenvolvimento da

<sup>206</sup> EDWARDS, Carlos Enrique. *Régimen Procesal Penal*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 227. “*La prisión preventiva es una medida de coerción personal que se impone al processado; tiene una finalidade cautelar que consiste en que este no eluda la acción de la justicia. El principio rector es que el imputado debe permanecer en libertad durante la tramitación del proceso, y solo excepcionalmente se puede restringir esa libertad cuando se presume que el encartado va a eludir la acción de la justicia, perturbando los fines del proceso.*”

instrução criminal, para apuração da verdade real. Ora, a negativa de colaboração do indiciado com a polícia ou do acusado com o Poder Judiciário traveste-se em exercício ao direito a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), corolário do direito ao silêncio, preservando-se a própria dignidade humana.<sup>207</sup>

#### **4.1.4. Segurança de aplicação da lei penal**

Assegurar a aplicação da lei penal erige-se em fundamento de decretação da preventiva quando resta evidenciado que o indiciado ou acusado fugirá do distrito da culpa, com a finalidade de evitar o cumprimento da pena que lhe será eventualmente imposta.

Imprescindível que a probabilidade de evasão do distrito da culpa esteja bem demonstrada, e que seja provável sua condenação à pena privativa de liberdade, com fundado receio de que, após o trânsito em julgado, o condenado ausente-se, hipóteses estas autorizadoras da prisão do responsável pela infração penal, a fim de que fique à disposição da justiça.

Somente o acurado exame do contexto fático-jurídico possibilitará determinar se o caso requer a segregação cautelar, para assegurar a aplicação da lei penal.

Não merecem guarida, em razão de afigurarem-se discriminatórias, prisões efetuadas sob o fundamento exclusivo de que o réu não possui endereço certo, se isto decorrer de sua condição financeira desprivilegiada, ou de que poderá fugir em face da sua avantajada situação socioeconômica.<sup>208</sup>

### **4.2. Hipóteses legais autorizadoras da prisão preventiva**

Antes de entrar em vigor a Lei nº 12.403/2011, o artigo 313, *caput*, do Código de Processo Penal, em antiga redação, estipulava que a prisão preventiva era

<sup>207</sup> CÂMARA, Luiz Antonio. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>208</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. cit.*, p. 547.

admitida apenas nos crimes dolosos. Com o advento da mencionada lei, restou suprimida da cabeça do artigo 313 do Código de Processo Penal a referência aos crimes dolosos, passando a integrar alguns de incisos.

Dispõe, com efeito, o artigo 313 do Código de Processo Penal que, observados os pressupostos e requisitos cautelares previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, será admitida a decretação da preventiva: a) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; b) se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no artigo 64, inciso I, do Código Penal; c) nos casos de violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; d) quando houver dúvida a respeito da identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

As hipóteses de prisão preventiva contidas nos incisos I e II do artigo 313 do Código de Processo Penal mostram-se cabíveis apenas nos crimes dolosos, em decorrência de disposições expressas a respeito.

Embora o inciso III do artigo 313 do Código de Processo Penal não faça referência à natureza do delito, força convir que a prisão preventiva somente possa ser imposta em face de crimes dolosos.

Ora, tratando-se de crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, com vistas à garantia da execução das medidas protetivas de urgência, indiscutível que a prisão preventiva, nestas situações, parte da consideração da vontade consciente, deliberada ou potencial do agente em descumprir tais medidas de proteção, comportamento este que não é próprio dos crimes culposos, mas sim dos dolosos.

No que concerne à derradeira hipótese, contemplada no parágrafo único do art. 313 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva será decretada quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa, ou esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

#### **4.2.1. Crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos**

O dispositivo consagra o cabimento da prisão preventiva nos crimes dolosos, restando excluída sua decretação nas hipóteses de delitos culposos e nas contravenções penais. Irrelevante a natureza da pena cominada, se de detenção ou de reclusão, sendo imprescindível, contudo, que a pena máxima *in abstracto* do tipo penal violado seja superior a quatro anos de prisão.

Ao comentar a dicção legal, Luiz Antonio Câmara procurou ressaltar a necessidade de um diálogo (relação dialógica), que deve haver entre a probabilidade de condenação do acusado à sanção privativa de liberdade e o regime de execução de pena, no seguinte sentido:

O legislador, em mais uma falha lamentável, fechou os olhos para a estreita relação que deve ter a medida cautelar com o regime de execução para o apenamento projetado. Diante da insatisfatória regulação da questão é importante relembrar que o critério para imposição ou não de prisão preventiva deve manter estreito diálogo com a probabilidade de condenação do acusado à pena privativa de liberdade reclamando, ainda, que o regime de execução seja o fechado. Reafirme-se que o juiz somente poderá impor prisão preventiva ao investigado ou acusado quando houver probabilidade de que este será condenado a sanção privativa de liberdade e a cumprirá em regime fechado. Logo, a prisão preventiva somente terá lugar quando a pena projetada para o caso concreto ultrapassar (08) oito anos.<sup>209</sup>

Em contrapartida, há autores que entendem de modo diverso, sustentando exceções ao limite imposto pelo artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

Desse modo, a primeira exceção residiria no crime de formação de quadrilha ou bando, previsto no artigo 288 do Código Penal, bem como nos crimes de sequestro e cárcere privado, estatuído no artigo 148 do Código Penal, cuja sanção máxima é de três anos.

A segunda exceção cingiria aos concursos de crimes (material, formal e continuado), nos termos dos artigos 69, 70 e 71 do Código Penal, quando a somatória,

---

<sup>209</sup> CÂMARA, Luiz Antonio. *Op. cit.*, p. 147.

em abstrato, das penas cominadas atingir o limite estipulado no artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, ou seja, superior a quatro anos.

A esse respeito, sustenta Eugênio Pacelli de Oliveira:

Para nós, a exceção se justifica no plano da interpretação isolada da Lei nº 12.403/11 e também no âmbito do sistema geral de cautelares. Observe-se que a aludida manteve, sem ressalvas, a prisão temporária, conforme se vê do art. 283, caput, do CPP. E na Lei nº 7.960/89, instituída em atenção à complexidade na investigação e na gravidade intrínseca de algumas infrações penais, é prevista a possibilidade de decretação da prisão preventiva quando esgotado o prazo máximo da prisão temporária. É dizer, conservou-se a regra geral de manutenção da prisão temporária, desde que presentes os requisitos do art. 312, CPP. Por isso, e porque se trata de crimes com grande potencial lesivo, sobretudo quando direcionado para e pelas organizações criminosas, e, por isso, com alto padrão de reprovação – ainda que a pena máxima não supere três anos – não vemos como recusar o cabimento da decretação, não só da temporária, mas também da prisão preventiva para tais delitos. (...). É que os delitos de formação de quadrilha ou bando sempre vêm acompanhados de outros, a eles conexos.<sup>210</sup>

Entendemos que o enunciado legal deve ser interpretado literal e restritivamente, respeitado o limite de pena imposto, ou seja, até quatro anos de pena privativa de liberdade máxima não será cabível a decretação da preventiva.

