

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

RICARDO SANTOS DA SILVA

A MOTIVAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR

PORTO ALEGRE

2020

RICARDO SANTOS DA SILVA

A MOTIVAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Odone Sanguiné

PORTO ALEGRE

2020

A MOTIVAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR

Trabalho de conclusão de curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 24/11/2020

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Orientador

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Prof. Dr. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Fabricio e Janaína, pelo carinho, pelo apoio nos meus projetos, por nunca deixarem de acreditar em mim. Agradeço a vocês pelo amor incondicional. Sem vocês eu nada seria! Amo muito vocês!

A todos da minha família, aos meus avós, Valmor e Celma, Pedro e Olga, meus tios, minhas tias, meus irmãos, meus primos. Todos vocês sempre me deram forças para seguir em busca dos meus sonhos e eu serei grato sempre!

A Madelaine, por ser minha companheira desde 2015 e sempre me apoiar em tudo que eu faço. Te agradeço por nunca ter medido esforços para me auxiliar, estando sempre do meu lado, me dando forças para seguir em frente, me incentivando e sempre me ajudando como pôde e sem nunca me deixar desanimar. Te amo muito, amor, obrigado!

Ao meu orientador, professor Odone Sanguiné, pelo comprometimento, pela compreensão, pela indicação de bibliografia, pela disponibilidade em trocar ideias comigo, por compartilhar seu vasto conhecimento e, principalmente, por despertar um interesse ainda maior em Direito Penal e Processual Penal em mim.

Ao curso preparatório “Certo Vestibulares”, em especial ao professor Marcelo Colares, que me deu a oportunidade de trabalhar e continuar estudando para realizar meu sonho de ingressar na Universidade Federal.

Ao Ministério Público, nas pessoas do Dr. André MacDonald e da Dra. Lessandra Bergamaschi por me aceitarem nesta instituição como estagiário e me darem valorosas lições.

À Defensoria Pública, na pessoa do Dr. Fábio Nery e da Brenda, pela oportunidade de estágio que me faz aprender cada dia mais sobre a prática forense.

Ao Dr. Carlo Masi e à Dra. Mariana Camargo, do escritório Camargo & Mais, por terem me passado tantos ensinamentos sobre a advocacia criminal e me incentivarem a seguir nessa profissão.

Ao Serviço de Assessoria Jurídica Universitária, em especial aos meus colegas do Grupo de Estudos e Intervenção em Matéria Penal, por tanto me ensinarem, pelo convívio nestes últimos semestres, pela luta pela liberdade.

Agradeço, por fim, a UFRGS, pela oportunidade de realizar meu sonho de cursar Direito, e agradeço, em especial, aos professores do Direito, pelo ensino de excelência, pelas lições das aulas, pelas reflexões provocadas. Serei eternamente grato a vocês e a esta instituição!

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a motivação da decisão judicial que decreta prisão cautelar. Para isso, serão examinados, brevemente, alguns princípios que incidem sobre as prisões cautelares. Posteriormente, será realizado um breve histórico sobre o dever de motivar as decisões judiciais e sua evolução histórica, no direito brasileiro e no direito estrangeiro, bem como as funções política e processual do dever de motivar. Em seguida, se verificará a incidência do dever de motivar a decisão judicial nas diversas modalidades de prisão cautelar, especificamente na prisão em flagrante, na prisão temporária, na prisão preventiva, na prisão domiciliar, na prisão extradicional, na prisão do falido, bem como nas medidas alternativas diversas à prisão. Então, serão expostos os requisitos da motivação na decisão judicial e as hipóteses típicas, decorrentes dos dispositivos do Código de Processo Penal e atípicas, não previstas em Lei, de ausência de motivação. Por fim, se examinará a consequência jurídica da ausência de motivação na decisão judicial. Tudo isto será tratado a partir de revisão bibliográfica, bem como pelo exame da jurisprudência, em especial das Cortes Superiores. Como conclusão, verificamos que a necessidade de motivação das decisões judiciais constitui uma garantia das garantias no sistema jurídico, bem como está presente em todas as modalidades de prisões cautelares e a sua ausência na decisão que decreta prisão cautelar ensejará nulidade absoluta.

Palavras-chave: Motivação; Direito Processual Penal; Prisão Cautelar; Nulidade.

ABSTRACT

This paper deals with the basis of the judicial decision that decrees the pretrial detention. To this end, some principles that affect pretrial detention will be examined briefly. Subsequently, a brief history will be made of the duty to motivate judicial decisions and their historical evolution in Brazilian and foreign law, as well as the political and procedural functions of the duty to motivate. Then, we will discuss if the duty to motivate judicial decisions in the various types of pretrial detention, specifically in flagrante delicto, temporary detention, preventive detention, house arrest, extraditional detention, bankrupt prison, as well as alternative measures to prison. After, the motivation requirements in the judicial decision and the typical hypotheses, arising from the provisions of the Code of Criminal Procedure and atypical, not provided for by Law, of lack of motivation, will then be exposed. Finally, the legal consequence of the lack of motivation in the judicial decision will be examined. All of this will be dealt with from a bibliographic review, as well as through the examination of the jurisprudence, especially of the Superior Courts. As a conclusion, we verified that the need to motivate judicial decisions constitutes a guarantee of guarantees in the legal system, as well as being present in all types of pretrial detention and its absence in the decision that decrees a pretrial detention will result in absolute nullity.

Keywords: Motivation; Criminal procedural law; Pretrial detention; Nullity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

HC – Habeas Corpus

RE – Recurso Extraordinário

EREsp -Embargos de Divergência em Recurso Especial

RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS.....	12
2.1 CONCEITO DE MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS	12
2.1.1 Da prisão cautelar	12
2.1.2 Das medidas cautelares alternativas à prisão.....	15
2.2 PRINCÍPIOS QUE INTERFEREM NAS PRISÕES CAUTELARES	16
2.2.1 Provisionalidade (provisoriedade ou situacionalidade).....	17
2.2.1.1 Duração razoável da prisão.....	19
2.2.1.2 Revisão periódica	23
2.2.3 Reserva legal.....	26
2.2.3 Jurisdicionalidade	28
2.2.4. Excepcionalidade.....	29
2.2.5 Presunção de inocência.....	31
3. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO	35
3.1 BREVE HISTÓRICO DA MOTIVAÇÃO E SUA PRESENÇA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS E NACIONAL	35
3.1.1 Histórico da motivação no Brasil – da América portuguesa à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	37
4. A MOTIVAÇÃO COMO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL – GARANTIA PROCESSUAL (FUNÇÃO ENDOPROCESSUAL) E GARANTIA POLÍTICA (FUNÇÃO EXTRAPROCESSUAL).....	41
4.1 FUNÇÃO ENDOPROCESSUAL	42
4.2. FUNÇÃO EXTRAPROCESSUAL.....	44
5. A MOTIVAÇÃO NAS DIVERSAS ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR.....	48
5.1 PRISÃO EM FLAGRANTE	50
5.2 PRISÃO TEMPORÁRIA	53
5.3 PRISÃO PREVENTIVA.....	57
5.4 PRISÃO DOMICILIAR.....	63
5.5 PRISÃO EXTRADICIONAL	65
5.6 PRISÃO DO FALIDO	66
5.7 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO	67
6. REQUISITOS DA MOTIVAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR.....	72

6.1 ÊNFASE NA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES CAUTELARES.....	72
6.2. REQUISITOS DA MOTIVAÇÃO.....	74
6.2.1 Integridade (ou integralidade)	75
6.2.2 Dialeticidade.....	76
6.2.3 Correção	77
6.2.4 Racionalidade interna e externa.....	78
7. VÍCIOS DE MOTIVAÇÃO.....	80
7. 1 HIPÓTESES LEGAIS (TÍPICAS) DE AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR	80
7.1.1 Decisão que se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida	80
7.1.2 Decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.....	82
7.1.3 Decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.....	86
7.1.4 Decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador	88
7.1.5 Decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos	90
7.1.6 Decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento	92
7.2 HIPÓTESES ATÍPICAS DE AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR.....	94
7.2.1 Motivação <i>per relationem</i> ou <i>ad relationem</i> ou, ainda, por remissão.....	94
7.2.2 Motivação fundada em textos legais impeditivos de liberdade provisória.....	97
8. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO	100
9. CONCLUSÃO.....	103
REFERÊNCIAS	108

1. INTRODUÇÃO

A análise do dever de motivação da decisão judicial é, por si só, uma difícil, porém necessária tarefa. A análise da motivação da decisão judicial que decreta prisão cautelar, seja qual for a modalidade de prisão cautelar de que se esteja a tratar, é ainda mais imperiosa, dado que a prisão cautelar é, na prática, em seus efeitos nefastos na vida do cidadão, uma pena, imposta a quem é presumido inocente. Esta segunda tarefa será o objeto da presente monografia e será realizada pelo método de revisão bibliográfica, de juristas de relevo nacional e internacional e, também, pelo método de pesquisa jurisprudencial, dando-se destaque para os Tribunais Superiores.

Para realizar tal exame, em um primeiro momento, faz-se mister expor, ainda que brevemente, alguns aspectos fundamentais das medidas cautelares pessoais, bem como tratar de alguns princípios que interferem nas prisões cautelares. Trataremos de princípios que se relacionam com a motivação e que devem orientá-la, como a presunção de inocência, a provisionalidade, a duração razoável da prisão, a jurisdicionalidade, a excepcionalidade e a reserva legal. Nesta parte, buscaremos destacar as inovações legislativas sobre estes princípios, reservando um tópico para tratar da revisão periódica da prisão preventiva.

Em um segundo momento, trataremos da garantia constitucional da motivação. Para tanto, faremos um esboço histórico do dever de motivar as decisões judiciais, no ordenamento jurídico nacional e alienígena, reservando um tópico específico para tratar do histórico do dever de motivação judicial em nosso sistema jurídico.

Logo em seguida, trabalharemos as diferentes funções que a motivação das decisões judiciais desempenha no Estado Democrático de Direito, destacando-se o papel interno aos processos judiciais e o papel político do dever de motivar.

Posteriormente, buscaremos examinar e destacar a motivação nas diversas espécies de prisões cautelares previstas em nosso ordenamento jurídico. Trataremos da prisão em flagrante – cuja cautelaridade é discutida pela doutrina, algo que não nos passou despercebido -, da prisão temporária, da prisão preventiva, da prisão domiciliar, da prisão extradicional e da prisão do falido. Não se buscará aprofundar cada uma das respectivas prisões, mas sim expor os aspectos fundamentais de cada uma delas e destacando como o dever de motivar a decisão judicial surge em cada uma.

Após, buscaremos esclarecer quais são os requisitos para uma decisão judicial ser motivada. Para tanto, examinaremos os requisitos da integridade, da dialeticidade, da correção e da racionalidade interna e externa.

Em seguida, trataremos dos vícios de motivação, ou seja, hipóteses em que a decisão judicial não restará motivada. Versaremos tanto sobre aquelas hipóteses típicas, criadas pelo CPC e posteriormente reproduzidas no CPP, em seu §2º do artigo 315, quanto aquelas apontadas pela doutrina, ditas atípicas. Por conseguinte, veremos o caso da decisão que: (a) se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com o caso ou a questão decidida; (b) emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (c) invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (d) não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (e) se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos e; (f) deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Examinaremos também a existência de hipóteses atípicas de ausência de motivação.

Chegaremos término do nosso trabalho examinando as consequências que uma decisão judicial não motivada acarreta e qual o tratamento dado pela lei, pela doutrina e jurisprudência nas hipóteses em que se constata vício na motivação judicial de uma dada decisão que versa sobre prisão cautelar.

2. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

2.1 CONCEITO DE MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

O estudo da motivação nas decisões que decretam prisão cautelar, que é espécie de medida cautelar pessoal, exige, antes de tudo, a definição do que são as medidas cautelares pessoais. As medidas cautelares pessoais são aquelas medidas adotadas no curso de um processo criminal – ou, ainda, no curso das investigações sobre um fato criminoso – que incidem diretamente sobre o sujeito passivo da medida, restringindo-lhe a sua liberdade pessoal¹. Entre as medidas cautelares pessoais, as mais gravosas são as que colocam o indivíduo no cárcere, as prisões cautelares e as menos gravosas são as medidas cautelares alternativas à prisão, cuja existência em nosso ordenamento é recente.

Distinguem-se, pois, das chamadas medidas cautelares patrimoniais (ou reais, ou, ainda, medidas assecuratórias), as quais, como o nome sugere, incidem sobre o patrimônio do sujeito passivo, tornando o objeto da medida indisponível, de sorte a garantir a execução de efeitos extrapenais obrigatórios da sentença penal, como a restituição de coisas, à reparação do dano, indenização dos prejuízos, etc.². Estão tais medidas previstas nos artigos 125 a 144 do Código de Processo Penal.

2.1.1 Da prisão cautelar

A prisão cautelar, como indica o nome, é uma medida cautelar em que o sujeito passivo é recolhido ao cárcere, do que se denota a natureza pessoal da medida. Tal prisão, entretanto, não se destina à execução de uma pena, sendo, ao contrário, aplicada àquele contra quem não há provimento jurisdicional transitado em julgado condenando-o a uma sanção penal. Distingue-se, pois, da prisão-pena.

Não é necessário, aliás, sequer haver ação penal em curso contra a o preso provisório, podendo este ser preso de forma preventiva e, em algumas situações, apenas antes da ação penal – é o caso, por exemplo, da prisão temporária, a qual, inclusive, é cabível apenas na fase

¹ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-18.1> Acesso em: 09 nov. 2020.

² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 761.

inquisitorial, por força do art. 1º da Lei 7.960/1989³. Há também a hipótese de prisão em flagrante, sobre a qual trataremos adiante.

O professor Odone Sanguiné, explica que a prisão cautelar pode ser descrita como uma medida coativa cautelar pessoal que impõe uma momentânea privação de liberdade, em um estabelecimento estatal, de uma pessoa, ainda que protegida pela presunção de inocência, contra quem há uma acusação de cometimento de um crime de especial gravidade, decretada em último caso, na fase investigatória ou no curso do processo penal, por órgão jurisdicional e com duração limitada, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com a finalidade de proteger a instrução processual, para garantir a efetividade da lei penal ou, ainda, para garantir a ordem pública ou econômica.⁴

Referido autor leciona, ainda, que a prisão cautelar se destina a evitar a tríade: “(a) ocultação, alteração ou destruição das fontes de prova ou de colocação em perigo da vítima e outros sujeitos processuais; (b) de fuga; (c) de reiteração delitiva.”⁵

Na mesma toada, Aury Lopes Jr., afirma que, por tratar-se de medida cautelar, a prisão cautelar é um instrumento a serviço do processo, para tutela da prova ou para garantir a presença da parte passiva⁶.

Embora seja a medida interventiva estatal mais extrema na liberdade individual, por carregar tal instrumentalidade, a existência da prisão cautelar mostra-se indispensável em todos os ordenamentos jurídicos para uma eficaz administração da Justiça Penal⁷.

Com tais características e sendo uma medida cautelar, aplicada antes de haver formação de culpa, tão gravosa, não só para quem a sofre, quanto para as pessoas de seu entorno, a prisão cautelar tornou-se tema bastante controverso ao longo dos séculos. Ilustramos tal afirmação mencionando o célebre filósofo inglês, Thomas Hobbes, que em sua obra principal, *Leviatã*, de 1651, portanto, afirmava que os danos praticados pelo Estado sem condenação pública anterior não constituíam pena, mas sim um “*ato hostil*”⁸. O filósofo entendia que deveria haver prisão apenas com duas finalidades: após judicialmente condenado, como aplicação de uma pena de pena ou para “*custódia segura do acusado*”, sendo qualquer prisão fora desses casos

³ "Art. 1º Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; [...]". (BRASIL, Lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm. Acesso em: 09 nov. 2020).

⁴ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 2.

⁵ SANGUINÉ, *loc. cit.*

⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 625.

⁷ SANGUINÉ, Odone. **Efeitos perversos da prisão cautelar**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 86/2010, set-out. p. 289- 335, 2010.

⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. trad. D'ANGINA, Rosina. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 245.

consideradas contrárias à lei natural⁹. Vê-se que o dilema entre presunção de inocência e prisão cautelar atravessa os séculos.

A prisão cautelar vincula-se ao seu contexto histórico-social e político. Pelo regramento dado a este instituto, podemos ter uma espécie de “*termômetro*” em que podemos medir a ideologia de um determinado momento sistema jurídico. Como explica Odone Sanguiné:

A prisão provisória é o ‘termômetro’ político que mede a ideologia política subjacente em um determinado momento histórico e que se reflete nesse instituto mais do que na própria pena.¹⁰

A situação da pessoa presa cautelarmente está, muitas vezes, em situação tida como mais gravosa que daquele que cumpre pena – este tem contra si uma sentença já transitada em julgado, com a duração fixada, possibilidade de progredir de regime de cumprimento de pena, trabalho interno e externo., etc. aquele, ainda que presumido inocente, amarga o terror de cárcere, local que, por si só, causa danos incomensuráveis na vida do indivíduo.

No Brasil essa situação é ainda mais grave, dado que o sistema carcerário é notoriamente precário e o preso provisório, no mais das vezes, sequer é separado, como manda a Lei, do preso que cumpre pena¹¹. Odone Sanguiné, em artigo que versa sobre os efeitos perversos da prisão cautelar¹², aponta que a prisão cautelar opera como um fato criminógeno, assim leciona o referido autor:

a prisão preventiva implica um sério risco de contágio criminal (fator criminógeno) na medida em que obriga o preso preventivo a conviver com os condenados ou, pelo menos, nas mesmas condições. O contato dos presos provisório com os apenados e a influência das subculturas carcerárias produzem um efeito criminógeno digno de nota enquanto implicam na descoberta do mundo delitivo.¹³

A prisão cautelar embora indispensável, é eivada de controvérsias doutrinárias. Para finalizar este ponto, menciono jurista italiano Luigi Ferrajoli, para quem as justificativas cautelares que dão azo à prisão, na verdade, não são suficientemente legítimas – o autor afirma

⁹ *Ibidem*, p. 248.

¹⁰ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 17.

¹¹ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 31.

¹² Em pouco mais de trinta páginas, o autor apresenta uma série de efeitos perversos que a prisão cautelar, além do fator criminógeno, como, por exemplo, a estigmatização do preso preventivo, pior tratamento no regime de benefícios carcerários, etc. Schietti Cruz, em obra já citada, também destina parte de seu trabalho ao exame do drama da prisão cautelar reservando o primeiro capítulo de sua obra para isso.

¹³ SANGUINÉ, Odone. **Efeitos perversos da prisão cautelar**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 86/2010, set-out. p. 289- 335, 2010.

categoricamente que se deveria lançar mão de outros meios de restrição de liberdade, que não a prisão, para acautelar o processo¹⁴.

Ainda em sua obra *Direito e Razão*, Ferrajoli propõe um processo penal em que não haja a existência do instituto da prisão preventiva, reconhecendo ser esta uma proposta irrealizável a curto prazo, por uma questão de necessidade processual, pois apenas a inexistência da prisão preventiva poria em condição de igualdade a defesa com a acusação¹⁵.

Assim diz o professor italiano:

Não escondo que a perspectiva aqui proposta pode parecer, a curto prazo, uma quimera. Mas isso depende não tanto de razões lógicas ou técnico-jurídicas, mas, ao contrário, da inatividade dos aparatos e da força de resistência que sempre é oposta pelas culturas conservadoras¹⁶

A prisão cautelar, como visto, há séculos é discutida. No ordenamento pátrio, sua aplicação se dá em conformidade com alguns princípios, sobre os quais se discorrerá a seguir.

2.1.2 Das medidas cautelares alternativas à prisão

No sistema jurídico brasileiro, até a promulgação da Lei 12.403/2011, o processo penal era marcado pela perspectiva bipolar ou binária, havendo o binômio prisão-liberdade provisória. Ou seja, havia apenas duas possibilidades: ou o acusado respondia o processo preso ou em liberdade provisória, com ou sem fiança¹⁷.

Após esta inovação legislativa, foi introduzido no Brasil o sistema das medidas cautelares diversas da prisão, adotando-se um sistema plúrimo, com um amplo rol de medidas cautelares alternativas à prisão, as quais possibilitaram que se fossem adotadas outras alternativas ao acautelamento do processo que não o encarceramento. A referida Lei alterou a redação do art. 317, introduzindo a prisão domiciliar, bem como mudou a redação do art. 319, elencando as medidas cautelares diversas da prisão.

A Lei 12.403/2011 também, ao tratar das disposições gerais à aplicação das medidas cautelares pessoais, consagrando a prisão cautelar como *ultima ratio* do processo penal, inseriu o seguinte texto no art. 282, §6º: “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 446.

¹⁵ *Ibidem*, p. 449.

¹⁶ *Ibidem*, p. 450.

¹⁷ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 683.

a sua substituição por outra medida cautelar”. O legislador ordinário, em 2019, deu nova redação a este dispositivo, pela Lei 13.964/2019.

Tal Lei, apelidada publicamente de “*Pacote Anti-Crime*”, deu ainda mais clareza ao art. 282, §6º, inserindo no texto normativo a necessidade de o juiz fundamentar, com base nos elementos do caso concreto, de forma individualizada, o não cabimento da substituição da prisão por outra medida cautelar. Com efeito, assim restou redigido o referido artigo:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
 (...) § 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.¹⁸

Esta inovação legislativa afigura-se benfazeja e positiva algo a que a doutrina já chamava atenção, qual seja, a necessidade de o julgador demonstrar o porquê de não ser cabível a aplicação de uma medida cautelar diversa da prisão.

O professor Odone Sanguiné, por exemplo, assim explica a atividade do juiz para que se efetive a prisão como *ultima ratio*, inovação contida na Lei 12.403/2011:

Portanto, o juiz não deve mais utilizar a prisão cautelar como o primeiro recurso (prima ratio) coercitivo para, posteriormente, se ela se mostrar excessiva, cogitar da aplicação de medidas alternativas menos lesivas, mas o seu raciocínio deve ser exatamente o contrário: se verificar uma das situações que justificam a imposição de uma medida cautelar pessoal (art. 282, inc. II, do CPP), a partir da medida menos gravosa; somente se esta for inadequada, poderá recorrer em uma escala progressiva de medidas alternativas mais leves para as mais gravosas. Somente se nenhuma delas se mostrar idônea, será possível decretar a prisão preventiva como último recurso¹⁹

Portanto, a Lei 13.964/2019, neste particular, representou um avanço ao exigir de forma explícita que o julgador fundamente o não uso de uma medida cautelar diversa da prisão.

Por fim, as medidas cautelares alternativas à prisão estão previstas no art. 319 do CPP e sobre elas trataremos especificamente no ponto 5.7 do nosso trabalho.

2.2 PRINCÍPIOS QUE INTERFEREM NAS PRISÕES CAUTELARES

¹⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

¹⁹ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 684.

Conforme visto, a prisão cautelar é necessária e sua existência mostra-se indispensável em nosso ordenamento jurídico. Sua legitimidade e sua aplicação, conforme a Constituição Federal, no entanto, dependem da observância de uma série de princípios que incidem sobre este instituto²⁰.

É sobre eles que versaremos agora, ainda que de forma exígua, dado o caráter do presente trabalho.

2.2.1 Provisionalidade (Provisoriedade ou Situacionalidade)²¹

O primeiro princípio de que trataremos é a provisionalidade. Em nosso ordenamento jurídico, nenhuma prisão poderá ser eterna. No caso da prisão-pena, com efeito, sabe-se o fim da pena fixada pelo juiz. Do próprio caráter cautelar da prisão provisória, vê-se que ela é destinada a perecer tão logo advenha o provimento jurisdicional a que ela se destina proteger ou tão logo termine a condição fática que a ensejou²². Do mesmo modo, pode ser que surja, ao longo do processo, algum fato que faça necessária a decretação da prisão cautelar. Em nosso ordenamento, isto está consagrado nos §4º e §5º do art. 282 do CPP.

Isto significa, portanto, que a prisão cautelar opera em caráter *rebus sic standibus*, ou seja, mantém-se enquanto a situação fática que a autorizou permanecer²³. Desaparecendo esta, deve desaparecer a prisão. Por exemplo, a prisão cautelar decretada para resguardar a instrução criminal perde sua base fática após o término da instrução. Uma vez extinto o motivo que ensejou a decretação da prisão, esta perde sua funcionalidade e o sujeito retorna ao *status quo ante*²⁴.

Pode ocorrer, também, que, no curso do processo, ainda haja necessidade cautelar no processo, porém suprida com alguma medida cautelar diversa da prisão, menos constritiva de direitos fundamentais, portanto²⁵.

²⁰ Cada autor costuma separar de forma diversa os princípios que interferem no tema da prisão cautelar. Neste trabalho, evidentemente, não será possível examinar todos os princípios, porém aqueles que julgamos principais serão expostos.

²¹ O que Schiatti Cruz, em sua obra, classifica como “*provisoriedade*” é chamado por Nereu Giacomoli, também em obra já citada, de “*provisionalidade*”.

²² CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodium, 2020. p. 110.

²³ NICOLITT, André Luiz. **Lei nº12.403/2011**: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 38.

²⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 32.

²⁵ GIACOMOLLI, *loc. cit.*

Da provisoriedade extrai-se, também, que a prisão cautelar jamais se torna definitiva, uma vez que é estrutural e funcionalmente caracterizada como instrumental em relação ao processo de conhecimento. Desse modo, sobrevindo sentença condenatória transitando em julgado e, persistindo a prisão, esta não se tratará mais de uma medida cautelar pessoal, mas, isto sim, de uma sanção penal²⁶.

A Lei 13.964/19, ao adicionar ao CPP e o art. 312, §2º²⁷ veio a dar maior densidade normativa a este princípio, impondo ao julgador o dever de motivar a decretação de prisão preventiva com base em **fatos novos ou contemporâneos** que indiquem o *periculum libertatis* que a justifique. Tal exigência não estava positivada, porém, na jurisprudência dos tribunais superiores, em julgados do STJ, como o RHC n. 67.534/RJ, julgado pela Sexta Turma, relatado pelo Min. Sebastião Reis Júnior²⁸, e do STF, como no HC n. 126.815²⁹, julgado pela Primeira

²⁶ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 111.

²⁷ “§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.” BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

²⁸ RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. DESCUMPRIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE ATUALIDADE E DE CONTEMPORANEIDADE DOS FATOS. FALTA DO PERICULUM IN MORA. 1. Consoante dispõe a reiterada jurisprudência desta Corte, o descumprimento de medida protetiva, estabelecida com fundamento na Lei n. 11.340/2006, não configura o crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal, mas pode servir de fundamento para o decreto de prisão preventiva do agente. 2. Mesmo que não haja prazo de duração para as medidas protetivas de urgência, diante do efetivo descumprimento de qualquer uma delas, a prisão com base nessa motivação há de guardar atualidade e contemporaneidade com os fatos justificadores da extrema cautela. 3. No caso, o recorrente foi intimado das medidas protetivas em 12/8/2014, no dia seguinte houve o registro de ocorrência narrando fatos consistentes em ameaça de morte a sua ex-companheira, mas a prisão foi decretada quase um ano depois, em 30/6/2015, sem nenhuma referência a outro evento ocorrido nesse intervalo. Nesse contexto, o periculum in mora ficou totalmente descaracterizado, desautorizando o decreto de prisão. 4. Recurso provido para revogar a prisão preventiva do recorrente, se por outro motivo não estiver preso e com a advertência de que ele deve observar as medidas protetivas já aplicadas e em vigor em relação à sua ex-companheira. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 67.534/RJ. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Julgado em: 17 mar. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600223212&dt_publicacao=31/03/2016. Acesso em: 09 nov. 2020.

²⁹EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DAS VIAS JURISDICIONAIS ANTECEDENTES. NÃO CONHECIMENTO. INDEFERIMENTO DE PETIÇÃO INICIAL DE WRIT. AUSÊNCIA DE PEÇA ESSENCIAL AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. NECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO. IRREGULARIDADE SANÁVEL. PRISÃO PREVENTIVA. SUFICIÊNCIA DA CUSTÓDIA DOMICILIAR. ANÁLISE ATUAL DO RISCO QUE FUNDA A MEDIDA GRAVOSA. MODIFICAÇÃO DO PANORAMA PROCESSUAL. REAVALIAÇÃO. 1. A teor do artigo 102, “i”, CRFB, a norma constitucional, na perspectiva de regra de distribuição de competências, não consagra a incumbência jurisdicional originária do Supremo Tribunal Federal no que toca ao combate de decisão monocrática proferida por membro de Tribunal Superior. 2. Sob o prisma da autoridade coatora, a competência originária do Supremo Tribunal Federal somente se inaugura com o esgotamento das instâncias antecedentes. Precedentes. 3. O indeferimento liminar da petição inicial em habeas corpus somente é admitido após proporcionar ao impetrante a regularização do vício processual. Inteligência dos artigos 283 e 284 do CPC e do artigo 3º do CPP. 4. A restrição corporal cautelar reclama elementos motivadores extraídos do caso concreto e que justifiquem sua imprescindibilidade. Insuficiente, para tal desiderato, mera alusão à gravidade abstrata do crime, reproduções de elementos típicos ou suposições sem base empírica. 5. A prisão preventiva somente se

Turma, relatado pelo Min. Marco Aurélio Mello. O primeiro foi julgado em 2016, e o segundo, em 2015, mas em ambos se reafirmava a exigência de demonstração da contemporaneidade do *periculum libertatis*. Em seu voto, o Min. Edson Fachin afirma o caráter provisional da prisão cautelar, dizendo:

Ou seja, a prisão preventiva, por sua excepcional gravidade, está sujeita à constante reavaliação. De tal modo, incumbe ao Estado-Juiz a **análise da contemporaneidade do risco que justifica sua imposição**, sob pena de se caracterizar constrangimento ilegal sanável pela via constitucional³⁰ – negrito no original

Assim, o que fez a Lei 13.964/2019 foi positivar a exigência de demonstração de contemporaneidade da situação fática que caracteriza o *periculum libertatis*, representando um avanço em nosso ordenamento jurídico.

