



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

GUILHERME SANTANA DO VALE

**PRISÃO PREVENTIVA E SUA FUNDAMENTAÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS
DECISÕES TOMADAS NO PROCESSO 2013.01.1.136878-4**

BRASÍLIA

2014

GUILHERME SANTANA DO VALE

**PRISÃO PREVENTIVA E SUA FUNDAMENTAÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS
DECISÕES TOMADAS NO PROCESSO 2013.01.1.136878-4**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS, do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Orientador: Professor Humberto
Fernandes de Moura.

BRASÍLIA
2014

GUILHERME SANTANA DO VALE

**PRISÃO PREVENTIVA E SUA FUNDAMENTAÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS
DECISÕES TOMADAS NO PROCESSO 2013.01.1.136878-4**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS, do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Brasília, _____ de _____ de 2014.

Banca Examinadora

Humberto Fernandes de Moura (Orientador)

Professor Examinador (a)

Professor Examinador (a)

AGRADECIMENTO

Agradeço primeira e especialmente a meu orientador, Humberto Fernandes de Moura, pela paciência e profissionalismo, sempre contribuindo com seus apontamentos de forma expressiva e imprescindível para o bom desenvolvimento deste trabalho.

RESUMO

O trabalho visa principalmente a análise de decisão recente em que houve a decretação da prisão preventiva dos acusados, bem como a que indeferiu o pedido de revogação da mesma, especialmente no que tange à observação ou não da garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais. Para melhor compreensão da matéria e antes da análise propriamente dita, são explorados tópicos necessários relacionados à garantia em questão, como seus requisitos, e à prisão preventiva, como seus pressupostos, suas hipóteses de cabimento, as mudanças trazidas pela Lei nº 12.403/11, que altera de forma notável o tratamento dado às medidas cautelares, e a possibilidade de aplicação por analogia dos dispositivos acerca do tema contidos no novo código de processo civil. A discussão é levantada em torno do texto da lei, dos argumentos trazidos pela doutrina e de decisões sobre o tema no judiciário brasileiro, o que tornou possível a construção de uma opinião própria em relação aos pontos controversos, que também é demonstrada no decorrer do estudo.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Medidas cautelares. Fundamentação. Nulidade. Vícios. Lei nº 12.403/11. Novo código de processo civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. A EXIGÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL	9
1.1. Contextualização no Brasil.....	9
1.2. Disposições gerais sobre a garantia da fundamentação	12
1.3. Requisitos da fundamentação.....	15
1.4. Vícios da fundamentação.....	21
1.5. O novo Código de Processo Civil e a fundamentação	24
1.6. A sanção de nulidade	27
2. A PRISÃO PREVENTIVA.....	29
2.1. Prisão pena e prisão sem pena.....	29
2.2. A crise carcerária no Brasil	31
2.3. Medidas diversas e a excepcionalidade da prisão preventiva	33
2.4. A presunção de não culpabilidade e a antecipação de pena.....	34
2.5. Momento para decretar a prisão preventiva	35
2.6. Admissibilidade e pressupostos da prisão preventiva	37
3. ANÁLISE CRÍTICA DA FUNDAMENTAÇÃO EM CASO CONCRETO	41
3.1. A decisão que decretou a prisão preventiva.....	42
3.2. Vício no requisito da integridade	43
3.3. Fundamentação aparente	44
3.4. Vício no requisito da dialeticidade	45
3.5. Vício no requisito da racionalidade	49
3.6. A decisão analisada e o novo Código de Processo Civil	50

3.7. A decisão ideal	52
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS	58
ANEXO A – DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA DOS RÉUS NO PROCESSO 2013.01.1.136878-4.....	63

INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é medida cautelar extrema, corriqueiramente vista no meio jurídico penal. Apesar de sua constante aplicação, não tão raro perceber reformas em decisões que as decretam, feitas por instâncias superiores, especialmente após o advento da Lei nº 12.403/11, que traz alterações de grande relevância acerca das medidas cautelares, dentre elas a prisão preventiva.

O presente estudo tem por objetivo explorar um tema que há muito já se discute no Brasil, mas ainda é de imensurável relevância em razão do direito fundamental por ele tutelado – a liberdade – e sua complexidade, qual seja, a análise de decisões que decretaram a prisão preventiva dos acusados e indeferiram sua revogação, em especial às contidas no processo 2013.01.1.136878-4, que tramita na Terceira Vara de Entorpecentes do Distrito Federal, no que tange ao respeito ou não da garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais.

A análise aqui realizada, contudo, não põe fim ao tema, tendo em vista sua vasta área de discussão, como a do direito constitucional, direito penal, direito processual penal, hermenêutica jurídica, filosofia, dentre outras, sendo o foco desde trabalho o direito constitucional e direito processual penal. Nesse sentido, sem esgotar as possíveis teses acerca do assunto, serão feitas relevantes reflexões sobre o mesmo, sendo o problema o a seguir proposto: a decisão que decretou a prisão preventiva do assistido do Núcleo de Assistência Jurídica do UniCeub – NAJ no processo de nº 2013.01.1.136878-4, bem como a que indeferiu o pedido de revogação da mesma violam a garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais?

As hipóteses possíveis a serem levantadas a partir da indagação são: 1) as decisões em questão violam a garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais; 2) as decisões em questão não violam a garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais.

A justificativa para o tema escolhido é a corriqueira discussão a seu respeito, em especial no ambiente acadêmico, quando o contato com as decisões nesse sentido é maior. Ademais, o tema tem forte relação com a sociedade como um todo, seja sob o aspecto político ou sociológico, onde é possível perceber o clamor por medidas cada vez mais imediatas do Estado, muitas vezes sem se pensar nas garantias constitucionais conquistadas após tantas reivindicações. Nesse sentido, surge a necessidade ainda maior de sua análise crítica sob um enfoque científico, possibilitando uma abordagem sem influências externas acerca do assunto estudado.