#### **4.2.2. Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, inciso I, do Código Penal**

Trata-se da possibilidade de ser imposta a prisão preventiva ao indivíduo reincidente em crime doloso. Nos termos deste inciso, será reincidente o sujeito que cometer outro crime doloso, nos cinco anos subsequentes ao cumprimento ou extinção da pena imposta, em condenação anterior transitada em julgado, por outro crime doloso, computado o período de prova do *sursis* e do livramento condicional.

Nesta hipótese, será decretada a prisão preventiva do investigado ou acusado que, condenado anteriormente por um crime doloso, com trânsito em julgado,

---

<sup>210</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. cit.*, p. 554.

comete no lapso temporal de cinco anos posteriores ao cumprimento ou extinção da respectiva pena, novo crime doloso. Com relação ao novo delito, não importará se é ou não punido com pena máxima superior a quatro anos de prisão.

Trata-se de mera repetição do revogado artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal, suprimida a palavra *réu*, alterando a remissão que antes era feita ao art. 46, parágrafo único, do Código Penal, para o art. 64, I, do Código Penal.<sup>211</sup>

É imprescindível que o crime anterior seja doloso, e já exista condenação definitiva, impondo-se, também, que o novo crime também seja doloso.

Todavia, os Tribunais têm revelado que a preventiva é medida excepcional, aplicada mediante expressa justificativa acerca de sua real e concreta indispensabilidade, para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei, não bastando simples referência em abstrato às hipóteses legais autorizadoras.

#### **4.2.3. Nos casos de violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência**

Trata-se de uma *cautelar da cautelar*, porquanto tutela-se, através de cautela pessoal (prisão preventiva), a execução de outras cautelas (medidas protetivas de urgência).

A violência de gênero passou a integrar o ordenamento jurídico com a entrada em vigor da Lei nº 11.340/06, rotulada como Lei Maria da Penha, tendo como objetivo a tutela dos direitos da mulher, no âmbito do direito penal e direito processual penal, visando à garantia da execução das medidas protetivas de urgência<sup>212</sup>.

<sup>211</sup> O artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal, assim dispunha: “Se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Penal.”

<sup>212</sup> É a dicção do art. 22, da Lei nº 11.340/2006: “Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III – proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentaçāo de determinados lugares a fim de preservar a integridade

No entanto, a preocupação do legislador em implementar mecanismos que importassem em maior efetividade no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher surgiu anteriormente, com a Lei nº 10.455/2002, que acrescentou parágrafo único ao artigo 69 da Lei nº 9.099/95, passando a incorporar a medida cautelar de afastamento do agressor do lar conjugal, e com a Lei nº 10.886/2004, ao prever um subtipo de lesão corporal leve, com aumento da pena mínima de três para seis meses de detenção, caso praticada em caráter de violência doméstica. A Lei nº 11.340/2006, por sua vez, criou os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, instituindo regras e procedimentos destinados à sua proteção.

O artigo 313, inciso IV, do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei nº 11.340/2006, restringiu a possibilidade de prisão preventiva aos crimes dolosos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher.

Com a edição da Lei nº 12.403/2011, a dicção do dispositivo foi ampliada para permitir a prisão preventiva nos crimes dolosos que envolvam, além da violência doméstica e familiar contra a mulher, violência contra a criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, com vistas a garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Em que pese o inciso III, do art. 313, do Código de Processo Penal não fazer expressa menção à natureza do crime (doloso ou culposo), ele não resiste a uma interpretação sistemática e teleológica, porquanto a prisão preventiva somente se mostra cabível nos crimes dolosos.

Ademais, tratando-se de crimes onde há emprego de violência, impondo-se a cautela para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, ínsita está a ideia de dolo, traduzida na conduta consciente e deliberada de o agente causar dano às categorias de vítimas estampadas no dispositivo.

Desse modo, descumpridas as medidas de proteção ou, em havendo fundado risco de descumprimento, analisados no caso concreto e, estando presentes os pressupostos e requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, restando

---

física e psicológica da ofendida; IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios.”

inviável, ainda, a aplicação das medidas alternativas à prisão do artigo 319 do Código de Processo Penal (artigo 282, parágrafo 6º), a prisão preventiva poderá ser decretada.

O cotejo da Lei nº 11.340/2006 com o artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal permite a construção de algumas ilações dignas de debate.

O primeiro ponto cinge-se ao artigo 20 da Lei nº 11.340/2006 que possibilita ao juiz, de ofício, decretar a prisão preventiva do agressor, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal.

Ora, tal dicção está em conflito com os comandos insertos nos artigos 282, § 2º e 311 do Código de Processo Penal, que não contemplam hipótese de imposição de prisão preventiva pelo juiz, de ofício, na fase de investigação criminal, mas somente no transcurso da ação penal.

Por ser a lei acima mencionada norma especial em relação ao Código de Processo Penal, que é norma geral, entendemos que a Lei nº 11.340/2006 deve prevalecer neste aspecto, considerando também seu caráter protetivo, razão pela qual o magistrado passaria a ter legitimidade para decretar de ofício a prisão preventiva na fase das investigações policiais.

O segundo enfoque de divergência diz respeito à possibilidade de serem adotadas as medidas protetivas de urgência, dispostas no artigo 22, da Lei nº 11.340/2006, direcionada apenas à mulher, também nos casos de violência doméstica e familiar contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

A despeito de opiniões em sentido contrário, temos como possível a aplicação das medidas protetivas de urgência, previstas na Lei nº 11.340/2006, voltadas à prevenção das condutas que impliquem violência doméstica e familiar, a outras vítimas, no caso, crianças, adolescentes, idosos, enfermos ou pessoas com deficiência. Imprescindível, contudo, que a violência tenha ocorrido em um contexto fático de relacionamento íntimo ou afetivo, ou seja, doméstico ou familiar.

Tal posicionamento, além de preencher lacuna existente no ordenamento jurídico, integrando-o, favorece as próprias vítimas destes delitos, geralmente pessoas frágeis.

Força convir a existência de outra linha de pensamento defendendo que as medidas protetivas contempladas na Lei nº 11.340/2006 direcionam-se apenas à mulher vítima de violência doméstica e familiar, sendo impossível, portanto, sua extensão a outros ofendidos.

A decretação da preventiva constitui medida excepcional e subsidiária. Assim, não deverá o magistrado impor cautela menos gravosa conjuntamente à prisão preventiva, com o intuito de garantir a execução daquela. O juiz deverá fazê-lo de modo gradativo, valendo-se da cautela máxima apenas quando a pena projetada em perspectiva o permitir e quando a proteção dos direitos da mulher, da criança, do adolescente, do idoso, do enfermo ou da pessoa com deficiência, vítimas de violência doméstica ou familiar, não for eficaz com a medida menos gravosa.