Ainda, Schietti Cruz aponta que, uma prisão cautelar inicialmente embasada em uma situação fática apta a exigí-la, torna-se ilegal a partir do momento em que desaparece a situação fática que a ensejou³¹.

2.2.1.1 Duração razoável da prisão

Em nosso ordenamento jurídico, é assegurado a todos os jurisdicionados a duração razoável do processo como uma garantia fundamental, prevista em nossa Constituição Federal, no art. 5º, inc. LXXVIII³². Tal norma aplica-se a todos os processos judiciais e administrativos e ganha especial relevo no processo penal. Disso decorre a exigência de duração razoável da prisão.

justifica na hipótese de impossibilidade que, por instrumento menos gravoso, seja alcançado idêntico resultado acautelatório. 6. A custódia processual do indivíduo desafia a aferição da atualidade do risco que a legitima, incumbindo ao Estado-Juiz, se alterado o quadro processual e fático que a motivou, o reexame da medida gravosa. Manutenção ilegal da prisão sanável pela via do habeas corpus. 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para revogar a prisão preventiva do paciente. Prejudicado o pedido de recomendação ao Juízo da Execução para fins de adaptação do regime de cumprimento da medida cautelar. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126.815/MG.. Rel. Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgado em 04 ago. 2015. Publicado no DJe em 28/08/10. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307583472&ext=.pdf> Acesso em: 09 nov. 2020

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126.815/MG.. Rel. Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgado em 04/08/2015. Publicado no DJe em 28/08/10. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307583472&ext=.pdf> Acesso em: 09 nov. 2020

³¹ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 111.

³² “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

Tal princípio também está previsto em uma série de Convênios Internacionais³³, como por exemplo o art. 5º, 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950; o art. 9.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966 e art. 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969³⁴.

Isto porque o cidadão que é réu em um processo criminal ou, ainda, que tem fatos relacionados a sua vida investigados pela polícia³⁵ sofre, desde o início do processo ou da investigação, a suspeita da opinião pública, que, notavelmente, expõe o cidadão a uma espécie de pré-julgamento, de sorte que estar nesta condição é algo como cumprir uma pena.

Quanto a isto, aliás, mencionamos a criação do tipo penal de “*constranger o preso ou detento, mediante violência ou grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública*”, previsto no inc. I do art. 13, da Lei 13.869/2019³⁶.

Esta condição negativa em que se encontra o réu ou o investigado já foi descrita pelo jurista italiano Francesco Carnelutti, em seu célebre “*As Misérias do Processo Penal*”, em que assim narrava a condição do réu em face da opinião pública:

O homem, quando é suspeito de um delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimentos às feras. A fera, a indomável e insaciável fera, é a multidão. O artigo da Constituição, que se ilude de garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa. Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos de presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços. E o indivíduo, assim, relembramo-nos, é o único valor da civilização que deve ser protegido.³⁷

No caso da prisão cautelar, em nosso ordenamento jurídico, há previsão de prazo máximo apenas para prisão temporária. O prazo máximo é de cinco dias, prorrogável por igual

³³ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 463.

³⁴ “5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, á 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 condiciona a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo” BRASIL. **Decreto n. 678 de novembro de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 09/11/2020

³⁵ É comum nas páginas dos jornais vermos afirmações como “a polícia investiga o fulano”, a qual dá a impressão no leitor de que a vida inteira do “fulano” estaria sendo devassada e a consequência disso, parece-nos, é a estigmatização e o pré-julgamento por parte da opinião pública daquele contra quem sequer há uma acusação penal formal. O que a polícia faz, sabemos, é investigar fatos delituosos, somente investigando “pessoas” na medida em que isso convém ao esclarecimento do fato delituoso.

³⁶ Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a: I - exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública; BRASIL. **Lei nº 13.869/2019 de 5 de setembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm Acesso em: 09 nov. 2020

³⁷ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 7ª ed. Campinas: Bookseller, 2006. p. 48.

período, conforme art. 2º³⁸ da Lei 7.960/89, para os crimes citados no art. 1º, III do mesmo diploma legal e de trinta dias, no caso dos crimes hediondos, por fora do art. 2º, §4º³⁹ da Lei 8072/90. No caso da prisão preventiva, mesmo após a reforma realizada pela Lei 12.403/2011 e pela Lei 13.969/2019, ainda não se instituiu um prazo próprio para a duração da prisão. No entanto, instituiu-se a revisão periódica da prisão preventiva, conforme veremos no item 2.2.1.2.

Desse modo, a aferição sobre a razoabilidade do prazo se dará em cada caso. Schietti Cruz aponta que se costuma calcular a soma dos prazos relativos a cada ato processual para averiguar-se o total máximo permitido para a duração da prisão cautelar, o que gera incertezas e dificuldades na definição desses prazos⁴⁰.

Assim, a análise do prazo razoável da prisão, na ausência de prazos próprios, dá-se em razão das circunstâncias particulares de cada caso, a complexidade do litígio, a conduta processual das partes, em especial do réu, e a conduta das autoridades responsáveis pela condução do processo, sejam estas administrativas ou judiciais⁴¹. Tal entendimento encontra amparo na jurisprudência dos tribunais superiores, como demonstra o RHC nº 57.722/SP, do STJ, relatado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado pela Quinta Turma daquela Corte⁴².

³⁸ Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. BRASIL, **Lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

³⁹ “§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.” BRASIL. **Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

⁴⁰ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 147.

⁴¹ *Ibidem*, p. 140.

⁴² RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO SIMULACRO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA, CORRUPÇÃO ATIVA, DESCAMINHO, FALSIDADE IDEOLÓGICA, USO DE DOCUMENTO FALSO, EVASÃO DE DIVISAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. COMPLEXIDADE DA CAUSA; PLURALIDADE DE RÉUS, DE TESTEMUNHAS E DE DOCUMENTOS; DIVERSOS PEDIDOS DA DEFESA; EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS E CARTA ROGATÓRIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto. 2. Eventual retardo na tramitação do feito justifica-se (i) pela complexidade do feito; (ii) pela pluralidade de réus (dezesseis); (iii) pela quantidade de testemunhas arroladas (cento e três); (iv) pelo volume de documentos fiscais e alfandegários apreendidos, além de 11.168 (onze mil, cento e sessenta e oito) documentos provenientes dos Estados Unidos; (v) pelos diversos pedidos da defesa (tais como, de nulidade da decisão que deferiu busca e apreensão na empresa; de ilegalidade das provas que instruem a ação penal; de inépcia da denúncia; de liberdade provisória; de perícia contábil na documentação encaminhada pelas autoridades norte-americanas e até de reinterrogatório do recorrente). Além disso, destaca-se a necessidade de se realizar a citação de alguns réus por edital, de determinar a expedição de carta rogatória para oitiva de testemunha residente nos Estados Unidos e ainda de deprecar a realização de atos processuais a outras Subseções Judiciárias. (Precedentes). 3. Outrossim, segundo últimas informações, a instrução encontra-se encerrada, no aguardo apenas da apresentação das alegações

Aury Lopes Jr. Aponta que os prazos previstos no CPP para os atos processuais “podem ser utilizados como indicativos de excesso de prazo em caso de prisão preventiva. Contudo, são prazos sem sanção, logo, com um grande risco de ineficácia.”⁴³

Ainda sobre este tema, as Súmulas 52⁴⁴ e 21⁴⁵ do STJ impedem o reconhecimento do excesso de prazo da prisão cautelar após o encerramento da instrução criminal. O professor Aury Lopes Jr. critica também estas súmulas, uma vez que o direito à razoável duração do processo não deve ser reduzido ao direito à razoável duração da instrução⁴⁶.

Tal crítica encontrou amparo na jurisprudência do STJ, como bem demonstra o HC 299.320/CE⁴⁷, relatado pelo Min. Schietti Cruz, julgado pela Sexta Turma daquele Tribunal, em 2015. Neste caso, constatou-se a demora irrazoável e injustificada para o julgamento da ação penal, tendo o paciente ficado quase dois anos preso após o término da instrução criminal, de sorte que se admitiu a mitigação da Súmula 52 do STJ.

finais da defesa. 4. Eventuais condições subjetivas favoráveis ao recorrente, tais como primariedade e residência fixa, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. Precedentes. 5. De qualquer forma, constatando-se que a instrução processual findou-se, incide o enunciado n. 52 da Súmula desta Corte, segundo o qual "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo". 6. Recurso ordinário improvido. Recomendação de prioridade no julgamento da ação penal. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 57.722/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 16 de fev. de 2017. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500609875&dt_publicacao=22/02/2017>. Acesso em: 09 nov. 2020.

⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 643.

⁴⁴ “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção, julgado em 17 set. 1992, publicado no DJe em: 24 set. 1992. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%2752%27\).sub.](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%2752%27).sub.). Acesso em: 09 nov. 2020.

⁴⁵ “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção, julgado em: 06 dez. 1992, publicado no DJe em: 11 dez. 1990. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 09 nov. 2020.

⁴⁶ LOPES JÚNIOR, *loc. cit.*

⁴⁷ “HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, E 29, AMBOS DO CP. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL. INSTRUÇÃO ENCERRADA HÁ QUASE DOIS ANOS. FALTA DE RAZOABILIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MITIGAÇÃO DA SÚMULA 52 DO STJ. ORDEM CONCEDIDA. 1. Os prazos indicados na legislação processual penal para a conclusão dos atos processuais não são peremptórios, de maneira que eventual excesso de prazo deve ser aferido dentro dos critérios da razoabilidade, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto. 2. Evidenciada a demora irrazoável e injustificada para o julgamento da ação penal, pois o paciente, segregado desde 18/9/2011, permanece preso por quase dois anos após o término da instrução criminal, sem previsão de quando será sentenciada a ação penal, deve ser admitida a mitigação da Súmula 52 do STJ. 3. Habeas corpus concedido para relaxar a prisão cautelar do paciente.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 299.320/CE. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma. Julgado em: 10 fev. 2015. Publicado no DJe em: 23 fev. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401750346&dt_publicacao=23/02/2015. Acesso em: 09 nov. 2020.

Em outros ordenamentos jurídicos, como o italiano, o português, o alemão, o espanhol, e o francês, há prazos máximos, indicados pela Lei, seja para cada fase processual, seja prazo máximo global da prisão⁴⁸.

Diante desta ausência de um prazo máximo para a prisão cautelar em nosso ordenamento jurídico, ressaltamos a proposta do professor Nereu Giacomolli, o qual, no seu “*Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*”, propõe um critério para criação de um prazo máximo. O autor defende que se deve estabelecer como prazo máximo a fração necessária para progressão do regime com base na pena mínima prevista para o delito imputado ao preso. Trata-se de proposta bastante interessante, uma vez que, como expusemos acima, a condição do preso cautelar é pior do que a do preso que cumpre pena, de modo que deveria haver um limite temporal para a segregação e vincular tal limite ao delito imputado parece ser uma medida proporcional. O professor assim explica sua proposta:

Diante da inexistência de regra específica a essas situações, além da verificação do tempo previsto em lei à prática dos atos processuais de acusados presos, há que ser buscados um critério no próprio sistema. Um deles é a duração da pena privativa de liberdade. Tanto poderá ser a máxima quanto a mínima. Em face do critério redutor buscado no sistema, o parâmetro da pena mínima se revela mais protetivo do direito de liberdade. Um dos fatores da redução poderá ser o do tempo necessário à progressão de regime que, via de regra, é do cumprimento de 1/6 da pena. Assim, o tempo máximo de duração da prisão preventiva resultaria da redução de 1/6 da pena mínima (no caso do homicídio simples, o tempo máximo da prisão preventiva seria de 1 ano; no homicídio qualificado, 2 anos; no tráfico simples, 10 meses; no roubo simples, 8 meses; no roubo qualificado, haveria o acréscimo de 1/3, referente à causa especial de aumento de pena; nos delitos tentados, também considerar-se-ia a causa especial de diminuição da pena). Trata-se de uma tese factível, razoável, possível, extraída do próprio sistema processual.⁴⁹

Tal proposta parece-nos interessante, uma vez que vincularia o tempo máximo de prisão preventiva ao delito imputado.

Passaremos agora a examinar o instituto da revisão periódica da prisão preventiva, novidade trazida pela Lei n. 13.964/2019.

2.2.1.2 Revisão Periódica

A revisão periódica da prisão preventiva foi uma benfazeja inovação normativa trazida pela Lei 13.964/2019, a qual deu nova redação ao art. 316 do CPP e acrescentou-lhe o parágrafo

⁴⁸ CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 149. Neste mesmo livro, o autor expõe cada um dos prazos estabelecidos nos ordenamentos jurídicos mencionados no parágrafo.

⁴⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 93

único⁵⁰, em que se determina que o órgão emissor da prisão deve revisar, *ex officio*, a necessidade da manutenção da segregação cautelar, sob pena de tornar ilegal o ergastulamento.

Com efeito, a inovação é benéfica ao sistema jurídico pátrio uma vez, para efetivar o princípio que veremos adiante, o da prisão como *ultima ratio*, oportuno se faz que o ordenamento jurídico preveja regras para que a manutenção seja, de quando em quando, reexaminada pelo julgador.

A revisão periódica, por parte do magistrado, da necessidade da segregação cautelar é algo que se observa em outros ordenamentos jurídicos de perfil mais moderno⁵¹. Cruz aponta que o prazo de três meses para o reexame periódico aparece em outras legislações, como a portuguesa, a costa-riquenha. Encontra-se, ainda, na legislação guatemalteca, o prazo mensal de reexame da necessidade de prisão⁵².

Schietti Cruz ressalta, em sua obra já citada, o vanguardismo do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, cuja Corregedoria-Geral, em 2017, editou o provimento 26, que instituiu o reexame semestral das situações dos réus encarcerados^{53,54}.

A criação do parágrafo único do art. 316 do CPP, que acrescentou o reexame obrigatório trimestral, como sói acontecer com as inovações legislativas, tem causado uma série de questionamentos nos tribunais superiores quanto a sua correta aplicação, em especial sobre quem recai o dever de revisar a necessidade da prisão, e sobre o efeito da não-revisão⁵⁵. Com efeito, em que pese a importância do tema, no presente trabalho, dada sua exiguidade, não é possível aprofundá-lo, de modo que falaremos brevemente sobre o caso do HC 191.836/SP.

Recentemente, houve a soltura de um – até então – desconhecido membro importante de uma facção criminosa pelo Supremo Tribunal Federal, no HC 191.836/SP, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, com base no parágrafo único do art. 316. Com efeito, o Ministro motivou sua decisão desta forma:

⁵⁰ Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. BRASIL. Código de Processo Penal de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 09 de novembro de 2020.

⁵¹ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 112.

⁵² CRUZ, *loc. cit.*

⁵³ *Ibidem*, p. 113.

⁵⁴ ALAGOAS. Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. **Provimento nº 26, de 15 de agosto de 2017**. Disponível em: <https://cgj.tjal.jus.br/provimentos/7912c5d623685c56050dbe65e59f670b.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2020.

⁵⁵ Embora nos pareça que o dispositivo seja bastante claro ao caracterizar a falta de revisão como ensejadora de ilegalidade da prisão, tal situação tem sido objeto de polêmica nos tribunais superiores.

O parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal dispõe sobre a duração, fixando o prazo de 90 dias, com a possibilidade de prorrogação, mediante ato fundamentado. Apresentada motivação suficiente à manutenção, desde que levado em conta o lapso de 90 dias entre os pronunciamentos judiciais, fica afastado constrangimento ilegal. O paciente está preso, sem culpa formada, desde 15 de dezembro de 2019, tendo sido a custódia mantida, em 25 de junho de 2020, no julgamento da apelação. Uma vez não constatado ato posterior sobre a indispensabilidade da medida, formalizado nos últimos 90 dias, tem-se desrespeitada a previsão legal, surgindo o excesso de prazo.⁵⁶

Vê-se que o Ministro fez a interpretação da regra de forma literal. Ou seja, passados os 90 dias da prisão preventiva, sem a revisão, configura-se excesso de prazo, que impõe o fim da segregação cautelar.

O caso ganhou repercussão nacional, e a liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio foi cassada pelo presidente da Corte, o Ministro Luiz Fux. A suspensão foi a julgamento (SL 1395, que corre em segredo de justiça), e o Pleno do Supremo Tribunal Federal manteve a suspensão da liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio⁵⁷. Por ocasião deste julgamento, o STF fixou a seguinte tese:

A inobservância do prazo nonagesimal do artigo 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos.⁵⁸

Sobre o caso, parece-nos, recaiu forte apelo da opinião pública, uma vez que o paciente beneficiado pela decisão do Ministro Marco Aurélio não fugiu. Por tal motivo, a Corte parece ter buscado mitigar os impactos negativos sobre o Tribunal na imprensa.

Neste processo, porém, parece-nos equivocada a tese fixada pelo pleno, isto porque o parágrafo único do art. 316 do CPP é explícito ao dispor que o juiz – não se definindo de forma satisfatória *qual juiz* – revise a necessidade de prisão preventiva, “*sob pena de tornar a prisão ilegal*”. A não observância do prazo nonagesimal, portanto, acarreta ilegalidade e, uma vez ilegal, a prisão deverá ser relaxada, conforme art. 5º, LXV da CRFB. Não se trata sequer de *revogação* da prisão, mas sim de *relaxamento* da prisão.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus 191.836/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Dje: 21/10/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344621754&ext=.pdf>> Acesso em: 10 nov. 2020.

⁵⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Andamentos processuais do SL n. 1395, Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6025676>> Acesso em: 10 nov. 2020.

⁵⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Andamentos processuais do SL n. 1395, Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6025676>> Acesso em: 10 nov. 2020.

Ainda, a tese fixada pela Corte não resolveu o problema que, em uma primeira leitura do dispositivo, já aparece: quem é o juiz competente para fazer o reexame da prisão preventiva. Não só isto, a tese fixada prevê que tal juízo será “instado” – sem esclarecer quem instará -, o que contrária o mandamento legal, dado que a lei é clara ao dispor que tal revisão se dá “*de ofício*”, ou seja, não exige provocação das partes. Em suma, o dispositivo legal não se parece ser mais um caso de prazo impróprio ou de uma recomendação aos magistrados do País.

A decisão, portanto, pela leitura da tese fixada, parece ter deixado tantos – ou mais – problemas do que os que ela deveria resolver.

Uma hipótese que nos surge para estas polêmicas surgidas com a revisão periódica, é a de que houve uma “má importação” deste instituto, ignorando-se o contexto jurídico-social que lhe deu origem. Por exemplo, o processo judicial no Brasil transita em julgado apenas após (quando houver) os julgamentos dos recursos nos tribunais superiores, o que pode durar anos, algo que, talvez, não exista nas nações em que se originou o instituto da revisão periódica⁵⁹. Como vimos, a revisão periódica da prisão preventiva não é uma invenção brasileira, existindo em vários ordenamentos jurídicos. Porém, para que ela seja efetiva em nosso País, é necessário que se façam as adaptações necessárias neste instituto. Por exemplo, urge que o legislador (e a doutrina e a jurisprudência também devem fazê-lo) esclareça sobre quem recai o dever de revisar. Esclareça, também, se este dever se estende aos processos pendentes de julgamento nos Tribunais Superiores, aos processos que tramitam em segundo grau, etc.

A normatização destas questões pelo legislador, parece-nos, fará diminuir a polêmica em torno do instituto, para que ele efetivamente constitua uma garantia do jurisdicionado - vale dizer, proteja a garantia do preso preventivo de ter sua segregação periodicamente reavaliada, sem acarretar situações teratológicas, como a de um perigoso membro de facção solto.

2.2.3 Reserva Legal

O princípio da reserva legal (também chamado de legalidade) implica que as prisões cautelares devem ocorrer tão somente quando há lei que a autorize. A legalidade geral está

⁵⁹ Trata-se meramente um exercício hipotético deste aluno, pois, efetivamente, não conheço pormenorizadamente nenhum dos sistemas processuais penais estrangeiros que originaram o instituto da revisão periódica.

prevista no art. 5º, inciso II⁶⁰, em matéria criminal está previsto no art. 5º, XXXIX⁶¹ e, também, trata-se de uma decorrência do *due process of law*, uma vez que o devido processo legal pressupõe meios de frear a arbitrariedade do Estado em face do cidadão.

Vale dizer, as prisões cautelares só podem ser decretadas pelo magistrado que tenha, por lei, competência para decretá-la e a decreta dentro dos estritos limites legais – nas hipóteses e nos casos nela prevista⁶². A regra, pois, é que todas as modalidades de prisão cautelar estejam previstas no CPP e em lei extravagante⁶³. A lei deve ter, ainda, como características, ser certa (*lex certa*), escrita (*lex scripta*) e prévia (*lex previa*)⁶⁴.

Tal exigência, além de encontrar guarida em nosso ordenamento jurídico interno, aparece explicitamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7º.2⁶⁵.

A finalidade do princípio em tela é limitar o poder punitivo estatal, escopo este que encontra respaldo na Constituição Federal, como uma exigência do Estado de Direito. Assim, limita-se a aplicação de medidas restritivas de liberdade que seja imposta com base na mera manifestação casuística de alguma autoridade estatal⁶⁶.

O professor Nereu Giacomolli ressalta a importância do significado material da reserva legal, sendo algo absolutamente necessário à limitação do exercício do poder, à divisão de poderes, à divisão das funções públicas, à garantia do respeito à soberania popular e, conseqüentemente, à própria legitimidade das normas penais. Assim diz o professor:

A essência, ou significado material da reserva legal está na própria evolução histórica do princípio, isto é, se vincula à limitação do exercício do poder (inclusive da potestade punitiva), à divisão das funções públicas entre os poderes do Estado, ao pacto social que sustenta politicamente a convivência humana, e à soberania popular, legitimadora das normas penais. O Poder de criar, de aplicar e de executar as leis criminais está limitado pelas disposições normativas criadas pelo Poder Legislativo, quem detém a legitimidade popular para dizer quais são os crimes que comportam a prisão preventiva e quais as medidas cautelares aplicáveis, além da constrição da

⁶⁰ “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

⁶¹ XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

⁶² GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 28.

⁶³ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar – dramas, princípios e alternativas**. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 106.

⁶⁴ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar – medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 64.

⁶⁵ “2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.” BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm > Acesso: 09/11/2020.

⁶⁶ Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 28.

liberdade. Assim, a essência da reserva legal está na legitimidade e na legitimação do exercício do poder de elencar as medidas cautelares e de aplicá-las na perspectiva das exigências acautelatórias.⁶⁷

É deveras importante ressaltar que a reserva legal não implica a outorga de um poder ilimitado, uma discricionariedade absoluta do legislador infraconstitucional para criar restrições à liberdade pessoal⁶⁸. Sobre isso, o professor Odone Sanguiné esclarece os requisitos para se criar medidas restritivas de liberdade, assim dizendo:

As medidas restritivas de liberdade previstas em lei devem respeitar, pelo menos, necessariamente três requisitos: finalidade protetiva de direitos ou valores constitucionalmente reconhecidos, suficientes determinação dos casos em que pode recorrer a tais restrições e do procedimento ou as modalidades através das quais a restrição pode ser imposta, e observas as exigências do princípio da proporcionalidade.⁶⁹

Disso deriva a fórmula *nulla custodia sine lege*, ou seja, nenhuma prisão sem a delimitação clara e certa da legislação. Deriva, também, a proibição da interpretação analógica ou extensiva, uma vez que a prisão cautelar, embora tenha natureza processual⁷⁰.

2.2.3 Jurisdicionalidade

A jurisdicionalidade (ou reserva jurisdicional) é o princípio de que decorre a regra de que a prisão no Brasil só pode ocorrer por ordem escrita e fundamentada de uma autoridade judiciária, por força do art. 283 do CPP, conforme veremos adiante. Salvo a prisão em flagrante, que será objeto no ponto 5.1 deste trabalho, qualquer prisão somente se dá por ordem escrita e fundamentada de um magistrado. Mesmo no caso em que ocorre a prisão sem ordem judicial pretérita – caso da prisão em flagrante – a autoridade judicial logo é chamada a decidir sobre aquela prisão. Vale dizer, o flagrante prende sem ordem judicial, mas apenas com ordem judicial se poderá manter a prisão.

Sanguiné leciona que, em todas as modalidades de prisão cautelar, deverá haver o controle jurisdicional. Assim diz o professor:

⁶⁷ *Ibidem*, p. 27.

⁶⁸ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 65.

⁶⁹ SANGUINÉ, *loc. cit.*

⁷⁰ *Ibidem*, p. 73.

Em qualquer tipo de prisão cautelar, é imprescindível o controle jurisdicional, pelo juiz competente, da regularidade e necessidade da manutenção da prisão, que deve vir expressa através de decisão motivada (arts. 5º, inc. LXI, e 93, inc. IX, da CRFB)⁷¹

A jurisdicionalidade se relaciona com os demais princípios, em especial com o objeto deste trabalho, a motivação, de forma bastante intensa, isto porque, a atividade judicial deverá ser fundamentada, com base nos preceitos legais, etc. Portanto, vale dizer que o juiz atua em conformidade com os princípios aqui vistos – o julgador verifica os requisitos legais, as especificidades do caso concreto, orienta-se pela presunção de inocência.

2.2.4. Excepcionalidade

A prisão cautelar, em nosso ordenamento jurídico, é exceção, sendo a liberdade a regra. Tal perspectiva encontra-se positivada em nosso CPP no §6º, do art. 282⁷², redação dada pela Lei nº 13.964/2019. Por este dispositivo, resta evidenciado que somente se decretam prisões cautelares quando todas as outras medidas cautelares (de que já tratamos, brevemente, no início do presente trabalho), menos gravosas, se mostrarem insuficientes para afastar a situação de perigo que justifica a necessidade de imposição de medida cautelar. Ou como sucintamente explica Badaró, “as medidas cautelares alternativas à prisão são preferíveis em relação à prisão preventiva.”⁷³ Trata-se de considerar a prisão como *ultima ratio, extrema ratio*, ou, ainda, *ultimum remedium*.

A excepcionalidade é uma consequência lógica da presunção de inocência e prevalece nos ordenamentos jurídicos processuais modernos, bem como nos tratados e nas convenções internacionais⁷⁴. Exemplificamos isso mencionando o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, que, em seu art. 9º, item 3⁷⁵, prevê que a prisão de pessoas que ainda não

⁷¹ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 435.

⁷² “§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.” BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

⁷³ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-18.15>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

⁷⁴ CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 101.

⁷⁵ “§3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não

foram definitivamente julgadas não deve ser a regra geral. No mesmo sentido são as Regras de Tóquio ou Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-Privativas de Liberdade, que, em seu art. 6.1, prevê a excepcionalidade da prisão cautelar, ao dispor que: “A prisão preventiva deve ser uma medida de último recurso nos procedimentos penais, tendo devidamente em conta o inquérito sobre a presumível infração e a proteção da sociedade e da vítima”⁷⁶.

