

MARCOS PEREIRA DOS SANTOS

**A PRISÃO PREVENTIVA E A SUA EFETIVIDADE NO PROCESSO
PENAL**

CURSO DE DIREITO – UNIEVANGÉLICA
2020

MARCOS PEREIRA DOS SANTOS

**A PRISÃO PREVENTIVA E A SUA EFETIVIDADE NO PROCESSO
PENAL**

Monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Me. Adriano Gouveia Lima.

ANÁPOLIS – 2020

MARCOS PEREIRA DOS SANTOS

**A PRISÃO PREVENTIVA E A SUA EFETIVIDADE NO PROCESSO
PENAL**

Anápolis, ____ de _____ de 2020.

Banca Examinadora

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar e estudar a prisão preventiva como forma de efetivação do objeto do processo penal. A metodologia utilizada é a de compilação bibliográfica. Está dividido didaticamente em três capítulos. Inicialmente, sem se olvidar dos aspectos históricos e teóricos, busca-se elucidar o que se entende por prisão preventiva. No segundo capítulo trata-se de esclarecer se a prisão preventiva fere o princípio da prisão de inocência, considera-se na abordagem as principais problemáticas e objeções relacionadas a tal medida constritiva. Por fim, o terceiro capítulo volta-se para explicação da motivação judicial da decisão que decreta a prisão preventiva, perquire-se a respeito dos elementos que a justificam, bem como das implicações da fundamentação inadequada. No decorrer do trabalho demonstra-se que a prisão preventiva é medida necessária e adequada desde que condicionada a uma base principiológica, elencada pela doutrina, e utilizada como instrumento do processo penal a fim de preservar sua efetividade, sendo tal finalidade evidenciada por meio da devida motivação, do contrário transmuda-se em indevida antecipação de pena com finalidade punitiva.

Palavras chave: Prisão preventiva. Presunção de inocência. Motivação. Efetividade. Pacote anticrime.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – DEFINIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA	03
1.1 Evolução histórica da prisão	03
1.2 Teorias que justificam a prisão	06
1.3 A prisão preventiva no ordenamento jurídico	10
CAPÍTULO II – PRISÃO PREVENTIVA E O PRÍNCIPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	17
2.1 Aspectos históricos do princípio da presunção de inocência	17
2.2 Princípio da presunção de inocência e objeções quanto a sua consonância com a prisão preventiva	20
3.3 Coexistência da prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência	23
CAPÍTULO III – MOTIVAÇÃO JUDICIAL NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	29
3.1 Princípio da motivação das decisões judiciais	29
3.2 Fundamentação da decisão que decreta à prisão preventiva	32
3.3 Fundamentação inadequada da decisão que decreta à prisão preventiva e suas implicações	38
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar e estudar a prisão preventiva como forma de efetivação do objeto do processo penal, porquanto há casos que, não obstante o encarceramento processual seja uma exceção, ele se torna altamente relevante e, caso não decretada, o processo perde a sua efetividade.

Nota-se que a prisão preventiva é essencial para eficiência da administração da justiça penal. No entanto, sua necessidade, reiteradamente, é confundida com a generalização e vulgarização, significativa parcela da população acredita que a segregação cautelar é indispensável para acabar com a impunidade e fazer justiça em detrimento dos dispositivos legais e constitucionais.

Observa-se que o texto constitucional garantiu direitos individuais como a presunção de inocência, de igual modo direitos sociais como a segurança. Em que pese não ser uma problemática nova, intensificou-se nos últimos anos o debate sobre a colisão de direitos fundamentais na seara penal, sobretudo, em razão da repercussão de operações nas quais se buscam reprimir crimes corporativos e corrupção sistêmica.

A problemática reveste-se ainda de significativa relevância em virtude do percentual de presos provisórios no Brasil ser bastante alto, não obstante a prisão ser uma exceção e a prisão preventiva ter caráter subsidiário em relação as medidas cautelares diversas da prisão. Percebe-se certa banalização de tal instinto, uma vez que é excepcional, em tese. No entanto, é utilizado de forma comum e ordinária.

Por conseguinte, frequentemente há demandas judiciais que questionam aspectos concernentes à prisão preventiva, sendo possível verificar divergências hermenêuticas quanto a sua utilização, especialmente em relação às alterações trazidas pela Lei 13.964/2019. Esta medida constritiva, é entendida como ingerência gravosa do poder estatal no âmbito dos direitos fundamentais. No entanto, é admitida como necessária. Nessa acepção, torna-se imperioso compreender quando tal medida é justificável sob o prisma constitucional e legal.

O método utilizado na elaboração desta monografia é o da compilação ou o bibliográfico, que consiste na exposição do pensamento de vários autores que escreveram sobre o tema escolhido. Desenvolveu-se, dessa forma, uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se como apoio e base contribuições de diversos autores sobre o assunto em questão.

No primeiro capítulo, sem se olvidar dos aspectos históricos e teóricos, busca-se elucidar o que se entende por prisão preventiva. No segundo capítulo trata-se de esclarecer se a prisão preventiva fere o princípio da prisão de inocência, considera-se na abordagem as principais problemáticas e objeções relacionadas a tal medida constritiva. Por fim, o terceiro capítulo volta-se para explicação da motivação judicial da decisão que decreta a prisão preventiva, perquire-se a respeito dos elementos que a justificam, bem como das implicações da fundamentação inadequada.

Por tudo isso, é mister perquirir acerca da prisão preventiva e sua efetividade no processo penal, de modo a clarificar as inúmeras dúvidas e discussões que podem surgir no seio social, acadêmico e profissional em torno desta temática, cujos efeitos se refletem em todos os âmbitos da sociedade, padecendo muitos em razão de um processo penal inefetivo ou da restrição de direitos individuais.

CAPÍTULO I – DEFINIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA

No presente capítulo busca-se apresentar o que se entende como prisão preventiva. Para tanto, é oportuno, a fim de que se tenha uma compreensão abrangente sobre esta temática, perquirir acerca da evolução histórica da prisão e das teorias que a justificam.

Por fim, dada a singular importância do instituto da prisão preventiva no Estado Democrático de Direito, à luz do ordenamento jurídico, faz-se mister, frente as atualizações legislativas, o entendimento doutrinário e jurisprudência, definir o que se entende por prisão preventiva hodiernamente.

1.1 Evolução Histórica da Prisão

É mister compreender a evolução histórica da pena de prisão também no âmbito processual, porquanto o processo penal, atualmente, é pensado sob o prisma do princípio da necessidade, tendo em vista ser este um caminho necessário para alcançar-se a pena, mormente por tal caminho condiciona-se o poder punitivo estatal à observância das regras que compõem processo penal. Desse modo, é imprescindível entender a evolução da pena de prisão para chegar-se à compressão da própria evolução do processo penal, especialmente das prisões cautelares (LOPES JR, 2012).

Frisa-se que situar a origem da presente temática é tarefa revestida de especial complexidade. A esse respeito preleciona BITENCOURT (2019, p. 589) que “a origem da pena é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a história da humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la em suas origens”.

Encontram-se relatos históricos da prisão na antiguidade, notadamente dizem respeito a forma de punição dos povos Gregos e Romanos. Acerca desse tema colaciona-se (BITENCOURT, 2019, p.591):

Grécia e Roma, pois, expoentes do mundo antigo, conheceram a prisão com finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo. Pode-se afirmar que de modo algum podemos admitir nessa fase da História sequer um germe da prisão como lugar de cumprimento de pena, já que praticamente o catálogo de sanções esgotava-se com a morte, penas corporais e infamantes. A finalidade da prisão, portanto, restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas. A prisão dos devedores tinha a mesma finalidade: garantir que eles cumprissem as suas obrigações.

Nesse período, no âmbito do pensamento dos filósofos a prisão era idealizada, por exemplo, nos escritos de Platão (Livro IX de As Leis), o filósofo pontua acerca da ideia de privação de liberdade como pena e como custódia (BITENCOURT, 2019).

Na época da idade média, a prisão também tinha caráter de lugar de custódia, sendo as penas bárbaras, de modo que eram executadas de encontro à integridade física (LOPES JR, 2012).

Destaca-se, ser a prisão canônica, antecedente da prisão moderna, haja vista que esta objetivava o arrependimento dos pecados, ou seja, trata-se de uma ideia de reforma do delinquente. No contexto da inquisição, há a distinção de pena privativa de liberdade e prisão de natureza processual ou preventiva (LOPES JR, 2012).

No século XVI e XVII, predominava a pena de morte, cujo uso era generalizado. No entanto, nesse período começaram os questionamentos quanto ao

uso da pena capital, tal como a ideia da prisão como pena privativa de liberdade. Nota-se que, gradativamente, a pena privativa de liberdade substituiu outras modalidades de pena, até tornar-se a principal modalidade. Este processo ocorreu na segunda metade do século XVII até o XIX (LOPES JR, 2012).

No que se refere a prisão preventiva, a Revolução Francesa, fora um marco quanto a sua alteração, visto que com a declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789, positivou-se a presunção de inocência. Entretanto, tal alteração demorou mais de 100 anos para ter impactos efetivos no Brasil (DELMANTO JR, 2019).

Outros momentos históricos pertinentes com a presente temática, são a Independência e a Constituição Imperial de 1824, de modo que se passou a dispor sobre a prisão antes da pronúncia, ou seja, “sem culpa formada” (DELMANTO JR, 2019, p.277).

No Brasil no início do século XX, sobretudo por inspiração do Federalismo Americano, havia grande pluralismo legislativo. Diante da I Guerra Mundial e após a crise de 1929, ocorreu a Revolução de 1930, Getúlio Vargas tomou o poder, culminando-se na Constituição de 1934, pondo fim ao pluralismo legislativo dos Estados no que se refere ao processo (DELMANTO JR, 2019).

Na referida Constituição a prisão era tratada no art. 113, inciso 21, o qual segundo DELMANTO JR (2019, p. 279), previa sobre a prisão da seguinte maneira:

Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora.

Nota-se que neste período, os parâmetros da prisão provisória foram elencados no texto constitucional, tendo significativa semelhança com o que está previsto na Constituição de 1988.

Por fim, vale destacar ainda está temática em relação a origem do Código de Processo Penal de 1941, o qual não obstante as inúmeras reformas ainda se encontra vigente, segundo DELMANTO JR (2019, p.280):

Com inspiração do Código Rocco, de índole fascista italiana, o Código de Processo Penal, de 1941, previa, originalmente, que o preso em flagrante deveria ficar no cárcere até o julgamento (salvo hipóteses de fiança e de livrar-se solto), sendo a prisão preventiva obrigatória: a) em casos com acusação pela prática de crime com pena máxima superior a 10 anos; b) com a pronúncia; c) com a sentença condenatória de 1º grau recorrível; d) continuava preso ainda que sobreviesse sentença absolutória, caso a acusação fosse por crime cuja pena máxima ultrapassasse oito anos(!).