Assim, visando a melhor abordagem do problema mencionado a fim de alcançar uma das hipóteses levantadas, o presente trabalho foi separado em três capítulos.

No primeiro capítulo será abordada a garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais, em que serão trazidos conceitos essenciais para sua ideal compreensão e percepção de sua relevância no modelo de Estado em que se vive atualmente.

No segundo capítulo será tratado o instituto da prisão preventiva, onde serão apresentados e discutidos aspectos relevantes para a seu respeito, como as situações em que poderá ela ser aplicada, bem como para se realizar uma relação direta entre ela e a garantia abordada no capítulo anterior.

Finalmente, com os levantamentos realizados, o terceiro capítulo será exclusivamente dedicado à análise do problema proposto. Para isso, serão trazidos os pontos mais relevantes das decisões sob enfoque e, em seguida, elaborada uma análise crítica sobre o conteúdo das mesmas, à luz dos conhecimentos trazidos anteriormente

1. A EXIGÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL

O presente estudo tem por objetivo a análise da determinação da prisão preventiva, que está intimamente relacionada à garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais, base de toda e qualquer decisão judicial num Estado Democrático de Direito. Assim, para melhor compreensão desta, faz-se necessário, primeiramente, tratá-la em seu aspecto histórico.

1.1. Contextualização no Brasil

No Brasil, antes mesmo da declaração de sua independência política de Portugal, em 7 de setembro de 1822, já se via presente a exigência de fundamentação das decisões judiciais.¹

Ocorre que, mesmo já tendo sido declarada a independência nacional, o país continuou a utilizar normas de Portugal, por força do Decreto de 20 de outubro de 1823, onde foi determinado, em sua 5ª Disposição, da Parte I, que o Brasil deveria continuar a usar as normas de Portugal que não fossem contrárias à sua soberania.²

A mais relevante delas foram as Ordenações Filipinas de 1603, promulgadas pelo rei Felipe II, de Portugal, que estabeleciam ao juiz, em seu Livro III, Título LXVI, parágrafo sétimo, a necessidade de declarar as razões que o levaram a decidir da forma como havia entendido, seja na primeira instância ou não, e apontava ainda os objetivos da fundamentação, quais fossem: o de possibilitar às partes que tivessem acesso ao raciocínio do juiz para elaborar eventuais recursos e

¹ NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998, p. 25.

² BRASIL. Leis da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa de 1823. Disponível em http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-F_80.pdf. Acesso em: 30 set. 2013.

o de permitir aos juízes superiores a análise do raciocínio do juiz de primeira instância para que pudessem compreender sua decisão.³

Além disso, apesar de não existir à época a pena de nulidade no caso de falta de fundamentação, era prevista multa (que veio a ser triplicada em 1814) de 20 cruzados ao juiz que prolatasse decisão imotivada e, em caso de recurso, era imposta ainda multa de outros 10 cruzados, devendo o juiz pagar esta à parte sucumbente.⁴

Nesse contexto, é apenas com o decreto 737 de 1850, voltado a regular procedimentos comerciais, que surge a primeira disposição eminentemente pátria sobre a fundamentação⁵. Em seu artigo 232 constava que a “sentença deve ser clara, summariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estylo em que se funda”.⁶

Já com a primeira Constituição Republicana do Brasil, a de 1891, surge um sistema legislativo processual bipartido, conhecido como dualidade processual, onde tanto a União quanto os estados tinham competência para legislar sobre matéria processual.⁷

Nesse sistema, em geral, os códigos processuais estaduais que surgiam limitavam-se a copiar a legislação federal existente. Contudo, alguns estados trataram a matéria de forma inovadora, como por exemplo, São Paulo, em seu artigo

³ PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l3p669.htm>. Acesso em: 30 set. 2013.

⁴ ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A Fundamentação das Decisões Judiciais*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2004, p. 32.

⁵ NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998, p. 26.

⁶ BRASIL. Decreto Nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm. Acesso em: 30 set. 2013.

⁷ NOJIRI, op. cit., p. 26.

333 e Santa Catarina, sem eu artigo 794, que já previam até mesmo a pena de nulidade da sentença sem fundamentação.⁸

Em 1937, com a volta do sistema legislativo unitário determinado pela nova Constituição Federal, a fundamentação veio a ser tratada nos artigos 118 e 240, ambos do Código de Processo Civil de 1939.⁹ O primeiro, em seu parágrafo único, obrigava o juiz a indicar “na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento”.¹⁰ O segundo, que pontuava os requisitos da sentença, determinava em seu inciso II que essa deverá conter “os fundamentos de facto e de direito”.¹¹

Mais tarde, em 1941, vem o ainda vigente Código de Processo Penal, que coloca como requisito da sentença, em seu artigo 381, “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.¹²

O atual Código de Processo Civil, de 1973, por sua vez, trata da fundamentação em mais de uma oportunidade. No artigo 131, o juiz ganha liberdade para apreciar as provas como bem entender, mas fica obrigado a “indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.¹³ Já o artigo 165 determina que as decisões diversas da sentença e do acórdão deverão ser fundamentadas, ainda que de forma concisa. Na mesma linha, o artigo 458, em seu inciso II, mantém a fundamentação (aqui estruturada como a análise das questões de fato e de direito) como requisito essencial da sentença.¹⁴

Quinze anos depois, com o advento da atual Constituição Federal de 1988, a fundamentação ganhou *status* constitucional, uma vez que passou a ser

⁸ ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A Fundamentação das Decisões Judiciais*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2004, p. 35.

⁹ NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998, p. 27.

¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de Setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 set. 2013.

¹¹ *Ibidem*.

¹² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 set. 2013.

¹³ BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 30 set. 2013.

¹⁴ *Ibidem*.

prevista no texto da própria Carta Magna, em seu artigo 93, IX, que determina a necessidade de fundamentação de toda e qualquer decisão judiciária, sendo que sua falta resulta na nulidade da decisão.