O professor Odone Sanguiné explica que a excepcionalidade da prisão deve significar, por um lado, a raridade do seu uso e, por outro, a brevidade da sua duração⁷⁷ esclarecendo que:

De nenhuma maneira, ela pode constituir a antecipação de uma pena privativa de liberdade, uma espécie de antecipação da pena posteriormente imposta. A prisão preventiva não aparece como uma solução entre as outras, mas como a solução mais extrema (*ultimum remedium*) que somente pode ser utilizada no caso em que se revela estritamente necessária e quando as outras medidas se revelem insuficientes.⁷⁸

Sendo o *ultimum remedium*, o magistrado, conforme ensina-nos o professor Giacomolli, na linha do que prevê o CPP, deve, ao examinar o caso concreto, verificar se há necessidade medida cautelar. Em sendo o caso, o julgador cogita a aplicação de medidas cautelares diversas à prisão. Se estas, a despeito de já serem muitas vezes úteis àquilo que se pretende proteger, não for suficiente e adequada, aí então o juiz avaliará a possibilidade de decretação da segregação cautelar. Ainda, mesmo sendo caso de prisão, o julgador, em decorrência do art. 318, deverá verificar a hipótese de a segregação cautelar ocorrer na casa do imputado, com a chamada prisão domiciliar, tema que será objeto de análise no item 5.4 do presente trabalho.

deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença.” BRASIL. **Decreto n. 592 de 06 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

⁷⁶ “6. A prisão preventiva como medida de último recurso 6.1 A prisão preventiva deve ser uma medida de último recurso nos procedimentos penais, com a devida consideração ao inquérito referente à infração presumida e à proteção da sociedade e da vítima. 6.2 As medidas substitutivas da prisão pré-julgamento devem ser utilizadas o mais cedo possível. A prisão pré-julgamento não deve durar mais do que o tempo necessário para atingir os objetivos enunciados na regra 6.1 e deve ser administrada com humanidade e respeito à dignidade da pessoa. 6.3 O infrator deve ter o direito de recorrer, em caso de prisão pré-julgamento, a uma autoridade judiciária ou qualquer outra autoridade independente.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade**. Disponível em < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf> > Acesso em 09 nov. 2020.

⁷⁷ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 401.

⁷⁸ SANGUINÉ, *loc. cit.*

Ademais, na jurisprudência dos tribunais superiores, encontra-se consolidado o princípio de que a prisão é a *ultima ratio* do sistema jurídico, como o demonstra o HC 125.649/SP⁷⁹ do STF.

Assim, a excepcionalidade da prisão cautelar cristaliza a ideia de que o desfrute de liberdade é sempre a regra geral, sendo sua restrição ou privação uma exceção. Disso deriva, também, o princípio do *in dubio pro libertate*, de que emana o dever do magistrado de interpretar as normas do instituto da prisão provisória de modo restritivo.

Por fim, a Lei 13.964/2019 alterou a redação do §4º, II, do art. 282 do CPP, que, ao tratar do descumprimento das medidas cautelares alternativas à prisão, previu que a prisão preventiva se dará em “*último caso*”. Sobre isso, veremos no ponto 5.3, quando trataremos especificamente da prisão preventiva.

2.2.5 Presunção de inocência

Por fim, chegamos ao último princípio de que falaremos neste trabalho, qual seja, o princípio da presunção de inocência, que incide, aliás, sobre toda a sistemática do processo penal.

Tal princípio também é chamado de “*princípio da não-culpabilidade*”, por alguns juristas, como o ministro Schietti Cruz⁸⁰. Com efeito, a Constituição Federal, ao tratar do tema, em seu art. 5º, LVII⁸¹, prevê que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, de modo a sugerir a expressão “não-culpável”.

Embora haja essa divergência acerca do nome a que se dá ao princípio, a questão central, a nosso juízo, é saber se chamar deste ou daquele nome o princípio em tela acarreta alguma diferença quanto ao conteúdo material da referida garantia. Entendemos, seguindo o ensinamento do professor Gustavo Badaró, que não há qualquer diferença no conteúdo material do princípio, sendo variantes semânticas cujo conteúdo é idêntico. Assim explica o professor:

⁷⁹ “PRISÃO PREVENTIVA – EXCEPCIONALIDADE. Em virtude do princípio constitucional da não culpabilidade, a custódia cautelar há de ser tomada como exceção. Cumpre interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos ou a instrução penal.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 125.649/SP. Relator Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgado em 21 mar. 2017. Publicado no Dje em 01 ago. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312196717&ext=.pdf>>. Acesso em 09 nov. 2020.

⁸⁰ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 76.

⁸¹ “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.⁸²

A presunção de inocência implica que o cidadão deve ser tratado como inocente, cabendo ao Estado demonstrar, após o devido processo legal, sua culpabilidade. Trata-se de uma regra de tratamento imposta ao poder estatal, verdadeira conquista civilizatória, aparecendo já em 1789, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, oriunda da Revolução Francesa de 14 de Julho daquele ano, que, em art. 9º⁸³, já previa que o acusado deve ser tido como inocente até ser declarado culpado. Após este momento histórico, jamais a presunção de inocência ganhou relevo e passou a integrar os sistemas jurídicos democráticos⁸⁴. Com efeito, também a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê expressamente a presunção de inocência, em seu art. 8º, 2º⁸⁵.

Em decorrência desse princípio, somente restará provado a culpabilidade do imputado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e, conseqüente, as prisões provisórias de que tratamos aqui se dão em um juízo de probabilidade.

Isso afasta, desde logo, a prisão cautelar calcada em fundamentação que se limita a utilizar não só argumentos metajurídicos, vagos, etc., como também prisões cautelares baseadas na gravidade abstrata do crime, sua qualificação penal⁸⁶. Tal afastamento se dá, pois, por exemplo, um acusado, mesmo que se lhe impute um crime cuja pena é altíssima, pode vir a ser absolvido – ou ser condenado por outro crime mais leve e qualquer outra situação que lhe seja favorável – de modo que é dever do órgão acusador provar a imputação.

⁸² BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-1.7> Acesso em: 09 nov. 2020.

⁸³ “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.” FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em 09 nov. 2020.

⁸⁴ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 76.

⁸⁵ “2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas” BRASIL. **Decreto n. 678 de novembro de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 09/11/2020.

⁸⁶ CRUZ, *op. cit.*, p. 80.

Assim, de pronto afasta-se, também, a prisão cautelar com fins extracautelares. Vale dizer, a prisão preventiva com caráter punitiva é inconstitucional, pois não se pode impor a ninguém pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁸⁷. Hipóteses de “*prisão preventiva com caráter punitivo*” já existiram em nosso ordenamento, em artigos hoje revogados, por exemplo: a prisão por pronúncia, prevista no art. 408, §1^o⁸⁸, do CPP; prisão em virtude de sentença condenatória recorrível, prevista no art. 594⁸⁹, do CPP; prisão preventiva obrigatória, revogada em 1967.

Ainda, em decorrência da vedação de prisão cautelar com função punitiva, vedam-se as prisões usadas como medida preventiva de polícia, satisfação das necessidades psicossociais de punição imediata, incapacitação de suspeitos.

Assim, a prisão cautelar somente se legitima na ordem constitucional, em que vige o princípio da presunção de inocência, conforme nos leciona o professor Odone Sanguiné, quando:

A prisão processual, por sua função meramente instrumental, enquanto tende a garantir a eficácia de eventual provimento condenatório, não pode ser tratada como pena. Por isso, somente encontra justificção na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual, a saber: (a) necessidade de assegurar a instrução processual (risco para a prova); (b) risco à aplicação de penal (risco de fuga); (c) garantia da ordem pública (risco de reiteração delitiva)⁹⁰

⁸⁷ SANGUINÉ Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 204.

⁸⁸ “Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciar-lo-á, dando os motivos do seu convencimento. § 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomenda-lo-á, na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura. § 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomenda-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura. § 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura.” BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. [dispositivos revogados] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

⁸⁹ “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se á prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto.” “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.” BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. [dispositivos revogados] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 09 nov. de 2020.

⁹⁰ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 240.

Com essa perspectiva, foi acrescido, pela Lei 13.964/2019, o art. 313, §2º⁹¹, que veda a decretação de prisão preventiva com finalidade de cumprimento de pena ou como decorrência de investigação, ou, ainda, apresentação ou recebimento da denúncia.

Encerrado o capítulo destinado aos princípios que interferem no tema – em que pese não tenhamos examinados todos aqui, tendo-nos limitado ao exame daqueles que julgamos principais para uma abordagem geral do tema – passemos à garantia da motivação.

⁹¹ “§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.” BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

3. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO

3.1 BREVE HISTÓRICO DA MOTIVAÇÃO E SUA PRESENÇA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS E NACIONAL

Iniciaremos traçando um breve histórico sobre a motivação na história recente do direito. Breve, dado a menor amplitude que o presente trabalho possui, porém necessária, uma vez que o estudo da origem e da evolução de qualquer instituto jurídico permite uma compreensão mais precisa deste no presente e dos problemas possíveis do futuro.

A motivação das decisões judiciais foi raramente prevista em textos antigos, aparecendo apenas em meados do século XVIII, quando começaram a surgir normas positivas e ordenanças acerca do dever de motivar as decisões judiciais⁹². Schietti Cruz apresenta-nos os exemplos daquela época, assim dizendo:

Na França, a obrigatoriedade da motivação é sancionada pela primeira vez pelo art. 15, título V, da lei 16 de agosto de 1790 e, posteriormente, no art. 208 da Constituição do ano III, como resultado ocasional do espírito revolucionário que então movia as pessoas e as instituições. Na Prússia, introduz-se o dever de motivação no Codex Fridericianus Marchicus, de Frederico II, publicado em 1748, o que também se verifica em diplomas de diversas repúblicas da península itálica, como a Pragmática de Ferdinando IV, de 1774 (Reino das Duas Sicílias), a Constituição da República de Bolonha (1796) e a Constituição da República Romana (1798).⁹³

Nessa mesma época, no entanto, em outros ordenamentos, em razão da desconfiança da atividade judicial, houve códigos que proibiam a explicitação dos motivos da decisão, como foi o caso do Código de Joseph II, da Áustria, que permaneceu em vigor por quase todo o século XIX, Estado onde se introduziu o dever de motivar as decisões judiciais apenas em 1895, no *Civilprozessordnung*⁹⁴. Tratava-se, pois, de tentar esvaziar possíveis protagonismos por parte do Poder Judiciário, em linha com a ideia do juiz *boca da lei*, de Montesquieu.

No século XX, após o horror das grandes guerras mundiais, em especial da Segunda Guerra, em que o Poder Judiciário de diversos Estados foi incapaz de frear a ascensão do totalitarismo – o mais marcante deles, o da Alemanha, onde se considerava ser crime aquilo que ferisse o “*são sentimento do povo alemão*” -, a motivação das decisões judiciais passou a estar frequentemente positivada nos ordenamentos europeus.

⁹² CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 113.

⁹³ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 113.

⁹⁴ CRUZ, *loc. cit*

Entre os primeiros ordenamentos jurídicos do pós-guerra a trazerem a motivação, destacamos o italiano, isto porque, em sua Constituição, promulgada em 1948, aparece a motivação na seção dedicada às normas sobre a jurisdição, especificamente no art. 111, §1º, em que se determina que todos os provimentos jurisdicionais deverão ser motivados. Conferiu-se à motivação um significado novo e mais amplo, tornando-a, na lição de Magalhães Gomes Filho, “elemento central de toda construção da função jurisdicional”⁹⁵. Ao citar Taruffo, Gomes Filho afirma que tal inserção objetiva o controle democrático sobre a maneira pela qual é administrada a justiça.

Na República Federal Alemã, ao contrário do que houve na Itália, não houve nenhum dispositivo constitucional que tratasse expressamente da motivação. No entanto, no art. 104, §3º da Lei Fundamental de Bohn, previu-se que toda pessoa detida provisoriamente, sob suspeita de um delito, deveria ser levada à presença de um juiz, que, ao examinar seu *status libertatis*, deve “indicar as causas da mesma, ou ordenar sua libertação”⁹⁶. Ou seja, embora expressamente não se fale de motivação, este dispositivo se trata de uma referência, ainda que singela, à necessidade de o juiz fundamentar⁹⁷.

Ainda nas constituições europeias, tratamos das duas constituições ibéricas, da Espanha e de Portugal, países em que regimes autoritários vigoraram até os anos 1970. Na constituição espanhola de 1978, no art. 120, n. 3⁹⁸, previu-se que as sentenças deveriam ser sempre motivadas. Embora pareça destinar-se apenas à sentença, o dispositivo, interpretado pelo Tribunal Constitucional Espanhol, abrange todas as decisões judiciais⁹⁹.

A constituição portuguesa, a seu turno, inseriu o dever de motivar no art. 210.º, n.1¹⁰⁰, pela reforma constitucional de 1976. Nesse dispositivo, determinou-se que as decisões judiciais

⁹⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. *e-book* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. *E-book*. Disponível em: < <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073018/anchor/a-100073018>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

⁹⁶ Utilizamos, aqui, a tradução livre, feita pelo professor Gomes Filho.

⁹⁷ CRUZ, *loc. cit.*

⁹⁸ “Artigo 120, 3. As sentenças serão sempre fundamentadas e serão pronunciadas em audiência pública”. ESPANHA, **Constituição da Espanha. Sancionada em 27 de dezembro de 1978**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf> Acesso em: 9 nov. 2020.

⁹⁹ Ernesto Pedraz Penalva, Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración, Revista General de Derecho 49(586-587):7254, 1993. *Apud* GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. *e-book* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. *E-book*. Disponível em: < <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073018/anchor/a-100073018>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

¹⁰⁰ “As decisões dos tribunais são fundamentadas nos casos e nos termos previstos em lei.” PORTUGAL, **Constituição da República Portuguesa de 25 de abril de 1976**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em: 09/11/2020.

devem ser fundamentadas nos casos e nos termos previstos em lei. Ao comentar o caso português, Gomes Filho alerta que raramente o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal considera a falta de motivação como ensejadora de nulidade – admite-se, na prática, que o magistrado exponha, de forma concisa, seu raciocínio¹⁰¹.

Entre os Estados que adotam o *Common Law*, embora não houvesse leis procedimentais que estabelecessem o dever de motivar, a praxe de motivar atos jurisdicionais decisórias não era estranha nos Estados Unidos e no Reino Unido, em suas mais altas cortes¹⁰². Michele Taruffo alerta que no direito estadunidense, embora não se prescrevesse a motivação das decisões judiciais como direito da parte, a partir de 1801, com a Suprema Corte passando a deliberar de forma colegiada, na prática, introduziu-se um *modus operandi* de motivação, uma vez que cada um dos juízes expunha a *ratio decidendi* (razão de decidir) de sua posição¹⁰³.

3.1.1 Histórico da motivação no Brasil – da América portuguesa à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Entre nós, a motivação das decisões judiciais aparece precocemente, ainda ao tempo em que fazíamos parte da América portuguesa, ou seja, ao tempo em que éramos colônia de Portugal. Isto porque, entre nós, vigoravam as Ordenações Filipinas e já havia, na redação do Livro III, Título LXVI, §7º, expressões que inferiam o dever do julgador de apresentar suas razões quando de sua decisão. Isto quem nos ensina é Schietti Cruz, que destaca as expressões contidas nesse dispositivo, as quais impõem o dever de fundamentação por parte do magistrado, quais sejam: “saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas”; “os juízes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos por que os juízes inferiores se movem a condenar, ou absolver”¹⁰⁴.

Com efeito, vislumbra-se a fundamentação vinculada a outras garantias processuais como a revisão das decisões. Ou seja, a fundamentação aparece como necessária para o “juiz da mor” entenda porque o “juiz inferior” decidiu desta ou daquela maneira. Tal fato demonstra a importância da motivação judicial desde quando sequer o Brasil era independente.

¹⁰¹ GOMES FILHO, *loc. cit. E-book*. Acesso em: 9 nov. 2020.

¹⁰² CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 114.

¹⁰³ TARUFFO, Michele. A motivação da sentença civil. São Paulo: Forense, 2015. p. 297-298 *apud* CRUZ, *loc. cit.*

¹⁰⁴ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 114.

À independência política, ocorrida em 7 de Setembro de 1822, seguiu-se a independência normativa, isto porque, após aquela data, foram produzidas novas normas no Brasil. Sob o pálio da Constituição outorgada de 1824, apareceu uma norma relacionada à motivação, qual seja, a Decisão de Governo n. 78, de 31-03-1824¹⁰⁵¹⁰⁶. Nessa norma, previa-se, entre outras coisas, o seguinte:

[...] que os juízes de môr alçada, de qualquer qualidade, natureza e graduação, declarem nas sentenças que proferirem, circunstanciada e especificamente, as razões e fundamentos das mesas, e ainda nos agravos chamados de petição, não só por ser isto expressamente determinado, no §7º, da Ord. do Liv. 3º, Tit. 66, **como por ser conforme ao liberal sistema ora abraçado, a fim de conhecerem as partes as razões em que se fundarem os julgadores as suas decisões; alcançando por este modo ou o seu sossego, ou novas bases para ulteriores recursos a que se acreditarem com direito.**¹⁰⁷ - Grifo nosso

Desde aquela data até a atual Constituição Federal pouco se avançou, não tendo nenhuma das Constituições anteriores previsto, explicitamente, o dever de motivação. Nesta, pela primeira vez, apareceu o dever de motivação das decisões judiciais, pelo art. 93, inc. IX, da CRFB, o qual determina que:

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.¹⁰⁸ – Grifo nosso.

A motivação, então, aparece em nosso sistema jurídico como uma garantia do jurisdicionado, ao lado da publicidade – ambas garantias de segundo grau, ou seja, garantia que

¹⁰⁵ *Ibidem*, p.115.

¹⁰⁶ “Desejando S. M. o Imperador que os súbditos deste Império comecem desde já a gozar de todas as vantagens prometidas na sábia Constituição, há pouco jurada, e sendo uma das principaes a extirpação dos abusos inveterados no fôro, cuja marcha deve ser precisa, clara, e palpável a todos os litigantes: Manda o mesmo, pela Secretária de Estado dos Negócios da Justiça, que os Juízes de môr alçada, de qualquer qualidade, natureza e graduação, declarem sentenças que proferirem, circunstanciada e especificamente, as razões e fundamentos das mesas, e ainda nos agravos chamados de petição, não só por ser isto expressamente determinado no §7º da Ord. do Liv 3º, Tit. 66, como por ser conforme ao liberal sistema ora abraçado, a fim de conhecerem as partes as razões em que fundarem os julgadores as suas decisões; alcançando por este modo ou o seu sossego, ou novas bases para ulteriores recursos a que se acreditarem com direito.” In CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 115.

¹⁰⁷ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 115.

¹⁰⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

se relacionam e preservam outras garantias¹⁰⁹ - e, expressamente, o constituinte dispõe que a ausência de motivação acarreta nulidade do ato decisório.

Embora celebre a previsão constitucional do dever de motivar, Schietti Cruz sustenta que seria preferível, dada a finalidade protetiva do dever de motivar, que tal norma se encontrasse em nossa *Bill of Rights*, ou seja, no capítulo destinado aos direitos fundamentais, especificamente o art. 5º¹¹⁰ da CRFB.

Pelo art. 93, inc. IX, da CRFB, que explicitamente exige do magistrado o dever de fundamentar suas decisões, aquelas que são despidas de um mínimo de justificação quanto às razões de decidir perderam espaço em nossa ordem jurídica. Não mais devem ser aceitas as decisões judiciais não motivadas. Isso não decorre apenas do previsto na Constituição Federal. Decorre, também, da sociedade reclamar, cada vez mais, por um Judiciário mais transparente, mais sujeito a controles (internos e externos), para impedir arbítrios e voluntarismos¹¹¹.

Sobre isso, Schietti Cruz explica:

Evidentemente não mais se tem essa percepção do juiz como autômato aplicador das leis. A história é feita de idas e vindas, de movimentos pendulares que oscilam entre ação e reação, entre avanços e retrocessos, mas há conquistas civilizatórias em relação às quais não mais se cogita qualquer retrocesso. Certamente, o dever de motivação das decisões judiciais é uma delas e, se o juiz não é mais um ditador que, a seu bel prazer, decide sobre a vida, os bens e os interesses alheios, também não há de ser um autômato e frio reproduzidor da letra da lei.¹¹²

Na legislação infraconstitucional, a motivação foi ganhando densidade normativa, isto é, o legislador foi aperfeiçoando o comando constitucional, tornando-o mais concreto, mais compreensível, não só para os olhos de um operador do direito, mas, também, de um cidadão com pouco contato com o mundo jurídico. Tal processo se deu em especial com a promulgação da Lei 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil. Nesta Lei, no §1º do art. 489¹¹³, foram

¹⁰⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. *e-book* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073121/anchor/a-100073121>>. Acesso em: 9 nov. 2020

¹¹⁰ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 115.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 116.

¹¹² CRUZ, *loc. cit.*

¹¹³ “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento

inseridos os requisitos que uma sentença deve ter para estar devidamente fundamentada (*rectius*, motivada). Os mesmos incisos colocados ali foram praticamente copiados *ipsis litteris* para o Código de Processo Penal, especificamente no art. 315, §2º, como requisitos da motivação dos decretos de prisão cautelar (e sobre todas as demais decisões no processo penal). Estes requisitos serão objeto de análise logo em seguida.

Cumpra frisar, também, a criação do crime de “decretar medida de privação de liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais”, pelo art. 9º¹¹⁴, da Lei 13.869/2019, apelidada de Lei de Abuso de Autoridade, que responsabiliza criminalmente o julgador que decretar medida que prive a liberdade do agente em desconformidade legal. Como houve a criação de hipóteses legais de ausência de motivação pelo art. 315, §2º do CPP, não motivar a decisão judicial que decreta a prisão cautelar poderia, em tese, configurar o crime criado pelo artigo citado. No entanto, a própria Lei de Abuso de Autoridade preocupou-se em evitar a criação, na prática, de um “*crime de hermenêutica*”, explicitando, logo em seu art. 1º, que:

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

§ 2º **A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.**¹¹⁵ Grifo nosso.

Assim, a própria Lei de Abuso de Autoridade esclareceu que a simples divergência quanto à interpretação dos aspectos fáticos e jurídicos do caso concreto não constitui crime de abuso de autoridade, bem como exige-se dolo específico para configurar-se o crime.

ou a superação do entendimento.” BRASIL. **Código de processo civil de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹¹⁴ Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de: I - relaxar a prisão manifestamente ilegal; II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível; III - deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível. BRASIL. **Lei n. 13.869/2019 de 5 de setembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm Acesso em: 09 nov. 2020.

¹¹⁵ BRASIL. **Lei n. 13.869/2019 de 5 de setembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm Acesso em: 09 nov. 2020.

4. A MOTIVAÇÃO COMO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL – GARANTIA PROCESSUAL (FUNÇÃO ENDOPROCESSUAL) E GARANTIA POLÍTICA (FUNÇÃO EXTRAPROCESSUAL)

A motivação, conforme já o dissemos, não está prevista no rol de direitos e garantias individuais do art. 5º da CRFB. No entanto, isto não significa que a motivação não seja uma garantia individual de extrema relevância no Estado Democrático de Direito. Ao contrário, a motivação (que no artigo 93, IX, da CRFB, aparece como “*fundamentação*”), é, ao lado da publicidade, que se encontra no mesmo dispositivo, uma garantia importantíssima em um processo penal democrático.

Gomes Filho, mais uma vez em seu *A motivação das decisões penais*, nos ensina, a partir da leitura de Ferrajoli, que as garantias da publicidade e da motivação são garantias de “*segundo grau ou garantia das garantias*”, pois “[...] representam na verdade instrumentos pelos quais se assegura um controle sobre a efetividade das demais, que foram anteriormente examinadas.”¹¹⁶

A publicidade constitui-se como uma garantia de natureza política, inseparável da própria ideia de Estado democrático, uma vez que tal ideia necessita de transparência nos assuntos público, sem o que não seria possível ou legítimo os controles populares sobre o exercício do poder¹¹⁷. A garantia da publicidade, aliás, antes de aparecer em nosso ordenamento no art. 93, IX, apareceu no art. 5º, LX, da Constituição Federal¹¹⁸. Só se admite, pelo mandamento constitucional, a restrição da publicidade de atos processuais quando houver situações específicas que a exijam, como o interesse social e a defesa da intimidade.

A motivação, por seu turno, também se vincula às demais garantias, sendo, também, uma garantia das garantias, e, também, serve à transparência no exercício do poder. Esta, enquanto garantia, pode ser lida de duas formas: uma, como garantia política e, outra, como garantia processual. Na primeira, a motivação cumpre uma função extraprocessual; na segunda, endoprocessual.

¹¹⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. *e-book* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073066/anchor/a-100073066>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

¹¹⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. *e-book* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073066/anchor/a-100073066>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

¹¹⁸ “LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

Passemos a examiná-las uma a uma.

4.1 FUNÇÃO ENDOPROCESSUAL

A função endoprocessual da motivação é vista se examinarmos o papel que ela cumpre internamente no processo, sob uma ótica individualista, com a finalidade que ela desempenha na lide penal. Trata-se de levar em conta apenas o interesse das partes, e, assim agindo, percebemos que a motivação leva a que a parte conheça as razões de decidir do magistrado, sem o que seria impossível impugnar a decisão. Ressalta-se, no aspecto endoprocessual, a finalidade técnico-processual da motivação¹¹⁹.

Badaró nos ensina que a motivação, sob seu aspecto endoprocessual, não impõe ao magistrado que faça uma mera descrição de seu raciocínio judicial, tampouco que exponha o seu *iter* psicológico, mas, isto sim, impõe ao magistrado que realize a “*justificação da decisão*”¹²⁰.

Ainda, a exposição das razões de decidir, com a efetiva justificação da decisão, como nos ensina o professor Gomes Filho, leva à consolidação da coisa julgada que dela deriva. Não apenas isso, verifica-se que há um valor psicológico na justificação, a qual pode persuadir o vencido, que, diante de bons argumentos apresentados pelo julgador, pode convencer-se da decisão deste¹²¹.

Além disso, a motivação apresenta uma finalidade instrumental em relação às demais garantias processuais¹²². Gomes Filho leciona que, primordialmente, a motivação serve para que haja, no processo, a efetiva cognição judicial, assim dizendo:

Dentre tais funções instrumentais da motivação, no âmbito interno do processo, a primeira e mais evidente é a de assegurar que as decisões adotadas – tanto no final como no curso do *iter* procedimental – constituam o resultado de uma efetiva apreciação, pelo juiz, de todas as questões de fato e de direito suscitada¹²³

Ou seja, a exigência de motivação garante que o juiz tenha o dever de, em todas as decisões, terminativas ou interlocutórias, demonstrar que levou em considerações todos os

¹¹⁹ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-1.8>>. Acesso em: 09 nov. 2020

¹²⁰ BADARÓ, *loc. cit.* *E-book*.

¹²¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. *e-book* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073121/anchor/a-100073121>>. Acesso em: 9 nov. 2020

¹²² GOMES FILHO, *loc. cit.*

¹²³ GOMES FILHO, *loc. cit.*

argumentos trazidos pelas partes. O não cumprimento deste dever, aliás, ingressou no CPP pelo §2º do art. 315, como uma hipótese de ausência de motivação, assunto sobre o qual mais adiante falaremos.

Tal dever impede que a decisão do magistrado constitua-se tão somente como um produto de sua vontade pessoal, ignorando as teses suscitadas ao longo do processo, algo absolutamente necessário ao Estado Democrático de Direito, para que o exercício do poder seja legítimo¹²⁴. Gomes Filho cita Botelho de Mesquita, afirmando que a “a função reservada no processo à motivação é de dar vida às condições necessárias à prolação do comando”¹²⁵.

Além disso, no aspecto interno ao processo, a motivação serve para garantir a independência e a imparcialidade do julgador. Em suas decisões, os magistrados não podem exacerbar sua atribuição constitucional, invadindo a competência de outros poderes. Gomes Filho, sobre o tema, ressalta esta característica, em especial em decisões relativas a atos da administração, por exemplo:

Isso tem a ver, especialmente, com aquelas situações em que o Judiciário é chamado a exercer um controle sobre a atuação dos outros poderes, decidindo, por exemplo, sobre a legalidade da atuação administrativa ou sobre a constitucionalidade das leis votadas pelo Legislativo. É pela motivação, com efeito, que será possível constatar se por meio desse controle não foram invadidas as esferas de competência reservadas a esses outros poderes.¹²⁶

Na mesma toada, Gomes Filho explica que o dever de fundamentar seus atos decisórios constitui um estímulo à efetiva imparcialidade do julgador, que deve demonstrar o *iter* decisório, considerando fatores objetivos e vedando escolhas meramente subjetivas.

Também Lênio Streck, em seu *Verdade e Consenso*, menciona que as decisões judiciais devem estar justificadas e, esta justificação deve ser feita a partir de razões, escorando-se em argumentos de caráter jurídico. Streck continua sua explicação, afirmando que:

[...] o mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. O juiz, por exemplo, deve expor as razões que lhe conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos.

¹²⁴ GOMES FILHO, *loc. cit.*

¹²⁵ José Ignácio Botelho de Mesquita, **A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença**, tese de livre-docência, São Paulo, 1963, p. 45-46 *apud* GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. *e-book* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073121/anchor/a-100073121>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

¹²⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. *e-book* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073121/anchor/a-100073121>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

A motivação/justificação está vinculada ao direito à efetiva intervenção do juiz, ao direito dos cidadãos a obter uma tutela judicial, sendo que, por esta razão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera que a motivação integra-se ao direito fundamental a um processo equitativo, de modo que “as decisões judiciais devem indicar de maneira suficiente os motivos em que se fundam. A extensão deste dever pode variar segundo a natureza da decisão e deve ser analisada à luz das circunstâncias de cada caso particular”.¹²⁷

Outra garantia a que se vincula a motivação é a do duplo grau de jurisdição. Isso, aliás, aparecia já nas Ordenações Filipinas, citadas por nós aqui, em que a exposição da fundamentação do “juiz inferior” servia, entre outras coisas, para o “juiz da môr” conhecer melhor a decisão de piso. Assim, o dever de motivar vincula-se ao duplo grau de jurisdição, permitindo o controle da decisão pelo órgão superior¹²⁸, sendo, pois, condição de possibilidade para o controle da decisão por parte dos órgãos internos do próprio Poder Judiciário.