Verifica-se, da citação acima, que se refere à redação inicial do art. 312 do CPP, a previsão da prisão *ex lege*, isto é, prisão de maneira automática por força de lei, notadamente nos casos dos crimes com pena máxima superior a 10 anos. Tal artigo fora alterado pela Lei nº 5.349/67 (LIMA, 2020).

1.2 Teorias que Justificam a Prisão

Não obstante a grande quantidade de discussões, no decorrer da história, concernentes aos fins da pena, destacam-se as teorias absoluta e relativas. Aquelas defendem um caráter de retribuição pelo crime cometido por meio da pena, ao passo que estas apontam a finalidade utilitária da prevenção de crimes. Estas teorias culminam-se em outras que são combinações delas, chamadas de teorias mistas unitárias ou ecléticas (SALIM e AZEVEDO, 2017).

No que se refere as teses absoluta da pena, destaca-se dois expoentes, chamados Viant e Hegel, os quais a entendem como retribuição justa pela prática de um delito, ou seja, tem caráter de castigo como forma de retribuição visando a justiça (SALIM e AZEVEDO, 2017).

Ressalta-se que para as teorias absolutas, a pena não tem finalidades sociais de prevenção de delitos, mas somente de, conforme alhures, castigar aquele que cometera crime, de modo que o mal não possa ficar impune (SALIM e AZEVEDO, 2017).

Acerca dessa temática e teorias sobre as penas leciona BITENCOURT (2019, p.145) de maneira clara o seguinte:

A característica essencial das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: *quia peccatum*.

As referidas teorias também são conhecidas como teorias retributivas. Esta nomenclatura dar-se justamente pelo caráter de retribuição ao mal causado por meio do delito, de tal forma que a justificativa para impor uma pena tem espeque, conforme citação acima, unicamente em punir o fato passado (BITENCOURT, 2019).

Ao passo que para as teorias relativas da pena, a justificativa não tem caráter de retribuição de um mal cometido, mas de prevenir sua prática. Nota-se que a pena deixa de ter espeque no passado e passa-se a visar o futuro, em síntese, por meio da pena busca-se a prevenção de novos delitos, por conseguinte, tais teorias também são chamadas de teorias utilitaristas ou como teorias preventivas (BITENCOURT, 2019).

A finalidade preventiva da pena se divide em duas vertentes, prevenção geral e especial. Aquela tem o coletivo social como seu destinatário, enquanto esta tem como destinatário aquele que delinuiu. Ambas são tratadas pelo viés da natureza da prestação da pena, o qual as subdivide em negativa e positiva. (BITENCOURT, 2019).

Vale destacar cada uma dessas vertentes, no que tange a prevenção geral, esta está relacionada a intimidação da sociedade com intuito de evitar o surgimento de delinquentes. Na aplicação da pena, há um direcionamento genérico à sociedade, e não especificadamente ao criminoso (SALIM e AZEVEDO, 2017).

Na prevenção geral negativa, em linhas gerais, a aplicação da pena tem viés de ameaça legal direcionada aos cidadãos, a fim de que se abstenham de praticar crimes. Frisa-se a natureza de coação psicológica da pena, de modo que se

evite o crime, ou seja, quando se aplica uma pena, está intimidando a sociedade de maneira geral, visto que todos estão sendo ameaçados a também sofrerem punição caso venham a delinquir (SALIM e AZEVEDO, 2017).

Por outro lado, no que se refere a prevenção geral positiva, a mensagem direcionada a sociedade é de internalizar e fortalecer os valores postos nas normas. De modo que a pena assume uma finalidade pedagógica. Basicamente, para tal corrente, os efeitos da aplicação da pena resumem-se em três: aprendizagem, reafirmação da confiança no direito material e pacificação social (BITENCOURT, 2019).

Verifica-se, assim, o caráter intimidatório da prevenção geral negativa e pedagógico da prevenção geral positiva. A esse respeito BITENCOURT (2019, p.155), sintetiza de forma clara estes dois aspectos:

As teorias da prevenção geral têm como fim a prevenção de delitos incidindo sobre os membros da coletividade social. Quanto ao modo de alcançar este fim, as teorias da prevenção geral são classificadas atualmente em duas versões: de um lado, a prevenção geral negativa ou intimidatória, que assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça de pena, ou predicando com o exemplo do castigo eficaz; e, de outro lado, a prevenção geral positiva que assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem.

A prevenção especial também busca evitar a prática de delitos. No entanto, diferentemente da prevenção geral, é direcionada de forma exclusiva ao indivíduo que cometera crime, a fim de que este não volte a delinquir. Salienta-se, desse modo, que tal vertente evidencia o aspecto de ressocialização e reeducação da natureza da prestação da pena (BITENCOURT, 2019).

Nesse sentido, a prevenção especial positiva, visa a ressocialização do delincente. Enquanto que a prevenção especial negativa, tem finalidade de neutralizá-lo, por exemplo, por meio da segregação quando outras medidas mostrarem ineficazes (SALIM e AZEVEDO, 2017).

Destaca-se que, não obstante a relação que há entre Direito penal e Direito processual penal, os fins da pena não se confundem com fins da prisão

preventiva, haja vista que há grande diferença entre o procedimento de apuração realizado antes da pena, com a análise que é realizada anteriormente a decretação da prisão preventiva (PRADO e SANTOS, 2018).

Frisa-se que a prisão preventiva se justifica como forma de assegurar a eficácia do processo. Dessa forma, ela é uma medida cautelar de natureza pessoal com finalidade instrumental. Enquanto por meio do processo busca-se assegurar a aplicação do direito material, a prisão preventiva visa assegurar o processo. Desse modo, a prisão cautelar difere da prisão pena, visto que aquela é destinada única e exclusivamente em razão da atividade estatal desenvolvida no processo penal (LIMA, 2018).

No entanto, apesar da prisão pena não se confundir com a prisão cautelar, outrossim, em tese, as teorias dos fins da pena não prestarem a justificarem as prisões processuais, há entendimentos no sentido de que as prisões fundamentadas na garantia da ordem pública e da ordem econômica, aproximam-se dos fins da pena e distanciam-se do caráter instrumental das prisões processuais. De igual modo muitas fundamentações judiciais na decretação da prisão preventiva, nas quais, na visão de parte da doutrina, se afastam dos requisitos previstos no Código de Processo Penal, por exemplo, fundamentações que em seu bojo encontra-se o clamor social. Porém esse entendimento é bastante controvertido, basicamente divide-se em três corrente. Cabe pontuar, em linhas gerais, a primeira corrente, LIMA (2020, p.1062):

Para uma primeira corrente (minoritária), a prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública não é dotada de fundamentação cautelar, figurando como inequívoca modalidade de cumprimento antecipado de pena. Para os adeptos dessa primeira corrente, medidas cautelares de natureza pessoal só podem ser aplicadas para garantir a realização do processo ou de seus efeitos (finalidade endoprocessual), e nunca para proteger outros interesses, como o de evitar a prática de novas infrações penais (finalidade extraprocessual).

Entre outros, é esta a posição sustentada por Odone Sanguiné, segundo o qual “a prisão preventiva para garantia da ordem pública (ou, ainda, o clamor público) acaba sendo utilizada com uma função de prevenção geral, na medida em que o legislador pretende contribuir à segurança da sociedade, porém deste modo se está desvirtuando por completo o verdadeiro sentido e natureza da prisão provisória ao atribuir-lhe funções de prevenção que de nenhuma maneira está chamada a cumprir”.

Nesse sentido, a segunda corrente (majoritária), cujo caráter é restritivo, entende que a prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública, tem natureza cautelar. No entanto, deve ser fundamentada em dados concretos, afastando-se hipóteses baseadas no clamor público e repercussão social do fato delituoso. Enquanto uma terceira corrente, cujo caráter é ampliativo, entende que deve ser decretada também se necessário acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça em crimes que provoquem clamor público (LIMA, 2020).

Dessa forma, verifica-se que, em regra, as teorias dos fins da pena, não se aplicam as prisões preventivas. Contudo, conforme alhures, a depender dos elementos que justificam a prisão preventiva, tais teorias fazem-se presentes, notadamente a prevenção geral.

1.3 A Prisão Preventiva no Ordenamento Jurídico

A Constituição Federal 1988 estabelece os fundamentos da prisão, notadamente em seu art. 5º, LXI, o qual prevê que ela, em regra, deve ser decretada por meio de decisão de juiz competente, ser motivada e reduzida a escrita, bem como pode ocorrer no caso de flagrante delito. No mesmo artigo, nos incisos LXII, LXIII, LXIV e LXV é tratado sobre a maneira de formalizar a prisão (NUCCI, 2020).

Verifica-se dos referidos dispositivos o caráter excepcional da prisão, de modo que se evidencia que a regra é a liberdade do indivíduo, bem como que esta somente poderá ser limitada observando-se os parâmetros legais e constitucionais. Nesse sentido, leciona DELMANTO JR (p. 108, 2019):

Constituindo a liberdade física do indivíduo um dos dogmas do Estado de Direito, é natural que a Constituição fixe certas regras fundamentais a respeito da prisão de qualquer natureza, pois a restrição ao direito de liberdade, em qualquer caso, é medida extraordinária, cuja adoção deve estar sempre subordinada a parâmetros de legalidade estrita.

No que tange a prisão penal ou *carcer ad poenam*, esta resulta-se de sentença condenatória que se culmina no trânsito em julgado e imponha-se a restrição da liberdade. Ao passo que a prisão cautelar (*carcer ad custodiam*) é

decretada antes do trânsito em julgado da sentença e visa assegurar a eficácia das investigações ou do processo (LIMA, 2020).

Estas são as duas espécies de prisão que prevalecem, conhecidas, conforme pontuado, como prisão pena e prisão cautelar, sendo a prisão preventiva uma subespécie de prisão processual cautelar. Acerca da prisão cautelar, NUCCI (2020, p.635) preleciona:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere, por absoluta necessidade da instrução processual. Por outro lado, o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado e o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

No que se refere a prisão preventiva, é regulada pelo Decreto-Lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal) nos artigos 311 a 316. Não obstante sua regulamentação pormenorizada em tais artigos, o conceito de prisão preventiva, no direito brasileiro, não é dado pela lei (BRASIL, 1941).