Percebe-se, portanto, que a exigência de fundamentação esteve sempre presente no Brasil, mesmo antes de sua independência como Estado, mas nunca de maneira tão forte e aparente como atualmente, uma vez que deixou de ser prevista exclusivamente na legislação ordinária e alcançou *status* de garantia constitucional, inclusive com previsão de nulidade para a decisão imotivada.¹⁵

Ademais, notória é a extensão trazida pelo texto constitucional, uma vez que a exigência de fundamentação passa a alcançar todas as decisões judiciais, com os mesmos requisitos e consequências, o que inclui a decretação de prisão preventiva, ponto central deste estudo.

1.2. Disposições gerais sobre a garantia da fundamentação

Como já mencionado, a garantia da fundamentação das decisões judiciais passou a ter relevância constitucional em 1988, o que reforça o Brasil como Estado Democrático de Direito.¹⁶

Requisito inafastável das decisões judiciais, a garantia da fundamentação é forte ferramenta contra possíveis excessos do Estado. Ela limita o poder do magistrado, já que este deve demonstrar as razões de suas decisões, o que possibilita a verificação do respeito ou não à lei.¹⁷

Nesse sentido, Gomes Filho aponta que a fundamentação é elemento necessário do Estado de Direito, já que este pode ser verificado, dentre outras formas, com a publicidade e ampla transparência de seus atos, o que pressupõe a

¹⁵ NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998, p. 28.

¹⁶ POZZEBON, Fabricio Dreyer de Avila. O direito fundamental à motivação no processo penal e o duplo grau de jurisdição. Revista Jurídica, São Paulo, v. 58, n. 391, maio, 2010.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 68.530 – SP. Impetrante: J.A. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 05 de março de 1991. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/habeas68530.htm>. Acesso em: 03 set. 2013.

demonstração de suas razões.¹⁸ Ainda nessa linha, Nojiri afirma que através de decisões fundamentadas o Poder Judiciário assume papel legítimo de "órgão de manifestação de um Estado Democrático de Direito".¹⁹

Constitucionalmente, a garantia encontra-se prevista no artigo 93, IX, sendo ainda reforçada no artigo 5º, LXI. Reza o artigo 93, inciso IX, primeira parte, que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade"²⁰. Tal redação dada pela Carta Magna trouxe dois elementos que cumprem ser destacados: "todas as decisões" e "sob pena de nulidade".

O primeiro demonstra a dimensão da aplicação da garantia, que abrange toda e qualquer decisão judicial, deixando de lado apenas os despachos de mero expediente, que não tem caráter decisório.²¹ Já o segundo traz a gravidade do descumprimento da exigência, que atinge a integridade da decisão como um todo, sendo, inclusive, uma novidade no cenário do direito constitucional.²²

Tamanha é a importância da fundamentação das decisões judiciais que a Carta Magna trata novamente do tema em seu artigo 5º, inciso LXI, que determina como regra a inviolabilidade do direito à liberdade, mas abre exceção ao determinar que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente"²³, salvo em alguns casos militares, o que reforça ainda mais a imprescindibilidade da fundamentação, especialmente quando tratando-se do direito à liberdade.

Seu objetivo, imprescindível para a devida compreensão de sua importância, é o de permitir o controle externo da jurisdição, seja pela população em geral, seja pelas instâncias superiores, uma vez que possibilita a verificação de toda

¹⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Motivação das Decisões Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 76.

¹⁹ NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998, p. 55.

²⁰ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2013.

²¹ GOMES FILHO, op. cit., p. 71

²² Ibidem, p. 72.

²³ BRASIL, op. cit.

a linha de raciocínio desenvolvida pelo magistrado quando da decisão e, portanto, serve como escudo do cidadão contra decisões que violem os ditames Constitucionais e legais.²⁴ Uma decisão sem fundamentação impossibilita a verificação de todos os demais princípios constitucionais, razão pela qual pode ser chamada de “garantia-mãe”.²⁵ Além disso, contribui para a melhor estruturação de recursos, uma vez que expõe detalhadamente os eventuais vícios cometidos²⁶.

Na mesma linha, Noeli Fernandes, citando Taruffo²⁷, ensina que o objetivo e a destinação da fundamentação variam de acordo com sua previsão constitucional (como garantia individual) ou legal (como norma processual). À luz do aspecto constitucional, tem-se que a fundamentação é direcionada à população como um todo, de modo a permitir o controle externo das decisões do Judiciário, e à luz do aspecto processual, é direcionada às partes do processo e às instâncias superiores.²⁸

Em suma, a fundamentação das decisões judiciais é sem dúvida a garantia constitucional de maior relevância para a sociedade como um todo. Ela reforça o Estado de Direito, em que o juiz deve se manter vinculado à lei, pois exige a demonstração dessa vinculação. Nesse sentido, devem ser observados alguns requisitos para que se possa afirmar que uma convicção exposta no *decisum* atinge seus objetivos constitucionais de garantia.

²⁴ POZZEBON, Fabricio Dreyer de Avila. O direito fundamental à motivação no processo penal e o duplo grau de jurisdição. Revista Jurídica, São Paulo, v. 58, n. 391, maio, 2010.

²⁵ ABRÃO, Guilherme Rodrigues; KLARMANN, Rafael; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. Breves considerações sobre a garantia da fundamentação judicial: O mito da neutralidade. Requisitos e Vícios da Decisão. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6832. Acesso em set 2013.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Almedina, 2003, p. 667.

²⁷ TARUFFO apud FERNANDES, Noeli. A Fundamentação da Decisão Judicial. Da Discricionariedade à Arbitrariedade: A Busca da Resposta Correta. Justitia, São Paulo, v. 66, n. 200, p. 143-155, jan./jun. 2009.