Por sua vez, Schietti Cruz, de forma bastante didática, resume o que dissemos até aqui, ao definir a função endoprocessual como sendo aquela cuja finalidade é proteger os interesses que se desenvolvem na própria relação processual, servindo para:

1. Assegurar um mecanismo formal de controle das partes sobre a atividade intelectual do julgador, para que verifiquem se este, ao decidir, considerou todos os argumentos e as provas produzidas pelas partes, e se bem aplicou o direito ao caso concreto e, por conseguinte, se é caso de aceitar a decisão ou de impugná-la.
2. Garantir a atuação imparcial do órgão julgador, que, ao exteriorizar seu raciocínio e sua percepção e compreensão sobre as provas dos fatos produzidas nos autos, sobre os argumentos e as teses sustentadas pelas partes e sobre o direito aplicado à espécie, afasta questionamentos acerca de sua imparcialidade.
3. Permitir o melhor exercício do direito ao recurso, que depende, para a precisa explicitação dos argumentos sobre os quais se assentam as razões e as contrarrazões das partes, de todas as nuances do raciocínio judicial que conduziram ao ato decisória impugnado.
4. Facilitar o julgamento do recurso pelo órgão jurisdicional destinatário da impugnação, de maneira a poder confrontar as razões que delimitam e explicam o recurso com as razões utilizadas na decisão recorrida.¹²⁹

Passemos agora ao exame da função extraprocessual da motivação.

4.2. FUNÇÃO EXTRAPROCESSUAL

¹²⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4ª ed. São Paulo: Livraria Saraiva Educação. 2011. p. 412.

¹²⁸ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-1.8>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹²⁹ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 117.

A função extraprocessual é aquela que transborda a relação processual, assumindo um caráter político-social (ou, na expressão de Badaró, “*político-axiológica*”¹³⁰). Esta função que desempenha a motivação, consubstancia a possibilidade de controle social sobre a atividade judiciário, dando ao sistema judiciário um sentido claramente democrático, pressupondo um exercício limitado e de permanente justificação¹³¹.

Com efeito, o Poder Judiciário difere-se do Poder Executivo e do Poder Legislativo que encontram, no sufrágio, sua legitimação. O Judiciário tem seus membros oriundos de concursos públicos de provas e títulos, e sua legitimidade, na ordem constitucional, encontra-se vinculada ao dever de cada juiz, nos processos em que julga, motivar sua decisão.

Tanto é assim que a necessidade de motivação dos atos decisórios aparece no capítulo da Constituição Federal que dispõe sobre a organização do Poder Judiciário, no art. 93, IX da CRFB. A motivação, enquanto garantia política, extrapola o âmbito da lide penal, conferindo transparência à decisão judicial, permitindo que sobre ela haja um controle difuso e generalizado, de modo com que o julgador administra a justiça. Neste aspecto extraprocessual, permite-se que a opinião pública, “*controle*” a decisão.

Em tempos de comunicações instantâneas, possibilidades pelas redes sociais e de facilidade de acesso a decisões dos tribunais, o processo penal tornou-se objeto de grande interesse por parte dos cidadãos, mesmo que leigos. Neste contexto, o juiz decide como se estivesse dando diretamente à opinião pública as razões de sua decisão¹³². Badaró nos alerta que isso não significa dizer que o juiz decide conforme aquilo que a opinião pública deseja:

Evidente que isso não significa que o juiz deve decidir para satisfazer ou atender a opinião pública. Muitas vezes, por exemplo, uma Corte Constitucional necessita ser contramajoritária para garantir os direitos fundamentais das minorias, mas essa justificação precisa ser passada para a opinião pública.¹³³

Ao contrário, o que se necessita fazer é apenas motivar cumprindo-se os requisitos da motivação, hoje expressos no art. 315, §2º, do CPP, no caso de processo penal. Isto basta para que a decisão seja legítima, ainda que a opinião pública critique a decisão, pois, muitas vezes, o julgador toma decisões que descontentam parte da população.

¹³⁰ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-1.8>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹³¹ CRUZ, *loc. cit.*

¹³² BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-1.8>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹³³ BADARÓ, *loc. cit. E-book*.

O problema que surge dessa facilidade de acesso às decisões judiciais, em nossa ótica, é quando a opinião pública *julga* mal um magistrado que julgou de forma bem fundamentada. Em um País com os problemas de segurança pública como o nosso, é de se esperar que a população considere a soltura de um acusado algo ruim, ainda que tal soltura se dê em conformidade com o Direito. Também ocorre, em nossos tempos, a chamada *espetacularização do processo*, ou, no dizer de Rubens Casara, há hoje um “*processo penal do espetáculo*”¹³⁴.

Em meio a tantos outros espetáculos da sociedade contemporânea, esse processo é particularmente mais nefasto, pelos valores que nele se encontram, como explica o professor Rubens Casara:

Em meio aos vários espetáculos que se acumulam na atual quadra histórica, estão em cartaz os ‘julgamentos penais’, em que entram em cena, principalmente, dois valores: a verdade e a liberdade. O fascínio pelo crime, em um jogo de repulsa e identificação, a fé nas penas, apresentadas como remédio para os mais variados problemas sociais (por mais que todas as pesquisas sérias sobre o tema apontem para a ineficácia da ‘pena’ na prevenção de delitos e na ressocialização de criminosos), somados a um certo sadismo (na medida em aplicar uma ‘pena’ é, em apertada síntese, impor um sofrimento) fazem do julgamento penal um objeto privilegiado de entretenimento.¹³⁵

Não faltam exemplos recentes. A benfazeja Operação Lava-Jato, que investigava desvios na Petrobrás, virava manchete, a cada operação que realizava, nos periódicos de todo o Brasil. A cada decisão da Justiça, em especial da 13ª Vara Federal de Curitiba, havia intensos comentários na imprensa, sempre “*a favor ou contra*”, como se estivéssemos não diante de um processo judicial, mas de uma arena de combate. Embora não seja especificamente o objeto do presente trabalho, citamos a referida Operação dado que ali a função extraprocessual da motivação, enquanto garantia política, ganha contornos ainda mais elevados, dada a popularidade das pessoas envolvidas e a passionalidade que envolviam (e, envolvem, ainda hoje) os comentários na opinião pública.

O que ficará na história, nesse caso, a despeito das paixões políticas, serão as decisões tomadas nos processos derivados daquela Operação e sua respectiva motivação (ou, falta dela) que já está sendo e continuará por muito tempo sendo objeto de acirradas discussões jurídicas travadas pela doutrina.

Gomes Filho também refere que a função extraprocessual permite o controle popular da opinião pública, mas não deve, de forma alguma, orientar a atividade jurisdicional, algo que

¹³⁴ CASARA, Rubens R.R. **Processo Penal do Espetáculo**: Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. 1ªed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015. p. 11.

¹³⁵ CASARA, Rubens R.R. **Processo Penal do Espetáculo**: Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. 1ªed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015. p. 11.

seria profundamente indesejável, pois criaria a figura de um juiz político, como explica o professor:

É preciso não confundir, entretanto, o objetivo de um controle geral e difuso da opinião pública sobre a atuação do Judiciário, inerente à motivação e à publicidade dos julgamentos, com outra coisa, absolutamente indesejável, que seria a submissão dos juízes a pressões resultantes de sondagens junto à população, com o propósito de fazer crer que a sociedade quer determinada decisão. Além do risco concreto de manipulação de resultados, isso acabaria mesmo por suprimir a função jurisdicional, levando o magistrado a adotar, como próprias, escolhas adotadas, ilegitimamente, em outras instâncias decisórias [...] Também não é possível aceitar, como decorrência desse controle, a figura do juiz político, que busca uma ilusória aprovação popular pela exposição permanente nos meios de comunicação, protagonizando notícias, dando entrevistas, mantendo polêmicas com outros órgãos do poder, pois semelhante comportamento quase sempre acaba por comprometer a independência e imparcialidade, pressupostos essenciais da atividade judicante.¹³⁶

Em suma, a motivação das decisões judiciais, em seu caráter extraprocessual, permite o controle democrático sobre a administração da justiça.

¹³⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. *e-book* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073066/anchor/a-100073066>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

5. A MOTIVAÇÃO NAS DIVERSAS ESPÉCIES DE PRISÃO CAUTELAR

Passamos agora ao estudo da motivação das diversas espécies de prisão cautelar. Trataremos da prisão em flagrante, da prisão preventiva e da prisão temporária. A prisão em flagrante, embora seja tida como pré-cautelar por boa parte da doutrina¹³⁷, conforme mencionamos no primeiro ponto do nosso trabalho, é examinada pelo juízo, de forma motivada, e, convém que a examinemos nesta monografia.

A prisão cautelar carrega, como o nome indica, o traço da cautelaridade. Por isso, sujeita-se aos pressupostos e aos requisitos inerentes a toda cautela que, de um modo geral, são conhecidos como a plausibilidade do direito reivindicado (*fumus boni iuris*) e o perigo da demora (*periculum in mora*). Lopes Júnior entende que a utilização dos conceitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, trazidos do processo civil, na seara processual penal, é uma impropriedade jurídica e semântica. Por exemplo, o que se tem no processo penal não é o “bom direito”, mas o delito, que “é a negação do direito, sua antítese!”¹³⁸. Assim, afirma que o adequado ao processo penal é o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

No que diz respeito ao pressuposto fático da prisão cautelar, o juiz deve verificar se há o *fumus comissi delicti*, ou seja, a existência de fato criminoso e indícios suficientes de autoria. Nesse exame, o juiz deverá levar em conta todos os elementos probatórios e informativos¹³⁹ acostados ou que podem vir a ser acostados nos autos do processo judicial – ou, no caso da prisão temporária, da investigação policial.

Com efeito, não se exige uma fundamentação, por parte do julgador, que demonstre a certeza de autoria. Tal acerto só advém de uma sentença penal condenatória, sendo a cognição do julgador, quando decreta uma prisão cautelar, sumária, em sua extensão e profundidade¹⁴⁰. Badaró ao tratar do tema, explica que o juiz, na prisão cautelar, não decide com base no *ius*, mas no *fumus ius* (no caso, *fumus comissi delicti*), assim dizendo:

Inegavelmente, a questão da certeza é estranha ao processo cautelar. O juiz não decide com base no *ius*, mas no *fumus boni iuris*. E porque precisa decidir logo, ante o perigo da demora, não é possível desenvolver atividade cognitiva no mesmo grau de

¹³⁷ CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 238; GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 46-47.

¹³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 633.

¹³⁹ CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 239.

¹⁴⁰ CRUZ, *loc. cit.*

profundidade daquela desenvolvida para o provimento definitivo, no qual se busca a certeza do direito pleiteado.¹⁴¹

Assim, o que magistrado deve averiguar é se há indícios de que o sujeito que sofrerá a prisão tenha praticado crime e, sobre o crime, deve se verificar o enquadramento nos pressupostos exigidos pela Lei.

Outro pressuposto (ou requisito¹⁴², ou fundamento¹⁴³, a depender do doutrinador) é o chamado *periculum libertatis*. Se no processo civil tem-se o *periculum in mora*, no penal há o perigo gerado pelo estado de liberdade do indivíduo, que deve ser tal gravidade que justifique a prisão. O pressuposto do perigo de estado de liberdade, já era apontado pela doutrina há algum tempo¹⁴⁴ e pela jurisprudência dos tribunais superiores, como exemplifica o HC 151788/PR, julgado pelo Segunda Turma do STF em 2018. Neste julgado, asseverou-se que a imposição de medida cautelar pessoa, sem indicação de pressupostos fáticos que indiquem a necessidade da medida, constitui antecipação de pena. Também, asseverou a excepcionalidade da prisão preventiva, bem como a presunção de inocência, elementos já examinados nesta monografia. Assim foi ementado o referido *Habeas Corpus*, por nós grifado:

Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Crimes previstos nos arts. 2º, § 4º, II, da Lei nº 12.850/13 e nos arts. 288, 317, caput e § 1º, 319, 321, todos do Código Penal. Prisão preventiva. Artigo 312 do Código de Processo Penal. Pretendida revogação da prisão ou da substituição por medidas cautelares diversas. Artigo 319 do Código de Processo Penal. Garantia da instrução processual e aplicação da lei penal. Fundamentos afastados pelo Superior Tribunal de Justiça no aresto questionado. Análise circunscrita à necessidade de manutenção da constrição sob a óptica da garantia da ordem pública. Insubsistência diante das atuais circunstâncias. Hipótese em que as medidas cautelares diversas da prisão se mostram suficientes para obviar o *periculum libertatis* reconhecido na espécie. Ordem concedida. Prejudicialidade do agravo regimental da Procuradoria-Geral da República. 1. **O princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), como norma de tratamento, significa que, diante do estado de inocência que lhe é assegurado, o imputado, no curso da persecução penal, não pode ser tratado como culpado nem ser a esse equiparado.** 2. **A imposição de qualquer medida cautelar pessoal, inclusive a prisão, reclama a indicação dos pressupostos fáticos que autorizem a conclusão de que o imputado, em liberdade, criará riscos para os meios ou o resultado do processo, pois, do contrário, estar-se-ia incorrendo em verdadeira antecipação de pena.** 3. **A prisão preventiva é a ultima ratio, a derradeira medida a que se deve recorrer, e somente poderá ser imposta se as outras medidas cautelares dela diversas não se mostrarem adequadas ou**

¹⁴¹ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-18.6>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁴² GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 72.

¹⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 633.

¹⁴⁴ GIACOMOLLI, *op. cit.*, p. 74; GOMES FILHO, 2014. [livro eletrônico]. NICOTTI, André Luiz. **Lei nº12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 48.

suficientes para a contenção do *periculum libertatis* (art. 282, § 6º, CPP). 4. Não há como se ignorar a gravidade das condutas imputadas ao paciente que supostamente contribuiu, em um contexto de organização criminosa, para a inserção de alimentos sem fiscalização adequada no mercado. **Porém, por mais graves e reprováveis que sejam essas condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar. Precedentes.** 5. A análise dos elementos que conduziram à decretação e à manutenção da custódia do paciente demonstra a subsistência do *periculum libertatis*, que pode ser atenuado com medidas cautelares diversas e menos gravosas que a prisão, mesmo porque o período de sua custódia provisória até o momento também poderá servir de freio à possível reiteração dessas eventuais condutas ilícitas. Precedentes. 6. Não há como se ter por suficiente a justificativa quanto ao indeferimento da revogação à custódia, seja para fundamentar a garantia da ordem pública, seja para fundamentar a conveniência da instrução. Primeiro porque, em relação a essa, o próprio magistrado reconheceu que a instrução da ação penal já se encerrou. Segundo porque, em relação àquela, foi noticiada a adoção de medida cautelar de sequestro de bens imóveis, entre outras medidas, para obstaculizar a aventada tentativa de alienação de patrimônio. 7. Essas circunstâncias, não obstante compreensão diversa da Procuradoria-Geral da República em seu parecer, quando analisadas em conjunto, fragilizam consideravelmente a remanescente justificativa da custódia - garantia da ordem pública -, sendo que a adoção de medidas cautelares outras (CPP, art. 319) seriam suficientes para a contenção do *periculum libertatis* verificado. 8. Estando descaracterizada a necessidade da prisão do paciente em face da garantia da ordem pública, a imposição de medidas cautelares diversas da custódia mostra-se suficiente para mitigar o aventado risco que sua liberdade representaria à ordem pública, até porque, como já reconheceu esta Corte, as outras medidas cautelares previstas na lei processual podem ser tão onerosas ao implicado quanto a própria prisão (v.g. HC nº 121.089/AP, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 17/3/15). 9. Habeas corpus concedido para, uma vez ratificada a liminar deferida, substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares dela diversas (CPP, art. 319), a serem estabelecidas pelo juízo de origem. 10. Prejudicialidade do agravo regimental interposto pela Procuradoria-Geral da República contra a decisão liminar proferida.¹⁴⁵

O pressuposto do *periculum libertatis*, que, como vimos, já era uma decorrência da doutrina e da jurisprudência, foi positivado pela Lei 13.964/2019, ao dar nova redação ao art. 312, acrescentando-lhe a exigência de se demonstrar o “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”.

Passemos a analisar a incidência do dever de motivação em cada uma das modalidades de prisão cautelar.

5.1 PRISÃO EM FLAGRANTE

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 151.788/PR. Rel.Min. Dias Toffoli. Segunda Turma. Julgado em: 14 ago. 2020. Publicado no DJe em: 07 nov. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338999843&ext=.pdf> Acesso em: 09 nov. 2020.

A hipótese de prisão em flagrante está prevista no art. 301¹⁴⁶ e seguintes do CPP, que dispõe que qualquer do povo pode e a autoridade policial e seus agentes devem prender quem esteja em flagrante delito. De acordo com o jurista Nereu Giacomolli¹⁴⁷, a prisão em flagrante constitui uma medida pré-cautelar.

Na mesma toada, o professor Odone Sanguiné explica que a prisão em flagrante é uma medida administrativa de pré-cautela, ou, ainda, subcautelar, ou pré-jurisdicional, tendo apenas a função de pré-captura¹⁴⁸. Ela ocorre conforme as hipóteses do art. 302 do CPP¹⁴⁹. Trata-se, pois, da única hipótese, prevista no CPP, em que ocorre uma prisão sem a ordem escrita e fundamentada de um juiz.

Badaró leciona que tal prisão inicia-se como medida administrativa e, após, é jurisdicionalizada, e tem a finalidade de, por um lado, evitar a prática criminosa ou deter seu autor e, por outro, tutelar a prova do crime e de sua autoria. Referido autor divide a prisão em três momentos: “(1) a prisão-captura; (2) a lavratura do auto de prisão em flagrante; (3) a prisão-detenção.”¹⁵⁰

A prisão em flagrante, portanto, limita-se a um momento inicial de imposição de medida cautelar de prisão. Ela subsiste apenas entre a lavratura do auto de prisão em flagrante e a análise judicial da legalidade da prisão e da necessidade da manutenção de prisão cautelar ou de sua substituição por medida diversa da prisão.

A prisão em flagrante distingue-se, assim, da prisão preventiva e da prisão temporária por sua precariedade. Não se pode falar em motivação quando da prisão em flagrante, uma vez que este dever destina-se ao julgador, de modo que o flagrante prende, mas não manterá ninguém preso por si só – haverá necessidade de um provimento jurisdicional¹⁵¹ e, este sim, deverá cumprir os requisitos da motivação de que trataremos adiante.

¹⁴⁶ “Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.” BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

¹⁴⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 13.

¹⁴⁸ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar – medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 87.

¹⁴⁹ “Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.” BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

¹⁵⁰ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-18.17>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁵¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 46.

O jurista Eugênio Pacelli, sinteticamente, explica que a prisão em flagrante, “em primeiro lugar, independe de ordem judicial, dada o seu caráter emergencial. Em segundo, esgota-se tão logo realizadas as suas funções, não havendo justificativa para prosseguir no tempo, dado que já encerrada a situação flagrancial com a prisão”¹⁵².

A motivação interessa, na prisão em flagrante, justamente neste segundo momento, em que o caso é levado ao juízo. Com efeito, conforme o comando constitucional do art. 5º, inc. LXII¹⁵³, da CRFB, que determina que o juiz seja comunicado imediatamente da prisão de qualquer pessoa, encontra, no CPP, maior densidade normativa e um rito específico para esta situação. Este procedimento está descrito no art. 310 daquele diploma legal, com nova redação dada pela Lei nº 13.964/2019, que prevê:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.¹⁵⁴

No momento em que o juiz recebe o auto de prisão em flagrante, que deve ser remetido a ele em até 24h contadas da prisão, o juiz promoverá audiência de custódia, com a presença do acusado, seu defensor e membro do Ministério Público, para, nessa audiência,

¹⁵² PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24ª Ed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 406.

¹⁵³ “LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;” BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

¹⁵⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

fundamentadamente, decidir pelo: (1) relaxamento da prisão; (2) conversão do flagrante em preventiva; (3) concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança.

Verifica-se que a Lei 13.964/2019 inseriu no CPP a necessidade uma audiência específica, em que o juiz decidirá sobre os três pontos acima, ouvidas as partes. É neste momento que o dever de motivação aparece, de sorte que o juiz, para cada uma daquelas decisões, deverá fundamentar, cumprindo os requisitos de que trataremos adiante.

Por exemplo, o juiz, após ouvir as partes, poderá mandar prender, preventivamente, a pedido do Ministério Público, o flagrante. Com efeito, nessa decisão, ele deverá percorrer um *iter* decisório em que analisará a própria legalidade do flagrante¹⁵⁵, depois demonstrará serem incabíveis as medidas cautelares alternativas, também que há perigo gerado pelo estado de liberdade do flagrado e que sua prisão é necessária para proteger algum dos fundamentos previstos no art. 312. Sobre a prisão preventiva trataremos adiante.

Passemos ao exame da incidência da motivação na prisão temporária.

5.2 PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária é uma modalidade de prisão cautelar, instituída pela Medida Provisória nº 111, em 1989, convertida, posteriormente, na Lei nº 7960/89, cuja duração é limitada no tempo, cabível apenas na fase de investigação policial, com o fim de evitar que, em liberdade, o investigado possa dificultar a colheita de elementos de informação durante a investigação policial de determinados crimes¹⁵⁶, elencados na própria Lei 7960/89, nas alíneas de seu artigo 1º¹⁵⁷.

¹⁵⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. *e-book* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073321/anchor/a-100073321>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

¹⁵⁶ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-18.34>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁵⁷ “Art. 1º Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao 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) seqüestro 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 e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (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 art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º

Tal modalidade de prisão enfrentou, desde sua criação, críticas da doutrina. Schieti Cruz menciona que desde o nascedouro, setores da doutrina criticavam tal modalidade de prisão ora alegando ser esta a “legalização” das “prisões por averiguação”, ora alegando que esta é inconstitucional, uma vez que foi introduzida ao sistema normativa por medida provisória, instrumento inadequado para legislar acerca de matéria de direito penal e processual penal¹⁵⁸. O mesmo autor assevera, no entanto, que tais críticas não encontraram guarida na jurisprudência dos tribunais superiores. Quanto a sua natureza jurídica, Badaró e Cruz, por exemplo, consideram-na uma prisão cautelar¹⁵⁹¹⁶⁰.

Odone Sanguiné, por sua vez, considera a prisão temporária uma prisão pré-cautelar ou subcautelar, a exemplo do flagrante, pois antecipa uma medida cautelar posterior, somente conservando sua validade se em uma medida cautelar for convertida¹⁶¹. Sanguiné crítica fortemente tal modalidade de prisão, uma vez que esta é, em seu entender,

[...] uma prisão inquisitiva do suspeito, ainda não indiciado, sem culpa formada e fora das hipóteses de flagrância. Portanto, trata-se de um corpo bizarro que deve ser banido do Estado de Direito por constituir uma medida arbitrária que não exige qualquer indício de que tenha o detido participado do crime.¹⁶²

Odone entende que a prisão temporária é inconstitucional, pois as três hipóteses de decretação de prisão temporária estão em desconformidade com a CFRB. O inciso I violaria a legalidade processual, em sua faceta de proibição de indeterminação da norma processual penal; o inciso II ofende a isonomia perante a lei processual penal, pois permite a prisão de grupos sociais excluídos ou marginalizados; o inciso III, por seu turno, institui uma presunção de culpabilidade¹⁶³. Por fim, o professor Sanguiné defende que a prisão temporária constitui uma violação do princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, se trata de uma prisão cautelar que macula o direito do cidadão a não ser obrigado a apresentar provas que lhe desfavoreça. Assim leciona o professor:

da Lei n° 2.889, de 1° de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n° 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.” BRASIL, **Lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁵⁸ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 241.

¹⁵⁹ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-18.34>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁶⁰ CRUZ, *loc. cit.*.

¹⁶¹ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 748

¹⁶² *Ibidem*, p. 524.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 526-528.

Qualquer espécie de prisão cautelar e, portanto, a prisão temporária, não pode ser utilizada como mecanismo para obter prova para obter a colaboração ativa do imputado durante a investigação ou inclusive no curso do processo (como instrumento de pressão para constrangê-lo a confessar a autoria de crime), nem para impulsionar a investigação, mas somente para preservá-la de pressões ou obstruções e para evitar o desaparecimento de provas, hipóteses em que a medida necessária e adequada será a imposição de medida alternativa à prisão ou, se insuficiente, a prisão preventiva.¹⁶⁴

Convém destacar que há duas ADIs que questionam a Lei 7.960/89, quais sejam: (a) ADI nº 3.360-3 e (b) ADI 4.109. Ambas ainda estão pendentes de julgamento.

O objeto principal a ser acautelado por esta medida é o Inquérito Policial, procedimento administrativo voltado a esclarecer suficientemente algum fato para habilitar o titular da ação penal (Ministério Público, na ação penal pública incondicionada e condicionada à representação; querelante, na ação penal privada) a formar sua *opinio delicti*¹⁶⁵. Odone Sanguiné leciona que tal modalidade de prisão pode dar-se até mesmo antes da instauração do Inquérito Policial¹⁶⁶.

Entretanto, a prisão temporária não pode ocorrer por mera comodidade ou conveniência, mas, “da verdadeira necessidade da medida, aferida caso a caso”¹⁶⁷, nas hipóteses dos incisos do art. 1º, da Lei n. 7.960/89.

A prisão temporária, portanto, é cabível apenas e tão somente antes de iniciado o processo, uma vez que visa a tutelar a investigação que embasa eventual denúncia, tornando-se, logicamente, desnecessária quando houver o encerramento das investigações – o que não a impede de ser convertida em prisão preventiva, por exemplo.

A exigência da motivação aparece na Lei 7960/89 no art. 2º, §2º, que dispõe que o decreto de prisão temporária deverá ser fundamentado, *in verbis*:

§ 2º O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.¹⁶⁸

Na decisão que decreta a prisão temporária, portanto, há necessidade de se motivar. Com efeito, devem ser cumpridos os requisitos da motivação, que serão tratados adiante.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 530.

¹⁶⁵ CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020 p. 242.

¹⁶⁶ SANGUINÉ, *op. cit.*, p. 95.

¹⁶⁷ CRUZ, *op. cit.*, p. 243.

¹⁶⁸ BRASIL, **Lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

Evidentemente, há adaptações necessárias. Por exemplo, a prisão temporária ocorre após a representação de autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, sem prévia ouvida da parte contrária, dada a urgência da medida. Ou seja, aqui a dialeticidade, requisito substancial da decisão, aparecerá posteriormente à decisão. O que o juiz deve fazer, no *iter* decisório, é demonstrar o porquê de a medida ser necessária, se se enquadrada na hipótese de um dos crimes elencados nas alíneas do art. 1º, inc. III, e fundamentar o tempo que aplicou a medida.

Gomes Filho explica que o *periculum libertatis* depreende-se dos incisos I e II do art. 1º, ao passo que o inciso III do mesmo artigo diz respeito ao *fumus boni iuris* (terminologia utilizada pelo referido autor), requisitos das medidas cautelares pessoais. Para demonstrar o *fumus boni iuris*, o juiz deve indicar qualquer prova admitida na legislação processual penal, tida como indício suficiente para perfectibilizar o requisito do art. 312 do CPP, aplicável também nesta modalidade de prisão¹⁶⁹.

Em relação ao *periculum libertatis*, Gomes Filho ensina que:

Quanto ao *periculum libertatis*, na primeira situação, a motivação que evidenciam a exigida imprescindibilidade para a investigação, mostrando como e por que sem a prisão determinadas diligências não poderão ser realizadas; no segundo caso, não pode ser omitida a indicação do fato concreto que caracteriza um dos pressupostos alternativamente indicados pela lei.¹⁷⁰

Ainda, quanto à prisão temporária, a motivação deve atentar-se que os incisos do art. 1º da Lei 7960/89 não devem ser aplicados isoladamente¹⁷¹. Para decretar-se a prisão temporária não basta apenas o inciso I ou III, mas sim uma combinação de ambos¹⁷². O inciso II, que diz respeito ao indiciado sem residência fixa ou que não fornece elementos necessários para sua identificação, é, como ensina Lopes Júnior, “completamente contingencial, ou seja, sozinho, não autoriza a prisão temporária, e sua combinação apenas com o inciso I ou apenas com o inciso III não justifica a prisão temporária. Mais do que isso, o inciso II acaba sendo absorvido pela ‘imprescindibilidade’ do inciso I, tornando-se logicamente redundante.”¹⁷³

¹⁶⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. E-book. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073321/anchor/a-100073321>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

¹⁷⁰ GOMES FILHO, *loc. cit.* E-book.