Sob o prisma de tais artigos, ela pode ser entendida como uma espécie de medida cautelar de constrição à liberdade, aplicada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, decreta pelo juiz por razões de necessidade, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente da acusação, ou por representação da autoridade policial na primeira fase, observando-se os requisitos previstos no art. 312 do CPP, outrossim, as circunstâncias e hipóteses do art. 313 CPP, observando ainda se as medidas cauteles diversas da prisão mostram-se insuficientes ou inadequadas (LIMA, 2020).

Quanto ao momento da decretação, destaca-se que a prisão preventiva, além das hipóteses acima, pode ser decretada após a sentença condenatória recorrível, bem como na fase recursal. (LOPES JR, 2020).

Ressalta-se que a Lei 12.403/2011 inseriu a legitimidade ativa da vítima, por meio do assistente de acusação, requerer a prisão preventiva. Outra atualização legislativa que merece destaque, a Lei 13.964/2019 trouxe nova redação ao referido

artigo, não há mais a possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo Juiz (NUCCI, 2020).

MENDES e MARTÍNEZ (2020) ao comentar a referida Lei, conhecida como Pacote Anticrime, trazem explicações referentes a esta alteração, pontuam que se justifica em virtude do sistema acusatório, conforme abaixo:

A supressão deste poder dado ao magistrado ou magistrada é uma exigência lógica do sistema acusatório introduzido definitivamente no CPP pelo art. 3º-A. De fato, não é aceitável que uma juíza ou juiz, ao decretar uma prisão preventiva de ofício contra manifestação do próprio órgão acusador, tenha imparcialidade para continuar exercendo o *jus puniendi* em determinado processo (MENDES e MARTÍNEZ, 2020, p.87).

No entanto, segundo LIMA (2020), na hipótese de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, a jurisprudência era consolidada no sentido de aceitar a decretação de ofício nos termos do art. 310, II do CPP. Contudo, após a referida alteração legislativa surgiram precedentes indicativos de mudança jurisprudencial no sentido de também, nesse caso, não permitir a decretação de tal medida de ofício.

Essa temática é ponto controverso, NUCCI (2020) defende que, mesmo após as alterações trazidas pelo pacote anticrime, continua sendo possível a decretação de ofício em tal hipótese, ao passo que significativa parcela da doutrina entende de forma contrária. A esse respeito é oportuno colacionar entendimento doutrinário:

Logo, se ao magistrado não se defere a possibilidade de decretar uma prisão preventiva (ou temporária) de ofício na fase investigatória, não há lógica nenhuma em continuar a se admitir esta iniciativa para fins de conversão (CPP, art. 310, II). Afinal, ontologicamente, não há absolutamente nenhuma diferença entre a preventiva resultante da conversão de anterior prisão em flagrante e a preventiva decretada em relação àquele indivíduo que estava em liberdade (LIMA 2020, p.948).

Ainda em relação ao art. 311, é estabelecido que a prisão preventiva pode ser decretada por requerimento do querelante. No entanto, este ponto pode induzir o hermeneuta ao erro, visto que deve considerar o art. 313, inciso I do mesmo diploma legal, o qual estabelece o não cabimento da prisão preventiva quando a pena for

igual ou inferior a 4 anos, desse modo, há entendimento no sentido que este querelante refere-se ao da ação penal privada subsidiária da pública, de acordo com art. 29 do Código de Processo Penal (LOPES JR, 2020).

LIMA (2020) leciona que a Lei nº 12.403/11 trouxe um novo sistema de medidas cautelares, privilegiando-as em relação à prisão preventiva, de modo que a primeira opção deve ser aquelas, por conseguinte, a prisão preventiva, em tese, somente pode ser decretada quando outras medidas menos gravosas se mostrarem inadequadas, por essa razão a prisão preventiva é chamada de *ultima ratio* das medidas cautelares. Nesse viés, a Lei 13.964/2019 reforçou ainda mais esta sistemática, mormente em virtude da nova redação dada ao art. 282. do CPC, especificadamente no §6º.

Frisa-se ser o art. 312 do CPP de fundamental importância para compressão da prisão preventiva no ordenamento jurídico, tal artigo também fora alterado pela Lei 13.964/2019, cuja a redação vigente, do *caput*, colaciona-se:

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 (BRASIL, 2019, *online*).

NUCCI (2020) pontua que os requisitos mínimos para decretação da prisão preventiva são prova da existência do crime, indício suficiente de autoria e uma das situações descritas no art. 312 do CPP, quais sejam: “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

A prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, constates na parte final do referido artigo, são conhecidas como *fumus comissi delicti*, é necessário demonstrar a presença de ambos requisitos para decretação da prisão preventiva (LIMA, 2020).

Além de tais requisitos deve-se observar o perigo que decorre do estado de liberdade do imputado, chamado de *periculum libertatis*, previsto no art. 312 do CPP. LOPES JR (2020, p.990) elenca explicação clara sobre este tema, conforme abaixo:

O *periculum libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Além disso, esse perigo de ser atual, contemporâneo e não passado distante ou futuro.

A Lei 13.964/2019 acrescentou o “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado” no art. 312 do CPP, segundo LIMA (2020) está alteração não trouxe inovação com efeitos concretos, visto que sempre se entendeu que a decretação da prisão preventiva depende do pressuposto do *periculum libertatis*, demonstrado por meio das hipóteses do referido artigo elencadas alhures.

No que tange a garantia da ordem pública, trata-se de expressão vaga, existindo bastantes divergências conceituais. Sob o prisma da corrente majoritária, pode ser entendida, segundo (LIMA, 2020, p.1065):

Entende-se garantia da ordem pública como risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime.

Enquanto, a garantia da ordem econômica, segundo NUCCI (2020), é uma espécie do gênero da garantia da ordem pública, de modo que o agente causador de sérios danos a ordem econômica não permaneça em liberdade, equiparando-se, em tese, o criminoso de colarinho branco aos demais.

Quanto a terceira hipótese, conveniência da instrução criminal, busca-se tutelar a prova, trata-se de medida cautelar típica, ou seja, eminentemente instrumental em relação ao processo. De modo que se visa resguardar a coleta de prova ou regular prosseguimento do processo (LOPES JR, 2020).

Por fim, assegurar a aplicação da lei penal, também se trata de tutela tipicamente cautelar, visa evitar a fuga do imputado, de modo que se busca resguardar a eficácia da sentença penal (LOPES JR, 2020).

De acordo com LOPES JR (2020) Além do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertati*, o magistrado deve observar os limites previstos no art. 313 do CPP. Cabe destacá-los:

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

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

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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 (BRASIL, 1941, *online*).

Da análise do referido artigo, tal como dos demais expostos, nota-se que a prisão preventiva pode ser decretada em três circunstâncias. A primeira, em qualquer fase da investigação, condicionada à observância dos arts. 311, 312 e 313 do CPP. A segunda, nos casos de conversão da prisão em flagrante em preventiva nos termos do art. 310, II do CPP, também condicionada à observância dos arts. 311, 312 e 313 do CPP. A terceira hipótese, nos casos de descumprimento de cautelar diversas da prisão, não estando condicionada as hipóteses do art. 313 do CPP (LIMA, 2020).

Assim, diante dos aspectos mais relevantes elencados acerca da prisão preventiva, é oportuno colacionar conceito doutrinário de LIMA (2020 p.1054), em consonância com o entendimento doutrinário e jurisprudencial, pelo qual se sintetiza

o que se apresentou, sendo ponto de divergência mais acentuado do conceito abaixo, somente, quanto a possibilidade de decretação de ofício:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319).

Dessa forma, a prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar de caráter instrumental, voltada a garantir a efetividade do processo penal. Em razão de sua natureza gravosa no âmbito da liberdade do indivíduo, deve ser decretada tão somente quando estiverem presentes os requisitos legais. No ordenamento jurídico, ainda é entendida como espécie de medida cautelar de constrição à liberdade que pressupõe o esgotamento de todas as outras medidas cautelares diversas da prisão.

CAPÍTULO II – PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No presente capítulo busca-se apresentar os principais aspectos do princípio da presunção de inocência. Para tanto, é oportuno compreender o contexto histórico, conceito e a relevância normativa hodierna desse princípio basilar para o Estado Democrático de Direito.

Por fim, objetiva-se esclarecer se a prisão preventiva fere o princípio da presunção de inocência. Nota-se que o texto constitucional garantiu direitos individuais como o referido princípio, de igual modo direitos sociais como a segurança, dessa forma, é mister perquirir acerca da compatibilidade de ambos

institutos, aparentemente antagônicos, frente as atualizações legislativas, o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

2.1 Aspectos históricos do princípio da presunção de inocência

Alguns doutrinadores vislumbram elementos do princípio da presunção de inocência na legislação antiga, sendo estes os seus antecedentes remotos. Enquanto que na idade média verifica-se de forma contundente bastantes atos que evidenciam o desprezo ao referido princípio, por exemplo, a dúvida em razão da insuficiência de provas culminava em penas leves (BARBAGALO, 2015).

No que se refere aos relatos do princípio da presunção de inocência no direito Romano, bem como as formas que este era desconsiderado no período da Idade média, é mister colacionar (LOPES JR, 2020, p.135):

A presunção de inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. *No Directorium Inquisitorum*, EYMERICH orientava que “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação”.

No entanto, não obstante os relatos históricos alhures, para maioria dos autores o marco inicial do princípio da presunção de inocência é a revolução francesa, quando expressamente elencado no art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (BARBAGALO, 2015).

É oportuno registrar que Cesare Baccaria, em 1764, na obra “Dos delitos e das Penas”, alertou acerca da necessidade de observar o princípio da presunção de inocência, evidenciando que o homem somente pode ser chamado réu depois da sentença do juiz. Ressalta-se que a referida obra tem inegável importância mormente no âmbito da política criminal. Com efeito, ela influenciou significativamente inúmeros diplomas legais (LIMA, 2020).

Não se pode olvidar que o processo de desenvolvimento dos ideais iluministas até a concretização da referida declaração não fora instantâneo e é revestido de complexidade, deu-se a partir da conjunção de inúmeros fatores, entre os quais se destaca a influência do pensamento filosófico. Nesse sentido, quanto ao marco principal do princípio supra, RANGEL (2015, p.87) preleciona de forma clara:

O princípio da presunção de inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, quando, na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema, o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado. Com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Nesta fica consignado, em seu arr. 9º, que: Todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.