Tomando-se como prisma a subsidiariedade da prisão preventiva, que é a *ultima ratio* do sistema cautelar pessoal, o juiz poderá, por exemplo, com vistas à cessação das agressões, proibir o marido que agrediu a mulher de manter contato com ela. No caso de tal medida não se mostrar satisfatória, poderá ser imposta a proibição de frequentar determinados lugares, por exemplo, o bairro onde a ofendida resida. Em sendo tal medida inapta, poderá ser decretada ainda a prisão domiciliar, presentes as hipóteses legais e, por fim, a preventiva.

#### **4.2.4. Quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la**

Primeiramente, cumpre pontuar que o artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal de 1988 estabelece que “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.”

Assim, somente na existência de dúvida sobre a identidade civil da pessoa, ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, mostra-se viável a decretação da prisão, segundo o parágrafo único do art. 313 do Código de Processo Penal.

Temos que o legislador foi muito severo ao impor a prisão preventiva nesta hipótese. André Luiz Nicolitt, por exemplo, sustenta a constitucionalidade do dispositivo:

Enterrada pela doutrina, a possibilidade de prender o indiciado, por qualquer crime, independentemente da pena, para fins de identificação, o insaciável legislador de tradição autoritária, tenta reavivar tal possibilidade através da Lei nº 12.403/2011 que cria verdadeira prisão para averiguação, cuja constitucionalidade é evidente.<sup>213</sup>

Entendemos que a preventiva não poderia ser decretada em razão da mera existência de dúvida sobre a identidade civil da pessoa, máxime na era da informática e da informação, em que os meios tecnológicos mostram-se altamente aperfeiçoados.

A segunda parte do art. 313, parágrafo único, do Código de Processo Penal, apregoa que a preventiva poderá ser decretada quando o indivíduo não fornecer elementos suficientes para o esclarecimento das dúvidas existentes sobre sua identidade.

O comando legal em comento recebe questionamentos do ponto de vista constitucional, diante do princípio do *nemo tenetur se detegere*, significando que o acusado jamais será obrigado a fazer prova contra si mesmo.

No entanto, o direito ao silêncio, consagrado constitucionalmente, encontra-se adstrito ao fornecimento de dados que possam não só incriminar o agente, como também agravar sua condição jurídica, não se relacionando à identificação pessoal, ou seja, ao fornecimento de dados atinentes à própria qualificação do sujeito.

O não fornecimento de dados relativos à própria qualificação da pessoa pode configurar-se, em tese, contravenção penal, conforme artigo 68 da Lei das Contravenções Penais, isto se o fato não constituir delito mais grave, com fulcro no artigo 307 do Código Penal.<sup>214</sup>

<sup>213</sup> NICOLITT, André Luiz. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>214</sup> Reza o art. 68 da Lei das Contravenções Penais: “Recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência”. Por sua vez, é a dicção do art. 307 do Código Penal: “Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.”

Questão pontual cinge-se à parte final do mencionado dispositivo, no sentido de saber quem poderá colocar o preso em liberdade, após a identificação.

Há duas posições doutrinárias sobre o tema.

A primeira corrente entende que a soltura do preso deverá ser realizada pela autoridade que mantém o indivíduo sob custódia, que pode ser o delegado de polícia ou o diretor do estabelecimento penitenciário. Tal linha de pensamento apegou-se à expressão *imediatamente*, relacionada à soltura do preso. Caso a autoridade policial, contudo, verifique que a manutenção da medida justifica-se por outro motivo, deverá comunicar ao juiz, a fim de que decida a respeito.<sup>215</sup>

A segunda linha de pensamento proclama que a decisão acerca da liberação do agente, após ser identificado, incumbe ao magistrado, mediante comunicação da autoridade policial. Como na fase da investigação policial é vedado ao juiz decretar a prisão preventiva de ofício (artigos 282, § 2º, e 311 do Código de Processo Penal), a manutenção da custódia cautelar por outros fundamentos reclamaria representação do delegado ou requerimento do Ministério Público.<sup>216</sup>

#### **4.3. Tempo razoável de duração da prisão preventiva**

O ordenamento jurídico pátrio não estabeleceu prazo para duração da preventiva, mesmo com a reforma tópica do Código de Processo Penal, deixando a incumbência a cargo da doutrina e da jurisprudência. Em face da natureza cautelar da medida, o tempo de duração da prisão preventiva deve ter caráter efêmero.

A construção pretoriana prevalecente sempre foi no sentido de que o prazo máximo na primeira instância para conclusão do processo seria de 81 (oitenta e um)

<sup>215</sup> É a posição sufragada por Edilson Mougenot Bonfim: “No tocante à soltura imediata, entendemos que deverá ser realizada por autoridade responsável pela custódia (v.g., diretor do presídio, Delegado de Polícia etc.), salvo se, vislumbrando outra hipótese que justifique a manutenção da medida, comunique à autoridade policial, que decidirá acerca da prisão.” (BONFIM, Edilson Mougenot. Reforma do Código de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 138).

<sup>216</sup> É o entendimento esposado por Norberto Avena: “(...) em qualquer hipótese, a decisão sobre a liberação do agente cabe ao juiz. Logo, assim que identificado o preso, cabe à autoridade (normalmente será a autoridade policial) que postulou a custódia comunicar ao juiz esta circunstância para que o Poder Judiciário proceda à liberação, sem prejuízo da possibilidade de manter a segregação se outras razões a autorizarem dentre as previstas no art. 312.” AVENA, Norberto. *Op.cit.*, p. 945.

dias, compreendidos todos os atos procedimentais até a sentença, nos termos do artigo 800, inciso I, § 3º, do Código de Processo Penal, ou de 101 (cento e um) dias, se prorrogado o prazo de 15 (quinze) dias para a conclusão do inquérito, no âmbito da Justiça Federal. Tais prazos referiam-se ao procedimento comum ordinário, pelo que em se tratando de rito processual diverso, o prazo deveria ser alterado e adequado aos limites da lei.<sup>217</sup>

Contudo, encerrando-se a instrução criminal no prazo de 81 (oitenta e um) dias, havia correntes a respeito de qual seria o momento de encerramento da instrução criminal, se na fase de diligências do art. 499 do Código de Processo Penal, se com a oitiva das testemunhas de defesa ou com a oitiva das testemunhas de acusação, com prevalecimento desta última orientação.<sup>218</sup>

Ocorre que tal panorama mudou, em razão das inúmeras reformas tópicas por que passou o Código de Processo Penal, alterando substancialmente os ritos procedimentais do processo comum, ordinário e sumário, ensejando nova contagem de prazos.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira, a nova contagem, no rito ordinário, poderá chegar, como regra, aos 86 (oitenta e seis) dias, e aos 107 (cento e sete) dias na Justiça Federal.<sup>219</sup>

A esse respeito, pondera Guilherme de Souza Nucci:

(...). Por outro lado, dentro da razoabilidade, havendo necessidade, não se deve estipular prazo fixo para o término da instrução, como ocorria no passado, mencionando-se como parâmetro o cômputo de 81 dias, que era a simples somatória dos prazos previstos no Código de Processo Penal para que a colheita da prova se encerrasse. Atualmente, outros prazos passaram a ser estabelecidos pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008, consistentes em 90 dias, para a conclusão da formação da culpa no júri (art. 412, CPP) ou 60 dias, para a designação da audiência de instrução e julgamento no procedimento

<sup>217</sup> A forma de contagem seria a seguinte: inquérito policial: 10 dias (art. 10 do CPP); denúncia: 5 dias (art. 46 do CPP); defesa prévia: 3 dias (art. 395 do CPP); inquirição de testemunhas: 20 dias (art. 401); requerimento de diligências: 2 dias (art. 499); despacho do requerimento: 10 dias (art. 499); alegações das partes: 6 dias (art. 500); diligências *ex officio*: 5 dias (art. 502); sentença: 20 dias (art. 800). A soma corresponde a 81 (oitenta e um) dias.