¹⁷¹ CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium, 2020. p. 243.

¹⁷² LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 182.

¹⁷³ LOPES JÚNIOR, *loc. cit.*

5.3 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva, a partir da Lei 12.403/11, que deu nova redação ao art. 283, passou a ser a única prisão cautelar que pode ser decretada no curso de uma ação penal¹⁷⁴. Atualmente, com a Lei 13.964/19, o artigo teve sua redação novamente alterada, porém sem alterar seu conteúdo substancialmente. Assim está redigido o artigo:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).¹⁷⁵

Em decorrência do princípio da legalidade, já versado no presente trabalho, a prisão preventiva poderá ser realizada apenas quando houver expressa previsão legal de seus pressupostos¹⁷⁶.

Pacelli leciona que a prisão preventiva apresenta duas características bem definidas, podendo ser autônoma ou podendo ser decretada independente de qualquer outra providência cautelar pretérita ou subsidiária, em razão do descumprimento de medida cautelar imposta anteriormente¹⁷⁷.

A hipótese de prisão preventiva autônoma pode ocorrer como conversão de uma prisão em flagrante, prevista no art. 310, II do CPP ou a qualquer momento ou fase da investigação ou do processo (art. 311 do CPP), de modo independente. Assim dispõe o art. 311 do CPP:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)¹⁷⁸

Os requisitos exigidos pela Lei estão contidos no art. 313 do CPP, que dispõe:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva;
I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

¹⁷⁴ CRUZ, *op. cit.* p. 248

¹⁷⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

¹⁷⁶ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24ª Ed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 416.

¹⁷⁷ PACHELLI, *loc. cit.*

¹⁷⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

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

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

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.¹⁷⁹

Por este dispositivo, extrai-se que, um agente primário, por exemplo, só pode ter a prisão preventiva decretada em caso de imputação de crime doloso, com pena cominada máxima de quatro anos. Ainda, pode-se decretar prisão preventiva no caso de agente reincidente em crime doloso, ou, no caso de crime que envolve violência doméstica e familiar, contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência para fins de garantir a execução de medidas protetivas de urgência. Nestas duas últimas hipóteses, dispensa-se o critério do inciso I, de cominação de pena máxima de quatro anos.

Ainda, por força do §1º¹⁸⁰ do art. 313, do CPP, admite-se a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil do agente, o qual deve ser posto em liberdade tão logo esclareça sua identidade. A decretação de prisão preventiva, neste caso, como leciona Sanguiné, “não é automática e depende da coexistência dos seguintes requisitos: (a) *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*; (b) crime *doloso*; (c) não será cabível em *infrações de menor potencial ofensivo*.”¹⁸¹

A hipótese de decretação de prisão preventiva subsidiária ocorre em decorrência do disposto no art. 282, §4º do CPP, que dispõe:

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.¹⁸²

¹⁷⁹ BRASIL. Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

¹⁸⁰ “§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.” BRASIL. Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

¹⁸¹ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar – medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 150.

¹⁸² BRASIL. Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

Logo após, no art. 312, §1º¹⁸³, o CPP reafirma tal hipótese de aplicação do instituto da prisão preventiva em caso de descumprimento de outras medidas cautelares.

A Lei n. 13.964/19 inovou ao retirar a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício, tanto no caso da prisão preventiva autônoma quanto na subsidiária, por força do art. 311 e do parágrafo §4º, do art. 282, ambos do CPP, acima citados¹⁸⁴. A impossibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva *ex officio* era defendida pelo professor Giacomolli, em sua obra de 2013, uma vez que, no seu entender, o interesse em acautelar o processou ou de garantir a incidência da potestade punitiva é da acusação, e não de quem julgará o caso¹⁸⁵. O professor entende que uma leitura constitucional e convencional do processo penal afastaria a hipótese de o juiz decretar a prisão preventiva sem requerimento expresso do Ministério Público ou do querelante¹⁸⁶.

Ou seja, tal prisão preventiva é subsidiária, pois ocorre apenas se outras obrigações cautelares impostas não forem cumpridas pelo agente. Evidentemente, este descumprimento, para ensejar a prisão, deve ser injustificado. Odone Sanguiné leciona que tal prisão, chamada por ele de prisão preventiva substitutiva, possui fonte normativa autônoma e própria, não se submetendo aos requisitos do art. 313. O professor acrescenta que,

[...] para a decretação da prisão preventiva substitutiva basta que haja: (a) decretação inicial da medida cautelar alternativa à prisão (art. 319 ou 320 do CPP); (b) descumprimento posterior de qualquer das obrigações impostas; (c) ineficácia ou inadequação da imposição de outra medida alternativa em substituição ou em cumulação (caráter subsidiário da prisão preventiva). A decretação da prisão preventiva será cabível, em princípio, nos (i) crimes dolosos ou culposos, inclusive com (ii) pena máxima cominada igual ou inferior a quatro anos, pois o parágrafo único do art. 312 do CPP não cogita de fundamento, mas sim de hipótese de cabimento da prisão cautelar.¹⁸⁷

Enfatizamos, ainda, que, para decretar-se a prisão preventiva, deve-se observar, além dos requisitos autorizadores do art. 313 do CPP, os pressupostos inerentes a qualquer medida

¹⁸³ “§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o)”. BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

¹⁸⁴ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. BRUNI, Aline Thaís. AMARAL, Cláudio do Prado. SAAD-DINIZ, Eduardo. MORAIS, Hermes Duarte. **Pacote Anticrime** – Comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Editora Almedina Brasil. 2020. p. 105.

¹⁸⁵ GIACOMOLLI Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 82.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 83

¹⁸⁷ SANGUINÉ Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 162.

cautelar – *fumus comissi delicti e periculum libertatis* – com os requisitos ou os motivos autorizadores indicados no art. 312 do CPP¹⁸⁸, que dispõe:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.¹⁸⁹

Neste dispositivo estão os quatro motivos que ensejam a prisão preventiva. Ao magistrado, em sua fundamentação, competirá, portanto, motivar sua decisão justificando que, a segregação cautelar do agente justifica-se para garantir a ordem pública ou econômica, para assegurar a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal. Cruz, ao tratar do tema, critica o legislador que ainda não extirpou o termo “conveniência” do artigo, substituindo, por exemplo, por “necessidade”, que traduziria melhor a finalidade a que se destina o provimento cautelar fundamentado no resguardo da instrução criminal¹⁹⁰.

A necessidade de motivação, neste tipo de prisão cautelar, aparece justamente na justificação do uso de um desses motivos. Por exemplo, ao decretar a prisão preventiva para proteção da instrução criminal, deverá o magistrado apontar, concretamente, qual indício evidencia que o agente está tumultuando ou ameaçando a instrução criminal. É um requisito estritamente instrumental, cautelar¹⁹¹, uma vez que objetiva resguardar os meios do processo penal, ou seja, as provas, de serem ameaçadas, perturbadas, manipuladas¹⁹².

Ainda, logicamente, a necessidade de proteger a instrução criminal desaparece tão logo esta é encerrada a instrução ou, tão logo o elemento probatório a que se visava resguardar é levado ao processo.

Por seu turno, a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal também é eminentemente cautelar. Aqui o juiz deverá justificar a prisão preventiva apontando dados que indiquem o perigo de fuga ou a própria fuga. Giacomolli aponta que o risco de fuga não se relaciona necessariamente com o crime praticado, com a sanção prevista em abstrato, mas com outras circunstâncias do acusado, como “domicílio ou residência habitual, negócios, trabalho,

¹⁸⁸ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 252.

¹⁸⁹ BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

¹⁹⁰ CRUZ, *op. cit.*, p. 255.

¹⁹¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 78.

¹⁹² CRUZ, *loc. cit.*

profissão, bens, investimentos, relações familiares, ligações no Estado e país onde se desenvolve o processo, comportamento do acusado no processo ou em outros feitos.”¹⁹³.

Nos dois outros motivos que fundamentam a prisão preventiva, quais sejam, garantia da ordem pública e ordem econômica, é mais difícil identificar a cautelaridade da prisão preventiva¹⁹⁴. São conceitos jurídicos indeterminados a que o juiz, em cada caso, dará concretude, sem o que, estará realizando uma decisão carente de motivação, conforme veremos adiante. Gomes Filho alerta que, nestes casos, por tratar-se de conceitos jurídicos indeterminados, a motivação deve ser ainda mais pormenorizada, assim leciona o professor:

A motivação nesses casos não somente é possível, mas – e até pelo apontado risco – deve ser escrupulosamente exigida, cabendo aqui fazer remissão ao que ficou dito anteriormente a respeito da motivação das decisões fundadas em standards, em que tanto a justificação interna como a externa possuem certas características especiais que devem ser observadas.¹⁹⁵

Outro aspecto a ser levado em conta pelo magistrado é a projeção da pena a ser aplicado no caso concreto. Com efeito, embora o CPP não o exija expressamente, o professor Gustavo Badaró aponta que tal exame é necessário em decorrência de que qualquer medida cautelar visa a um resultado do reconhecimento do direito debatido no processo principal¹⁹⁶. Referido autor defende que se deve ir além da pena máxima cominada ao delito, requisito do inciso I, do art. 313, examinando-se a provável pena a ser aplicada no caso concreto, atentando-se se será caso de, em uma possível condenação, aplicar a pena privativa de liberdade. Assim leciona o professor:

A análise do “direito hipotético” não deve se limitar à “probabilidade de uma condenação”. Há mais a ser considerado nesse juízo prognóstico. O juiz deverá também **considerar a probabilidade de que seja imposta uma pena privativa de liberdade a ser executada em regime prisional**. Somente no caso em que se anteveja, com base nos elementos concretos existentes nos autos, que o acusado terá que se submeter a uma pena privativa de liberdade, a prisão cautelar será proporcional ao provimento definitivo que ela visa assegurar.

Caso o prognóstico judicial seja de que a pena a ser imposta será somente de multa, ou uma pena privativa de liberdade que será substituída por pena restritiva de direito,

¹⁹³ GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 80.

¹⁹⁴ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 256.

¹⁹⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. *e-book* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. *E-book*. Disponível em: < <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073321/anchor/a-100073321>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

¹⁹⁶ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-18.13>. Acesso em: 09 nov. 2020.

ou, ainda, uma pena privativa de liberdade que será condicionalmente suspensa (*sursis*), ou, finalmente, uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime aberto, será ilegal a decretação da prisão preventiva, posto que desproporcional ao resultado final do processo cuja utilidade se quer assegurar.¹⁹⁷ – grifo nosso.

Quanto a isto, é interessante observar a jurisprudência do STF, nos casos em que a prisão preventiva se mantém após sentença que fixa pena privativa de liberdade em regime aberto. Neste caso, encontram-se alguns julgados daquela Corte, em que se concede ordem de *habeas corpus* para revogar a prisão preventiva, por exemplo, o HC 115.786/MG, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, assim ementado:

Habeas corpus. 2. Roubo majorado pelo emprego de arma (art. 157, §2º, I, do CP). Paciente condenada à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicialmente aberto. 3. Manutenção da custódia cautelar da paciente, sendo-lhe vedado o recurso em liberdade. 4. Violação ao princípio da proporcionalidade. Constrangimento ilegal configurado. 5. Ordem concedida.¹⁹⁸

Ainda, no que diz respeito à prisão preventiva, cumpre mencionar que a nova redação do art. 312 positivou que, a prisão preventiva, pode dar-se apenas quando houver indício de perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado que é, a nosso ver, a positivação do pressuposto de qualquer medida cautelar, qual seja, o *periculum libertatis*.

Também, convém salientar que a inserção do §2º do art. 312 do CPP, que dispõe que a prisão preventiva deve basear-se na existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a segregação cautelar:

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.¹⁹⁹

Tal exigência se nos afigura como benfazeja, uma vez que se relaciona com o princípio da excepcionalidade, presunção de inocência e provisoriedade. Vale dizer: a segregação cautelar, dado que é o *ultimum remedium*, em razão da presunção de inocência, deve sempre pautar-se em fatos concretos, novos ou contemporâneos, uma vez que é uma providência provisória, destinada a perecer, tão logo se atinja o fim a que ela se destinava – por exemplo,

¹⁹⁷ BARARÓ, *loc. cit.* E-book.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 115.786/MG. Rel. Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 06 ago. 2013. Publicado no DJe em: 20 ago. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=163456277&ext=.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁹⁹ BRASIL. Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

garantir a instrução criminal, etc., ela deverá ser revogada pelo magistrado (art. 316²⁰⁰ do CPP). O mesmo dispositivo, em seu parágrafo único, trouxe o instituto da revisão periódica da prisão preventiva, de que já tratamos no início do presente trabalho.

5.4 PRISÃO DOMICILIAR

A prisão domiciliar é a medida cautelar que determina o recolhimento permanente do indiciado ou acusado em sua residência, dali não podendo ausentar-se senão por meio de autorização judicial expressa²⁰¹. Foi instituída pela Lei n. 12.403/2011, que deu origem aos atuais artigos 317²⁰² e 318 do CPP. Trata-se de, nos dizeres do professor Sanguiné,

[...] uma espécie de prisão preventiva ‘mitigada’ com nova forma de cumprimento em regime domiciliar, aplicável em situações excepcionais por motivos humanitários, em razão das circunstâncias pessoais do imputado previstas no art. 318 do CPP em que a prisão preventiva configuraria um tratamento cruel e desumano.²⁰³

A prisão preventiva é aplicada não como uma alternativa à prisão preventiva, tal como ocorre com as medidas previstas no art. 319 do CPP, mas sim como um substitutivo da prisão preventiva, desde que estejam presentes algumas das hipóteses arroladas no art. 318 e 318-A do CPP, quais sejam:

Art. 318. 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;
- V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
- VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

²⁰⁰ “Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.” BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

²⁰¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24ª Ed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p 432.

²⁰² Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

²⁰³ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar – medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 172.

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.²⁰⁴

Em qualquer destas hipóteses, aquele que pede pela prisão domiciliar deverá levar ao processo prova cabal e idônea de que se enquadra em alguma daquelas hipóteses²⁰⁵. Por tratar-se de uma forma atenuada de prisão preventiva, poderá ser concedida tanto ao indiciado, na fase de investigação, quanto ao acusado, no curso do processo²⁰⁶.

Cumpre, ainda, frisar que, por tratar-se de medida cautelar, o magistrado deve indicar o *periculum libertatis* (ou, na atual linguagem legal, o perigo gerado pelo estado de liberdade) do acusado²⁰⁷.

Sanguiné, quanto à primeira hipótese prevista pelo CPP, no art. 318, I, afirma que o legislador afastou-se, “sem qualquer justificativa plausível, do patamar de 60 anos, acolhido pelo Estatuto do Idoso, ou de 70 anos, previsto no art. 117 da LEP”²⁰⁸. Este requisito tem caráter objetivo, de modo que basta que o preso tenha mais de 80 anos, para que, por razões humanitárias, faça jus à substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar.

Ainda, conforme o inciso II do art. 318, impõe-se a prisão domiciliar no caso de preso com (a) doença grave ou (b) extremamente debilitado²⁰⁹. Sanguiné aponta que, uma leitura constitucional do dispositivo, com base no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CRFB²¹⁰) indicaria que, o preso preventivo, que se encontra em estabelecimento prisional sem condições de tratá-lo, deve ser posto em prisão domiciliar²¹¹.

Outras hipóteses são as que envolvem o preso preventivo imprescindível aos cuidados especiais de pessoas menor de seis anos de idade ou com deficiência, gestante a partir do sétimo mês ou gravidez de alto risco.

²⁰⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

²⁰⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24ª Ed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p 432.

²⁰⁶ SANGUINÉ Odone. **Prisão cautelar – medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 173.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 174.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 175.

²⁰⁹ SANGUINÉ, *loc. cit.*

²¹⁰ Art. 1º 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: [...] III - a dignidade da pessoa humana; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

²¹¹ SANGUINÉ, *loc. cit.*

Quanto à hipótese de prisão domiciliar para pessoa responsável por cuidado de criança, do inciso V, do art. 318, Pacelli aponta que houve, pela Lei 13.257/2018, uma desproporção dos papéis da maternidade e da paternidade na formação da infância, assim dizendo:

Evidentemente, nessas situações, o menor haverá que residir no local, com a ressalva da hipótese prevista no inciso V. A respeito deste dispositivo, recentemente acrescentado ao Código de Processo Penal por força da Lei 13.257/2016, entendemos que o legislador criou inaceitável desproporção no que se refere aos papéis da maternidade e da paternidade na formação e proteção da infância, indo na contramão da evolução do direito parental. A substituição da prisão preventiva pela domiciliar de quem é pai está condicionada a ser ele o único responsável pelos cuidados de filho de até doze anos; no caso da mulher, o único requisito é a maternidade. Nos termos da lei, portanto, mesmo que a mulher more em outro estado da federação, ou pior, que tenha sido destituída do poder familiar em relação ao filho, poderá ainda assim se beneficiar da substituição da prisão, supostamente em atendimento ao interesse da criança. Igual regramento não se estende ao pai, mesmo que ele conviva diariamente com o filho, coabitando a residência e participando ativamente de sua criação e desenvolvimento pessoal, salvo se for o único responsável.²¹²

Assim, dado que há exigência de prova cabal e técnica, como visto, dos pressupostos para prisão domiciliar, há a consequência de que o juiz motive sua decisão com base nesta prova. Assim, por exemplo, nas hipóteses previstas no inciso I e III do art. 318, para comprovar a idade de 80 anos ou de criança menor de 12, a comprovação se dá mediante certidão de nascimento ou documento equivalente²¹³. Com estes elementos o juiz decidirá.

5.5 PRISÃO EXTRADICIONAL

A prisão extradicional serve para, em caso de urgência, assegurar a execução de uma medida de extradição²¹⁴, para, em suma, garantir a aplicação da lei penal²¹⁵. A atual disciplina da extradição encontra-se na Lei 13.445/17, a chamada Lei de Migração, ao lado do Decreto nº 9.199/17.

A Lei de Imigração, em seu art. 84, dispõe:

Art. 84. Em caso de urgência, o Estado interessado na extradição poderá, previamente ou conjuntamente com a formalização do pedido extradicional, requerer, por via diplomática ou por meio de autoridade central do Poder Executivo, prisão cautelar com o objetivo de assegurar a executoriedade da medida de extradição que, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta Lei ou

²¹² PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24ª Ed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p 432.

²¹³ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 178

²¹⁴ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2020. *E-book*. p. 1447.

²¹⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24ª Ed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p 444.

em tratado, deverá representar à autoridade judicial competente, ouvido previamente o Ministério Público Federal.²¹⁶

Nos parágrafos deste artigo²¹⁷, estão as disposições complementares, as quais informam que o pedido de prisão cautelar deve conter informação sobre o crime cometido e deve ser fundamentado, em que consta explicitamente, portanto, a necessidade de motivação, quando o julgador apreciar o pedido.

5.6 PRISÃO DO FALIDO

A Lei n. 11.101/05, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, prevê a hipótese de, na sentença que decreta a falência do devedor, decretar-se a prisão preventiva.

Tal possibilidade decorrer do inciso VII, do art. 99 da Lei 11101/05, que dispõe:

VII – determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei;²¹⁸

No entanto, conforme nos leciona o professor Sanguiné, por força da vedação constitucional de prisão civil por dívida (art. 5º, LXVII²¹⁹) - salvo a prisão civil por obrigação

²¹⁶ BRASIL. **Lei n. 13.445 de 24 de maio de 2017**. Disponível em: < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

²¹⁷ “§ 1º O pedido de prisão cautelar deverá conter informação sobre o crime cometido e deverá ser fundamentado, podendo ser apresentado por correio, fax, mensagem eletrônica ou qualquer outro meio que assegure a comunicação por escrito. § 2º O pedido de prisão cautelar poderá ser transmitido à autoridade competente para extradição no Brasil por meio de canal estabelecido com o ponto focal da Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol) no País, devidamente instruído com a documentação comprobatória da existência de ordem de prisão proferida por Estado estrangeiro, e, em caso de ausência de tratado, com a promessa de reciprocidade recebida por via diplomática. § 3º Efetivada a prisão do extraditando, o pedido de extradição será encaminhado à autoridade judiciária competente. § 4º Na ausência de disposição específica em tratado, o Estado estrangeiro deverá formalizar o pedido de extradição no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data em que tiver sido cientificado da prisão do extraditando. § 5º Caso o pedido de extradição não seja apresentado no prazo previsto no § 4º, o extraditando deverá ser posto em liberdade, não se admitindo novo pedido de prisão cautelar pelo mesmo fato sem que a extradição tenha sido devidamente requerida. § 6º A prisão cautelar poderá ser prorrogada até o julgamento final da autoridade judiciária competente quanto à legalidade do pedido de extradição.” BRASIL. **Lei n. 13.445 de 24 de maio de 2017**. Disponível em: < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

²¹⁸ BRASIL. **Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

²¹⁹ “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

alimentícia e prisão do depositário infiel – a criação de nova modalidade de prisão civil é inconstitucional²²⁰. O professor conclui que:

Portanto, a prisão preventiva do falido somente poderá ser decretada por juiz criminal, e não no juízo cível falencial, e desde que existentes: (a) os requisitos cautelares previstos no art. 312 e ss. do CPP; (b) sentença civil declaratória da falência do devedor, que configura não só uma “condição objetiva de punibilidade” do crime falimentar, mas também um pressuposto para a prisão cautelar.²²¹

Passemos agora ao exame da motivação nas medidas cautelares alternativas à prisão.

5.7 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO

Vimos alguns aspectos gerais das medidas cautelares alternativas à prisão no ponto 2.1.2 do presente trabalho. Trataremos, agora, de verificar a incidência do dever de motivação nestas medidas.

Nelas, como em qualquer decisão judicial, incide o dever de motivação. Embora menos gravosa que a prisão cautelar, as medidas alternativas impõem restrições às liberdades individuais do agente que sofre a medida.

Por se tratarem de medidas cautelares, há necessidade de demonstração dos dois pressupostos materiais das medidas cautelares pessoais em processo penal: *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*²²². Há, no entanto, divergência doutrinária quanto ao nível de exigência do *fumus comissi delicti*.

Parte da doutrina entende que os pressupostos materiais das medidas alternativas seriam menos rigorosos quando comparados com os da prisão preventiva, de modo que seria equivocado condicionar a possibilidade de aplicar as medidas cautelares ao não cabimento da prisão preventiva, como o faz o art. 321 do CPP²²³. Renato Brasileiro de Lima, em seu manual de processo penal, por exemplo, explica que:

[...] tanto as prisões cautelares quanto as medidas cautelares diversas da prisão destinam-se a proteger a aplicação da lei penal, a apuração da verdade, ou, ainda, a

²²⁰ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 182.

²²¹ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 182.

²²² *Ibidem*, p. 684.

²²³ “Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

própria coletividade, ameaçada pela perspectiva do cometimento de novas infrações penais. O que varia, como se percebe, não é a justificativa para a adoção da cautela, mas sim o grau de lesividade decorrente de cada uma delas. Decretar a prisão preventiva com base na garantia de aplicação da lei penal e determinar a proibição de ausentar-se da comarca, com o recolhimento do passaporte do agente (CPP, art. 319, IV, c/c art. 320) têm igual preocupação em assegurar a aplicação da lei penal, variando apenas o quantum de sacrifício da liberdade do agente. É equivocado, portanto, querer condicionar a decretação das medidas cautelares do art. 319 ao não cabimento da prisão preventiva, como o faz o art. 321 do CPP, porquanto qualquer medida cautelar de natureza pessoal toma como parâmetro as mesmas circunstâncias que justificam a decretação da prisão preventiva.²²⁴

Por seu turno, Badaró entende que a intensidade de elementos probatórios exigidos para a verificação da existência de um crime e da probabilidade da autoria delitiva para as medidas dos artigos 319 e 320 do CPP é a mesma exigida para a decretação da prisão preventiva²²⁵.

Cruz explica que as medidas cautelares alternativas à prisão diferenciam-se da prisão cautelar, pois podem, “em regra, ser aplicadas a autores de quaisquer infrações penais a que se cominar pena privativa de liberdade, o que se inclui crimes culposos e crimes a que a lei preveja a possibilidade de substituição da pena”²²⁶

O legislador, ao criar as medidas cautelares alternativas à prisão, não fixou um patamar de pena máxima aplicável ao delito como condição de possibilidade para a decretação destas, como fez com a prisão, no art. 313, I, do CPP.

Lopes Jr., por sua vez, afirma que “a medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação.”²²⁷ Assim, as balizas do art. 313, do CPP, se aplicariam, também, às medidas cautelares alternativas à prisão.

As medidas cautelares alternativas à prisão estão previstas no art. 319 do CPP, e são as seguintes:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

²²⁴ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**: volume único. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodvm, 2020. p. 943.

²²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas Cautelares Alternativas à prisão preventiva. São Paulo: RT 2011. p. 219 *Apud* SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 685.

²²⁶ CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 193.

²²⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 634.

- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.²²⁸

Cumpra frisar que as medidas podem ser utilizadas isolada ou cumulativamente, conforme o §1º, do art. 282 do CPP²²⁹.

A medida do inciso I do rol é similar àquela advinda do *sursis* processual e com a obrigação a que se sujeita o indivíduo em liberdade provisória, porém com elas não se confunde²³⁰. É, ao contrário, uma medida cautelar autônoma, que pode ser cumulada com outra. As consequências do descumprimento desta medida também são diferentes – o inadimplemento do *sursis* processual gera revogação do acordo, por disposição §4º²³¹ do art. 89 da Lei 9.099/95 e a retomada do curso do processo, ao passo que o descumprimento da medida cautelar de comparecimento em juízo *pode* ensejar a decretação de prisão preventiva²³².

Por seu turno, nas hipóteses dos incisos II e III, há um explícito caráter profilático ou preventivo²³³. Exige-se que o magistrado demonstre que o agente, em contato com alguma pessoa (uma pessoa a quem o acusado possa por em risco) ou, frequentando algum local (um bar frequentado por desafetos do acusado) possa representar algum risco concreto. Cruz aponta que, para bem fiscalizar a aplicação destas medidas, convém que o magistrado decrete também a monitoração eletrônica, prevista no inciso IX do mesmo artigo, de modo a garantir que a medida seja mais eficaz²³⁴.

²²⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

²²⁹ “§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.” BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

²³⁰ CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar – dramas, princípios e alternativas**. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 194.

²³¹ “§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.” BRASIL. **Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

²³² CRUZ, *loc. cit.*

²³³ CRUZ, *loc. cit.*

²³⁴ *Ibidem*, p. 195.

Quanto à hipótese do inciso VI, qual seja, a “suspensão do exercício de função pública...” há necessidade de demonstrar que o agente, caso não seja suspenso, poderá praticar novas infrações penais relacionadas àquela função ou atividade. É, como ensina Schietti Cruz,

[...] providencia cautelar bem direcionada e específica, a ser utilizada principalmente para crimes funcionais, econômicas ou contra a ordem tributária, nas hipóteses em que se crê suficiente e idôneo para evitar a prática de novas infrações penais o simples afastamento das condições laborais ou das atividades que facilitaram o cometimento do ilícito penal²³⁵

De maneira geral, em qualquer das medidas cautelares, o magistrado tem uma margem de discricionariedade maior do que no caso da prisão preventiva. No entanto, atentará, em seu processo decisório, às disposições do art. 282 do CPP, à necessidade e à adequação²³⁶, cumprindo ao magistrado, de forma motivada, como ensina Schietti Cruz:

a) decidir se decreta ou não a cautelar pessoal, ante um juízo de suficiência da medida para o atingimento de um ou mais entre os objetivos indicados no inciso I;
b) escolher qual ou quais das cautelares pessoais é (ou são) mais adequadas(s) para prover a situação concreta, atento à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado (inciso II).²³⁷

Ainda, na doutrina, discute-se se há no processo penal um “poder geral de cautela”, ou seja, se o juiz pode aplicar medidas cautelares não previstas expressamente em lei. Badaró entende que não há possibilidade de aplicar-se medidas cautelares atípicas, uma vez que tal aplicação ofenderia o princípio da legalidade. O professor assevera que caso se considere o rol dos artigos 319 e 320 do CPP insuficiente, será necessária modificação legislativa, e não a criação jurisprudencial de novas medidas cautelares²³⁸. Badaró conclui seu raciocínio afirmando que “em termos de privação ou restrição da liberdade, em sede de persecução penal, a lei é o limite e garantia”²³⁹.

²³⁵ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 206.

²³⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. E-book. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073321/anchor/a-100073321>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

²³⁷ CRUZ, *op. cit.* p. 207.

²³⁸ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-18.50>. Acesso em: 09 nov. 2020.

²³⁹ BADARÓ, *loc. cit.* E-book.