A despeito do princípio em comento ter sido acolhido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, este fora gravemente atacado, em contextos totalitários, no final do século XIX e início do século XX. Nesse sentido, o Código Rocco de 1930, de índole fascista, é um exemplo significativo que expressa os pensamentos dominantes de tal época, neste não se consagrou a presunção de inocência, porquanto era entendida como um excesso de individualismo e garantismo (LOPES JR, 2020).

No Brasil, o Código de Processo Penal de 1941 em sua redação inicial, fora elaborado a partir de um juízo de antecipação da culpabilidade uma vez que a prisão processual referia-se somente a lei e não tinha uma razão cautelar específica (PACELLI, 2020).

Outros momentos históricos de significativa importância em relação ao princípio em comento, a Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, aprovou a Declaração Universal de Direitos Humanos, cujo art. 11.1 trata acerca da presunção de inocência. Cabe destacar que tal princípio encontra-se ainda proclamado no Pacto Internacional de Direitos Civis e

Políticos, em seu art. 14.2; na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, especificadamente no art. 6.2; e no art. 8º, § 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) promulgada no ordenamento pátrio por meio do Decreto 678/92 (LIMA, 2020).

No entanto, antes da Constituição de 1988, no ordenamento brasileiro, o princípio supra existia somente de forma implícita, a partir de sua vigência passou-se a ser expressamente (inciso LVII, art. 5º) previsto no texto constitucional (LIMA, 2020).

Logo, com a presente constituição houve uma profunda mudança de paradigma sobre o assunto, sendo verdadeiro ponto divisor, aliás, como se verá nos termos adiante.

2.2 Princípio da presunção de inocência e objeções quanto a sua consonância com a prisão preventiva

O princípio da presunção de inocência é considerado um princípio reitor do processo penal, bem como mecanismo de aferição de aspectos autoritário, ou seja, a qualidade de um sistema processual é observada sobretudo pelo grau de sua observância, tendo inegável importância histórica e hodierna, com efeito, sua observância é imprescindível para um Estado Democrático de Direito (LOPES JR, 2017).

No Brasil, tal princípio está previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, outrossim, a integração no ordenamento jurídico brasileiro do Pacto Internacional de Direito Cívico e Político (art.14.2) e da Convenção Americana de Direito Humano (art. 8.2) asseguram-no, tornando, desse forma, irrelevante, no âmbito processual, a partir da conjunção de tais diplomas normativos, discussões semânticas pertinentes a distinção entre

presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. Estas são variantes semânticas com conteúdo idêntico (BRASIL, 1988, *online*; LOPES JR, 2017).

Segundo LIMA (2020) duas regras fundamentais, decorrem do princípio da presunção de inocência: regra probatória e regra de tratamento. No que se refere a primeira, destaca-se a incumbência da parte acusatória em demonstrar a culpabilidade do acusado, tal como a necessidade de que a imposição de sentença condenatória tenha espeque em provas, de tal forma que se afaste qualquer dúvida razoável, nesta última acepção este princípio confunde-se com o *in dubio pro reo*, implicando que dúvida razoável acerca da elucidação de fatos criminosos sob a tutela jurisdicional culmine em absolvição do réu. A esse respeito, é oportuno a explicação doutrinária abaixo que evidencia estes aspectos com clareza:

Conhecido, também, como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado. Encontra-se previsto no art. 5.º, LVII, da Constituição. O princípio tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu (NUCCI, 2020, p. 66).

No que se refere a regra de tratamento, impede que o Poder Público trate qualquer pessoa como condenado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. São manifestações de tal regra o caráter excepcional das prisões cautelares, a vedação das prisões processuais automáticas e da execução provisória ou antecipada da pena (LIMA, 2020).

Além dos aspectos colacionados, há uma dimensão extraprocessual, isto é, exige-se proteção de encontro as publicidades abusivas e estigmatização precoce do acusado. No que tange a este aspecto, exageros midiáticos no relatado de fatos criminosos devem ser coibidos de modo a preservar a eficácia do princípio supra (LOPES JR, 2020).

Verifica-se, assim, que, embora o Estado seja o principal destinatário no aspecto passivo da presunção de inocência, é necessária sua observância também

pela mídia, especificadamente, conforme pontuado, na dimensão da regra de tratamento (BARBAGALO, 2015).

Sob o prisma das referidas regras, ressalta-se que significativa parcela das críticas doutrinárias e jurisprudências concernentes a prisão preventiva estão no âmbito da violação a regra de tratamento. Nesse contexto, NUCCI (2020) crítica o elevado número de prisões preventivas no Brasil, bem como a diferença de tratamento entre os crimes que geralmente são praticados por pobres, dos crimes de colarinho branco. Segundo tal autor, é necessário que haja definição legislativa mais minuciosa dos requisitos da prisão preventiva a fim de que se coíba prisões injustas e observe-se o princípio da presunção de inocência.

Frisa-se que, além do problema de definição alhures, com efeito, há uma “cultura prisional” no Brasil. Nota-se que para determinados crimes como tráfico de drogas e crimes de ordem sexual, há verdadeira banalização da prisão preventiva, tais crimes são tratados por significativa parcela do judiciário como tabus. A esse respeito, NUCCI (2020, p.691) preleciona claramente:

Torna-se, em nosso entendimento, um enorme contrassenso a imensa repulsa de alguns juízes e tribunais no tocante aos crimes de tráfico e uso de drogas. O mesmo se dá no contexto dos crimes sexuais. Tabus: eis a natural conclusão para justificar tantas prisões por tráfico de drogas e crimes de ordem sexual. No entanto, há que se explicitar o contexto de ambas as situações. Quanto aos crimes de tráfico de drogas, tem-se considerado pessoa perigosa, passível de prisão preventiva, o portador de poucos gramas de maconha, cocaína ou crack. Esse indivíduo pode, inclusive, ser primário, sem antecedentes. Termina respondendo o processo preso e condenado a 5 anos de reclusão, com início no regime fechado. Com a devida vênia, é ilógico. O STF já autorizou a concessão de liberdade provisória e também de penas alternativas para pequenos traficantes. Há o redutor do art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, pouco utilizado por muitos tribunais. Por que tantas prisões de pequenos traficantes? Por acaso, juízes passam ao papel de justiceiros, pretendendo prender todo e qualquer sujeito que ouse tocar em drogas? Está errado. Não é o papel do Judiciário agravar a situação do cárcere, determinando a prisão de quem, por evidente, não coloca a ordem pública em risco. No cenário dos delitos sexuais, infelizmente, ocorre o mesmo. Qualquer ato libidinoso, por menor que seja, termina, para muitos juízes, configurando o estupro, desde que haja contato físico entre autor e vítima.

Mostra-se notório, desse modo, que, no Brasil, a prisão preventiva, reiteradas vezes, é utilizada com finalidades estranhas ao resguardo do processo.

Esta não pode ser confundida com políticas públicas de combate a violência, policiamento deficiente em regiões de alto índice de criminalidade, por exemplo, é um problema do Estado, a ser resolvido com políticas públicas efetivas, não podendo ter relação com a prisão no curso do processo. Destarte, não cabe ao judiciário substituir o executivo, exceto quando devidamente provocado em razão de eventual omissão, certamente, nesse caso, a prestação jurisdicional é díspar da prisão (RANGEL, 2015).

Verifica-se que, no Brasil, há grande distinção ainda entre o dever ser constitucional com o ser legal e jurisprudencial, criando uma espécie de processo penal de emergência, evidenciado mormente pelas estatísticas brasileiras, a saber: 4º maior população carcerária do mundo em número absolutos, dos quais, não obstante o caráter excepcional das prisões cautelares em princípio, cerca de 40% são presos provisórios (PRADO e SANTOS, 2018).

Em consonância com o entendimento exposto acima, LIMA (2020, p. 975) preleciona que as prisões preventivas são inseridas em um contexto de urgência, desnaturando tal instituto porquanto o que deveria ser excepcional tornou-se comum e ordinário, conforme abaixo:

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser excepcional torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares, quadro esse agravado pela duração excessiva.

Diante dessas problemáticas, alguns autores defendem que a prisão preventiva é incompatível com a presunção de inocência, visto que acaba tendo contornos de pena. Ao passo que outros sustentam que a prisão preventiva com base no requisito da garantia da ordem pública não tem caráter instrumental, dado sua natureza não cautelar, esta fere o princípio da presunção de inocência, apresentam ainda uma série de problemas de tal requisito, em linha gerais, pelo fato de ser um conceito vago, podendo abarcar inúmeras situações, dando margem para

subjetivismo, destarte, incompatível também com a estrita legalidade (PRADO e SANTOS, 2018).

Assim, é notório que o instituto da prisão preventiva é bastante sensível ao ser analisado à luz do princípio da presunção de inocência, ao confrontar ambos institutos culmina-se na exposição de problemas, revestidos de elevada complexidade, certamente precisam ser debatidos a fim de que possibilite suprimir, alterar ou melhor delimitar suas causas de modo que se tenha uma administração da justiça eficiente sem olvidar da fiel observância dos direitos e garantias individuais.

2.3 Coexistência da prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência

A prisão preventiva, conforme demonstrado no tópico anterior, é uma ingerência gravosa aos direitos individuais do segregado cautelarmente, mormente a liberdade e a presunção de inocência. No entanto, são sobretudo os princípios que permitem a coexistência da prisão preventiva e a presunção de inocência (LOPES JR, 2020).

Segundo LOPES JR (2020) no ordenamento jurídico vigente é mister observar a teoria geral das prisões cautelares (conceitos comuns e princípios norteadores ligados as garantias constitucionais partindo da corrente doutrinária que entende ser incompatível a aplicação literal da teoria geral do processo no âmbito do processo penal, por conseguinte, busca-se conceitos próprias a esta seara abandonando-se a doutrina civilista) especialmente a principiologia das prisões cautelares, esta base principiológica é orientada notadamente pelos seguintes princípios: jurisdicionalidade, motivação, contraditório, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade. A esse respeito é mister elencar trecho doutrinário:

O sistema admite a coexistência entre a presunção de inocência e a exceção que é a prisão cautelar, através da observância de sua base principiológica. É o arcabouço principiológico – que estudaremos a seguir – que dá o tom e a medida da relativização da presunção de inocência. Sabido é que nenhum princípio é absoluto, a presunção de inocência admite sua relativização através das prisões cautelares desde que observada sua base principiológica: jurisdicionalidade e

motivação, contraditório quando possível, excepcionalidade, proporcionalidade, provisoriedade e provisionalidade (LOPES JR, 2017, p.22).