²⁸ FERNANDES, Noeli. A Fundamentação da Decisão Judicial. Da Discricionariedade à Arbitrariedade: A Busca da Resposta Correta. Justitia, São Paulo, v. 66, n. 200, p. 143-155, jan./jun. 2009.

1.3. Requisitos da fundamentação

Como já mencionado anteriormente, a fundamentação não é atividade livre, mas determinada pela lei²⁹. Sendo assim, há de se reconhecer alguns requisitos básicos para que ela cumpra seus objetivos constitucionais e processuais anteriormente mencionados.

Primeiramente, cumpre salientar que os requisitos aqui expostos dizem respeito apenas ao aspecto substancial da fundamentação, ou seja, ao modo de fundamentar, sem prejuízo de demais requisitos de ordem formal (como a linguística e a coesão, por exemplo), igualmente indispensáveis para a garantia, mas fora do objeto deste estudo.

O primeiro e mais importante à luz do texto constitucional é o requisito da integridade,³⁰ que pode ser claramente verificado no artigo 93, IX, da Carta Magna, quando exige que sejam “fundamentadas todas as decisões”³¹.

As decisões judiciais são atividades complexas, compostas por diversas fases de pequenas decisões, até se chegar a uma decisão final e principal. Trata-se, por exemplo, da escolha do magistrado quanto a uma teoria doutrinária a respeito de certo tema, ou a escolha de uma norma em aparente conflito com outra, etc. Tendo em vista que a Constituição determina a necessidade de fundamentação a todas as decisões, devem essas pequenas decisões, que determinam a decisão final e principal, também ser fundamentadas.³²

Por exemplo, a prisão preventiva, que será devidamente abordada mais adiante, deve ser aplicada apenas quando não for possível a aplicação das demais medidas cautelares. Portanto, à luz do requisito da integridade, deve o magistrado

²⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Motivação das Decisões Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 108.

³⁰ ABRÃO, Guilherme Rodrigues; KLARMANN, Rafael; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. Breves considerações sobre a garantia da fundamentação judicial: O mito da neutralidade. Requisitos e Vícios da Decisão. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6832. Acesso em set 2013.

³¹ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2013.

³² GOMES FILHO, op. cit., p. 175.

indicar a explicitação dos motivos que o levaram a não adotar as demais medidas cautelares diversas da prisão, uma a uma.³³

O segundo requisito, a dialeticidade, decorre da própria ideia de processo no Direito Brasileiro, que tem como um de seus pilares o contraditório,³⁴ verificável no artigo 5º, LV, da Constituição, que determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”³⁵.

Garantia constitucional imprescindível no processo, o contraditório não pode ser verificado de melhor forma senão pela sua exposição quando da fundamentação. Assim, tem-se o processo como um diálogo e não apenas como um monólogo autoritário.³⁶

Nesse contexto, é necessário, para a devida compreensão do requisito, tecer breves comentários a respeito da divergência existente quanto à necessidade ou não do magistrado analisar todos os argumentos trazidos pelas partes.

Parte da doutrina afirma que todos os argumentos trazidos pelas partes devem ser analisados na fundamentação, em respeito a um conjunto robusto de princípios, quais sejam: o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e o da fundamentação das decisões judiciais. Nesse sentido, Scheid entende que o raciocínio do juiz restaria viciado se não considerasse todos os argumentos da defesa e todas as provas produzidas em sua fundamentação.³⁷ Já para Gomes Filho, para haver a necessidade de análise dos argumentos, eles devem ser trazidos ao processo por força do contraditório e ser potencialmente capazes de influir na

³³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (Lei 12.403/11) - Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10100. Acesso em: 10 abr 2013.

³⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 176.

³⁵ BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2013.

³⁶ SCHEID, Carlos Eduardo. *A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista*. 2007. 193 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 148.

³⁷ *Ibidem*, p. 149.

decisão final do magistrado, de forma que resultariam em decisão diversa, caso aceitos.³⁸

Já para o Supremo Tribunal Federal, todavia, prevalece o entendimento de que não há violação do artigo 93, IX da Constituição quando não há, na decisão, manifestação a respeito de todos os argumentos trazidos pela defesa. Tem-se que o dispositivo constitucional, nesse sentido, requer tão somente que o magistrado “fundamente as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento”.³⁹

Importante observar, contudo, que há posição consonante com a doutrina dentro do próprio STF. O ministro Celso de Mello, por exemplo, afirma que devem ser analisados todos os argumentos relevantes levantados em favor do réu, sob pena de violação direta ao mandamento contido no artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988.⁴⁰

Com efeito, não há necessidade concreta de se analisar absolutamente todos os argumentos trazidos pelas partes, pois nem todos tem relação jurídica direta com o processo. Tal medida geraria tão somente demora na ação, violando fatalmente o princípio da celeridade processual. Todavia, a explicitação apenas dos elementos que levaram o magistrado ao seu convencimento não basta para que a fundamentação alcance seus fins constitucionais, pois impede que a parte sucumbente e a sociedade como um todo perceba o porque do magistrado ter adotado aquela e não outra posição afirmada.

³⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Motivação das Decisões Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 176.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de instrumento. AI 812439 AgR/SP. Primeira Turma. Agravante: Eric Silvestre Gomes. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 7 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1834393>. Acesso em: 12 nov. 2013.

⁴⁰ BRASIL. Supremo tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 74073 RJ. Primeira Turma. Paciente: José Armando de Medeiros. Impetrante: Sérgio Geraldo Moreira Rodrigues Júnior. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 20 de maio de 1997. Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_74073_RJ_1278856998811.pdf?Signature=zgljsuX1HWA0z%2BueRuigFRdQhm8%3D&Expires=1384397450&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf. Acesso em: 14 nov. 2013.