<sup>218</sup> É o teor da Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.” Há decisões no sentido de que, arroladas testemunhas pela defesa, deixaria de existir excesso de prazo.

<sup>219</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Op. cit.*, p. 558.

ordinário (art. 400, ‘*caput*’, CPP, ou ainda de 30 dias, para a designação de audiência de instrução e julgamento no procedimento sumário (art. 531, CPP). (...). A despeito de todos esses prazos para a conclusão da instrução, defendemos uma interpretação lógico-sistemática. Por isso, deve-se seguir o princípio geral da razoabilidade, hoje adotado pela maioria dos tribunais brasileiros, vale dizer, sem prazo fixo para o término da instrução.<sup>220</sup>

Outros doutrinadores, no entanto, preferem não adotar prazo determinado de duração da prisão preventiva, o qual deverá ser fixado no caso concreto, à luz do princípio da razoabilidade.

A razoabilidade de duração do processo resta estampada no art. 7º, n. 5, da Convenção Americana dos Direitos Humanos, bem como no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.<sup>221</sup>

O Supremo Tribunal Federal tem interpretado que somente a complexidade do caso concreto, bem como a grande quantidade de réus, seriam motivos hábeis a admitir eventual demora na conclusão do processo, desde que não haja ofensa à razoabilidade (proporcionalidade) e à dignidade humana.<sup>222</sup>

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm entendido que o prazo para conclusão da instrução criminal encontra-se adstrita a um juízo de razoabilidade, não sendo considerado excesso de prazo quando a demora na marcha processual mostrar-se justificada.<sup>223</sup>

<sup>220</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 606.

<sup>221</sup> Art. 7º, n. 5, da Convenção Americana dos Direitos Humanos: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”. - grifei; Artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

<sup>222</sup> Nesse sentido: “Habeas corpus. Prisão preventiva. Alegado excesso de prazo na custódia processual do paciente e na formação da culpa. Causa penal complexa. Existência de vários litisconsortes penais passivos. Inocorrência de excesso irrazoável. Pedido indeferido. O Supremo Tribunal Federal reconhece que a complexidade da causa penal, de um lado, e o número de litisconsortes penais passivos, de outro, podem justificar eventual retardamento na conclusão do procedimento penal ou na solução jurisdicional do litígio, desde que a demora registrada seja compatível com padrões de estrita razoabilidade. Precedentes (STF – HC 105.133/CE. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 26.10.2010, DJE de 23.11.2010).” – grifei.

<sup>223</sup> O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o habeas corpus nº 106.448/RJ, assim decidiu, consoante voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes: “(...). É que o STF tem deferido a ordem de ‘*habeas corpus*’, nos casos a envolver alegação de excesso de prazo, somente em hipóteses excepcionais, nas quais a mora processual: a) seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela atuação da acusação (cf. HC nº 85.400/PE, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, unânime, DJ 11.3.2005; e HC nº 89.196/BA, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, maioria, DJ 16.2.2007); b) resulte da inércia do próprio aparato judicial em

Com efeito, a prática forense demonstra a existência de inúmeros fatores que podem ensejar menor celeridade à tramitação processual, devendo ser considerado na determinação do prazo. Podemos citar a complexidade da ação penal, a pluralidade de réus, a atuação da defesa, bem como outras circunstâncias não relacionadas ao próprio aparelho judiciário ou à acusação.

A duração razoável do processo deve ser aferida caso a caso pelo juiz, à luz dos elementos da proporcionalidade, não se mostrando plausível a fixação genérica e abstrata, pelo legislador, de um prazo máximo de duração.

#### **4.4. A prisão preventiva e sua fundamentação**

A preventiva é a prisão cautelar por excelência, não só em decorrência de sua maior abrangência, como principalmente em razão de seus fundamentos servirem de pressuposto a todas as demais medidas cautelares privativas de liberdade.

Deve ser imposta como *ultima ratio*, daí a sua excepcionalidade.

Ao fundamentar a decisão que decreta a prisão preventiva, o magistrado deverá considerar, basicamente, três aspectos, tendo em vista as peculiaridades de cada caso concreto: a) se há probabilidade de condenação, diante da constatação dos requisitos probatórios mínimos, versados na prova da existência do crime e no indício suficiente de autoria (*fumus comissi delicti*); b) se ocorre perigo de que a liberdade do acusado possa comprometer a ordem pública, prejudicar a regular instrução processual ou frustrar a execução de pena que possa vir a ser infligida ao réu (*periculum in mora*); c) se a providência cautelar é realmente adequada e necessária (proporcionalidade), em face da concreta gravidade da infração.

atendimento ao princípio da razoável duração do processo, nos termos do art. 5º, LXXVIII (cf. HC nº 85.237/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.4.2005; HC nº 85.068/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1<sup>a</sup> Turma, unânime, DJ 3.6.2005); e, por fim, c) seja incompatível com o princípio da razoabilidade (cf. HC nº 84.931/CE, Rel. Min. Cezar Peluso, 1<sup>a</sup> Turma, unânime, DJ 16.12.2005), ou, quando o excesso de prazo seja gritante (cf. HC nº 81.149/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1<sup>a</sup> Turma, unânime, DJ 5.4.2002; RHC nº 83.177/PI, Rel. Min. Nelson Jobim, 2<sup>a</sup> Turma, unânime, DJ 19.3.2004). (STF, HC nº 106.448/RJ, 2<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.04.2011)."

Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "Os prazos indicados para a consecução da instrução criminal servem apenas como parâmetro geral, pois variam conforme as peculiaridades de cada processo, razão pela qual a jurisprudência uníssona os tem mitigado, à luz do Princípio da Razoabilidade (STJ, HC nº 145.038/SC, 5<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 30.11.2009)."

Na fundamentação das decisões judiciais que decretam a prisão preventiva, exigência constitucional, nos termos dos artigos 5º, inciso LXI e 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, e legal, prevista no artigo 315 do Código de Processo Penal, o juiz deverá demonstrar a presença dos pressupostos e requisitos acima mencionados.

De consignar-se que as cautelares exigem do magistrado efetiva cognição a respeito dos fatos e do direito, a fim de que a decisão seja suficientemente motivada.

A cognição judicial acerca do *fumus commisi delicti* é, geralmente, sumária, superficial e não exauriente, devendo a fundamentação recair sobre a probabilidade de existência do direito material controvertido.