Vale pontuar brevemente cada um desses princípios, em relação a jurisdicionalidade e motivação, esta refere-se à necessidade de fundamentar a decisão de decretação da prisão preventiva nos termos do art. 93, IX da CF e art. 315 do CPP.

Enquanto a jurisdicionalidade condiciona a decretação da prisão preventiva à manifestação fundamentada de autoridade judiciária competente de acordo com art. 5º, LXI da CF (LOPES JR, 2020).

Quanto ao contraditório, está previsto no texto constitucional, especificadamente no art. 5º, LV. No âmbito do processo penal prevalecia o entendimento de que a intervenção do acusado ou seu defensor em momento anterior a decretação de medida cautelar pessoal, frustraria sua eficácia, conseqüentemente, eram aplicadas *inaudita altera pars*, isto é, sem oitiva da parte. Assim, o contraditório era somente diferido, especialmente utilizando-se de *habeas corpus* (LIMA, 2020).

No entanto, LIMA (2020) destaca que a Lei nº 12.403/11, no art. 282, § 3º, do CPP, passou a prever o contraditório prévio à decretação das medidas cautelares, este passou a ser a regra, somente podendo ser afastado no caso de urgência ou perigo de ineficácia da medida. A Lei n. 13.964/19 alterou este dispositivo trazendo-lhe maiores delimitações, que já eram defendidas por significativa parcela da doutrina, tendo maior relevância a necessidade de fundamentar o motivo de afastar o contraditório prévio. Ressalta-se que a inobservância do § 3º do referido artigo enseja a ilegalidade da prisão, possibilitando o seu relaxamento. Colaciona-se a referida alteração legislativa:

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional (BRASIL, 2019, *online*).

Ainda em relação ao artigo em comento, nos § 4º e § 5º encontram-se os fundamentos do próximo princípio, a provisionalidade, sob o prisma de tais dispositivos a decretação da prisão preventiva ou qualquer medida cautelar estão amparadas em situações fáticas, caso desapareça os motivos ensejadores da cautelar, impõe sua revogação, assim como é cabível sua substituição ou nova decretação a depender da situação fática, que evidência o *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, agravando ou minorando a restrição imposta (LOPES JR, 2020).

Díspar do princípio anterior, a provisoriedade relaciona-se ao fator tempo, de modo que a prisão preventiva deve ter curta duração, visto ser uma tutela de circunstâncias fáticas (provisionalidade), não pode assumir característica de antecipação da pena, busca-se, dessa forma, evitar violações aos direitos do acusado decorrentes do excesso de prazo. No entanto, a legislação brasileira carece de delimitações legislativas e jurisprudências efetivas acerca dessa temática, bem como de sanções processuais, embora recente alteração (art. 316 do CPP, inserida pela Lei n. 13.964/2019) trouxe o dever de revisar, no máximo a cada 90 dias, as prisões preventivas decretadas (LOPES JR, 2020).

A excepcionalidade consagrada no art. 282, § 6º do CPP, também tem inegável importância nessa base principiológica. Em razão dela a prisão preventiva, em tese, pressupõe esgotamento da possibilidade de substituição de medidas diversas da prisão, tal como implica a necessidade de fundamentar a impossibilidade de aplicar medidas cautelares diversas da prisão (LOPES JR, 2020).

Por fim, o principal princípio das medidas cautelares, a proporcionalidade. Ressalta-se ser um princípio com bastantes aspectos expostos pela doutrina e jurisprudência em diferentes ramos do direito, inclusive na seara do processo penal. Em linhas gerais, por meio do referido princípio, em relação a presente temática, busca-se uma análise ponderativa de cada caso concreto a fim de verificar se os elementos justificam a gravidade da medida de restrição à liberdade, evitando excessos do Poder Público. Vale colacionar ensinamento de LIMA (2020, p.935.):

Em sede processual penal, o Poder Público não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente

condicionada pelo princípio da proporcionalidade. Daí a importância desse princípio, que se qualifica, enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público. Referindo-se especificamente à prisão cautelar, Roxin adverte que o princípio constitucional da proporcionalidade demanda a restrição da medida e dos limites da prisão preventiva ao estritamente necessário, revelando a verdadeira existência de um Estado de Direito, devendo todos os profissionais do Direito, notadamente os que representam o Estado na persecução penal, estarem cientes dos males que qualquer encarceramento, e em especial o provisório, produzem no sujeito passivo da medida.

Assim, diante da base principiológica apresentada, frisa-se que a observância dos princípios elencados é condição para coexistência da prisão preventiva e do princípio da presunção de inocência.

Outro aspecto a ser considerado, a prisão *ex lege* (prisão automática por força da lei) também é vedada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é consolidada nesse sentido, de igual modo o entendimento doutrinário. No entanto, a referida alteração legislativa ainda inseriu o § 2º do art. 310 CPP, no qual é estabelecido que a liberdade provisória deverá ser denegada se verificado que “o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito”, parte da doutrina salienta que este dispositivo elenca uma espécie de prisão automática, por conseguinte, aduz tratar-se de hipótese inconstitucional por violar o princípio da presunção de inocência (MENDES e MARTÍNEZ, 2020).

Por ser medida gravosa de restrição à liberdade, há bastantes limitações e restrições para decretação da prisão preventiva, conforme verifica-se dos aspectos apresentados, a fim de que esta não se torne uma forma de antecipar a pena indevidamente. Do contrário, tal medida cautelar violaria o princípio da presunção de inocência, especificadamente na dimensão da regra de tratamento. Para tanto, de modo a clarificar que é vedado a utilização da prisão preventiva com finalidade de antecipação de pena, o legislador inseriu por meio da Lei nº 13.964/2019, o § 2º ao art. 313 do CPP (OCAMPOS e FREITAS JR, 2020).

Ademais, segundo LIMA (2020) a prisão preventiva deve ser decretada respeitando-se o seu caráter excepcional com fito de garantir a efetividade do

processo, ou seja, com finalidade eminentemente instrumental. A esse respeito colaciona-se entendimento do referido autor em consonância com entendimento predominante de âmbito doutrinário e jurisprudencial:

O princípio da presunção de inocência não proíbe, todavia, a prisão cautelar ditada por razões excepcionais e tendente a garantir a efetividade do processo, cujo permissivo decorre inclusive da própria Constituição (art. 5º, LXI), sendo possível se conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida cautelar não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária à luz do caso concreto (2020, p. 49).

Assim, a prisão (qualquer delas) antes da sentença é instrumento do instrumento, ou seja, instrumento da efetivação do processo. Nunca pode ser antecipação da pena, portanto, deve ser breve. O Réu tem o direito a celeridade processual, mormente, quando preso.

Dessa forma, verifica-se que a prisão preventiva não fere o princípio da presunção de inocência desde que observado a base principiológica apresentada, o seu caráter instrumental afastando de qualquer finalidade de antecipação de pena e evidentemente respeitado as previsões legais e constitucionais. No entanto, é mister alterações e delimitações legislativas e jurisprudenciais clarificadoras a fim de que evite ou minimize os problemas hodiernos inerentes a tal instituto, buscando de forma mais efetiva preservar o processo sem olvidar do princípio da presunção de inocência.

CAPÍTULO III – MOTIVAÇÃO JUDICIAL NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

No presente capítulo busca-se apresentar os principais aspectos do princípio da motivação das decisões judiciais. Para tanto, é oportuno compreender seus principais elementos conceituais, bem como sua relevância normativa

hodierna, porquanto trata-se de princípio de inegável importância para o Estado Democrático de Direito, objetiva-se ainda explicar a motivação judicial na decretação da prisão preventiva.

Nota-se a imprescindibilidade de motivar as decisões judiciais, mormente por expressa determinação Constitucional. No contexto da prisão preventiva, tal determinação tem especial relevância, visto ser, entre outros aspectos, uma forma de justificar a necessidade da segregação cautelar, por conseguinte, é mister perquirir acerca das determinações legais concernentes a motivação da decisão que decreta esta medida cautelar, assim como analisar o que se entende por fundamentação inadequada e suas implicações no que tange a instrumentalidade da prisão preventiva.

3.1 Princípio da motivação das decisões judiciais

O princípio da motivação das decisões judiciais está previsto na Constituição Federal, especificadamente no art. 93, IX, o qual estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”, vinculando as decisões judiciais quanto as questões de direito, à estrita legalidade, em relação as questões de fato, às provas. Tal princípio implica ainda valor endoprocessual relacionado à garantia de defesa, tal como valor extraprocessual concernente à garantia de publicidade, sendo entendido como parâmetro de legitimação das decisões judiciais (MENDES, 2018).

De acordo com MENDES (2018), a efetiva proteção judicial se materializa por meio de decisões devidamente fundamentadas. Nota-se muitos aspectos elencados pela doutrina acerca do princípio da motivação das decisões judiciais, os quais evidenciam sua imprescindibilidade. A esse respeito é oportuno colacionar entendimento doutrinário do referido autor, o qual elucida os principais elementos de tal princípio:

A garantia da proteção judicial efetiva impõe que tais decisões possam ser submetidas a um processo de controle, permitindo, inclusive, a eventual impugnação. Daí a necessidade de que as decisões judiciais sejam devidamente motivadas (CF, art. 93, IX). E motivar significa dar as razões pelas quais determinada decisão há

de ser adotada, expor as suas justificações e motivos fático-jurídicos determinantes. A racionalidade e, dessa forma, a legitimidade da decisão perante os jurisdicionados decorrem da adequada fundamentação por meio das razões apropriadas (MENDES, 2018, p.438).

No âmbito internacional, frisa-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 678/92, não previu expressamente o princípio em comento, porém sua normatividade convencional infere-se desta, notadamente no artigos 1º, 2º, 7.3 e 8.1 (GIACOMOLLI, 2016).

É oportuno salientar decisão proferida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos concernente ao caso Hadjianastassiou v. Grécia, de 1992, em que se asseverou que a motivação das decisões judiciais é inferida do devido processo legal (GIACOMOLLI, 2016).