Pensamento diverso encontramos na obra do jurista Renato Brasileiro de Lima. Tal autor compreender que, por força do art. 3º²⁴⁰ do CPP, é possível aplicar-se, subsidiariamente, o poder geral de cautela previsto no art. 297²⁴¹ do CPC²⁴². Brasileiro de Lima defende que, tal aplicação se dá para o juiz valer-se de alternativa não prevista na lei para evitar uma prisão preventiva desproporcional, por exemplo²⁴³. O limite para a aplicação de medidas cautelares atípicas é, também, a lei, de modo que, como ensina o professor, não deve a medida cautelar atípica ser mais gravosa do que alguma medida cautelar típica. Assim explica o professor Brasileiro de Lima sobre as três condições para se aceitar as medidas cautelares atípicas no processo penal:

A primeira condição já foi amplamente analisada quando abordamos o princípio da proporcionalidade, versando sobre a adoção de medida que seja capaz de atingir o fim proposto, e que não se mostre, por um lado, excessiva ou, por outro, insuficiente para a preservação do direito protegido pela providência cautelar. A segunda condição demanda a previsão legal para o sacrifício de direito fundamental do indivíduo (princípio da legalidade). Refere-se à possibilidade de adoção de medidas não previstas em lei, porém menos danosas em relação às normativamente positivadas. Em síntese, a medida alternativa menos gravosa assegura a consecução do fim cautelar mediante a restrição daqueles direitos que a medida excluída limita de forma excessiva. Logo, sendo certo que a medida mais danosa – a prisão preventiva – já se encontra prevista em lei, a restrição do direito limitado pela medida alternativa dispõe de cobertura legal, já que a lei autoriza a limitação em um volume maior que o finalmente ocasionado pelo meio substitutivo menos gravoso. A terceira condição aponta para a existência de meios materiais e humanos a serem providos pelo Poder Público para a execução e fiscalização do cumprimento das medidas adotadas.²⁴⁴

Por fim, como mencionamos no tópico 5.3, quando tratamos da prisão preventiva, o descumprimento de alguma medida cautelar alternativa à prisão pode ensejar o decreto de prisão preventiva.

²⁴⁰ “Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.” BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

²⁴¹ “Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.” BRASIL. **Código de processo civil de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 09 nov. 2020.

²⁴² LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**: volume único. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodvm, 2020. p. 1159.

²⁴³ *Ibidem*, p. 1158.

²⁴⁴ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**: volume único. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodvm, 2020. p. 1159.

6. REQUISITOS DA MOTIVAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR

6.1 ÊNFASE NA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES CAUTELARES²⁴⁵

Como dissemos no ponto 3.1.1, o dever de motivação foi ganhando densidade normativa pela legislação infraconstitucional, o que tornou este dever mais claro, mais compreensível ao operador jurídico e, especialmente, ao cidadão leigo. Tal dever, pela ótica do artigo 93, IX, da CRFB, como leciona o jurista Carlos Frederico Bastos Pereira, é uma regra; por seu turno, o conceito de “*decisão judicial fundamentada*” é um termo jurídico indeterminado²⁴⁶. O processo infraconstitucional foi fundamental para dar maior densidade ao que consideramos “*decisão judicial fundamentada*”.

Ressaltamos que o ponto mais alto desse processo foi a inserção dos vícios de fundamentação, no art. 489, §1º²⁴⁷, do CPC, em 2015, que foi copiado para o CPP, no art. 315, em especial em seu §2º, acrescido pela Lei 13.964-2019 de onde se extraem os parâmetros legais para verificar se a decisão está fundamentada ou não. Com o art. 489, §1º do CPC, criaram-se hipóteses típicas de decisões judiciais não fundamentadas²⁴⁸.

Chama-nos a atenção que os requisitos da motivação, que dão densidade normativa ao comando constitucional do art. 93, IX, especificando, pormenorizadamente, os vícios da motivação, tenham sido introduzidos em nosso ordenamento jurídico em matéria civil e não em matéria penal. Embora pudessem (e devessem) ser aplicados na seara processual penal, mesmo

²⁴⁵ Título inspirado no ponto 3, do capítulo XI, do livro de Schietti Cruz, “Prisão Cautelar – dramas, princípios e alternativas”.

²⁴⁶ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**: O controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/197856050/v1/page/RB-4.1>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

²⁴⁷ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” BRASIL. **Código de processo civil de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 nov. 2020.

²⁴⁸ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**: O controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/197856050/v1/page/RB-4.1>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

estando previstos apenas no CPC, como defendem Badaró²⁴⁹ e Schietti Cruz²⁵⁰, por exemplo, o legislador poderia, dado que no processo penal está em jogo a liberdade, a honra, o futuro, em suma, do indivíduo em face do Estado, ter introduzido, já quando da criação do atual CPC, ter inserido aqueles requisitos também no CPP. Esta discussão, no entanto, seria relativa à política legislativa, algo que não é objeto do presente trabalho.

Ressalta-se que o dispositivo, embora esteja localizado no capítulo que trata da Prisão Preventiva, no CPP, aplica-se a “qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão”, e também às demais espécies de prisão cautelar, conforme examinado acima, com as ressalvas lá contidas.

Assim está a atual redação do art. 315 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 13.964, de 24/12/ 2019, por nós grifado:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, **o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.**

§ 2º **Não se considera fundamentada** qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.²⁵¹

Também é de se destacar a nova redação dada ao §6º, do art. 282, do CPP, também por nós grifada:

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e **o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de**

²⁴⁹ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://preview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-18.1> Acesso em: 09 nov. 2020.

²⁵⁰ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 334.

²⁵¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (grifo nosso)²⁵²

Neste dispositivo dá-se, também, ênfase à motivação, ao exigir que o julgador justifique, com base no caso concreto, o porquê do não cabimento de substituição da prisão preventiva por outra medida cautelar, menos gravosa. Com esta nova redação, “será certamente maior o esforço argumentativo, tanto para o Ministério Público, ao requerer a prisão, quanto, sobretudo, do magistrado que a decretar, nos termos do novo texto legal”²⁵³.

Ainda, referimos o art. 2º, §2º, da Lei 7.960/89, que regulamenta a prisão temporária, que dispõe que a decisão que decreta a prisão temporária deve ser fundamentada²⁵⁴.

Por fim e ainda tratando das alterações feitas pela Lei nº 13.964/2019, mencionamos o art. 564, V²⁵⁵ do CPP, que implica a nulidade da decisão carente de fundamentação, assunto sobre o qual trataremos adiante.

Para cada uma das hipóteses de falta de motivação previstas na Lei faremos um tópico específico.

6.2. REQUISITOS DA MOTIVAÇÃO

A motivação, para ser idônea e cumprir a regra insculpida no art. 93, IX, da CRFB, deve cumprir certos requisitos. O professor Gomes Filho, em seu *A motivação das decisões penais*, elenca os seguintes requisitos substanciais: integridade; correção; racionalidade interna e; racionalidade externa²⁵⁶. Utilizaremos a classificação feita pelo professor, abordando cada um dos requisitos m tópicos específicos.

²⁵² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

²⁵³ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 334.

²⁵⁴ “§ 2º O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.” BRASIL, **Lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

²⁵⁵ “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] V - em decorrência de decisão carente de fundamentação.” BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 nov. de 2020.

²⁵⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. E-book. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073018/anchor/a-100073018>>. Acesso em: 9 nov. 2020].

6.2.1 Integridade (ou integralidade)

A integridade é o requisito de fundamentação que esclarece qual o caminho do raciocínio do julgador para a decisão final, em que o julgador deve enfrentar cada questão. Netto *et al.*, em sua obra de comentários à Lei nº 13.964/2019, utiliza-se da metáfora, ao dizer que esta etapa da motivação é:

[...] como se fosse uma prova de atletismo olímpico denominada corrida com barreiras. Cada avanço, cada passada e cada salto é um desafio superado que faz parte de um inteiro. Assim, cada decisão do julgador determina o passo para a seguinte decisão, e como tal, deve ser justificada.²⁵⁷

Por exemplo, ao decidir que uma prisão em flagrante deverá converter-se em preventiva, o juiz, percorrendo o *iter decisório*, identificará, de forma cumulativa, que o auto em prisão em flagrante está formalmente em ordem, depois, fundamentará o afastamento das medidas cautelares diversas da prisão no caso concreto e a necessidade imperiosa da decretação da prisão cautelar. Assim não agindo, o julgador decidirá sem motivação íntegra²⁵⁸.

A integridade envolve, ainda, a justificação de todos os elementos estruturais da decisão. Vale dizer, deve o julgador justificar a escolha e a interpretação da norma no caso concreto, os diversos estágios do procedimento de verificação dos fatos e a sua respectiva qualificação, bem como os critérios (hermenêuticos, jurídicos, cognitivos, valorativos) que orientaram as escolhas do juiz diante de cada um desses componentes estruturais do procedimento de decisão²⁵⁹.

Não se deve confundir, alerta Gomes Filho, a integridade da motivação:

[...] com sua prolixidade, seja pela excessiva utilização de desnecessários argumentos puramente retóricos, seja pela indicação de fundamentos de duvidosa pertinência com objeto da decisão: tanto uma motivação pode ser sintética e, ao mesmo tempo, completa, como outra pode ser superabundante e simultaneamente incompleta.²⁶⁰

Ou seja, nada tem a ver a exigência de integridade da motivação com extensas decisões. Ao contrário, por vezes uma decisão judicial pode ser longa, porém não se justificar de modo razoável. Como veremos adiante, o uso de conceitos jurídicos indeterminados é algo de difícil

²⁵⁷ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. BRUNI, Aline Thaís. AMARAL, Cláudio do Prado. SAAD-DINIZ, Eduardo. MORAIS, Hermes Duarte. **Pacote Anticrime** – Comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Editora Almedina Brasil. 2020. p. 186.

²⁵⁸ NETTO, *et al.* *Loc. cit.*

²⁵⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. *e-book* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073270/anchor/a-100073270>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

²⁶⁰ GOMES FILHO, *loc. cit.* *E-book*.

manejo, que requer uma justificação ainda mais complexa, e que, por vezes, se encontram decisões que se utilizam destes conceitos, às vezes com longas considerações, inclusive de natureza retórica, mas que não cumprem o requisito da integridade. É o caso da utilização do conceito de ordem pública para fundamentar decretos de prisão preventiva que escapam do caso concreto, inclusive com argumentos retóricos, com a finalidade de prevenção geral e específica, o que é inconstitucional.²⁶¹

6.2.2 Dialecticidade

A dialeticidade ou, como prefere Netto *et al.*, requisito dialógico²⁶², visa a concretizar a garantia do contraditório no processo, uma vez que impõe ao magistrado que, no *iter* decisório, leve em considerações razões dadas pelas partes envolvidas na relação processual.

A atividade decisória do juiz se dará após a apresentação de argumentos convincentes trazidos pelas partes, sendo este o primeiro passo da dialeticidade²⁶³. Ao escolher por algum dos argumentos, deverá motivar, não podendo ignorar tudo que de relevante foi trazido pelas partes²⁶⁴.

Com efeito, o provimento jurisdicional jamais deve assemelhar-se a um monólogo, mas sim deve possuir um carácter dialógico, como leciona Gomes Filho, “capaz de dar conta da real consideração de todos os dados trazidos à discussão da causa pelos interessados no provimento.”²⁶⁵

A ausência desse requisito implicará a hipótese de ausência de motivação, conforme o art. 315, §2º, IV, do CPP, de que trataremos no ponto 7.1.4, isso porque o processo decisório do juiz deve ser dialético, levando em consideração as argumentações – não todas, evidentemente, mas tão só aquelas relevante para a decisão, capazes de infirmá-la – trazidas pelas partes. A importância da dialética no processo decisório é tão notável que é um requisito

²⁶¹ NICOLITT, André Luiz. **Lei nº12.403/2011**: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 69

²⁶² NETTO, Alamiro Velludo Salvador. BRUNI, Aline Thaís. AMARAL, Cláudio do Prado. SAAD-DINIZ, Eduardo. MORAIS, Hermes Duarte. **Pacote Anticrime** – Comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Editora Almedina Brasil. 2020. p. 187.

²⁶³ SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais** – a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/107496345/v1/document/108281960/anchor/a-108281841>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

²⁶⁴ NETTO, *et al. loc. cit.*

²⁶⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. *e-book* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073270/anchor/a-100073270>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

da motivação, precisamente com a atual redação do art. 315, §2º, IV, do CPP, trazida do CPC, e a doutrina esclarece a importância da dialética na decisão. O professor Badaró, ao tratar do assunto, assim expõe:

No caso de decisão judicial que seja fruto de prévio contraditório, já haverá sido realizada uma atividade dialética, submetendo a posição de uma das partes ao confronto da posição contrária de outra. Assim, a dialética, enquanto mecanismo de busca do conhecimento, terá sido realizada, e com o confronto prévio entre tese e antítese, o juiz tem maiores possibilidades de chegar a uma síntese de melhor qualidade. É evidente que o juiz pode acolher integralmente os argumentos das partes, pouco ou nada tendo a acrescentar a um arrazoado bem fundamentado em que a parte o convença de seu direito. Todavia, isto não o desonera de explicitar as razões do seu convencimento, ainda que seja concordante com os invocados pela parte.²⁶⁶

Vê-se que a dialeticidade é um requisito substancial de uma motivação idônea que serve para garantia do contraditório e impõe ao julgador que, ainda que acolha integralmente o argumento de uma das partes, deverá, fundamentar o porquê de ter afastado os argumentos da parte contrária.

6.2.3 Correção

A correção é o requisito da motivação que diz respeito à vinculação dos elementos considerados como base na decisão e aqueles que efetivamente constam no processo²⁶⁷. Gomes Filho alerta que, em uma visão mais formalista do processo, a correção poderia não parecer como um requisito do discurso judicial, pois a constatação da mencionada vinculação representaria um aspecto relacionado ao mérito da decisão e, assim, insuscetível de ser considerado como elemento essencial da motivação e, portanto, incapaz de levar ao reconhecimento da nulidade da decisão, como prevê o art. 93, IX, da CRFB²⁶⁸.

O professor ainda ensina que, embora seja difícil estabelecer limites da correção do discurso justificativo e do reexame das questões decididas pelo julgador, é impossível deixar de constatar que a “correlação entre os dados existentes no processo e a motivação é fundamental à própria validade desta, sobretudo se considerada como garantia de uma cognição

²⁶⁶ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: < <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-1.8>>. Acesso em: 09 nov. 2020

²⁶⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. *e-book* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. *E-book*. Disponível em: < <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073270/anchor/a-100073270>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

²⁶⁸ GOMES FILHO, *loc. cit.* *E-book*.

judicial efetiva.”²⁶⁹. Não se trata, pois, de verificar se a decisão está *correta ou incorreta* no tocante ao mérito, do ponto de vista de quem examina a decisão. Ou seja, não se trata de se verificar se a decisão foi boa ou mau fundamentada, e, portanto, passível de reforma, mas exigir-se que, na exposição do raciocínio decisório, sejam considerados apenas os elementos que constem no processo.

Gomes Filho exemplifica tal distinção, assim dizendo:

Para exemplificar: se o juiz adota uma premissa normativa equivocada, ignora ou nega um fato pacificamente existente nos autos, ou, ao contrário, afirma fato inexistente, adota máxima de experiência que não corresponde ao senso comum etc., não há simples erro de julgamento, passível de correção pelas vias ordinárias de impugnação, mas inadequação da própria cognição, que, revelada pela motivação, deve ensejar a renovação do julgamento.²⁷⁰

Ou seja, não se deve confundir a correção, que é requisito substancial da motivação, com eventual exame de mérito que alguém tenha desta ou daquela sentença, por julgá-la ruim. No caso da ausência de correção, tem-se que ela não foi fundamentada.

6.2.4 Racionalidade interna e externa

Eis o último requisito substancial de que trataremos neste trabalho. A **racionalidade interna** é, também, chamada de logicidade. Taruffo, citado por Gomes Filho, afirma que a articulação das razões constitui a “*ossatura fundamental*” da motivação, uma vez que não basta que a decisão judicial seja racional, ela deve conter uma racionalidade que seja explicitada de modo a demonstrar a validade dos diversos argumentos justificativos utilizados e a respectiva coerência entre eles²⁷¹.

A **racionalidade interna** implica que a decisão não contenha contradições entre as várias proposições feitas no *iter* decisório²⁷². Trata-se de proteger o dever geral de coerência, isto é, se faz necessário que a decisão tenha as asserções de fato e de direito que não sejam incompatíveis com as demais asserções utilizadas na mesma decisão. Vale dizer, cada esquema

²⁶⁹ GOMES FILHO, *loc. cit.* E-book.

²⁷⁰ GOMES FILHO, *loc. cit.* E-book.

²⁷¹ TARUFFO, Michele. Ragione e processo: ipotesi su una correlazione. Ragione Pratica I(I): 49-60, 1993, *apud*, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. e-book baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. E-book. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073270/anchor/a-100073270>>. Acesso em: 9 nov. 2020;

²⁷² NETTO Alamiro Velludo Salvador. BRUNI, Aline Thaís. AMARAL, Cláudio do Prado. SAAD-DINIZ, Eduardo. MORAIS, Hermes Duarte. **Pacote Anticrime** – Comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Editora Almedina Brasil. 2020. 188.

de justificação deve ser considerado idôneo para fundamentar a respectiva conclusão e seus componentes não podem estar em contraste com outros elementos presentes no discurso do juiz.

De forma sucinta, Netto *et al.* descrevem que a **racionalidade interna** “quer dizer que justificação racional é aquela que cumpre a condição de que não haja contradição interna no contexto no qual foi proferida a decisão do caso concreto.”²⁷³.

A **racionalidade interna**, ainda, relaciona-se com a identificação do raciocínio judicial com o silogismo, o qual, em que pese seja um esquema insuficiente para reproduzir a complexa atividade decisória realizada pelos julgadores, não deixa de ter um valor enquanto instrumento apto a tornar objetivamente verificável a correção de uma inferência feita a partir de premissas aceitas como certas.

Quanto à **racionalidade externa**, que se caracteriza pela congruência normativa e narrativa, vale dizer que a racionalidade na argumentação apresentada para justificar uma decisão judicial não deve ser aferida a partir das rígidas regras da lógica formal, mesmo porque a decisão judicial é uma atividade de escolha entre alternativas, que possam ser justificadas. Isso não significa, evidentemente, que a escolha possa ser irracional, mas sim que ela deve atender a outros parâmetros de racionalidade²⁷⁴.

Gomes Filho leciona que a congruência normativa aparece sob um aspecto duplo: primeiro, ao escolher as normas e os precedentes relevantes para a decisão, é necessário que o juiz identifique se os valores e os princípios do ordenamento conferem um sentido às regras relevantes para a solução do caso. Após, quando estas últimas são utilizadas para justificar a decisão, tem-se, em verdade, uma aplicação analógica dos mesmos princípios e valores e, conseqüentemente, uma decisão congruente em relação ao conjunto do ordenamento.

Considerações similares podem ser apresentadas quando se trata de definir a congruência narrativa, utilizada para aferir a racionalidade externa da decisão sobre a situação fática – mais do que uma simples ausência de autocontradição interna, essa ideia explicita o estar junto de um complexo de enunciados sobre os fatos, assim como o seu fazer sentido.

Ou seja, a congruência narrativa, a seu turno, relaciona-se à motivação sobre os fatos, isto é, à coerência do discurso sobre o accertamento fático. Não se trata de ausência de

²⁷³ NETTO, *et al. loc. cit.*

²⁷⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. *e-book* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073270/anchor/a-100073270>>. Acesso em: 9 nov. 2020].

contradições internas, mas de um “procedimento verificatório sobre a verdade ou a provável verdade de proposições sobre coisas ou eventos que não foram diretamente observados [...]”²⁷⁵.

7. VÍCIOS DE MOTIVAÇÃO

Passaremos agora a examinar o que podemos classificar como vícios de motivação em nosso ordenamento jurídico. Com efeito, o vício de motivação terá efeitos importantes no processo, como se verá, uma vez que o dever de motivação é absolutamente fundamental no Estado Democrático de Direito, constituindo-se, como se viu, em uma garantia das garantias, tendo funções não só internas ao processo (endoprocessuais) como funções políticas (extraprocessuais).

Marinoni, em obra conjunta, ressalta a importância do dever de motivação das decisões judiciais nos dias atuais, assim dizendo:

O dever de motivação das decisões judiciais é inerente ao Estado Constitucional e constitui verdadeiro banco de prova do direito ao contraditório das partes. Não por acaso a doutrina liga de forma muito especial o contraditório, motivação e direito ao processo justo. Sem motivação a decisão judicial perde duas características centrais: a justificação da norma jurisdicional para o caso concreto e a capacidade de orientação das condutas. Perde, em uma palavra, o seu próprio caráter jurisdicional.²⁷⁶

Dada a importância do dever de motivação das decisões judiciais, mister se faz o exame das hipóteses de vício na motivação, o que passaremos a fazer agora.

7. 1 HIPÓTESES LEGAIS (TÍPICAS) DE AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR

7.1.1 Decisão que se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida

Neste primeiro inciso, o legislador dispôs que a decisão do magistrado carecerá de fundamentação quando limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo. São, portanto, três formas de vício de decisão.

²⁷⁵ NETTO Alamiro Velludo Salvador. BRUNI, Aline Thaís. AMARAL, Cláudio do Prado. SAAD-DINIZ, Eduardo. MORAIS, Hermes Duarte. **Pacote Anticrime** – Comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Editora Almedina Brasil. 2020. p. 189.

²⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, volume 1. 3ª Ed. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 516.

Em comum, nos três vícios, o fato de magistrado, nesta hipótese, não realizar o devido cotejo dos fatos, a devida individualização do caso concreto. O julgador, comodamente, limita-se a fazer alusão à norma que julga aplicável ao caso que está decidindo, sem especificar o porquê daquela norma aplicar-se à questão. O professor Schietti Cruz chega a afirmar que tal forma de agir é a forma mais “sucinta e autoritária de decidir, mesmo quando reproduz o texto normativo ou, revelando tentativa de burlar a falta de motivação, quando utiliza outras palavras para dizer o que já está dito no texto (paráfrase).”²⁷⁷.

Impõe-se ao julgador que examine o caso concreto e motive o porquê de dar esta ou aquela solução jurídica à questão, explicitando suas razões. Isto porque não há a possibilidade de saber-se o que passa na “*cabeça do juiz*”, mas sim o que é vazado em linguagem escrita na motivação da decisão por ele proferida²⁷⁸.

Parte-se da premissa de que toda a norma jurídica é extraída de um texto legal, e de que o significado de um determinado signo linguístico pode variar de acordo com o contexto concreto em que é utilizado, de modo que o julgador deve fundamentar a aplicação de uma norma a uma determinada circunstância fática²⁷⁹. O dispositivo trata, portanto, de vedar a motivação abstrata, feita sem lastro no concreto, ou seja, sem lastro nos fatos.

Com efeito, o julgador, ao motivar as decisões que versam sobre a prisão cautelar – em especial as que a decretam – deve motivar com base no caso concreto o porquê de, por exemplo, aplicar-se a medida de prisão, se não haveria outra medida menos gravosa que pudesse ser aplicável ao caso. Deverá indicar, por exemplo, porque a prisão do réu presta-se a garantir a ordem pública, demonstrando quais fatos e circunstâncias levaram-no a decidir daquela forma.

Schietti Cruz dá-nos alguns exemplos de decisões que carecem de fundamentação, pois limitam-se a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo:

Inservível, portanto, a decisão que decreta uma prisão preventiva, simplesmente dizendo: ‘Decreto a prisão preventiva do acusado com base no art. 312 do CPP’, ou ‘Decreto a prisão preventiva do acusado como garantia da ordem pública, diante da prova da existência do crime e indício suficiente de autoria’ ou, ainda, ‘Ante a prova do crime objeto desta ação penal e dos indícios de que o acusado foi o seu autor,

²⁷⁷ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 335.

²⁷⁸ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**: O controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/197856050/v1/page/RB-5.1>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

²⁷⁹ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**: O controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/197856050/v1/page/RB-5.1>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

decreto a prisão preventiva do acusado, tendo em vista a necessidade de assegurar a manutenção da paz pública, abalada pelo crime perpetrado.²⁸⁰

Assim, tem-se que é absolutamente necessário, para que haja uma decisão tida como fundamentada, que haja a explicitação da relação entre o fato e a solução jurídica encontrada. A motivação, aqui, é o momento integrativo do processo de subsunção, explicação porque àquela situação fática terá subsunção o citado dispositivo²⁸¹.

Frisamos, ainda, quanto a este tópico, que mesmo antes da criação do art. 489, §1º, já era possível encontrar autores que acusavam de inconstitucionais as prisões cautelares cuja fundamentação limitava-se indicar a existência de ato normativo que – supostamente – a autorizaria. Citamos como exemplo o jurista Miguel Tedesco Wedy, em artigo publicado em 2004, já afirmava:

Desse modo, são inconstitucionais, de forma fragorosa, as decisões judiciais simplesmente homologatórias do tipo "decreto a prisão, pois presentes os requisitos das cautelares, como a ordem pública". Ora, nada se disse com tal fundamentação! Em verdade, inexistente fundamentação! O próprio Código de Processo Penal dispõe que o despacho que denegar ou decretar a prisão preventiva deverá ser fundamentado (art. 315).²⁸²

Assim, tem-se como requisito obrigatório da motivação de um decreto de prisão cautelar a exigência de inequívoca demonstração de uma base fática idônea, através de elementos objetivos que justifique sua necessidade, não bastando apenas aludir-se a qualquer das previsões do art. 312 do CPP²⁸³.

7.1.2 Decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso

Aqui o vício diz respeito à falta de concretização do discurso do julgador, em decorrência de termos vagos e indeterminados. Com efeito, Pereira nos dá a definição de conceitos jurídicos indeterminados, que é:

²⁸⁰ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 335.

²⁸¹ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-1.8>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

²⁸² WEDY, Miguel Tedesco. **Prisão Cautelar e Princípios Constitucionais**. Revista Justiça do Direito. Vol. 18/2004, Revista Justiça do Direito, Passo Fundo. v. 18, n.1, p. 77-94. p. 89.

²⁸³ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 449.

Conceitos jurídicos indeterminados constituem uma espécie de técnica legislativa em que os textos normativos são compostos de termos vagos, com aceção aberta, alocado justamente no antecedente da norma jurídica, espaço responsável por delimitar a hipótese fática de incidência. Levando em consideração que o julgador preencherá o sentido desse conceito, empregá-lo na fundamentação exige um maior cuidado do intérprete em contextualizá-lo com a facticidade do caso concreto.²⁸⁴

Assim, se o próprio legislador não conceitua ou delimita a extensão de determinado termo ou expressão, cabe ao julgador dar-lhe concretude²⁸⁵ e isto só é possível mediante a justificação da decisão, realizando-se o cotejo dos elementos probatórios acostados aos autos, vinculando-o à solução encontrada no ordenamento jurídico.

No caso objeto do presente trabalho, as prisões cautelares, há dois conceitos que costumam ser alvo de críticas por parte da doutrina, em razão de sua indeterminabilidade. São eles dois fundamentos para decretação da prisão preventiva, a ordem pública e a ordem econômica.

Giacomolli critica a existência da ordem pública como fundamento para decretação de prisão preventiva, argumentando que dentro deste conceito, que é indeterminado, caberia qualquer motivação fática-argumentativa²⁸⁶. Referido autor ainda aponta que era comum, ao menos ao tempo de seu livro, que é de 2013 (e, pensamos nós, não ser até hoje), encontrar-se Brasil afora, decisões em que há, em seu dizer:

[...] motivações espúrias e disfuncionais na decretação de prisão preventiva para garantir a ordem pública: ‘credibilidade do Poder Judiciário’, ‘credibilidade da Justiça’, ou das ‘instituições’, ‘apaciar os altos índices de criminalidade’. ‘dar uma resposta imediata e enérgica ao crime’, ‘acabar com a rede de crimes criados pelo tráfico de drogas’, ‘clamor público’, ‘gravidade do crime’, ‘comoção social, inclusive divulgado pela mídia’... Essas expressões se difundem, inclusive dolosamente, revelando recíprocas, múltiplas e geométricas injustiças. Desvinculadas do plano concreto, são heresias, deturpações, as quais viram dogmas.²⁸⁷

Observamos que o próprio professor apontava, antes da atual redação de hipóteses típicas de vício de motivação, que o uso de conceito jurídico indeterminado, desvinculado do plano concreto, enseja deturpações.

²⁸⁴ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**: O controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. Disponível em: < <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/197856050/v1/page/RB-5.1>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

²⁸⁵ CRUZ Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 336.

²⁸⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 76.

²⁸⁷ *Ibidem*, p.. 77.

Em alguns dos exemplos mencionados pelo professor Giacomolli, especificamente os que se relacionam à gravidade do crime e à comoção social que este gera, encontramos um tipo de motivação fundada em argumentos *extra legem ou apócrifos*, e, como nos ensina o professor Odone Sanguiné, são argumentos que não constituem “motivação de cunho cautelar, com vistas a assegurar o resultado final do processo, repercutindo tais circunstâncias somente no caso de condenação, quando da individualização da pena a ser imposta”²⁸⁸, sendo argumentos que escapam à finalidade cautelar do processo, não constituindo motivação idônea.