Com efeito, a análise do decantado *fumus commissi delicti* correspondente à probabilidade de condenação. Trata-se de um juízo provisório acerca dos fatos, alicerçado com fulcro em eventuais elementos probatórios já existentes ao tempo da decisão sobre a providência cautelar.

Nessa fase, deverá estar impressa na motivação a existência real do fato criminoso, exigindo a lei processual penal um *juízo de certeza*, diferindo com relação à autoria, ao exigir a lei mera constatação de indício suficiente, traduzido na probabilidade de futura condenação do sujeito, mediante a realização de um prognóstico positivo sobre a autoria ou participação.

De modo contrário, a cognição incidente sobre o *periculum libertatis* deve mostrar-se aprofundada e plena, por não ser aferida mera probabilidade, impondo-se fundamentação a partir de argumentos que demonstrem a existência de perigo de perecimento do direito, diante da demora na prestação jurisdicional definitiva.

O *periculum libertatis* é compreendido como o perigo de que, permanecendo em liberdade, possa o acusado por em risco a ordem pública, prejudicar a realização da instrução criminal ou frustrar a futura aplicação da lei penal.

O derradeiro aspecto acena no sentido de que, ao resolver pela decretação da prisão preventiva, o juiz deverá enfrentar questão adstrita à qualificação jurídica dos fatos investigados e objeto da acusação, decidindo se a cautelar é adequada e necessária (proporcionalidade), diante da gravidade concreta do delito.

As condições pessoais favoráveis do indivíduo, por si sós, tais como a primariedade, bons antecedentes e residência fixa, não implicam em óbice à decretação da cautelar, desde que presentes os pressupostos e requisitos da cautelaridade. O raciocínio a contrário senso também é válido, não se mostrando cabível a imposição da preventiva sob o fundamento de que o acusado possui predicados desabonadores.

Da mesma forma, a gravidade abstrata do delito, *de per si*, não se traveste em motivo idônea à decretação da preventiva, exigindo-se a apreciação da gravidade concreta, mediante análise da hipótese vertente nos autos.<sup>224</sup>

Submetida à reserva de jurisdição, a prisão preventiva pressupõe fundamentação judicial específica, não podendo a decisão judicial que a decreta limitar-se à mera reprodução das expressões abstratas da lei, não se admitindo a utilização de fórmulas vazias, elásticas, despidas de conteúdo e de significado, enquadráveis em qualquer situação, sem análise das nuances do caso concreto.

Com efeito, o juiz não poderá pautar-se em diretrizes abstratas e subjetivas, mas em critérios concretos e objetivos, à luz do princípio da proporcionalidade.

Ao meditar sobre o assunto, escreve Alberto Binder:

Certas fórmulas que utilizam alguns Códigos de Processo Penal para justificar a prisão preventiva, como ‘evitar a prática de novos crimes’ ou fundamentando-se na ‘periculosidade do réu’, estes, além de serem critérios puramente subjetivos, porque toda apreciação sobre o futuro é, em última instância, indemonstrável, implicam o uso da prisão preventiva como medida de segurança predelitual (...).<sup>225</sup>

A decretação da preventiva somente poderá ser imposta em decisão judicial fundamentada e com base nos pressupostos e requisitos previstos em lei, mediante apreciação da gravidade em concreto do delito.

<sup>224</sup> Sobre o tema, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça que “(...) o simples juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao recorrente, assim como presunções abstratas sobre a ameaça à saúde pública ou o estímulo a outras práticas delitivas, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP (STJ, RHC 29.346/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 01.08.2011).”

<sup>225</sup> BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 200. Apud. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 683.

#### **4.5. Vícios da fundamentação da prisão preventiva**

Há determinadas situações que não autorizam a decretação da preventiva, apesar de comumente servirem de fundamento à sua imposição.

Desse modo, não se afiguram motivos hábeis à decretação e manutenção da prisão preventiva: a) clamor público, comoção ou repercussão social; b) suprimento da sensação de impunidade, em face da insegurança do meio social; c) a credibilidade das instituições de administração da justiça penal; d) a fuga do réu, em determinadas circunstâncias; e) a periculosidade do agente, com fulcro nos maus antecedentes e na reincidência; f) avaliação subjetiva de que o réu solto proporcione intransquilidade às testemunhas; g) gravidade da infração penal; h) referência genérica às hipóteses insertas no art. 312 do Código de Processo Penal, sem a concreta exposição fática; i) magnitude de delito praticado, especialmente os crimes financeiros; j) superveniência de sentença penal condenatória, sem a devida fundamentação acerca da necessidade da prisão; k) circunstâncias judiciais relacionadas ao motivo do crime, tais como a frieza, a premeditação, o emprego de violência entre outros.

Força convir que nessas situações arroladas, a fundamentação encontra-se viciada, mostrando-se inidônea, sendo de rigor sua nulidade, seja por falta de completude, ausência de dialeticidade ou por falta de correspondência com os dados constantes dos autos.

A motivação deve tornar explícito o raciocínio desenvolvido pelo juiz, identificando claramente a presença dos pressupostos e requisitos autorizadores da excepcional restrição antecipada da liberdade.

Clamor público é indignação social, comumente advinda não só em razão da gravidade do delito propriamente dito, como também dos meios empregados para sua prática, consideradas suas circunstâncias, sem contar as próprias características pessoais da vítima. De notar-se que um esquartejamento, por exemplo, causará mais comoção do que a utilização de arma de fogo.

Quanto à qualidade do sujeito passivo (características pessoais da vítima), percebe-se com certa facilidade a repercussão causada nos delitos praticados contra menores de idade, principalmente bebês, crianças e idosos.

Destacável o papel exercido pela mídia nesse aspecto, que não raro insufla a população com espetáculos sensacionalistas, incrementando a indignação originária.

No entanto, a repercussão social do delito não é fundamento idôneo à decretação ou manutenção da preventiva, devendo haver elementos concretos que justifiquem a real necessidade do decreto prisional, sob pena de afronta ao princípio da razoabilidade (proporcionalidade) e da dignidade humana.

A segregação preventiva também não poderá ser imposta como forma de suprir a sensação de impunidade, em face da insegurança do meio social.

Embora não se confunda com comoção social, força convir que a sensação de impunidade pode contribuir sobremaneira para a geração do clamor público.

Uma vez mais, não há como deixar de lado o papel desempenhado pela mídia, que não raras vezes *julga* às escuras o suspeito, declarando-o sumariamente culpado. O acusado não pode ser transformado em instrumento para a satisfação do anseio coletivo pela resposta penal.

Nesse sentido, inidônea a fundamentação da preventiva quando baseada na imperiosa necessidade de ser aplacada a intranquilidade gerada no meio social, sob o vértice da garantia da ordem pública.

Inegável a relação intrínseca com a garantia da ordem pública, revelada na necessidade de ser assegurada a credibilidade das instituições públicas, próprias da justiça penal, a pretexto de conferir visibilidade e transparência das políticas públicas de persecução penal, a partir do aumento dos decretos de prisão preventiva.

A justificativa da cautelar, sob o fundamento de assegurar a credibilidade das instituições da justiça penal, apresenta tênue ligação com a repercussão do delito e a sensação de impunidade, não merecendo guarida, por não se coadunar com o Estado Democrático de Direito.