Em consonância com tal entendimento, no âmbito doutrinário também se tem entendido que a base do princípio da fundamentação das decisões judiciais é o devido processo legal, sendo uma exigência inerente ao Estado Democrático de Direito. A esse respeito preleciona claramente SANTOS (2016, p. 161) conforme abaixo:

O dever de fundamentação das decisões fundamenta-se, dentre outras coisas, na devida deferência à dialética processual e na ampla participação dos sujeitos processuais no processo decisório (direito de influencia), inerentes ao devido processo legal de Estados Democráticos de Direito e de Constituições que têm por base axiológica os princípios fundamentais de cidadania e soberania popular, sendo, portanto, a motivação das decisões judiciais uma exigência lógica e racional do próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a exigência Constitucional de motivar as decisões judiciais ainda relaciona-se diretamente com o princípio do contraditório, conforme alhures, esta motivação tem especial relevância nos denominados Estados Democráticos de Direito, bem como é uma exigência lógica desta acepção de Estado, visto que implica em garantia ao cidadão de ter cada decisão judicial, em tese, devidamente motivada, de modo a respeitar a ampla participação das partes trazida por meio da dialética processo, aspecto também inerente ao devido processo legal (SANTOS, 2016).

Vale destacar ainda outro precedente de âmbito internacional, decorrente do caso *Chocrón Chocrón vs Venezuela* (2011), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), entendeu que devem ser devidamente fundamentadas as decisões que possam afetar direitos humanos, do contrário serão decisões arbitrárias, sendo necessário que da análise da argumentação da decisão seja possível identificar quais são os fatos, motivos e normas considerados para proferi-la (GIACOMOLLI, 2016).

Ademais, SANGUINÉ (2014) salienta quanto à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao princípio supra, em consonância com o precedente anteriormente pontuado, em suma, considera-se arbitrárias as decisões de órgãos internos, que afetam direitos humanos, caso não sejam devidamente fundamentadas.

Segundo NUCCI (2020) a motivação da decisão judicial é destinada as partes do processo, ao juízo *ad quem* (juízo ou tribunal no qual se encaminha principalmente recurso visando correção de decisão) e a comunidade em geral de modo que todos possam aferir se o juiz decide com conhecimento de causa e imparcialidade, possibilitando a avaliação da atividade jurisdicional. No que se refere as partes, a motivação judicial é salutar, porquanto podem averiguar se suas razões foram analisadas. Ademais, quanto ao juiz, propicia evidenciar se sua atuação é imparcial e justa, e caso de fato seja, importa-lhe explicitá-la. Colaciona-se entendimento doutrinário acerca dessa temática, o qual sintetiza claramente os principais aspectos apresentados:

O dever de motivação está inserido pela doutrina contemporânea na órbita dos direitos fundamentais como mecanismo para assegurar o direito de defesa, o contraditório, o duplo grau de jurisdição, e a independência e imparcialidade do juiz. As decisões que afetam direitos fundamentais ou constitucionais devem ser motivadas porque a ausência de motivação impossibilita a ampla defesa e, por sua vez, veda ao imputado o acesso a uma tutela judicial efetiva. A antiga concepção da motivação das decisões como garantia técnica do processo (função endoprocessual) evoluiu e passou a ser vista atualmente como garantia de ordem política, garantia da própria jurisdição, isto é, os destinatários da motivação não são somente as partes e os juízes de segundo grau, mas também a comunidade (função extraprocessual) que, pela motivação, poderá verificar se o

juiz decide com imparcialidade e com conhecimento da causa (SANGUINÉ, 2014, p.431).

Destarte, diante do amplo reconhecimento de cunho doutrinário e jurisprudencial, inclusive no âmbito internacional, verifica-se que o princípio da motivação das decisões judiciais tem inegável importância na seara processual e política, possibilitando mormente o controle técnico processual e dos cidadãos de maneira geral em virtude dos atos judiciais, de modo a se materializar na prestação jurisdicional mais eficiente e na efetivação de direitos fundamentais, tem ainda o condão de legitimar a atuação do poder judiciário, sendo ínsito ao devido processo legal e ao próprio Estado Democrático de Direito.

3.2 Fundamentação da decisão que decreta à prisão preventiva

A exigência de fundamentar à prisão preventiva advém da Constituição Federal, especificadamente do art. 93, IX, que estabelece que toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, bem como do art. 5º, LXI, que estabelece a necessidade de que a prisão seja decretada por “ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial competente”. Aquele dispositivo refere-se ao princípio da motivação, este ao princípio da jurisdicionalidade, ambos são princípios que compõem a base principiológica indispensável para decretação de tal medida constritiva. Ademais, art. 5º, LIV, também do texto Constitucional cuja redação prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, está diretamente relacionado com tais princípios, sendo ainda a motivação da prisão preventiva regulamentada no art. 315 do CPP (BRASIL, 1988, *online*; LOPES JR, 2020).

Não obstante divergências doutrinárias no âmbito do processo penal, os pronunciamentos judiciais podem ser classificados, em linhas gerais, em despacho, decisão interlocutória e sentença. O despacho é desprovido de conteúdo decisório, destinados ao impulso processual, ao passo que decisão interlocutória é aquela provida de conteúdo de cunho decisório, no entanto não enfrenta o mérito principal, tal decisão na seara penal, não trata acerca da inocência ou culpabilidade do acusado. Sob o prisma do Código de Processo Penal, sentença é decisão que julga

o mérito do processo, ou seja, condena ou absolve o acusado. Nessa acepção, a decisão que decreta a prisão preventiva é uma decisão interlocutória (LIMA, 2020).

A obrigatoriedade de motivar tal decisão justifica-se a fim de evitar arbitrariedades, porquanto as razões judiciais tornam-se públicas, de tal forma que permite a verificação de eventuais excessos do juiz, de modo que se faz possível, entre outros aspectos, aferir à finalidade da decretação de medida tão extrema, evitando-se, desse modo, finalidades punitivas e, mormente, que esta não se transmude em indevida antecipada da pena (SANGUINÉ, 2014).

Sob o prisma do art. 312 do CPP, nota-se que o *fumus commissi delicti* (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria) é requisito para decretação da prisão preventiva. Este é o primeiro aspecto a ser considerado pelo juiz, o qual deve analisar se há existência de suporte fático extraído da investigação que permita identificar a comprovação de um delito e autoria indicada para um sujeito concreto, sendo imprescindível que o juiz verifique se a conduta supostamente praticada pelo agente é típica, ilícita e culpável, de modo a apontar as provas que dão suporte a sua convicção, porém não se exige juízo de certeza quanto a autoria, mas de probabilidade (LOPES JR, 2020).

Além do *fumus commissi delicti*, faz-se necessário a existência de prova razoável do *periculum libertatis* (perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado), devendo ser um perigo real amparado em suporte fático e probatório que tenha o condão de evidenciar tal perigo e de legitimar segregação cautelar, não sendo suficiente ilações ou presunções (LOPES JR, 2020).

Nesse sentido, é oportuno colacionar ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se evidencia a inegável importância da demonstração concreta do *periculum libertatis*, porquanto trata-se de elemento indispensável da decisão que decreta a prisão preventiva, tal como condição de sua validade, explicita-se ainda consonância dos entendimentos de âmbito doutrinário e jurisprudencial:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM

PREVENTIVA. DECRETO CARENTE DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. INVOCAÇÃO DA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. QUANTIDADE POUCA EXPRESSIVA DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. RECURSO PROVIDO. 1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*. 2. No caso, o decreto de prisão preventiva carece de fundamentação idônea, pois, além de mencionada a quantidade de drogas localizadas com o ora recorrente – aproximadamente 9g de cocaína, 46g de maconha e 1g de crack -, foi evocada tão somente a gravidade em abstrato do delito, sem nenhum fato concreto que justifique a imposição da medida cautelar mais gravosa. Ausente, portanto, a indicação de dado concreto que justifique a imposição da prisão provisória. 3. Recurso provido, ratificada a liminar, para determinar a soltura do recorrente, salvo se por outro motivo estiver preso, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, bem como de que sejam impostas outras medidas cautelares constantes do art. 319 do Código de Processo Penal pelo Juízo local, caso demonstrada sua necessidade (STJ, 2020, *online*).

Ressalta-se que este *periculum libertatis*, é evidenciado sobretudo mediante a demonstração concreta de uma das hipóteses elencadas no art. 312 do Código de Processo Penal, conceituadas no primeiro capítulo do presente trabalho, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal (LIMA, 2020).

Frisa-se, conforme elencando, quanto a autoria exige-se somente um juízo de probabilidade na decretação da prisão preventiva. No entanto, em relação ao *periculum libertatis* é mister uma análise empírica mais aprofundada, de modo que se possa controlar a finalidade da prisão preventiva cujo caráter é eminentemente instrumental, a fim de esta não se transmude em indevida execução de pena (SANGUINÉ, 2014).

De acordo com LIMA (2020), além dos aspectos elencados, à luz do art. 312, § 2º, e do art. 315, § 1º, ambos do CPP, entre outros elementos, é previsto que a decisão que decretar a prisão preventiva deve ter espeque na existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que tenham o condão de justificar a aplicação da medida adotada, ou seja, é necessário justificativa expressa acerca da atualidade do *periculum libertatis*, para tanto o juiz deve demonstrar elementos que evidencie

fatos concretos que tenha o condão de sustentar a segregação cautelar, tal como a atualidade destes fatos. A esse respeito, é oportuno colacionar entendimento doutrinário referente ao princípio da atualidade do perigo, o qual evidencia ser elemento imprescindível para decretação da prisão preventiva:

O *periculum libertatis* deve ser atual. Deve ser observado o “Princípio da Atualidade do Perigo”. Para que uma prisão preventiva seja decretada, é necessário que o *periculum libertatis* seja presente, não passado e tampouco futuro e incerto. A “atualidade do perigo” é elemento fundante da natureza cautelar. Prisão preventiva é “situacional” (provisional), ou seja, tutela uma situação fática presente, um risco atual. No RHC 67.534/RJ, o Min. Sebastião Reis Junior afirma a necessidade de “atualidade e contemporaneidade dos fatos”. No HC126.815/MG, o Min. Marco Aurélio utilizou a necessidade de “análise atual do risco que funda a medida gravosa”. Isso é o reconhecimento do Princípio da Atualidade do Perigo (LOPES JR, 2020, p.995).

Caso esteja presente os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, faz-se necessário analisar hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva, isto é, tal medida poderá ser decretada caso se amolde aos elementos elencados no art. 313 do mesmo diploma legal, especificadamente o que consta no *caput* de tal artigo, nos incisos I, II, III e em seu parágrafo único (LIMA, 2020).