Assim, ao fazer alusão à garantia da ordem pública, o julgador deve evidenciar os motivos concretos – por exemplo, o fato de o réu ser reincidente em crimes violentos, ou a maneira particularmente cruel com que supostamente cometeu o fato que se lhe imputa – para embasar, sem leviandade, o prognóstico de que ele, em liberdade, coloca em risco à comunidade, ou seja, de que abala a ordem pública²⁸⁹.

Ou seja, o julgador, para lançar mão de um conceito jurídico indeterminado para decidir, deve, antes de mais nada, preencher concretamente o tal conteúdo abstrato. Nesta atividade de complementação da porosidade do conceito, deverá o julgador expor o motivo concreto pelo qual o tal *standard* incide no caso concreto²⁹⁰.

Vale dizer, por força da presunção de inocência, a fundamentação do decreto de prisão cautelar só pode ser válida se demonstrar explicitamente a necessidade da medida, fundada em motivos concretos. Como nos ensinou o Ministro Sepúlveda Pertence, “a prisão preventiva só pode conviver sistematicamente com a presunção de não culpabilidade, quando fundada em motivos cautelares concretamente verificados”²⁹¹.

O professor Sanguiné, ao examinar o conceito de ordem pública e de ordem econômica, refere que este, por sua indeterminação, ambos os conceitos são inconstitucionais, por ofenderem princípios constitucionais, como o da legalidade, pois seriam medidas de polícia e de antecipação de pena, por implicarem privação de liberdade por circunstâncias que não dependem do praticado pelo acusado, mas de sua personalidade e antissocialidade do imputado (direito processual penal do autor) e, por fim, por serem indeterminados, sem parâmetros

²⁸⁸ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 454.

²⁸⁹ CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 336.

²⁹⁰ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-1.8>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

²⁹¹ HC nº 80.717/SP, Pleno do STF, voto do Rel. Min Sepúlveda Pertence, j. 13.06.2001, DJ 05.03.2004, p. 15 *apud* SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 307.

legislativos adicionais indicativos das hipóteses em que o Poder Judiciário pode restringir a liberdade pessoal sem ofensa à presunção de inocência²⁹².

Em suma, apesar de preferível a tese da *inconstitucionalidade*, defendida, por exemplo, pelo professor Nicollit²⁹³, da cláusula da ordem pública, alcançar-se-ia idêntico resultado prático com uma *interpretação conforme a Constituição* mediante a restrição desse conceito exclusivamente à finalidade de “evitar infrações penais”, agora expressamente previsto no art. 282, inc. I, do CPP, desde que com o acréscimo de diversas salvaguardas que restringem e delimitam essa função punitiva de prevenção especial da prisão cautelar, conforme veremos adiante.²⁹⁴

Na jurisprudência do TJRS, já há decisões em que se verifica a revogação da prisão preventiva por esta haver sido decretada com uso de conceito jurídico indeterminado sem a devida motivação com base no caso concreto. Mencionamos o HC nº 70084465939, relatado pelo Desembargador Jayme Weingartner Neto, julgado pela 1ª Câmara Criminal, em 15 de outubro deste ano, assim ementado:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. DESPROPORCIONALIDADE.

1. A decretação da prisão preventiva demanda fundamento concreto, principalmente na hipótese de crime cometido sem violência contra a pessoa, sendo insuficiente mera referência à gravidade abstrata do delito ou a reprodução de conceitos jurídicos indeterminados (art. 315, § 2º, CPP). Trata-se de medida excepcional, aplicável apenas quando todas as medidas substitutivas elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal mostrarem-se insuficientes, a exigir fundamentação individualizada.

2. No caso dos autos, o paciente foi preso após informação anônima de tráfico de drogas. Em abordagem, os policiais apreenderam 10 gramas de crack com o corréu e R\$ 626,00 com o paciente. As circunstâncias, embora indiquem o *fumus commissi delicti*, são insuficientes para justificar a segregação cautelar. A quantidade de droga apreendida não demonstra gravidade concreta do delito. A existência de informação anônima de tráfico não indica a habitualidade delitiva. O paciente é primário e não registra maus antecedentes. Não se pode concluir que, solto, voltará a delinquir, de modo que a aplicação de medidas cautelares alternativas se mostra suficiente para garantia da ordem pública.

LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. POR MAIORIA.²⁹⁵

Em seu voto, o Desembargador Weingartner releva que a mera referência ao abalo causado à ordem pública causado pelo tráfico, como entidade genérica, não supriria o ônus

²⁹² SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 303.

²⁹³ NICOLLIT, André Luiz. **Lei nº12.403/2011**: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 70.

²⁹⁴ SANGUINÉ, *op. cit.*, p. 311.

²⁹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. HC n. 70084465939, Rel. Des. Jayme Weingartner Neto, Primeira Câmara Criminal, julgado em 15 out. 2020, publicado no DJE: 22 out. 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em 10 nov. 2020.

argumentativo exigido para a decretação da prisão, porque na prática, vedaria a concessão de liberdade provisória para qualquer pessoa a quem fosse imputado o delito do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, o que faria reprecuar a constitucionalidade do art. 44, *caput*, da Lei antes mencionada e de que trataremos no ponto 7.2.2. Ainda, o Desembargador citou também a nova redação do art. 282, §6º, do CPP, impõe a fundamentação para a não aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão. Assim disse o Desembargador:

Referência ao abalo causado à ordem pública causado pelo tráfico, como entidade genérica, não supre o ônus argumentativo exigido para a decretação da prisão, pois tornaria impossível a concessão da liberdade provisória para réus processados pelo delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, o que importaria reprecuar – contra o argumento de autoridade do STF (HC nº 104339/SP e RE nº 1.038.925) – a constitucionalidade do art. 44, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

(...)

A segregação cautelar, conforme reformas do Código de Processo Penal dadas pelas Leis nº 12.403/2011 e 13.964/2019, é medida excepcional, aplicável quando as medidas cautelares alternativas forem insuficientes para garantia da ordem pública, a exigir fundamentação individualizada quanto ao não cabimento (art. 282, § 6º, do CPP).²⁹⁶

Vê-se, na prática, a aplicação dos novos dispositivos acrescentados pela Lei nº 13.964/2019, exigindo do magistrado rigor na justificação de sua decisão, especialmente quando valer-se de conceitos jurídicos indeterminados, como a ordem pública.

Pereira alerta que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados não significa o aumento da discricionariedade do magistrado. Ao contrário, o jurista afirma que seu uso impõe um ônus argumentativo bastante maior na motivação de sua decisão²⁹⁷.

Assim, extrai-se do texto legal o requisito de que a motivação da decisão proferida pelo julgador, quando utilizar conceito jurídico indeterminado, justifique sua incidência no caso.

7.1.3 Decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão

O inciso art. 315, §2º, III do CPP, veda as decisões que invocam motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. O grande número de processos que há em nosso

²⁹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. HC n. 70084465939, Rel. Des. Jayme Weingartner Neto, Primeira Câmara Criminal, julgado em 15 out. 2020, publicado no DJe: 22 out. 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em 10 nov. 2020.

²⁹⁷ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**: O controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. Disponível em: < <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/197856050/v1/page/RB-5.1>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

País, somado à tecnologia e à informatização dos sistemas judiciários, faz com que haja uma inevitável padronização das decisões judiciais²⁹⁸.

Pereira comenta ainda que:

É absolutamente contraproducente exigir que juízes e tribunais, diante de milhares de demandas com circunstâncias fáticas praticamente idênticas, profiram decisões diferentes para cada uma delas, assim compreendidas as que se valem de variadas técnicas de estilo e com redação diferente acerca dos argumentos. Não é esse problema que o dispositivo visa a combater.²⁹⁹

Com efeito, parece-nos que as decisões proferidas em matéria criminal não devam ser “*padronizadas*” em absoluto. Há a necessidade imperiosa, dado o peso que um processo penal impõe ao acusado, como já nos ensinava o jurista italiano Carnelutti, citado em nosso trabalho, que obriga o juiz a fundamentar de forma mais concreta possível, arrimando-se nos elementos do caso concreto, de sorte que não se pode falar em “*circunstâncias praticamente idênticas*”.

Ainda, a presente situação de vício de motivação relaciona-se intimamente com as duas anteriormente vistas. Isto porque, uma decisão que se limita à paráfrase de um ato normativo ou uma decisão que use um conceito jurídico indeterminado sem delimitá-lo pelo caso concreto, na prática, presta-se a justificar qualquer outra decisão.

O referido dispositivo visa a vedar o discurso justificativo que lança mão de uma hipótese normativa e de sua aplicação ao caso concreto, porém o faz com tal generalidade que, de fato, não completa o processo subsuntivo, por impossibilitar a extração da aderência específica daquela fundamentação ao caso concreto³⁰⁰.

A decisão que se escora em fundamentação que se prestaria a qualquer outra decisão viola a dialeticidade, uma vez que uma fundamentação deste jaez não dialoga com o que as partes concretamente argumentaram no curso do processo³⁰¹.

Vale, ainda, destacar o que disse o Ministro Sepúlveda Pertence, no HC nº 78.013-3/RJ: “a melhor prova de ausência de motivação válida de uma decisão judicial – que deve ser a

²⁹⁸ PEREIRA, *loc. cit.* E-book.

²⁹⁹ PEREIRA, *loc. cit.* E-book.

³⁰⁰ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-1.8>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

³⁰¹ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. BRUNI, Aline Thaís. AMARAL, Cláudio do Prado. SAAD-DINIZ, Eduardo. MORAIS, Hermes Duarte. **Pacote Anticrime** – Comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Editora Almedina Brasil. 2020. p. 194.

demonstração da adequação do dispositivo a um caso concreto e singular – é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum.”³⁰²

7.1.4 Decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador

Trata-se de uma hipótese de vício de motivação que viola o contraditório. Tal hipótese se relaciona, fundamentalmente, com a função endoprocessual da motivação que, como vimos, diz respeito às partes do processo, e, neste caso, protege a garantia constitucional do contraditório, prevista no art. 5º, inc. LV³⁰³, da CRFB, demonstrando a íntima relação entre o direito fundamental ao contraditório e ao dever de fundamentar as decisões judiciais³⁰⁴. Tai hipótese de ausência de motivação encontra-se positivada no inciso IV, do §2º, do art. 315 do CPP.

Dito de outro modo, pela hipótese de vício de motivação presente naquele dispositivo, depreende-se que não basta que o julgador justifique o motivo ou a razão que o convenceu em seu julgamento, ainda que em relação a esta dê as razões de fato e de direito, bem como nexos entre uma e outra. O julgador precisa ir além, examinando, um a um, os argumentos das partes³⁰⁵.

A motivação serve, justamente, em sua função endoprocessual, como necessário ao contraditório, exigência fundamental em um processo justo, conceitual a própria ideia de processo³⁰⁶.

³⁰² HC Nº 78.013-3/RJ, Primeira Turma do STF, voto do Rel. Sepúlveda Pertence, j. 24 de novembro de 1998, DJ 19-03-1999, p. 9, *apud*, CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 337.

³⁰³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

³⁰⁴ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**: O controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/197856050/v1/page/RB-5.1>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

³⁰⁵ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-1.8>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

³⁰⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. *e-book* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073121/anchor/a-100073121>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

Badaró leciona que o magistrado deve examinar os argumentos trazidos pelas partes, um a um, e:

[...] nesse caso, além de dizer porque a tese x o convenceu, deverá também explicar o porquê da rejeição da tese p e da tese t invocadas no caso, que se acolhidas, poderiam levar a um resultado diverso. Do ponto de vista da parte que teve a demanda julgada contra si, com vistas à atividade recursal, muito mais importante que saber as razões do acolhimento da tese da parte contrária e ter a justificativa do porquê fora considerada não atendível as teses por ela invocadas.³⁰⁷

Ou seja, tem-se neste inciso a hipótese de uma motivação viciada pela falta de raciocínio dialógico³⁰⁸. A preocupação fundamental é garantir que a decisão seja construída democraticamente, em que o julgamento não seja fruto de um ato solitário do julgador, mas uma conclusão a partir dos argumentos das partes³⁰⁹.

Em uma leitura apressada do dispositivo, poder-se-ia chegar à conclusão de que se impôs ao julgador o exame de todo e qualquer argumento trazido pela parte. Com efeito, não é esta a regra que se extrai do texto legal. A regra é que todos os argumentos que são *capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador* devem ser levados em consideração. Ao comentar o dispositivo idêntico do CPC, Marinoni *et al.*, lecionam que:

[...] é preciso perceber que o juiz não tem o dever de rebater todos os argumentos levantados pelas partes ao longo de seus arrazoados: apenas os argumentos relevantes é que devem ser enfrentados. O próprio legislador erige um critério para distinguir entre os argumentos relevantes e argumentos irrelevantes: argumento relevante é todo aquele que é capaz de infirmar, em tese, a conclusão adotada pelo julgador. Argumento relevante é argumento idôneo para alteração do julgado. Omitindo-se o juiz na análise de argumentos relevantes, não se considera fundamentada a decisão (art. 489, §1º, IV, CPC), cabendo embargos declaratórios para forçar a análise dos argumentos omitidos (art. 1.022, II, do CPC). Não analisados, consideram-se fictamente inseridos na decisão judicial para efeitos de análise de eventual recurso especial ou extraordinário interposto pela parte interessada (art. 1.025, CPC).³¹⁰

Embora os autores acima citados não estejam tratando especificamente de processo penal, entendemos que, por serem os dispositivos do processo penal e do processo civil idênticos, é possível aprender com as lições dos processualistas civis. Com efeito, dado a gravidade de uma prisão cautelar, o rigor do magistrado em examinar os argumentos trazidos

³⁰⁷ BADARÓ, *loc. cit.* E-book.

³⁰⁸ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. BRUNI, Aline Thaís. AMARAL, Cláudio do Prado. SAAD-DINIZ, Eduardo. MORAIS, Hermes Duarte. **Pacote Anticrime** – Comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Editora Almedina Brasil. 2020. p. 193.

³⁰⁹ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**: O controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book. Disponível em: < <https://preview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/197856050/v1/page/RB-4.1>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

³¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 578.

pelas partes deve ser ainda maior, porém, indubitavelmente, quanto aos argumentos que não são capazes de, em tese, infirmar a decisão do magistrado, não se lhe deve impor o dever de motivar sobre eles.

7.1.5 Decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos

Trata-se da hipótese prevista no inciso V, do §2º, do art. 315 do CPP. Relaciona-se com o sistema de precedentes trazidos pelo CPC³¹¹, trazido naquele Diploma Legal pelo art. 927, que dispõe:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.³¹²

O professor Schietti Cruz leciona que esta nova orientação, advinda da legislação processual civil, apenas tornou mais claro e explícito o sistema de precedentes que já vinha sendo construído em nosso País, sistema este que vem sendo introduzido, por reformas legislativas e constitucionais, que instituíram técnicas de decisão e institutos direcionados à racionalização das decisões judiciais, como a súmula vinculante, o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, a repercussão geral etc. Tal sistema visa à racionalização das decisões judiciais, permitindo a formação de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, como prevê o art. 926³¹³ do CPC³¹⁴.

Cruz acrescenta explicando que cada uma das modalidades de enunciados judiciais previstos nos incisos do art. 927 do CPC possui:

³¹¹ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 339.

³¹² BRASIL. **Código de processo civil de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020.

³¹³ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” BRASIL. **Código de processo civil de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020.

³¹⁴ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 340.

[...] seu grau de vinculação próprio e mecanismos de controle e de solução de lides em que o mesmo tema jurídico venha a ser novamente enfrentado, como, exemplificativamente, a possibilidade de julgamento monocrático pelo relator, na forma do art. 932 do CPC³¹⁵

As inovações trazidas pelo CPC quanto à exigência de que a jurisprudência seja estável, íntegra e coerente, bem como o sistema de precedentes, visa a dar maior segurança jurídica ao ordenamento, princípio este que busca viabilizar o conhecimento e a certeza do Direito³¹⁶.

O jurista Carlos Pereira, nos ensina que precedente é um caso, decidido no passado (*leading case*), em que se reconstrói o ordenamento jurídico, por meio de interpretação e sob uma determinada moldura fática, com fundamentos dotados de força vinculante para casos vindouros. Os fundamentos determinantes dessa decisão “são extraíveis da fundamentação constantes na própria decisão judicial que o origina.”³¹⁷.

O professor Mitidiero, abordando o instituto do precedente e sua inserção no Direito brasileiro, em sua obra *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, expõe seu entendimento de que os tribunais superiores no Brasil, em especial o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, na verdade, devem ser considerados como Cortes Supremas, cuja função é dar a última palavra sobre a legislação infraconstitucional (STJ) e constitucional (STF), de forma que:

[...] são cortes que outorgam sentido à Constituição e à legislação infraconstitucional federal e visam a reduzir a equivocidade dos enunciados linguísticos em que o Direito comumente é vazado. São cortes, em última análise, que decidem o sentido da Constituição e da legislação infraconstitucional”³¹⁸

Ainda, o professor Mitidiero aponta a origem do instituto do precedente, que se fundamenta na necessidade de se dar maior segurança jurídica ao ordenamento e promover a igualdade. Mitidiero cita os juristas Rupert Cross e J. W. Harris, que, em tradução livre, diziam

³¹⁵ CRUZ, *loc. cit.*

³¹⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Cortes Superiores e Cortes Supremas** – Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/101686396/v3/document/119516190/anchor/a-119516190>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

³¹⁷ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais: O controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/197856050/v1/page/RB-5.1>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

³¹⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Cortes Superiores e Cortes Supremas** – Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/101686396/v3/document/119516190/anchor/a-119516190>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

que “é um princípio básico da administração da justiça que a casos iguais devam ser dadas soluções jurídicas iguais”³¹⁹.

Assim, do sistema de precedentes resulta a unidade do direito e reflete a coerência da ordem jurídica, permitindo a previsibilidade e o tratamento uniforme de casos similares. O precedente, diz Marinoni, “[...] é um valor em si, pois é algo indispensável para que se tenha unidade do direito e uma ordem jurídica coerente, requisitos para a racionalidade do direito.”³²⁰

Para que se perfectibilize a função de dar segurança jurídica ao ordenamento, o precedente deve valer não pelo dispositivo da decisão que originou o caso – *leading case* – mas sim pela chamada *ratio decidendi*, isto é, pelas razões de decidir, que é o que dá unidade ao Direito, sendo tudo aquilo que é dito na decisão originária que não diga respeito às razões de decidir qualificado *obiter dicta*, os quais são os elementos laterais, que não influenciaram na decisão.

O dever de fundamentação que se extrai deste inciso envolve, em primeiro lugar, identificar os elementos determinantes do precedente e, em segundo, verificar o seu ajuste ao caso presente. O julgador deverá cumprir estas duas etapas, sem o que a decisão não estará fundamentada³²¹.

7.1.6 Decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento

Nesta hipótese de ausência de motivação idônea, a última típica, prevista no inciso VI, do §2º, do art. 315 do CPP, sendo complementar à hipótese de que tratamos acima.

Temos aqui a situação em que o julgador deixa de aplicar precedente invocado por uma das partes, sem demonstrar a existência de distinção entre o caso objeto do julgamento e o precedente, ou, ainda, sem demonstrar que o precedente foi superado. O julgador não realiza o

³¹⁹ CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 3, *apud*, MITIDIERO, Daniel Francisco. **Cortes Superiores e Cortes Supremas** – Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/101686396/v3/document/119516190/anchor/a-119516190>>. Acesso em: 10 nov. 2020].

³²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. [livro eletrônico]. 4ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99876588/v4/page/RB-5.2>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

³²¹ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais: O controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/197856050/v1/page/RB-5.1>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

distinguishing ou o *overruling*, que são, justamente, técnicas que pressupõem a força vinculante dos precedentes³²².

Pereira aponta que este ponto é fulcral para compreensão do modelo de precedentes estabelecido pelo CPC no ordenamento jurídico brasileiro. Se se partir da constitucionalidade do art. 927 daquele código, o julgador só poderá afastar precedentes, enunciados de súmula ou jurisprudência, quando realizar as devidas distinções ou superações, observando a metodologia própria da fundamentação com base nesse tipo de norma³²³.

Convém descrevermos o que é a distinção e a superação. Distinção é a atividade de verificar a similitude fática entre o precedente e o caso em julgamento, o que se realiza em três etapas. Identificam-se as circunstâncias fáticas do precedente que integram seus fundamentos determinantes, depois há identificação das circunstâncias fáticas do caso presente e, por fim, a demonstração de que há questões fáticas pontuais, no caso presente, que autorizam a não incidência da *ratio decidendi* do precedente, da súmula ou do entendimento jurisprudencial consolidado ao caso presente³²⁴.

A superação, a seu turno, impõe ao magistrado um ônus argumentativo ainda maior, uma vez que exige a revisão dos fundamentos determinantes dos precedentes, diante das mudanças “sociais, econômicas, políticas ou jurídicas *daquela comunidade*”³²⁵. Sucintamente, o magistrado, ao verificar o caso presente, percebe a incongruência sistêmica do precedente com a realidade contemporânea a sua decisão.

Assim, o magistrado deve, para que sua fundamentação seja idônea, realizar as duas técnicas acima mencionadas. Sem isto, não haverá motivação idônea. Aliás, como aponta Schiatti Cruz, é desarrazoado e injustificável que tribunais e juízes de primeiro grau, após a publicação de uma súmula, ou já com a jurisprudência consolidada sobre um determinado tema, persistam na adoção de entendimento diverso³²⁶. Cruz reforça que a *ratio* do dispositivo é fortalecer a unidade do direito, e não restringir a liberdade do magistrado, assim dizendo:

³²² MITIDIERO, Daniel Francisco. **Cortes Superiores e Cortes Supremas** – Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*. Disponível em: < <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/101686396/v3/document/119516190/anchor/a-119516190>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

³²³ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais: O controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. Disponível em: < <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/197856050/v1/page/RB-5.1>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

³²⁴ PEREIRA, *loc. cit.*

³²⁵ PEREIRA, *loc. cit.*

³²⁶ CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 341.

Não se trata de malferir a liberdade jurídica e de consciência do magistrado, garantia indispensável para sua judicatura, mas de compreender-se que o sistema judicial pressupõe unidade, ordem e coerência decisória, qualidades impossíveis de serem alcançadas se não se aceitar a ideia de que os tribunais de vértice foram concebidos para dar a última palavra sobre a interpretação do direito.

Um sistema caracterizado pela multiplicidade de interpretações ao mesmo texto legal ou constitucional, à moda *tot capita tot sententiae*, não sobrevive; antes, produz instabilidade, insegurança e falta de isonomia para os jurisdicionados, com reflexos danosos a seus bens mais caros, entre os quais, no processo penal, a liberdade.³²⁷

Passemos agora ao exame das hipóteses atípicas, ou seja, não previstas expressamente na legislação.

7.2 HIPÓTESES ATÍPICAS DE AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR

7.2.1 Motivação *per relationem* ou *ad relationem* ou, ainda, por remissão

Trata-se de espécie de motivação em que o magistrado emprega os mesmos argumentos expostos por uma das partes ou em outra decisão, copiando-os. O magistrado ou os copia *ipsis litteris* ou substitui algumas palavras por sinônimos. Nesta espécie de motivação, o juiz não apresenta sua justificativa autônoma para solucionar alguma questão controvertida. Em alguns casos, a motivação *per relationem* enseja nulidade e, em outros, não³²⁸.

Alguns autores, como Schietti Cruz³²⁹ e Netto³³⁰, entendem que a hipótese do inciso IV, do §2º, do art. 315 do CPP se trataria também da motivação *per relationem*. Pensamos nós que, como o rol do art. 315, §2º, elenca as hipóteses de motivação inidôneas, ou, na dicção da Lei, “*decisões não fundamentadas*”, e a motivação *per relationem*, como veremos, em certas hipóteses é válida e em, em outras, não, consideramos, portanto, oportuno a criação de um tópico específico para ela.

A utilização da motivação *per relationem* é bastante eficaz desde a perspectiva da economia global do processo, porém, para que ela não fulmine a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais, permitindo decisões arbitrárias, a doutrina criou alguns requisitos para que a motivação *per relationem* seja válida³³¹.

³²⁷ *Ibidem*, p. 342.

³²⁸ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. BRUNI, Aline Thaís. AMARAL, Cláudio do Prado. SAAD-DINIZ, Eduardo. MORAIS, Hermes Duarte. **Pacote Anticrime** – Comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Editora Almedina Brasil. 2020. p. 193

³²⁹ CRUZ, *op cit.*, p. 339.

³³⁰ NETTO, *et al. loc. cit.*

³³¹ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 458.

Netto explica que, para que se considere julgada a decisão que se vale da motivação *per relationem*, mister se faz que se demonstre o porquê de se estar fazendo remissão às razões exaradas por uma das partes ou em outra decisão. Netto afirma que:

O correto, assim, é que em todo caso de motivação *per relationem*, o magistrado explicita as razões pelas quais está copiando os argumentos utilizados de outro documento, demonstrando sua pertença ao caso. Note-se que ao fazer isso, o juiz estará, propriamente, proferindo outra decisão, qual seja aquela na qual ele explica por quais motivos as razões da decisão copiada são inteiramente cabíveis àquela que ele está proferindo. O juiz não pode dizer profeticamente que a uma decisão A cabem os mesmos motivos que fundamentaram a decisão B. o trato deliciado do poder punitivo e do *ius libertatis* do acusado o impedem de agir assim.³³²

Odone Sanguiné, por seu turno, estabelece uma diferença entre o que seria uma decisão em que há fundamentação feita com “mera remissão” e outra com “remissão motivada”. Na primeira, haveria tão só a remissão às razões expostas por uma das partes para fundamentar a decisão judicial, o que representaria a quebra da imparcialidade do julgador. Na segunda, ao contrário, o juiz justificaria o porquê de realizar a remissão, de forma que haveria motivação. Não só a imparcialidade do julgador, mas outros princípios constitucionais restariam enfraquecidos caso o magistrado agisse fazendo “mera remissão”. O professor leciona que “a simples remissão à manifestação do órgão acusador ou da autoridade policial, sem acrescentar elementos concretos de sua própria convicção, vulnera o princípio constitucional do contraditório e a garantia constitucional da motivação”³³³.

A motivação *per relationem*, assim, é admitida desde que se proceda a um processo de justificação que demonstre que o magistrado examinou as razões adotadas no julgamento anterior, realizando uma remissão motivada daquele julgamento. Nesse caso, a motivação *per relationem* constitui uma “técnica de integração do texto linguístico”, em que o julgador não desenvolve argumentos como um discurso pessoal, senão opta por reproduzir, graficamente, no corpo da motivação, o texto de outro ato processual. A essência desta fundamentação, neste caso, é que o magistrado levou em consideração o conteúdo das razões de decidir da decisão passada e da situação presente, tendo analisado e considerado coerentes as razões passadas com a situação da atual decisão³³⁴.

³³² NETTO, Alamiro Velludo Salvador. BRUNI, Aline Thaís. AMARAL, Cláudio do Prado. SAAD-DINIZ, Eduardo. MORAIS, Hermes Duarte. **Pacote Anticrime** – Comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Editora Almedina Brasil. 2020. p. 193.

³³³ SANGUINÉ, *op. cit.*, p. 461.

³³⁴ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-1.8>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

É o que aparece na jurisprudência do STJ, por exemplo, no EREsp n. 1.384.669/RS, julgado pela Terceira Seção daquela Corte, entendeu que carece de fundamentação a decisão que se limita a reportar os argumentos do Ministério Público como justificção. Assim foi ementada a decisão:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO. PRELIMINARES. ADOÇÃO DO PARECER MINISTERIAL. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. INSUFICIÊNCIA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 216.659/SP, ressalvada compreensão pessoal, decidiu que a mera transcrição de outra decisão ou de manifestação nos autos, sem qualquer acréscimo de fundamentação, não é apta a suprir a exigência de fundamentação das decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal.

2. A Corte de origem, ao apreciar o apelo defensivo, limitou-se a fazer remissão ao parecer ministerial, sequer transcrito no acórdão, sem tecer qualquer consideração acerca das preliminares arguidas, o que não se coaduna com o imperativo da necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais.

3. Embargos de divergência acolhidos para dar provimento ao recurso especial defensivo, determinando o retorno dos autos à Corte de origem para que profira novo julgamento, como entender de direito, inclusive apreciando as preliminares arguidas no apelo defensivo.³³⁵

O uso da técnica da motivação *per relationem* necessita, portanto, de ser, também, justificada para ser válida.

A motivação *per relationem* é, a nosso juízo, mais delicada em se tratando de prisão cautelar, isto porque esta é relacionada a uma situação fática momentânea, de modo que se mantém *rebus sic standibus*, por força do princípio da provisoriedade, já tratado neste trabalho. Além disso, a decisão que decreta a prisão cautelar se dá com cognição sumária. Tal vinculação com uma situação provisória e específica do processo foi positivada no art. 315, §1º, que exige a demonstração de fatos “*novos ou contemporâneos*” que justifiquem a prisão cautelar³³⁶ Ou seja, a cada decisão que decreta ou que revisa a prisão preventiva, deve-se apontar a contemporaneidade do *periculum libertatis*.