Não são fundamentos idôneos e adequados à decretação da preventiva a hipotética periculosidade do agente, em face da reincidência ou de seus maus antecedentes, sob o manto do denominado acautelamento do meio social.

Toda avaliação de cunho subjetivo deve procurar ser evitada. Situação derivada da suposta periculosidade do agente é encontrada na presunção de que o réu solto trará intranquilidade às testemunhas.

Trata-se de juízo meramente conjectural, inadmissível num Estado Democrático de Direito, em que deve prevalecer a dignidade humana.

A situação de a pessoa ser investigada ou processada criminalmente não tem o condão de significar que, caso esteja em liberdade, volte a delinquir, ou interfira na instrução probatória, ameaçando testemunhas, ou se evada do distrito de sua culpa.

A situação econômico-financeira, *de per si*, também não deve servir de substrato à imposição da preventiva, seja a pessoa abastada ou dotada de parcós recursos.

Meras suposições e presunções arbitrárias, construídas à margem do sistema jurídico, não legitimam a cautelar. Somente fatos concretos deverão justificar a necessidade e adequação da medida, a fim de que possa ser ponderado se é caso de prisão ou de liberdade.

Diverso o entendimento, em que a análise da situação concreta demonstre a existência de ameaças direcionadas a testemunhas, legitimando a decretação da preventiva, principalmente nos casos de crimes dolosos contra a vida.

A prisão preventiva com fundamento na fuga do réu, tendo por escopo assegurar a aplicação da lei penal, demanda análise detida da situação concreta.

Desse modo, não será considerada desmedida e ilegal a prisão embasada na evasão do recorrente, logo após a prática do delito, se não for isoladamente considerada, mas examinada em conjunto com outras circunstâncias concretas, tais como a gravidade do delito, a periculosidade do agente entre outras, e não com fulcro em meras presunções.

A gravidade abstrata do delito não constitui motivo suficiente para a imposição da preventiva.

Não basta a alusão genérica às hipóteses do art. 312 do CPP, sem a concreta exposição fática, com mera indicação dos elementos demonstradores do *periculum libertatis*.

A preventiva é medida excepcional e subsidiária, exigindo explicitação de fundamentos consistentes e individualizados, com relação a cada um dos réus ou investigados. Não pode ser utilizada de forma generalizada, sob pena de a motivação restar insuficiente, acarretando sua nulidade.

A magnitude do crime praticado, vislumbrada especialmente nos crimes financeiros, também não constitui motivo suficiente à decretação da cautela.

A prisão preventiva não decorre automaticamente da sentença penal condenatória não transitada em julgado. Ao contrário, deverá haver fundamentação expressa quanto à sua real necessidade, com explicitação dos pressupostos justificadores da segregação cautelar.

Circunstâncias judiciais como motivo do crime, frieza, premeditação e o emprego de violência, consideradas isoladamente, não podem implicar na segregação processual.

Em que pese tais situações poderem até demonstrar a adequação da medida, estão longe de comprovar a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal ou para evitar a prática de infrações penais.

Uma decisão judicial dotada de vícios, no que tange à sua fundamentação, compromete valores essenciais consagrados no Texto Constitucional, em especial a dignidade humana.

## CONCLUSÃO

1. O Estado Democrático de Direito assenta-se na supremacia da Constituição, na separação de poderes (funções), na legalidade, na proteção e efetivação dos direitos fundamentais, tendo como pilar central a dignidade da pessoa humana.
2. O princípio da legalidade constitui um dos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, dela derivando a garantia jurisdicional e a garantia na execução.
5. O Brasil, República Federativa que é, erige-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.
6. Os direitos e garantias fundamentais são indispensáveis à própria existência e desenvolvimento do ser humano, devendo ser protegidos e efetivados pelo Estado.
7. Os direitos fundamentais classificam-se em dimensões. A primeira dimensão seria constituída pelos direitos civis e políticos; a segunda pelos direitos sociais, econômicos e culturais; a terceira pelos direitos difusos e coletivos e a quarta dimensão pelos direitos à democracia, informação e pluralismo.
8. As principais características dos direitos humanos fundamentais são: historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência e irrenunciabilidade.
9. A dignidade da pessoa humana é um supraprincípio, orientador do direito interno e do direito internacional.

10. Nos domínios do direito penal e do direito processual penal, em que há permanente conflito entre o *jus libertatis* do indivíduo e o *jus puniendi* do Estado, pode-se mais de perto visualizar as restrições ou limitações aos direitos fundamentais, que deverão ser objeto de ponderação, de acordo com o caso concreto.

11. O processo penal, direito constitucional aplicado, realiza-se a partir da concretização dos direitos e garantias expressos na Constituição, sendo que a restrição aos direitos fundamentais, no caso, a liberdade, deve ser medida excepcional, configurando-se na *ultima ratio*.

12. Não é possível ponderar, restringir ou relativizar a dignidade humana com qualquer outro interesse, só encontrando limite na igual e concreta dignidade do outro.

13. As garantias processuais erigem-se em instrumento de proteção dos destinatários do provimento jurisdicional. Uma jurisdição eficaz exige juiz independente e imparcial, com observância dos princípios do juiz natural e do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, direito à prova bem produzida, direito à presunção de inocência, direito ao duplo grau de jurisdição, dentre outros.

14. A fundamentação das decisões judiciais é uma garantia constitucional, possibilitando o controle das razões de decidir pelas partes e pela própria sociedade, sendo, ainda, condição de legitimidade para imposição de qualquer medida privativa de liberdade no Estado Democrático de Direito.

15. Apresentando contornos mais precisos somente a partir da Revolução Francesa de 1789, a fundamentação das decisões judiciais é um garantia político-jurídica, decorrente do princípio do devido processo legal.

16. O devido processo legal apresenta duas facetas: formal e material. O seu aspecto substancial liga-se à ideia de um processo justo e adequado, dirigido não só ao

juiz e às partes, mas ao próprio legislador, advindo daí a fundamentação das decisões judiciais.

17. A fundamentação apresenta estrutura lógico-sistemática, tendo natureza de discurso justificativo, uma vez que compreende a indicação dos motivos e razões justificadoras da solução do caso submetido a julgamento, considerando todo o contexto processual.

18. O cerne das decisões judiciais motivadas reside na fundamentação de fato e de direito. A valoração probatória dos enunciados fáticos deverá ser justificada através da argumentação, que consiste na exteriorização da fundamentação.

19. O discurso justificativo judicial deve ser íntegro, dialético, idôneo e racional, sob o ponto de vista da lógica, requisitos substanciais da fundamentação. Caso não sejam observados, a decisão deverá ser declarada nula.

20. A prisão cautelar é que se dá no âmbito da investigação policial ou no curso do processo criminal, anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

21. As medidas cautelares privativas de liberdade prestam-se à efetividade e eficiência da persecução penal e do processo, só podendo ser impostas desde que observados o pressuposto do *fumus commissi delicti* e o requisito do *periculum libertatis*.