Ademais, é mister que a decisão que decreta a prisão preventiva seja motivada de forma concreta, circunstanciada e personalizada, visto que tal medida constrictiva somente se justifica mediante respaldos empíricos que possam evidenciar cabalmente a necessidade da medida extrema, dessa forma, é imperioso razões objetivas e concretas em tais decisões (SANGUINÉ, 2014)

No entanto, não obstante ser imprescindível que na decisão que decreta a prisão preventiva seja demonstrado a existência de fatos concretos, é imperioso que o juiz tenha moderação na linguagem utilizada, do contrário tal decisão teria aparência de julgamento antecipado, desse modo, impõe-lhe também o dever de sobriedade na linguagem (LIMA, 2020).

Outro aspecto que deve constar na decisão que decreta à prisão preventiva, de modo a integrar sua fundamentação, nos casos em que não se concedeu o contraditório prévio, é a justificativa expressa quanto a sua inobservância, evidenciando concretamente que se trata de hipótese a justificar a

medida extrema, amparada na urgência ou perigo de ineficácia da medida nos termos do art. 282, §3º, do CPP. Sob o prisma de tal artigo, vale salientar que a inobservância do contraditório prévio, em tese, é hipótese excepcional (LOPES JR, 2020).

Por fim, é elemento essencial da referida decisão, justificativa expressa concernente a não substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa da prisão, conforme art. 282, §6º do CPP, haja vista que o cabimento de tal medida extrema pressupõe o esgotamento das medidas previstas no art. 319 do CPP. Ressalta-se que o referido parágrafo elenca a necessidade de que tal justificativa seja fundamentada nos elementos constantes do caso concreto, outrossim, individualizada (LOPES JR, 2020).

Assim, interpretando sistematicamente o Código de Processo Penal, a fundamentação da decisão judicial que decreta a prisão preventiva deve abranger de forma expressa menção ao *fumus comissi delicti*, *periculum libertatis*, hipótese de admissibilidade (art. 313 do CPP), justificava expressa referente à atualidade do *periculum libertatis*, justificativa expressa, caso não seja concedido contraditório prévio, quanto sua inobservância e justificativa expressa concernente ao não cabimento da substituição da prisão preventiva por outra medida cautelar diversa da prisão (LIMA, 2020).

De acordo SANGUINÉ (2014) não se pode confundir todas as exigências legais explicitadas com fundamentação exaustiva, é suficiente que a decisão que decreta a prisão preventiva seja sucinta, desde que sejam atendidos os requisitos mínimos.

Ademais, a motivação deve ser contemporânea à decisão judicial inicial, sendo inadmissível que as instâncias superiores reforcem indevidamente tal decisão, outrossim, a autoridade coautora não poderá complementar sua decisão por meio de prestação de informações em pedido de *habeas copus*, por exemplo (SANGUINÉ, 2014).

Nesse contexto, de acordo com LIMA (2020) o juízo *ad quem* (instância superior na qual se remete, geralmente, recurso e ações impugnativas) não poderá inovar em matéria fática, tampouco decretar a prisão preventiva de ofício em recurso ou ação impugnativa exclusiva da defesa, visto que configuraria *ne reformatio in pejus* (reforma da decisão para pior). No entanto, caso o recurso seja interposto pela acusação contra a decisão que indeferiu a prisão preventiva, notadamente nos termos do art. 581, V do CPP, será possível a decretação da prisão preventiva por tal juízo desde que respeitado as delimitações fáticas alhures. A esse respeito cabe destacar entendimento doutrinário, o qual sintetiza esta temática com clareza:

Não é admissível que o Tribunal reforce ou complemento a omissão ou deficiência da decisão acrescentando motivos: (a) contidos nas informações da autoridade coatora; (b) no parecer do Ministério Público, não contraditados pelo acusado o que implicaria em violação *do due process of law*; (c) assentados em fato novo ou superveniente não reportados no decreto de prisão cautelar (por exemplo, a fuga do acusado posterior a decreto de prisão ilegal ou injusto) (SANGUINÉ, 2014).

Assim, a decisão judicial que decreta à prisão preventiva deve ser devidamente fundamentada. Para tanto, faz-se necessário demonstrar concretamente os motivos que a justificam, de tal forma que se materialize os elementos autorizadores da segregação cautelar previsto no texto constitucional e na legislação, especialmente aqueles chamados pela doutrina de principiologia da prisão preventiva, evitando a transmutação de tal medida em indevida execução de pena e permitindo o regular prosseguimento do processo penal sem se olvidar dos direitos fundamentais.

3.3 Fundamentação inadequada da decisão que decreta à prisão preventiva e suas implicações

Nota-se, com efeito, que a prisão preventiva é medida de natureza urgente. No entanto, a urgência ou a sumariedade não são justificativas aceitáveis para o automatismo ou arbítrio na decisão que decreta tal medida constritiva, sendo imperioso a observâncias dos parâmetros legais e constitucionais (LIMA, 2020).

A Lei n.13.964/19, conhecida como pacote anticrime, trouxe um rol de decisões não fundamentadas, especificadamente no art. 315, §2º do CPP. Cabe colacionar a referida alteração legislativa:

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 (BRASIL, 2019, *online*).

Frisa-se que o rol previsto § 2º, art. 315 do CPP é exemplificativo, podendo ser reconhecida outras hipóteses de decisões não fundamentadas. No que se refere ao conteúdo das previsões elencadas no referido dispositivo, antes de ser positivado, já era evidenciado no âmbito doutrinário e jurisprudencial, visto poder ser extraído do dever de fundamentar previsto no texto constitucional. Não obstante isso, tem inegável importância a previsão legal das referidas hipóteses, uma vez que, em princípio, possibilita controle mais efetivo da decisão que decreta a prisão preventiva, tal como reduz a margem de subjetivismo do juiz (LIMA, 2020).

A despeito de tecnicamente ser mais correto que o referido dispositivo fosse inserido no capítulo que versa acerca da sentença, assim como ocorreu no Código de Processo Civil, optou o legislador por inseri-lo no capítulo que trata da prisão preventiva. Infere-se que esta opção se deu em virtude do grande número de *habeas corpus* impetrados diariamente em face de decisões que decretam a prisão

preventiva com fundamentos genéricos e singelos em dissonância com os requisitos legais. No entanto, tal dispositivo aplica-se, no âmbito do processo penal, a todas decisões interlocutórias, sentenças ou acórdãos (LIMA, 2020).

Segundo NUCCI (2020), o inciso I do artigo em comento trata-se de hipótese de não considerar fundamentada decisão que somente reproduz ou parafraseia ato normativo, sem demonstrar sua relação com a questão que está sendo decidida. Nesse sentido, é inadmissível repetição dos termos legais, sendo necessário que o juiz exponha sua interpretação acerca dos fatos e provas constantes nos autos, devendo demonstrar de forma racional como chegou em cada conclusão. A esse respeito, vale colacionar entendimento doutrinário que evidencia aspectos dessa vedação especificamente em relação a prisão preventiva:

É imprescindível um juízo sério, desapassionado e, acima de tudo, calcado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter um primor de fundamentação, não bastando a invocação genérica dos fundamentos legais. Deve o juiz demonstrar, com base na prova trazida aos autos, a probabilidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* (LOPES JR, 2020, p.995).

Quanto ao inciso II do referido artigo, trata-se de vedação de fundamentar decisão judicial com emprego de conceitos jurídicos indeterminados sem a devida explicação do motivo concreto de sua incidência ao caso, também em relação a esse dispositivo já havia vasta jurisprudência, anteriormente à alteração legislativa em comento, acerca do conteúdo positivado, mormente em relação a prisão preventiva, geralmente rechaçando a utilização de conceitos indeterminados como única forma de justificar a medida cautelar, em decorrência de decisões que empregam, por exemplo, a expressão “ordem pública” de forma genérica, no mesmo sentido significativa parcela de produção de cunho doutrinário (PACELLI e FICHER, 2020).

No que se refere ao inciso seguinte (III), o legislador objetivou evitar que haja utilização de fundamentação padrão, a ser utilizada reiteradamente, de forma meramente formal, sem conteúdo substancial, visto que em tais casos, como não é demonstrado concretamente os motivos da decisão, não é possível, sobretudo, aferir

se o magistrado de fato analisou e compreendeu as provas constantes nos autos, dando margem para arbitrariedades (LIMA, 2020).

Ademais, o inciso IV prevê, conforme elencando, que não se considera fundamentada decisão que não enfrenta todos os argumentos capazes de, em princípio, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, o entendimento referente a esta temática é ainda controvertido, há precedentes dos Tribunais Superiores no sentido de não ser obrigatório manifestar acerca de todas alegações das partes (LIMA, 2020).

No entanto, no âmbito do processo penal esta forma de interpretação pode ensejar graves violações à ampla defesa e ao contraditório. Outra questão de encontro aos referidos precedentes é a incongruência prática, visto que eventual tese não enfrentada poderá futuramente inviabilizar discussões da matéria não apreciada nas instâncias superiores, além de forçar a interposição de embargos de declaração para fins de prequestionamento (LIMA, 2020).

Destaca-se ainda acerca do art. 315 do CPP, especificadamente sobre seu inciso V, outra hipótese em que não se considera fundamentada decisão judicial, em que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem demonstrar pertinência concretamente, dessa maneira, é insuficiente para efeitos de fundamentação que o juiz faça mera referência a enunciados ou precedentes, devendo demonstrando efetivamente a pertinência da *ratio decidendi* (razão de decidir) com o caso concreto. (SANTOS, 2016).

Por fim, o último inciso (VI) do artigo em comento, trata-se de hipótese de decisão não fundamentada, na qual não obstante invocado enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente pela parte, não é aplicado pelo juiz sem realizar a técnica conhecida como *distinguishing* (distinção), isto é, não aportando as diferenças fáticas que tenham o condão de justificar a sua inaplicabilidade. Tal como deixe de informar o motivo da superação do precedente vinculante, técnica conhecida como *overruling* (superação) (LIMA, 2020).