Certeira a doutrina, portanto, quando afirma que os argumentos a serem analisados são os trazidos por força do contraditório. Mais perspicaz ainda é a observação de Gomes Filho, quando aponta que os argumentos, além de trazidos pelo contraditório, devem ser capazes de influir na decisão final, caso aceitos.⁴¹ Com isso tem-se um forte critério de quais argumentos devem ser analisados de forma que não sejam meramente protelatórios e, ainda, cuja análise sirva para que a fundamentação alcance seus objetivos constitucionais, como o de possibilitar o controle da jurisdição pela parte sucumbente, que saberá o motivo da rejeição de seu argumento defensivo e com isso será capaz de elaborar o devido recurso.

A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal, diante do exposto, vai contra a finalidade constitucional da garantia, impedindo que as partes tomem conhecimento do motivo pelo qual tiveram suas pretensões rejeitadas, mesmo aquelas que em tese serviriam para alterar o *decisum*. O entendimento atual serve tão somente para reforçar o princípio da celeridade processual, reduzindo o trabalho excessivo dos juízes, mas em prejuízo do contraditório e da ampla defesa, o que jamais pode ser admitido.

Em suma, o requisito da dialeticidade deve ser entendido como a necessidade de apreciação quando da fundamentação de todos os argumentos levantados em contraditório que sejam relevantes às partes, devendo ser entendidos como aqueles que, caso aceitos, poderiam dar rumo diverso a decisão.

O terceiro requisito merece rápida observação: apesar de Gomes Filho chamar de correção⁴², parece mais adequado o termo correlação, adotado por Abrão, Klarmann e Rieger⁴³, até porque em ambos os casos o sentido do requisito é o mesmo.

⁴¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Motivação das Decisões Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 176.

⁴² Ibidem, p. 178.

⁴³ ABRÃO, Guilherme Rodrigues; KLARMANN, Rafael; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. Breves considerações sobre a garantia da fundamentação judicial: O mito da neutralidade. Requisitos e Vícios da Decisão. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6832. Acesso em set 2013.

A correlação traduz-se na ideia de “correspondência entre os elementos considerados como base da decisão e aqueles efetivamente existentes no processo”⁴⁴, ou, em outras palavras, na exigência de que “os elementos que servem de base para a decisão estejam no processo, não podendo o julgador valer-se de elementos extra autos para justificar sua decisão”⁴⁵.

Além disso, tal necessidade de correspondência existe apenas em relação aos elementos que devem estar no processo, o que afasta, portanto, as provas ilícitas, que mesmo que existam nos autos, não devem ser consideradas.⁴⁶

O quarto requisito é a racionalidade. Citando Taruffo,⁴⁷ Gomes Filho assevera que a articulação de um discurso de maneira coerente e convincente é a espinha dorsal da garantia da fundamentação, mas que por si só não basta. Tal articulação deve ser perfeitamente demonstrada na decisão, podendo ser observada sob dois aspectos: a racionalidade interna e a externa⁴⁸.

A racionalidade interna pode ser verificada no discurso sem contradições, ou seja, em que haja coerência contextual, e cujas ideias principais possam ser facilmente percebidas como ponto de partida da decisão final, devendo, portanto, haver silogismo na decisão, sendo necessária a presença de nexos entre as premissas adotadas e a decisão final.⁴⁹

O que se busca sob tal aspecto, principalmente, é que a fundamentação da sentença e a sua parte dispositiva estejam, “do ponto de vista jurídico, lógicas e

⁴⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Motivação das Decisões Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 178.

⁴⁵ ABRÃO, Guilherme Rodrigues; KLARMANN, Rafael; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. Breves considerações sobre a garantia da fundamentação judicial: O mito da neutralidade. Requisitos e Vícios da Decisão. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6832. Acesso em set 2013.

⁴⁶ GOMES FILHO, op. cit., p. 191.

⁴⁷ TARUFFO apud GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Motivação das Decisões Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 179.

⁴⁸ GOMES FILHO, op. cit., p. 179.

⁴⁹ Ibidem, p. 181.

coerentes, de forma a constituírem elementos inseparáveis de um ato unitário, que se interpretam e se iluminam reciprocamente”.⁵⁰

A racionalidade externa, por sua vez, significa que não basta que a contradição seja analisada nos elementos da decisão, mas sim se tendo em conta todo o sistema normativo ou todo o desenrolar dos fatos. Sendo assim, pode ser dividida em congruência normativa e congruência narrativa.⁵¹

A congruência normativa diz respeito à ausência de contradição dentro de todo o sistema normativo. Portanto, mesmo que uma decisão não tenha contradições internas, deve estar de acordo com os demais princípios existentes no ordenamento jurídico, o que deve ser observado especialmente quando a decisão envolver normas imprecisas em que seja necessária sua interpretação por parte do magistrado.⁵²

A congruência narrativa, por sua vez, significa que a decisão deve estar de acordo com a narração fáctica analisada, como também deve essa narração fazer sentido como um todo, mas, além disso, deve estar fundada em alguma prova concreta.⁵³

Não se trata, portanto, de uma simples suposição, como corriqueiramente se vê em decretações de prisão preventiva baseadas exclusivamente na necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal ou o conveniência da instrução criminal, tema que será tratado adiante. A congruência normativa, como assevera Gomes Filho ao citar Taruffo, conquanto “isoladamente não garanta a verdade de uma asserção, se entendida como justificação racional, pode constituir um bom critério de escolha entre versões diferentes dos fatos, desde que estejam amparadas por provas”⁵⁴.

⁵⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do Arbítrio à Razão: reflexões sobre a motivação da sentença. In: Revista de Processo. n.29. Janeiro-março de 1983. São Paulo, 1983, p. 80.

⁵¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Motivação das Decisões Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 182.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid, p. 185.

1.4. Vícios da fundamentação

Devidamente abordados os requisitos da fundamentação, cumpre tratar de seus eventuais vícios, já que, por serem extremamente graves, geram fortes consequências jurídicas à decisão judicial.