22. O *fumus commissi delicti* consiste na existência de indícios suficientes de autoria, bem como na prova da existência do crime. O *periculum libertatis* representa o risco à efetividade do processo penal, causado pela liberdade plena do agente, em face da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

23. Os princípios constitucionais informadores das medidas cautelares privativas de liberdade são: a) devido processo legal; b) presunção de inocência; c) proporcionalidade.

24. O princípio do devido processo legal substancial exige que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas.

25. O princípio da presunção de inocência revela a excepcionalidade e a provisoriação da prisão cautelar, que só poderá ser imposta, anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal, em casos de absoluta necessidade, presentes os pressupostos e requisitos da cautelariedade, sob pena de o agente ser punido antecipadamente, em evidente afronta à dignidade humana.

26. O princípio da proporcionalidade e seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) são aplicados à prisão cautelar.

27. As medidas cautelares privativas de liberdades somente deverão ser impostas em situações excepcionais, devendo ser necessária e adequada à gravidade do crime e às circunstâncias fáticas, apuradas no caso concreto. Por força do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, não se deve admitir que o acusado seja submetido, no transcurso do processo penal, a gravame superior ao que poderia sujeitar-se na hipótese de provimento condenatório.

28. A prisão cautelar apresenta como principais características a jurisdicionalidade e a excepcionalidade. A jurisdicionalidade cinge ao fato de que as medidas cautelares privativas de liberdade são impostas pelo Poder Judiciário. A excepcionalidade significa que a prisão cautelar deverá ser decretada em hipóteses emergenciais, como *ultima ratio*, no curso da investigação criminal ou do processo, por restringir direitos fundamentais. Dela derivam a homogeneidade, provisoriação, revogabilidade, substitutividade e cumulatividade.

29. As espécies de medidas cautelares privativas de liberdade são: a) prisão temporária; b) prisão preventiva. A prisão em flagrante não possui natureza de cautelar, porquanto não destinada a tutelar o resultado das investigações policiais ou do processo criminal. A prisão domiciliar é forma de cumprimento da prisão preventiva. As prisões decorrentes de pronúncia e de sentença penal condenatória não transitada em julgado não são autônomas, configurando-se na própria prisão preventiva.

30. A decretação da prisão preventiva exige, além do pressuposto do *fummus commissi delicti*, o requisito do *periculum libertatis*, traduzido na garantia da ordem pública e da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

31. Motivos relacionados à garantia da ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da pena não autorizam, por si sós, a decretação da prisão preventiva, por serem expressões vagas e fluidas, exigindo-se determinação conceitual no caso específico, analisado de acordo com a base fática concreta, e interpretado à luz do princípio da proporcionalidade.

32. As hipóteses legais autorizadoras da prisão preventiva são: a) crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; b) se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, inciso I, do Código Penal; c) nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; d) quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

33. A reforma tópica do Código de Processo Penal, firmada pela Lei nº 12.403/2001, não estabeleceu prazo de duração da prisão preventiva, deixando a

incumbência a cargo da doutrina e da jurisprudência. O tempo de duração da prisão preventiva deve ser o razoável, estabelecido de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

34. A fundamentação da prisão preventiva implica na análise concreta de três aspectos: a) se há probabilidade de condenação, diante da constatação dos requisitos probatórios mínimos, versados na prova da existência do crime e nos indícios suficientes de autoria (*fumus commiss delicti*); b) se ocorre perigo de que a liberdade do acusado possa comprometer a ordem pública, prejudicar a regular instrução processual ou frustrar a futura aplicação de pena que venha a ser imposta ao réu (*periculum libertatis*); c) se a providência cautelar é realmente adequada e necessária, em face da gravidade da infração, mediante ponderação no caso concreto (proporcionalidade).

35. Viciada a fundamentação da preventiva, em decorrência de sua inidoneidade, falta de completitude, ausência de dialeticidade ou por falta de correspondência com os dados constantes dos autos, de rigor sua nulidade, por comprometer valores essenciais consagrados no Texto Constitucional, em especial a dignidade humana.

## BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva, rev. de Cláudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- \_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Trad. de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set., 1999.
- \_\_\_\_\_. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito. Trad. de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set., 1999.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALOMARES, Salvador Guerrero. *El principio acusatorio*. Navarra: Aranzadi, 2005.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Orgs.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *Ensaio sobre o fato, a verdade e a certeza (no processo penal)*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- \_\_\_\_\_. NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed, São Paulo: Saraiva, 2009.
- ATTIÉ JÚNIOR, Alfredo. O Direito Constitucional como Processo. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, n. 00, ano 1, p. 47-66, abr./mai., 1993.
- AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 4. ed, São Paulo: Método. 2012.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar., 1999.

- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2009.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal.* Rio de Janeiro: Campus, 2012.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, ano 93, p. 105-123, jan./mar., 1997.
- BARICELLO, Tito Lívio. *Medidas cautelares pessoais nos crimes contra a ordem econômica.* Curitiba: Juruá, 2010.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição Dialética para o Constitucionalismo.* Campinas: Millennium, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada.* São Paulo: Saraiva, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 336, p. 125-136, out./dez., 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro; SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar.* São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual.* 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo.* 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

- BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo Penal. Entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BÍBLIA SAGRADA. Trad. dos originais: hebraico, aramaico e grego, mediante a versão francesa dos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). Centro Bíblico Católico de São Paulo. São Paulo: Editora Ave Maria, 1959.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão. Causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 5. ed, atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Unb, 1999.
- \_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. Trad. de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- \_\_\_\_\_; BOVERO, Michelangelo. *Teoria Geral da Política*. Trad. por Daniela Beccaccia Versiani. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- \_\_\_\_\_; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13. ed. Trad. de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Coord. de trad. João Ferreira. Brasília: Unb, 2008, vs. 1 e 2.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BONESANA, Cesare. (BECCARIA, *Marchesi di*). *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Trad. de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa, rev. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Reforma do Código de Processo Penal. Comentários à Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOTTINI, Pierpaolo. Medidas cautelares penais (Lei nº 12.403/2011). *Revista do Advogado*. Ano XXXI, n. 113, set./2011.

- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 – conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal. Orientado para a vítima do crime*. Coedição. Coimbra: Coimbra Editora. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CÂMARA, Luiz Antonio. *Medidas cautelares pessoais. Prisão e liberdade provisória*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.  
 \_\_\_\_\_. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2. ed. Coedição. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. *As funções do processo penal*. Trad. de Rolando Maria da Luz. Campinas: Apta Edições, 2004.  
 \_\_\_\_\_. *As misérias do processo penal*. 2. ed. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2009.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira Castro. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- COLAUTTI, Carlos E. *Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1995.

COPPOLA JUNIOR, Ruy. A motivação das decisões judiciais como fator de legitimação do processo em sua feição constitucional. *Tese de Doutorado em Direito*. Orientação: Prof. Dr. João Batista Lopes. *Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*, 2010.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A jurisdição constitucional em Portugal*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_; QUEIJO, Maria Elizabeth e MACHADO, Charles M. *Crimes do colarinho branco*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar. Dramas, princípios e alternativas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Geral. Uma perspectiva luso-brasileira*. Coleção Professor Gilmar Mendes. Coord. André Ramos Tavares. São Paulo: Método, 2007.