³³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp. N. 1.384.669/RS. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Terceira Seção. Julgado em: 28 ago. 2019. Publicado no DJe em: 02 set. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202744440&dt_publicacao=02/09/2019. Acesso em: 10 nov. 2020.

³³⁶ “Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. § 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.” BRASIL. Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 nov. de 2020.

7.2.2 Motivação fundada em textos legais impeditivos de liberdade provisória

Trataremos agora da última hipótese atípica de ausência de motivação, qual seja, a decisão cuja fundamentação se escora em textos legais impeditivos de liberdade provisória.

As decisões que decretam a segregação cautelar de forma automática, por efeito de texto legal, sem qualquer outro elemento de motivação que indique que o agente tenha de ser preso, é inadmissível em nosso ordenamento jurídico. Não havendo demonstração do *periculum libertatis*, consubstanciado nos pressupostos já verificados neste trabalho, não deve, a prisão cautelar, que se escora tão somente em texto legal, subsistir³³⁷. Tal prisão ofende, fundamentalmente, o art. 5º, LXI, da CRFB.

Brasileiro de Lima critica a vedação de liberdade provisória *ex lege*, alegando que, se toda prisão antes do trânsito em julgado tem natureza cautelar, não se pode negar que a única autoridade que responde por esta aludida tutela é o Poder Judiciário, pois o que se acautela com tal prisão, é, imediatamente, o processo, e, mediamente, a jurisdição penal³³⁸.

Com efeito, há, em nosso ordenamento jurídico, textos legais que vedam expressamente a liberdade provisória, como, por exemplo, o art. 21³³⁹ da Lei n. 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), que dispunha que os delitos de porte de arma de fogo em desacordo com determinação legal ou regulamentar, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo, eram insuscetíveis de liberdade provisória.

Com efeito, a constitucionalidade do referido dispositivo foi questionada da ADI . 3112, a qual declarou o dispositivo inconstitucional, por ferir a presunção de inocência e a necessidade de motivação das decisões que decretam a prisão, em acórdão assim ementado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE, INTROMISSÃO DO ESTADO NA ESFERA PRIVADA DESCARACTERIZADA. PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO RECONHECIDA. OBRIGAÇÃO DE RENOVAÇÃO PERIÓDICA DO REGISTRO DAS ARMAS DE FOGO. DIREITO DE PROPRIEDADE, ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO ALEGADAMENTE VIOLADOS. ASSERTIVA IMPROCEDENTE. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA: TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA

³³⁷ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 453

³³⁸ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**: volume único. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodvm, p. 937.

³³⁹ “Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.” BRASIL. **Lei n. 10.826 de 22 de dezembro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm Acesso em: 10 nov. 2020.

RAZOABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE REFERENDO. INCOMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. PREJUDICIALIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA.

I - Dispositivos impugnados que constituem mera reprodução de normas constantes da Lei 9.437/1997, de iniciativa do Executivo, revogada pela Lei 10.826/2003, ou são consentâneos com o que nela se dispunha, ou, ainda, consubstanciam preceitos que guardam afinidade lógica, em uma relação de pertinência, com a Lei 9.437/1997 ou com o PL 1.073/1999, ambos encaminhados ao Congresso Nacional pela Presidência da República, razão pela qual não se caracteriza a alegada inconstitucionalidade formal.

II - Invasão de competência residual dos Estados para legislar sobre segurança pública inócurre, pois cabe à União legislar sobre matérias de predominante interesse geral.

III - O direito do proprietário à percepção de justa e adequada indenização, reconhecida no diploma legal impugnado, afasta a alegada violação ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal, bem como ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.

IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e de "disparo de arma de fogo", mostra-se 'desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade.

V – Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.

VI - Identificação das armas e munições, de modo a permitir o rastreamento dos respectivos fabricantes e adquirentes, medida que não se mostra irrazoável.

VII - A idade mínima para aquisição de arma de fogo pode ser estabelecida por meio de lei ordinária, como se tem admitido em outras hipóteses.

VIII - Prejudicado o exame da inconstitucionalidade formal e material do art. 35, tendo em conta a realização de referendo.

IX - Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003³⁴⁰. – grifo nosso

Outro texto legal que trouxe a vedação da liberdade provisória é o art. 44³⁴¹ da Lei 11.343/06. Com efeito, tal texto foi repudiado pelo STF, no RE 1.038.925/SP, em que se propôs a fixação da tese que classifica como inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória” naquela Lei. Assim restou ementado aquele caso:

Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de drogas. Vedação legal de liberdade provisória. Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art. 5º da CF. 3. Reafirmação de jurisprudência. 4. Proposta de fixação da seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44

³⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3112. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Pleno. Julgado em 02 mai. 2007. Publicado no DJe em: 26 out. 2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>>. Acesso em 10 nov. 2020.

³⁴¹ “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.” BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm Acesso em: 10 nov. 2020.

da Lei 11.343/2006. 5. Negado provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal.³⁴²

A Lei 13.964/19, embora tenha trazido tantas inovações importantes ao sistema processual penal, como as hipóteses típicas de ausência de motivação e o instituto da revisão periódica, também trouxe uma hipótese de vedação de liberdade provisória, semelhante às situações anteriores por nós descritas. Trata-se da hipótese prevista no §2º do art. 310 do CPP, de o agente ser integrante de milícia ou de organização criminosa armada ou, ainda, de portar arma de fogo de uso restrito. Assim é o texto legal:

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.³⁴³

Parece ser uma contradição interna desta Lei a qual, conforme demonstramos nesse trabalho, tornou mais clara a excepcionalidade da prisão cautelar e a ênfase na motivação das decisões judiciais em matéria penal³⁴⁴. É bastante contraditório, pois menos de três artigos adiante, a mesma Lei inseriu o dispositivo que exige a demonstração de perigo gerado pelo estado de liberdade, fatos novos ou contemporâneos, motivação concreta, etc., para decretar-se a prisão cautelar, e naquele dispositivo, o legislador optou por criar uma hipótese em que a prisão cautelar se justifica por si mesma, algo que não deverá prosperar em nosso ordenamento jurídico.

Cruz, ao comentar esta vedação de liberdade, aponta que, não tardará tal dispositivo a receber repúdio pelo STF, pois dispensa o criterioso exame judicial e efetiva necessidade de manter-se alguém sob custódia cautelar, criando uma presunção *ex lege* de indispensabilidade da *ultima ratio* que é a prisão cautelar³⁴⁵. Tais requisitos, como integrar milícia, organização criminosa, ou a reincidência *podem* ser justificadores de uma segregação cautelar, porém isso deve variar de caso a caso.

Cruz, ainda, ao comentar sobre a reincidência determinar, necessariamente, a segregação cautelar, indaga:

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 1.038.925/SP. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 18 ago. 2017. Publicado no DJe em: 08 nov. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312754415&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2020

³⁴³ BRASIL. Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 nov. de 2020

³⁴⁴ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 350.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 350.

Ora, a simples reincidência do acusado, sem qualquer análise de qual crime praticou anteriormente, há quanto tempo e em que condições, poderá implicar, peremptoriamente, a vedação à liberdade, se o mesmo diploma legal deixa claro que a motivação do decreto preventivo deve assentar concretamente sobre fatos novos ou contemporâneos que legitimem a aplicação da medida?³⁴⁶

Assim, encerramos o exame das hipóteses atípicas, não previstas em Lei, de ausência de motivação. Passamos agora ao exame da nulidade por ausência de motivação.

8. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO

Chegamos ao último ponto do trabalho versando sobre a nulidade do provimento jurisdicional que decreta a prisão cautelar por ausência de motivação. Isto advém, inicialmente, pelo art. 93, IX, da CRFB e, agora, pela Lei 13.964/2019, pelo art. 564, VIII do CPP.

Pelo texto constitucional (art. 93, IX), extrai-se que a decisão não fundamentada será nula. Com efeito, a garantia da motivação constitui algo verdadeiramente estruturante do Estado Democrático Constitucional e esta garantia se consubstancia na regra do dever de motivar, o qual, não cumprido, acarretará a sanção de nulidade³⁴⁷. Por sua vez, o conceito de “decisão judicial fundamentada” é um conceito jurídico indeterminado que foi ganhando densidade normativa pelas inovações legislativas já citadas e pelos apontamentos da doutrina, tendo sido, inclusive, criadas hipóteses típicas de ausência de motivação, primeiro na legislação processual civil e, posteriormente, na legislação processual penal.

Sobre isso, o professor Gustavo Badaró leciona que a nulidade por ausência de motivação é absoluta, assim dizendo:

A nulidade da decisão ou sentença por carência de motivação, por incidir em qualquer dos vícios elencados no § 2 do art. 315 do CPP é absoluta, não só porque tal dispositivo não está elencado entre aqueles que geram nulidades sanáveis, do art. 571 do mesmo código, mas porque para o vício de fundamentação a própria Constituição prevê a sanção de nulidade (art. 93, IX), não podendo ser considerada meramente relativa a nulidade cominada constitucionalmente.³⁴⁸

³⁴⁶ CRUZ, Rogério Schiatti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020. p. 351.

³⁴⁷ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**: O controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/197856050/v1/page/RB-5.1>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

³⁴⁸ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/RB-1.8>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

Vê-se, portanto, que a própria Constituição Federal tratou de definir a consequência processual da ausência de fundamentação de todas as decisões judiciais. A decisão judicial que carece de motivação é, portanto, absolutamente nula, pois é um ato processual inconstitucional, senão juridicamente inexistente, não podendo ser classificado como nulidade relativa, pois as garantias processuais-constitucionais, mesmo quando aparentemente postas em benefício de uma das partes, visam, em primeiro lugar, ao interesse público na condução do processo, segundo as regras do devido processo legal³⁴⁹.

Além disso, a consequência de nulidade do ato decisório carente de fundamentação, prevista na CRFB, foi positivada no CPP, no art. 564, inc. VIII, que assim dispõe:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] V - em decorrência de decisão carente de fundamentação.³⁵⁰

Disso decorre que o reconhecimento da nulidade por ausência de motivação não dependerá provocação da parte interessada, devendo ser declarado *ex officio* pelo julgador ao verificar a ocorrência de decisão não fundamentada³⁵¹.

NETTO *et al.*, ao tratar do tema, defende que a nulidade absoluta ocorre nos casos em que não há motivação e em que não há dialeticidade³⁵². Com efeito, desde o CPC e, agora, pelos seis incisos do art. 315, §2º do CPP, temos hipóteses tipificadas pela Lei em que não se considera a decisão fundamentada, de modo que são hipóteses em que haverá nulidade absoluta.

No caso de processos transitados em julgado que contenham nulidade absoluta por vício de fundamentação, é possível, em benefício do condenado, lançar mão de ações autônomas de

³⁴⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. *e-book* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100073018/anchor/a-100073018>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

³⁵⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 nov. de 2020.

³⁵¹ GOMES FILHO, *loc. cit.*

³⁵² NETTO, Alamiro Velludo Salvador. BRUNI, Aline Thaís. AMARAL, Cláudio do Prado. SAAD-DINIZ, Eduardo. MORAIS, Hermes Duarte. **Pacote Anticrime** – Comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Editora Almedina Brasil. 2020. p. 196.

impugnação, como *habeas corpus*, com base no art. 5º, LXVIII³⁵³ da CRFB e 647³⁵⁴ do CPP e revisão criminal, com base no art. 621, I³⁵⁵, do CPP.

Por outro lado, no caso da nulidade absoluta por falta de motivação em interesse da acusação, a pretensão de declaração de nulidade terá como limite impugnativo a via recursa ordinária³⁵⁶, nos termos da Súmula 160 do STF, que diz: “é nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso de apelação, ressalvados os casos de recurso de ofício.”.

Ainda, no caso de o tribunal tomar conhecimento da nulidade em favor da defesa, não precisará, necessariamente, declará-la, uma vez que, se verificar que é caso de absolvição, poderá decidir o mérito em favor do acusado, proferindo uma decisão que beneficie o acusado mais amplamente³⁵⁷.

³⁵³ “LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

³⁵⁴ “Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.” BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 nov. de 2020.

³⁵⁵ Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 nov. de 2020.

³⁵⁶ NETTO, *et al.* 2020. p. 198.

³⁵⁷ NETTO, *et al. loc. Cit.*

9. CONCLUSÃO

Do presente trabalho, cujo escopo principal foi o exame da motivação do decreto de prisão cautelar, várias lições foram extraídas.

Inicialmente, cumpre salientar que concluímos que a motivação das decisões judiciais é uma garantia fundamental no Estado de Democrático de Direito, operando como uma garantia das garantias, sendo um instrumento pelos quais se controla a eficácia das demais. Vale dizer, concluímos que é indispensável à presunção de inocência, à excepcionalidade, à provisionalidade da prisão cautelar, o dever do magistrado de fundamentar suas decisões.

Vimos, também, observando o histórico do dever de motivação das decisões judiciais, que, em dados momentos, a motivação judicial – vale dizer, o discurso dos juízes – foi visto com profunda desconfiança por setores da sociedade, que, apoiados na ideia do juiz “boca da lei”, confundia-a com a violação da separação de poderes. Ademais, o dever de motivar decisões começou a surgir no século XVIII.

Observamos, ainda no terreno da História do Direito, um notável vanguardismo do nosso Direito em relação ao dever de motivação judicial. Isto porque, desde as antigas Ordenações Filipinas, do período em que ainda não existíamos como País independente, em Portugal, de quem herdamos parte de nossa tradição jurídica, já havia claramente o dever de motivação das decisões judiciais. Aliás, não apenas havia o dever de motivação das decisões judiciais, como também, nitidamente a função de a motivação das decisões judiciais servia para o “juiz-môr” conhecer das razões que levaram o juiz *a quo* a decidir desta ou daquela maneira.

De nossa revisão bibliográfica, percebemos um movimento acentuado após a Segunda Guerra Mundial em que as constituições europeias passaram a prever, cada vez mais, o dever de motivação das decisões judiciais. Notavelmente, a constituição italiana passou a prever o dever de motivação judicial, bem como a Lei Fundamental de Bohn dispôs o dever de motivação especificamente nos casos de pessoas detidas provisoriamente sob suspeita de prática de um delito.

Desta síntese histórica, resultou que o dever de motivação das decisões judiciais é uma garantia constitucional que tem duas funções – a função extraprocessual e a função endoprocessual.

A função extraprocessual, também denominada de função política, é destinada ao controle social sobre a atividade do Poder Judiciário, o que dá um sentido claramente democrático ao sistema. Tal função tem um caráter político-social. Embora esta função sirva ao conhecimento da comunidade sobre a atividade decisória do juiz dos juízes, isto não deve

significar que o magistrado deva decidir para satisfazer a opinião pública. É justamente o contrário, ele, motivadamente, por vezes, terá de decidir contra a opinião pública, sendo contramajoritário, e é justamente na motivação que o juiz demonstrará seu compromisso com a proteção dos direitos fundamentais. Concluimos que a motivação, aqui, relaciona-se com a publicidade, uma vez que todos os julgamentos devem ser públicos, salvo haja necessidade de os tornar sigilosos.

A função endoprocessual, como indica o nome, está relacionada ao âmbito interno do processo, ou seja, às partes, ao julgador *ad quem* que apreciará eventuais recursos. Nesta função, exalta-se a finalidade técnico-processual da decisão. Concluimos que tal função também é o que efetiva a imparcialidade do julgador que, ao demonstrar o *iter* decisório, explicita que decidiu apenas e tão somente conforme o Direito.

Concluimos, ainda, que sobre todas as modalidades de prisão cautelar, deverá incidir o mandamento de motivação das decisões judiciais. Isto não apenas em decorrência do art. 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil, mas também da legislação infraconstitucional que regulamenta cada uma das prisões cautelares. Mesmo no caso da prisão em flagrante incide o dever de motivar. A peculiaridade ali, é que a prisão se dá sem motivação judicial, porém o quanto antes, no prazo de 24h, o magistrado se debruça sobre o flagrante, a fim de apreciá-lo e tomar as decisões cabíveis, conforme o art. 310 do Código de Processo Penal, oportunidade em que surge o dever de motivar. Neste processo, deverá demonstrar o *iter* decisório até chegar em sua decisão, indicando o porquê de não aplicar estas ou aquelas medidas cautelares diversas à prisão, bem como em que se fundamenta eventual prisão preventiva.

Na prisão temporária, por seu turno, aprendemos que ela é eivada de polêmicas e tem sua constitucionalidade, por argumentos bastante sólidos, questionada. Tal questionamento impõe um dever de motivação ainda mais grave ao julgador, dado que ela se dá antes de haver sequer denúncia contra o agente, que é tolhido de sua liberdade. Isto impõe ao julgador que faça um exame minucioso dos indícios disponíveis, bem como que demonstra não haver meios menos gravosos para viabilizar a investigação policial. Há, ainda, na própria lei que regulamenta a prisão temporária, o dever de motivação da decisão que a decreta, como se depreende do §2º, do art. 2º, da Lei n. 7.960/89, que dispõe que tal decisão deve ser fundamentada.

Por sua vez, na prisão preventiva, vimos que há uma série de elementos sobre os quais o juiz deve se manifestar, de forma fundamentada. Concluimos que há dois conceitos jurídicos indeterminados como fundamentos da prisão preventiva – ordem pública e ordem econômica – que impõem ao magistrado uma atividade bastante severa de justificação e que deve o

magistrado fazer uma minuciosa leitura destes dispositivos, conforme a Constituição da República Federativa do Brasil. Vimos também que a Lei 13.964/19 trouxe uma série de elementos pelos quais o juiz deve se guiar para decretar a prisão preventiva, por exemplo demonstrar que há fato novo ou contemporâneo que demonstre o *periculum libertatis*. Também percebemos a criação da revisão periódica da prisão preventiva, pela Lei nº 13.964/2019, atividade na qual o juiz deverá apreciar e decidir sobre a liberdade do acusado a cada 90 dias, de forma motivada. Outra inovação benfazeja da Lei, ao lado da revisão periódica foi o §3º do art. 282 do Código de Processo Penal, que impôs ao juiz a motivação concreta e a exposição de o porquê não utilizar as medidas cautelares alternativas à prisão.

Concluimos também que a prisão domiciliar tem um caráter humanitário, de proteção ao jurisdicionado, como um substitutivo da prisão preventiva.

Examinamos as controvérsias doutrinárias existentes no processo de decretação de medidas cautelares à prisão, sobre as quais, também, exige-se a motivação da decisão judicial, embora haja divergência doutrinária quanto à intensidade da justificação em torno do *fumus comissi delicti* e, também, quanto à possibilidade de aplicação do “poder geral de cautela”, presente no direito processual civil.

Concluimos que o dever de motivar a decisão judicial, prevista no inciso IX, do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, é uma regra, porém o conceito de decisão judicial fundamentada é um termo jurídico indeterminado. Tal conceito, embora permaneça indeterminado, foi ganhando cada vez mais densidade normativa, pela legislação infraconstitucional e pela doutrina. O ponto alto de tal dever foi a criação, no novo Código de Processo Civil, do §1º do art. 489, que estabeleceu seis hipóteses típicas de ausência de motivação da decisão judicial, a que se somam hipóteses atípicas, apontadas pela doutrina.

Depois, extraímos da doutrina que os requisitos para motivação de decisão judicial são a integridade, a correção, a dialeticidade, a racionalidade interna e externa, e todos estes componentes relacionam-se com o devido processo legal e com o contraditório. A integridade refere-se à demonstração do *iter* decisório, em que o juiz realiza a justificação de todos os elementos estruturais da decisão. A dialeticidade envolve o dever de o juiz demonstrar que levou em conta todos os argumentos possíveis de infirmar sua decisão, respeitando a paridade de armas, e efetivando o contraditório e o devido processo legal. Concluimos que tal requisito não implica que o juiz deva decidir sobre todo e qualquer argumento levantado pela parte, mas apenas aqueles capazes de infirmar a decisão.

Verificamos também que a correção envolve que o magistrado faça sua justificação demonstrando que ela se dá levando em consideração os dados efetivamente presentes no

processo. Não se trata de o magistrado prolatar uma decisão correta ou incorreta quanto ao mérito, mas de demonstrar que levou em consideração os elementos do caso concreto, em especial os que dizem respeito aos pressupostos materiais das prisões cautelares, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Quanto à racionalidade interna, surge o dever de o julgador não prolatar sua decisão contendo contradições internas, entre as várias proposições presentes no *iter* decisório. A racionalidade externa, por seu turno, diz respeito à congruência normativa e narrativa do discurso judicial.

Quanto às hipóteses de ausência de motivação, embora fossem aplicáveis as hipóteses previstas no Código de Processo Civil, por força do art. 3º do Código de Processo Penal, que permite a aplicação subsidiária de outros ramos do direito, a Lei nº 13.964/19 foi benfazeja ao inserir no Código de Processo Penal aquelas hipóteses de ausência de motivação. Concluimos, também, que embora esteja tal dispositivo no §2º do art. 315 do Código de Processo Penal, no capítulo do Código de Processo Penal que trata da prisão preventiva, ela se aplica a toda e qualquer decisão do magistrado relativa às prisões cautelares e não apenas à prisão preventiva.

Concluimos que os requisitos da motivação e as hipóteses de ausência de motivação são os mesmos, no processo penal e no processo civil, porém no processo penal, por estar em jogo valores como liberdade e honra do indivíduo, há uma maior intensidade na justificação do magistrado, que deve levar em conta os princípios expostos na primeira parte do nosso trabalho, como a presunção de inocência, a excepcionalidade, a duração razoável da prisão, a legalidade. Além disso, concluimos que a Lei nº 13.969/2019 trouxe ao processo penal, de forma expressa, a existência de precedentes judiciais em matéria penal, formados pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, chamados por parte da doutrina de Cortes Supremas, dada sua função de formar precedentes, cuja finalidade é dar maior segurança jurídica ao ordenamento.

Do exame das inovações legislativas trazidas pelo §1º do art. 489, do Código de Processo Civil e do §2º, do art. 315, do Código de Processo Penal, bem como do exame da doutrina, resultou que podemos afirmar que existem hipóteses típicas e atípicas de ausência de motivação. As hipóteses típicas, previstas em Lei, que são: (a) decisão que se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com o caso ou a questão decidida; (b) decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (c) decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (d) decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão e; (e) decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se

ajusta àqueles fundamentos; (f) decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Por sua vez, as hipóteses atípicas são aquelas que não estão previstas expressamente em Lei, porém decorrem de princípios constitucionais, como o devido processo legal, a presunção de inocência, entre outros. Podemos afirmar que há duas situações atípicas que configuram ausência de motivação, quais sejam: (a) decisão que utiliza a técnica *per relationem*, sem fazer a devida individualização do caso concreto e; (b) decisão cuja motivação limita-se a apontar a existência de textos legais que impedem a liberdade provisória.

Ademais, havendo o descumprimento do dever de motivar, ou seja, havendo ausência de motivação na decisão judicial, configura-se uma nulidade absoluta, por se tratar de uma hipótese de nulidade advinda do próprio texto constitucional e, por tratar-se a motivação de uma garantia das garantias, sua ausência causa inegável prejuízo.

Concluimos, por fim, que o dever de motivar ganha cada vez mais densidade normativa em nosso ordenamento jurídico, em especial pela Lei nº 13.964/2019. Tal fato é absolutamente elogiável, e, pelo menos na legislação, podemos dizer que há inegável evolução da proteção dos direitos fundamentais em nosso País. A despeito disso, há alguns dispositivos que, ainda que meritórios, por protegerem os direitos fundamentais, como é o caso da revisão periódica da prisão preventiva, merecem reparos, que, esperamos, o legislador fará. Enquanto não os fizer, cumpre à doutrina e à jurisprudência buscar dar unidade e coerência ao Direito, apontando equívocos e dando a interpretação que esteja em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil, promovendo a segurança jurídica, salvaguardando direitos fundamentais e, por conseguinte, a própria dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://bridge.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991708>>. Acesso em: 12 nov. 2020.
- BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8/page/1>>. Acesso em: 12 nov. 2020.
- BRASIL. **Código de processo civil de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 nov. 2020.
- BRASIL. **Código de Processo Penal de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12 nov. de 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 nov. 2020.
- BRASIL. **Decreto n. 592 de 06 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 12 nov. 2020.
- BRASIL. **Decreto n. 678 de novembro de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 12 nov. /2020.
- BRASIL, **Lei n. 7.960 de 21 de dezembro de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm. Acesso em: 12 nov. 2020.
- BRASIL. **Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm>. Acesso em: 12 nov. 2020.
- BRASIL. **Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm> Acesso em: 12 nov. 2020
- BRASIL. **Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm Acesso em: 12 nov. 2020.
- BRASIL. **Lei n. 10.826 de 22 de dezembro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm Acesso em: 12 nov. 2020.
- BRASIL. **Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> Acesso em: 12 nov. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2004-2006/2006/lei/111343.htm Acesso em: 12 nov. 2020.
- BRASIL. **Lei n. 13.445 de 24 de maio de 2017**. Disponível em: < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 12 nov. 2020.
- BRASIL. **Lei n. 13.869/2019 de 5 de setembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm Acesso em: 12 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126.815/MG.. Rel. Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgado em 04 ago. 2015. Publicado no DJe em 28/08/10. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307583472&ext=.pdf> Acesso em: 12 nov. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus 191.836/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Dje: 21/10/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344621754&ext=.pdf>> Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3112. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Pleno. Julgado em 02 mai. 2007. Publicado no DJe em: 26 out. 2007. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>>. Acesso em 12 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 1.038.925/SP. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 18 ago. 2017. Publicado no DJe em: 08 nov. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312754415&ext=.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Andamentos processuais do SL n. 1395, Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6025676>> Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 125.649/SP. Relator Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgado em 21 mar. 2017. Publicado no Dje em 01 ago. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312196717&ext=.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 151.788/PR. Rel.Min. Dias Toffoli. Segunda Turma. Julgado em: 14 ago. 2020. Publicado no DJe em: 07 nov. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338999843&ext=.pdf> Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 115.786/MG. Rel. Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 06 ago. 2013. Publicado no DJe em: 20 ago. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=163456277&ext=.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 67.534/RJ. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Julgado em: 17 mar. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600223212&dt_publicacao=31/03/2016. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 57.722/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500609875&dt_publicacao=22/02/2017>. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 299.320/CE. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma. Julgado em: 10 fev. 2015. Publicado no DJe em: 23 fev. 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401750346&dt_publicacao=23/02/2015. Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp. N. 1.384.669/RS. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Terceira Seção. Julgado em: 28 ago. 2019. Publicado no DJe em: 02 set. 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202744440&dt_publicacao=02/09/2019. Acesso em: 12 nov. 2020.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 7ª ed. Campinas: Bookseller, 2006.

CASARA, Rubens R.R. **Processo Penal do Espetáculo**: Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. 1ªed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar** – dramas, princípios e alternativas. 5ª ed. rev. ampl. atua. Salvador: Juspodium. 2020.

ESPAÑA, **Constituição da Espanha. Sancionada em 27 de dezembro de 1978**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf> Acesso em: 12 nov. 2020.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 12 nov. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1ª ed. *e-book* baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99902971/v2/document/100068946/anchor/a-99903223>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal: volume único**. 8ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodvm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, **Prisões Cautelares**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. [livro eletrônico]. 4ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/99876588/v4/page/1>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, volume 1**. 3ª Ed. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/101686396/v3/document/119515967/anchor/a-119515967>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. BRUNI, Aline Thaís. AMARAL, Cláudio do Prado. SAAD-DINIZ, Eduardo. MORAIS, Hermes Duarte. **Pacote Anticrime – Comentários à Lei n. 13.964/2019**. São Paulo: Editora Almedina Brasil, 2020.

NICOLITT, André Luiz. **Lei nº12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade**. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>> Acesso em 12 nov. 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24ª Ed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://bridge.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023763>. Acesso em: 12 nov. 2020.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais: O controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*. Disponível em: <

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/197856050/v1/page/1>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 25 de abril de 1974**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em: 12 nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. HC n. 70084465939, Rel. Des. Jayme Weingartner Neto, Primeira Câmara Criminal, julgado em 15 out. 2020, publicado no DJe: 22 out. 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em 12 nov. 2020.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar** – medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANGUINÉ, Odone. **Efeitos perversos da prisão cautelar**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 86/2010, set-out. p. 289- 335, 2010.

SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais** – a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*. Disponível em: < <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/107496345/v1/document/108281960/anchor/a-108281841>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4ª ed. São Paulo: Livraria Saraiva Educação. 2011.

WEDY, Miguel Tedesco. **Prisão Cautelar e Princípios Constitucionais**. Revista Justiça do Direito. Vol. 18/2004, Revista Justiça do Direito, Passo Fundo. v. 18, n.1, p. 77-94.