Indiscutivelmente o mais grave dos vícios, a ausência de justificação, ou seja, “a total ausência de argumentos justificativos adotados pelo julgador quando da tomada de uma decisão”⁵⁵ é a mais patente violação aos ditames da Carta Magna, de forma que evidencia a ausência de ponderação ou de reflexão entre os fundamentos fáticos e de direito, sendo a decisão, portanto, fruto de mera vontade arbitrária do magistrado.

Além disso, existem casos em que a fundamentação é aparente, tendo como base um texto que nada diz, ou, em outras palavras, casos em que a fundamentação é pautada em fórmulas pré-estabelecidas, que desconsideram as circunstâncias concretas do caso, assumindo um papel de justificação universal com expressões sem conteúdo.⁵⁶

Como exemplo de tais fórmulas, tem-se a alusão à “verdade material”, “prova moral”, “certeza moral”, “prudente apreciação”, “íntima convicção”, dentre outras expressões, que evidenciam nada mais que arbítrio do magistrado ao realizar manipulação semântica carente de qualquer racionalidade quando da apreciação da prova.⁵⁷

⁵⁵ ABRÃO, Guilherme Rodrigues; KLARMANN, Rafael; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. Breves considerações sobre a garantia da fundamentação judicial: O mito da neutralidade. Requisitos e Vícios da Decisão. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6832. Acesso em set 2013.

⁵⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 186.

⁵⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p 162.

Outro exemplo de fundamentação aparente são os casos de simples reprodução da norma, em que a ideia a ser justificada é utilizada como meio de justificação (petição de princípio).⁵⁸

Sobre o segundo exemplo de fundamentação aparente, certa a observação de Gomes Filho, ao apontar que “é copiosa a jurisprudência nacional na constatação de casos em que a motivação das decisões que decretam a prisão preventiva consiste exclusivamente na reprodução, total ou parcial, do texto do art. 312 do CPP”.⁵⁹

Por outro lado, a fundamentação é incompleta quando não atende algum de seus requisitos essenciais, sendo necessária, para uma melhor compreensão, a abordagem dos vícios de cada requisito supramencionado.

O vício no requisito da integridade ocorre quando a fundamentação não explicita todas as etapas de escolha que levaram o magistrado à decisão final.⁶⁰ Tal defeito é verificável, por exemplo, quando o juiz não justifica a filiação a certa corrente doutrinária em tema que há divergência, quando a adoção de tal entendimento afete todo o rumo do processo.

Diante de tamanha omissão, a fundamentação resta totalmente prejudicada, uma vez que a lacuna na justificação de uma das etapas essenciais à decisão final fere todo raciocínio que se suceder.

Já o vício no requisito da dialeticidade, ou seja, a fundamentação “não-dialética”, resulta não só no indevido processo cognitivo do juiz, mas também na violação do contraditório, princípio constitucional indispensável no processo judicial.⁶¹

⁵⁸ SCHEID, Carlos Eduardo. A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista. 2007. 193 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 145.

⁵⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Motivação das Decisões Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 186.

⁶⁰ Ibidem, p. 187.

⁶¹ Ibid, p. 188.

Como já analisado, a decisão judicial deve ser um diálogo, devendo o magistrado ouvir as partes e demonstrar a análise de todas as alegações por elas feitas que sejam efetivamente capazes de influenciar na decisão final, especialmente pela defesa.

Caso contrário, torna-se impossível a devida verificação da existência do contraditório no processo, que se manifesta especialmente na fundamentação, exatamente no momento em que o magistrado sopesa os elementos trazidos pelos litigantes.⁶²

O vício no requisito da correlação, por sua vez, é verificado quando elementos exteriores ao processo são utilizados na fundamentação, ou quando elementos que não deveriam estar nos autos (provas ilícitas, por exemplo) são considerados em uma decisão.⁶³

Como exemplo, tem-se a hipótese de decisão em que o juiz se vale de antecedentes penais do réu consultados na internet para justificar uma pena mais gravosa, sendo que em fase alguma do processo tais documentos foram acostados aos autos e nem mesmo tiveram a juntada solicitada pelas partes.

De certo que, numa análise superficial, o requisito da correlação aparenta estar mais relacionado ao mérito da questão do que com a fundamentação em si. Contudo, uma vez que a fundamentação consiste na demonstração de todo o caminho percorrido pelo magistrado no desenvolvimento de seu raciocínio lógico, a inexistência nos autos (ou existência indevida), de dados tidos como pilares de tal raciocínio viciam a decisão como um todo.⁶⁴

⁶² CUNHA, Eduardo Caruso. O dever de motivação da sentença judicial. 2008, 95 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

⁶³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Motivação das Decisões Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 189.

⁶⁴ Ibidem, p. 178.

Por fim, a contradição, mácula que atinge o requisito da racionalidade, ocorre quando a decisão sofre de fundamentação que contém asserções paradoxais, ou seja, incompatíveis e não harmônicas entre si.⁶⁵

Dentre as situações em que há contradição pode-se destacar aquela em que o magistrado defende e conclui certa tese na fundamentação, mas aplica algo totalmente diverso no dispositivo, sendo exemplo cristalino “as situações em que o juiz, depois de reconhecer a inexistência do próprio fato ou a atipicidade da conduta imputada, absolve o acusado por insuficiência de provas”.⁶⁶

Outro caso em que a contradição se configura é aquele em que há argumentos incompatíveis dentro de um mesmo contexto no discurso jurídico. Tal situação pode ser verificada, por exemplo, quando o juiz, “diante de um mesmo conjunto probatório reconhece um fato em favor de um acusado e nega em relação ao corréu”.⁶⁷

Trabalhados os possíveis vícios nos requisitos da garantia constitucional da fundamentação restam ainda alguns apontamentos a serem feitos. O novo código de processo civil, ainda em tramitação, vem tratando a fundamentação de forma profundamente detalhada.