Por conseguinte, de acordo com SANGUINÉ (2014), uma decisão que decreta à prisão preventiva amparada nas hipóteses expostas ou em outras não devidamente fundamentadas, não condiz com as exigências concernentes ao direito à liberdade, visto que nesses casos a prisão tem finalidades punitivas e passa a ser utilizada de forma indevida como um instrumento de segurança pública, conseqüentemente, são eminentemente inconstitucionais. Nesse contexto, a fundamentação inadequada faz com que a lógica Constitucional seja invertida, presumindo-se a culpabilidade do agente antes do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. Assim, colaciona-se entendimento doutrinário do referido autor, anterior a referida alteração legislativa, que evidencia e sintetiza as principais hipóteses de motivação insuficiente:

Exige-se também que a decisão judicial que decreta a prisão cautelar ou indefere pedido de liberdade provisória contenha uma “concreta” motivação cautelar, com base em fatos que efetivamente demonstrem a necessidade da medida, que só pode ser decretada quando presente pelo menos um dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Desta maneira, constitui motivação insuficiente, por exemplo, (a) a mera alusão genérica à gravidade abstrata do crime imputado ou à garantia da aplicação da lei penal; (b) a simples classificação do delito como hediondo ou equiparado a hediondo; (c) à vedação à liberdade provisória contida em algumas leis especiais; (d) tratar-se de crime inafiançável; (e) de que não teria ocorrido excesso de prazo nas investigações; (f) que o acusado teria consciência da ilicitude do ato praticado; (g) a presunção de influência na colheita da prova; de abalo à ordem pública; às investigações criminais, sem suficiente base fática; (h) a simples alusão à gravidade do tipo penal ou às circunstâncias do crime; (i) a mera referência, por si só, aos maus antecedentes do acusado (j) não é lícito exigir-se que a defesa prove o não cabimento da preventiva, sob pena de se criar, por via oblíqua, hipótese de prisão sem fundamentação (SANGUINÉ, 2014, p.436).

De mais a mais, conforme demonstrado no segundo capítulo do presente trabalho, a observância da base principiológica da prisão preventiva é condição para a coexistência da segregação cautelar e do princípio da presunção de inocência. Nesse contexto, a motivação judicial na decisão que decreta a prisão preventiva é um dos princípios essenciais dessa base principiológica, tendo o condão, quando devidamente respeitado os parâmetros legais, de relativizar a presunção de inocência em virtude da necessidade de preservar o processo penal a fim de propiciar os devidos meios de prolatar uma sentença de mérito (LOPES JR, 2020).

Outra implicação relevante acerca dessa temática, a possibilidade de nulidade, nota-se que, por meio das alterações trazidas pela Lei n. 13.964/19, inseriu-se hipótese de nulidade em razão de carência de fundamentação, conforme art. 564, V do CPP. Além da previsão legal, tal modalidade de nulidade configura-se em virtude de preceito constitucional de ordem pública, diante disso, a fundamentação inadequada pode ensejar o reconhecimento da ilegalidade da decisão em decorrência de carência de fundamentação, conseqüentemente, o relaxamento da prisão (LIMA, 2020).

Ressalta-se, nesse diapasão, que há uma dupla determinação constitucional referente as prisões, conforme já pontuado, a primeira concernente ao princípio da presunção de inocência de acordo com o art. 5º, inciso LVII. A segunda prevista no inciso LXI do referido artigo, o qual estabelece que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” ressalvado os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar (PACELLI, 2020; BRASIL, 1988, *online*).

Em razão de ambas determinações constitucionais, PACELLI (2020) destaca que as prisões são pautadas na necessidade ou indispensabilidade da providência, a serem aferidas em decisão fundamentada, de acordo com determinada e relevante finalidade também de espeque constitucional. Nesse contexto, entende-se que a necessidade de preservação da efetividade do processo é fundamentação válida com condão de justificar a prisão de natureza cautelar. A esse respeito colaciona-se o entendimento do referido autor:

A realização cotidiana da Justiça criminal somente será legítima se observadas todas as garantias individuais, pressuposto, aliás, do devido processo legal. O que estamos a afirmar é que, quando houver risco, concreto e efetivo, ao regular andamento do processo, por ato imputável ao acusado, o Estado poderá adotar medidas tendentes a superar tais obstáculos, ainda que com o recurso à sua inerente coercibilidade. No entanto, e exatamente em razão das premissas constitucionais que devem orientar e vincular a atuação estatal, toda prisão, bem como qualquer outra medida acautelatória da jurisdição penal, há que partir de ordem judicial escrita e fundamentada, ancorada na indispensabilidade da providência (PACELLI, 2020, p.620).

Assim, a fundamentação adequada da prisão preventiva importa, sobretudo, justamente para evidenciar se tal medida está amparada na necessidade ou indispensabilidade da providência, ou seja, somente assim é possível relativizar a presunção de inocência em razão do resguardo do processo, tem-se, dessa forma, explícito o caráter instrumental da referida medida constritiva, visto ser justificada como forma de preservar a efetividade do processo penal (PACELLI, 2020).

Por outro lado, segundo LOPES JR (2020), quando a decisão que decreta a prisão preventiva é fundamentada de forma inadequada, entre outros aspectos, está afastando-se de seu caráter instrumental. Nesse contexto, tem especial relevância a demonstração de forma concreta do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, sobretudo, quanto aos requisitos previstos no art. 312 do CPP, bem como da atualidade desse perigo, porquanto tais aspectos evidenciam mais explicitamente a necessidade de resguardar o processo penal, de modo a justificar tal medida cautelar em virtude de sua efetividade. A esse respeito, é oportuno colacionar entendimento doutrinário, o qual evidencia claramente os aspectos elencados:

É imprescindível um juízo sério, desapaixonado e, acima de tudo, calcado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter uma fundamentação de qualidade e adequada ao caráter cautelar. Deve o juiz demonstrar, com base na prova trazida aos autos, a probabilidade e atualidade do *periculum libertatis*. Se não existe atualidade do risco, não existe *periculum libertatis* e a prisão preventiva é despida de fundamento. Nessa linha, o § 2º do art. 312 exige que para decretação da prisão preventiva o perigo (necessidade cautelar) deve ter existência concreta em fatos novos ou contemporâneos, que justifiquem a medida adotada (LOPES JR, 2020, p.920).

Dessa maneira, a decisão que decreta à prisão preventiva fundamentada de forma inadequada, mormente olvidando dos requisitos legais, notadamente acerca do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, culmina-se, entre outros aspectos, no afastamento do caráter instrumental da segregação cautelar, deslegitimando-a em virtude dos direitos individuais, especialmente a liberdade e a presunção de inocência, revestindo-a de indevida medida de segurança pública com finalidade eminentemente punitiva. Assim, a prisão preventiva, com efeito, somente é adequada quando utilizada como instrumento do processo penal a fim de

preservar sua efetividade, sendo tal finalidade evidenciada por meio da devida motivação.

CONCLUSÃO

O presente estudo apontou os principais aspectos concernentes à prisão preventiva, notadamente que ela é uma espécie de prisão cautelar, em tese, excepcional e subsidiária, mormente, instrumento do instrumento, ou seja, sua finalidade está diretamente relacionada com a necessidade de preservar o processo penal, que também tem caráter instrumental, de maneira a propiciar que a prestação jurisdicional culmine-se em sentença de mérito.

Não obstante o encarceramento processual seja uma exceção, quando há elementos concretos e atuais que evidenciam o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, ele se torna altamente relevante e, caso não utilizado, o processo perde a sua efetividade, por conseguinte, a prisão preventiva é medida necessária.

A pesquisa não deixou de considerar as problemáticas intrinsecamente relacionadas à prisão preventiva, sendo verificado que apesar da prisão pena não se confundir com a prisão cautelar, outrossim, em tese, as teorias dos fins da pena não prestarem a justificarem as prisões processuais, há entendimentos doutrinários no sentido de que as prisões fundamentadas na garantia da ordem pública e da ordem econômica, aproximam-se dos fins da pena e distanciam-se do caráter instrumental. De igual modo fundamentações judiciais dissonantes dos parâmetros legais e constitucionais

Colacionou-se entendimentos doutrinários que explicitam acerca da banalização da prisão provisória, muitas vezes ela é utilizada de forma automática, somente com elementos de direito, sem razões fáticas que possam elucidar sua necessidade. É destacado ainda que em crimes como de tráfico de drogas e de ordem sexual, ela se tornou verdadeiro tabu, conseqüentemente, transmuda-se em

indevido instrumento de segurança pública, com finalidades estranhas ao resguardo do processo.

Apesar das problemáticas alhures, o entendimento majoritário de âmbito jurisprudência e doutrinário é no sentido de que a prisão preventiva não fere o princípio da presunção de inocência, de modo que a base principiológica das prisões cautelares tem o condão de permitem a coexistência de ambos institutos.

Assim sendo, a utilização de tal medida constritiva impõe a observância dos parâmetros legais e constitucionais, especialmente os princípios da jurisdicionalidade, motivação, contraditório, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade, tornando-se imperioso respeitar o seu caráter instrumental, evitando qualquer finalidade de antecipação de pena.

É demonstrado que a decisão judicial que decreta à prisão preventiva deve ser devidamente fundamentada, de modo que se exponha se ela está amparada na necessidade ou indispensabilidade da providência. Para tanto, faz-se necessário razões concretas dos motivos que a justificam, de tal forma que se materialize os elementos autorizadores da segregação cautelar, especialmente os previstos no art. 312 do Código de processo Penal.

Assim, embora tal medida careça de delimitações legislativas mais clarificadoras, as alterações trazidas pela Lei 13.964/2019, elucidadas no decorrer deste trabalho, são extremamente significativas para o cumprimento do dever constitucional de motivar as decisões judiciais visto que, em princípio, possibilitam controle mais efetivo da decisão que decreta a prisão preventiva, tal como reduz a margem de subjetivismo do juiz.

Pode-se concluir que a decisão judicial que decreta à prisão preventiva fundamentada de forma inadequada, culmina-se, entre outros aspectos, no afastamento do caráter instrumental da segregação cautelar, deslegitimando-a em virtude dos direitos individuais, especialmente a liberdade e a presunção de inocência, revestindo-a de indevida medida de segurança pública com finalidade punitiva. Assim, a prisão preventiva, com efeito, somente é adequada quando

utilizada como instrumento do processo penal a fim de preservar sua efetividade, sendo tal finalidade evidenciada por meio da devida motivação.

REFERÊNCIAS

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDFT, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. **DECRETO Nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 24 mar. 2020

BRASIL. **LEI 12.403, de 4 de maio de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 30 mai. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 128.341/SP**. Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 04/09/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001349460&dt_publicacao=04/09/2020. Acesso em: 01 out. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 1 - parte geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal - as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: Volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. 5. ed. São Paulo; Saraiva Jur, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo. Saraiva jur, 2018.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote Anticrime: Comentários Críticos à Lei 13.964/2019**. São Paulo: Atlas, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**, 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OCAMPOS, Lorena; FREITAS JÚNIOR, João Carlos de. **Processo Penal**. 1. ed. Brasília: CP Iuris, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**, 24. ed. São Paula: Atlas, 2020.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentário ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**, 12. ed. São Paula: Atlas, 2020.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva - A Contramão da Modernidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, André de. **Direito Penal Parte Geral**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar - Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Princípios Processuais Constitucionais**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.