DANTAS, Ivo. *Constituição Federal Anotada*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura. (Coord.). *Globalização e Soberania*. Curitiba: Juruá, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, v. 1.

\_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça. Os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- EDWARDS, Carlos Enrique. *Regimen Procesal Penal*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. de João Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- FARIA COSTA, José de. *Direito penal e globalização. Reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- \_\_\_\_\_; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- \_\_\_\_\_. (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*. Barcelona: Labor S.A., 1952, v.1.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Sigilo no processo penal. Eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. 3. ed. Trad. de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Direitos e Garantias Individuais. Comentários ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988*. Bauru: Edipro, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Direitos Humanos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1.

- \_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais: problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 203, p. 01-10, jan./mar, 1996.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FREITAS, Jayme Walmer de Freitas. *Prisão temporária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GEMAQUE, Sílvio César Arouck. *Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar*. São Paulo: RCS Editora, 2006.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- \_\_\_\_\_; PRADO, Geraldo; BADARÓ, Gustavo Henrique; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og. (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal. Prisões e suas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_; MARQUES, Ivan Luís. (Coord.). *Prisão e medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- \_\_\_\_\_. Equidade, razoabilidade e proporcionalidade. Associação dos Advogados de São Paulo. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXIV, n. 78, p. 27-30, setembro de 2004.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal. As interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

- \_\_\_\_\_; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Trad. de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo Aurélio Século XX. O Dicionário da Língua Portuguesa*. Coord. e Ed. de Margarida dos Anjos e Marina Baird Ferreira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- HOUAISS, Antonio; SALLES VILLAR, Mauro de; MELLO FRANCO, Francisco Manuel de. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.
- IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Trad. de João Vasconcelos. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade: critérios limitantes da discricionariedade administrativa através do controle judicial. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, NDJ, n. 09, ano XVIII, p. 723-735, set., 2002.
- JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Trad. de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- \_\_\_\_\_; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo. Noções e críticas*. Org. e Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- KAUFFMANN, Carlos. *Prisão temporária*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- LASSALLE, Ferdinand Johann Gottlieb. *O que é uma Constituição?* Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel Editores, 2009.

- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LIMA, Marco Antonio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. *Prisões e medidas liberatórias*. São Paulo: Atlas, 2011.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. Niterói: Impetus, 2011.
- LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português. Legitimar, diferenciar, simplificar*. Coimbra: Almedina, 2011.
- LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. II.
- \_\_\_\_\_. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003, v. 1.
- MARQUES PORTO, Hermínio Alberto. *Júri. Procedimentos e aspectos do julgamento. Questionário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_; SILVA, Roberto Ferreira da. Fundamentação constitucional das normas de direito processual penal: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente. In. MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balester Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. A proporcionalidade da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 23, p. 473, 1994.
- \_\_\_\_\_; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 16. ed, rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. IV.
- \_\_\_\_\_; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MIRANDOLA, Giovanni Pico Della Mirandola. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Trad. de Maria de Lurdes Sirgado Gelho. 6. ed. Lisboa: Edições 70, 2010.
- MOCCIA, Sergio. Emergência e Defesa dos Direitos Fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 25, ano 7, p. 58-91, jan./mar. 1999.
- MOMO, Marcelo. O princípio da fundamentação das decisões judiciais e a prisão preventiva. *Dissertação de Mestrado em Direito*. Orientação: Prof. Dr. Marco Antonio Marques da Silva. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- \_\_\_\_\_. (Coord.) *Os 10 Anos da Constituição Federal. Temas Diversos*. São Paulo: Atlas, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Direitos Humanos Fundamentais. Coleção Temas Jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo. A invasão da Constituição*. Coleção Professor Gilmar Mendes. Coord. de André Ramos Tavares. São Paulo: Método, 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MOTTA, Manoel Barros da. *Crítica da razão punitiva: nascimento da prisão no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

- MUCCIO, Hidejalma. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Método, 2011.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal – processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Método, 2012.
- NICOLITT, André Luiz. *Lei nº 12.403/2011. O novo processo penal cautelar. A prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 219, p. 237-251, jan./mar., 1995.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*, atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Prisão e Liberdade. As reformas processuais penas introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. Coleção – Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2006, v. 16.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal. Direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009.

- PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Proteção jurídico-penal e direitos universais*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- \_\_\_\_\_; GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. Comunicação Social e a tutela jurídica da dignidade humana. In. MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- PEREIRA, Hugo Filardi. Motivação das decisões judiciais e o Estado Constitucional: alternativa para legitimação dos provimentos decisórios através do convencimento dos jurisdicionados. Adoção no âmbito processual da democracia participativa. *Dissertação de Mestrado em Direito*. Orientação: Prof. Dr. Nelson Nery Júnior. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. In. QUARESMA, Regina; PAULA OLIVEIRA, Maria Lúcia de; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio. (Coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- PINTO, Ana Luísa. *A celeridade no processo penal: o direito à decisão em prazo razoável*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- POUND, Roscoe. *Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade*. Clássicos da Democracia, n. 29. Trad. de E. Iacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1965.
- PRADO, Geraldo. A excepcionalidade da prisão preventiva. In. GOMES FILHO, Antonio Magalhães; PRADO, Geraldo; BADARÓ, Gustavo Henrique; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de; FERNANDES, Og. (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal. Prisões e suas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- QUARESMA, Regina; PAULA OLIVEIRA, Maria Lúcia de; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio. (Coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- \_\_\_\_\_. *Teoria tridimensional do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. In: Os 10 anos da Constituição Federal. Temas Diversos*. Alexandre de Moraes (Coord.). São Paulo: Atlas, 1999.
- ROCHA, João Luís de Moraes. *Ordem pública e liberdade individual. Um estudo sobre a prisão preventiva*. Coimbra: Almedina, 2005.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- \_\_\_\_\_; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes, rev. de Nathália Rocha de Lima. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar*. Salvador: JusPodivm, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SCHEID, Carlos Eduardo. *A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed. Atual. por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun., 1998.
- SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- \_\_\_\_\_. (Coord.) *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

- \_\_\_\_\_. (Coord.) *Tratado Temático de Processo Penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- \_\_\_\_\_; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_. Cidadania e Democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In. MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. de Roberto Barbosa Alves, rev. de William Terra de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law. Introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil (promulgada em 05.10.1988)*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SOUZA ARRUDA, Eloísa de. O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos. In. MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SOUZA, Carlos Afonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 349, ano 96, p. 29-41, jan./mar., 2000.
- TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, p. 227-232, 1996.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Atual. por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

- TOLEDO BARROS, Suzana de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. A motivação da sentença no processo civil. *Tese de Livre-Docência. Universidade de São Paulo*, 1987.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os Clássicos da Política*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1996. V.1.
- WEIS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- VALE, Ionilton Pereira do. *Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2009.
- VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.