1.5. O novo Código de Processo Civil e a fundamentação

O novo código de processo civil (projeto de lei 8046/2010) é de grande relevância para o tema. Em seu artigo 11, quando trata dos princípios e garantias fundamentais do processo, nota-se a simples reprodução da norma constitucional sobre o tema, sendo determinado que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder

⁶⁵ SCHEID, Carlos Eduardo. A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista. 2007. 193 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 145.

⁶⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Motivação das Decisões Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 194.

⁶⁷ Ibidem, p. 194.

Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.⁶⁸

Porém, já no texto original, a matéria é exaustivamente aprofundada em seu artigo 476, parágrafo único, segundo o qual “não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão, que: I — se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II — empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III — invoque 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”.⁶⁹

Já na versão final, aprovada na Câmara em 27 de março de 2014⁷⁰, houve ainda uma modificação extensiva no dispositivo, que deixa de ser o artigo 476 e passa a ser o parágrafo 1º do artigo 499, com o seguinte comando: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que”. Além disso, são adicionados dois incisos, quais sejam: “V — se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; 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”.⁷¹

⁶⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Substitutivo ao Projeto de Lei nº 8.046-B. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=74EF6E6592D91F4692DC0DDEB1156F65.proposicoesWeb2?codteor=1239929&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+8046/2010>. Acesso em: 28 mar. 2014.

⁶⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Inteiro teor do Projeto de Lei nº 8.046 de 2010. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=954BA98A0264C2C896323043CB1C61B0.proposicoesWeb2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010. Acesso em: 10 fev. 2014.

⁷⁰ Câmara dos Deputados. Direito e Justiça. Câmara aprova novo Código de Processo Civil; texto retorna ao Senado. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/464590-CAMARA-APROVA-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL-TEXT-RETORNA-AO-SENADO.html>. Acesso em 27 mar. 2014.

⁷¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Substitutivo ao Projeto de Lei nº 8.046-B. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=74EF6E6592D91F4692DC0DDEB1156F65.proposicoesWeb2?codteor=1239929&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+8046/2010>. Acesso em: 28 mar. 2014.

Tais disposições são de inestimável relevância ao tema deste estudo, pois reconhecem, legalmente, os requisitos da fundamentação aqui já demonstrados. Em linhas curtas, o inciso I refere-se à fundamentação aparente, em que há utilização de expressão de conteúdo vazio que não analisa o caso concreto, como a simples reprodução da norma. Já o inciso II refere-se à utilização de termos imprecisos, o que, em relação à prisão preventiva, reforça a necessidade de fundamentação robusta quando utilizada a garantia da ordem pública para sua decretação, tópico que será trabalhado em momento oportuno. O inciso III, por sua vez, refere-se à fundamentação sem correlação com a decisão, mencionada por Alvim.⁷² Por seu turno, o inciso IV refere-se ao requisito da dialeticidade conforme o entendimento mais adequado ao mesmo, segundo o qual é dever do magistrado analisar todos os argumentos relevantes para solução do conflito, ou seja, aqueles que, caso aceitos, pudessem alterar o rumo da ação.

O dispositivo será o primeiro a tratar da fundamentação de forma tão profunda após a vigência da Constituição de 1988. Alguns já falam da desnecessidade da regulamentação, afirmando que o alcance do artigo 93, IX da Constituição já é claro.⁷³ Contudo, como assevera Luciano, o tempo tem indicado serem insuficientes os limites abstratos impostos pela Constituição de 1988 no que diz respeito ao contraditório e a ampla defesa para garantirem a boa observação da fundamentação das decisões judiciais.⁷⁴

Nesse sentido, não se pode olvidar do artigo 3º do atual código de processo penal, segundo o qual “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”,⁷⁵ sendo imperiosa, portanto, a utilização do artigo 499, parágrafo 1º do novo código de processo civil, por analogia, no processo penal.

⁷² ALVIM, Teresa Celina Arruda. Nulidades da sentença. 3ª ed, São Paulo: RT, 1993, p. 200.

⁷³ MEDINA, José Migue Garcia. Precisamos de regra sobre fundamentação de decisões? Consultor Jurídico, 19 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-ago-19/processo-precisamos-regra-fundamentacao-decisoes#_ftn1. Acesso em: 12 nov. 2013.

⁷⁴ LUCIANO, Pablo Bezerra. A fundamentação das decisões judiciais no Projeto do CPC. Consultor Jurídico, 19 de junho de 2013. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-jun-19/pablo-bezerra-fundamentacao-decisoes-judiciais-projeto-cpc#_ftnref1_3832. Acesso em: 12 nov. 2013.

⁷⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 set. 2013.

Novamente poderia se afirmar que a Constituição Federal de 1988 mostra o alcance perfeito do termo fundamentação, o que prejudicaria a analogia, já que o código de processo penal está vinculado a ela. Contudo, além do que já foi apontado, haveria grave desproporcionalidade dentro do próprio sistema jurídico caso não se aceitasse a delimitação da fundamentação feita pelo novo código de processo civil na seara processual penal, já que justamente esta, que regula os procedimentos relativos a um dos bens jurídicos mais importantes para o ser humano, a liberdade, não vincularia o magistrado de forma tão expressiva como ocorreria na área processual cível. Em outras palavras, não aceitar a utilização da disposição do novo código de processo civil no processo penal é aceitar que o processo penal, que trata das questões de ordem pública que mais afetam a sociedade, abra mais espaço ao arbítrio do que o processo civil. Ademais, importante destacar que o novo código de processo civil é o primeiro a ser aprovado sob a égide de um regime democrático na história do Brasil, ao contrário do atual código de processo penal, elaborado na época da ditadura do Estado Novo.⁷⁶

1.6. A sanção de nulidade

Esclarecidos os requisitos da garantia da fundamentação e seus eventuais vícios, cabe agora analisar a sanção de nulidade prevista expressamente no texto constitucional.

Inicialmente, cumpre destacar que, segundo Teresa Arruda Alvim, tanto a fundamentação incompleta quanto a sem correlação com a decisão resultam também em hipóteses de ausência de fundamentação, “isto porque ‘fundamentação’ deficiente, em rigor, não é fundamentação, e, por outro lado, ‘fundamentação’ que não tem relação com decisório não é fundamentação: pelo menos não o é daquele decisório!”⁷⁷

⁷⁶ Câmara dos Deputados. Direito e Justiça. Câmara aprova novo Código de Processo Civil; texto retorna ao Senado. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/464590-CAMARA-APROVA-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL-TEXTO-RETORNA-AO-SENADO.html>. Acesso em 27 mar. 2014.

⁷⁷ ALVIM, Teresa Celina Arruda. Nulidades da sentença. 3ª ed, São Paulo: RT, 1993, p. 200.

Com efeito, se a fundamentação carece de algum de seus requisitos essenciais, realmente não se pode falar que ela restou configurada. Sendo assim, seja quando for ausente ou viciada (incompleta), deve sofrer a mesma sanção de nulidade.

Como já visto, é a garantia constitucional da fundamentação que possibilita a verificação de todas as demais garantias constitucionais, o que a torna uma “garantia-mãe”.⁷⁸ Inquestionável, portanto, se tratar de questão de ordem pública, até porque o próprio constituinte originário deixou pena de nulidade expressamente prevista no texto da Carta, o que reforça ainda mais sua relevância.

Sendo garantia constitucional que repercute no direito processual e, sendo ainda, de interesse público, outra não poderia ser a conclusão senão a da nulidade absoluta, já que, “no processo, as nulidades ventiladas no interesse da parte são sanáveis; e no interesse público são insanáveis”.⁷⁹ Ademais, por ser de interesse público, poderá ser aguida a qualquer tempo, por qualquer das partes e inclusive decretada ofício, sendo também nulos todos os atos posteriores à decisão maculada, pelo princípio da causalidade.⁸⁰

Acompanhando a doutrina, assim tem entendido a jurisprudência. A sentença que contém omissão sobre ponto em que devia necessariamente pronunciar-se padece de nulidade absoluta por violar não somente a garantia constitucional da fundamentação, mas também as normas processuais referentes ao tema e ainda o princípio do devido processo legal, o que “mostra a face da arbitrariedade”.⁸¹

⁷⁸ ABRÃO, Guilherme Rodrigues; KLARMANN, Rafael; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. Breves considerações sobre a garantia da fundamentação judicial: O mito da neutralidade. Requisitos e Vícios da Decisão. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6832. Acesso em set 2013.

⁷⁹ PEREIRA, Ézio Luiz. Da motivação das decisões judiciais como exigência constitucional. Belo Horizonte: Nova Alvorara, 1998, p. 33.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 34.

⁸¹ PERO, Maria Thereza Gonçalves. A motivação da sentença civil. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 127.

2. A PRISÃO PREVENTIVA

A partir de agora passará a ser abordado o instituto jurídico processual da prisão preventiva para que em seguida seja possível se fazer uma análise crítica da aplicação da medida tendo em vista os conceitos levantados no capítulo antecedente. Portanto, serão aqui tratados os pressupostos e hipóteses de cabimento da prisão preventiva, mas não sem antes ser esta diferenciada da prisão pena.

2.1. Prisão pena e prisão sem pena

O Direito Penal Brasileiro tem como finalidade a tutela dos bens jurídicos mais importantes necessários para convivência em sociedade, sem os quais esta não seria possível.⁸² A pena, nesse sentido, tem uma função preventiva geral e uma especial. A primeira consiste numa coação psicológica sobre a sociedade, que faz com que o indivíduo não cometa crimes temendo a cominação da pena em abstrato para aquele que age de acordo com a conduta tipificada. Já a segunda consiste na ideia de que o indivíduo já condenado por certo crime não voltará a delinquir, temendo nova imposição de pena.⁸³

Além disso, é possível afirmar que a pena tem também uma função retributiva, que consiste na reação do Estado à violação dos bens jurídicos mais relevantes para ele e seus subordinados, de forma a coibir o infrator. Tais funções podem ser observadas no próprio código penal, quando determina, em seu artigo 59, *caput*, parte final, que o juiz fixará a pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.⁸⁴

Nesse contexto, o principal instrumento característico do Direito Penal é a prisão, que pode ser entendida como a privação ao direito de liberdade, o que é feito

⁸² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Impetus. 15ª edição, 2013, p. 2

⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto de. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Editora Saraiva. 15ª edição, 2010, p. 106.

⁸⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2013.

com o encaminhamento do indivíduo ao cárcere e resulta em extrema mitigação do direito de ir e vir,⁸⁵ devendo ser entendida como gênero das espécies prisão pena e prisão sem pena^{86 87}.

A prisão como pena (prisão pena) resulta da pena privativa de liberdade, que consiste na reclusão ou detenção do criminoso pelo período determinado na sentença penal condenatória proferida pelo magistrado, dentro do limite mínimo e máximo imposto pela lei, após seu trânsito em julgado, ou seja, quando se torna irrecurável.⁸⁸

Já a prisão sem pena, como o próprio nome já diz, não é pena no sentido técnico-jurídico.⁸⁹ Enquanto a prisão pena é disciplinada no código penal, a prisão sem pena é tratada no código de processo penal, sendo que sua duração máxima poderá ser, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória, que põe fim ao processo.⁹⁰

Ela é de natureza processual e de caráter cautelar, servindo para garantir os fins (execução da pena) e os meios (instrução) do processo, quando estritamente necessária, tendo em vista dois pressupostos: o *periculum in mora* (ou *periculum in libertatis*) e o *fumus boni iuris* (ou *fumus comissi delicti*).⁹¹ O primeiro pode ser entendido como o risco que o acusado solto, e caso haja demora, trará para a efetiva aplicação da pena ou correto prosseguimento do processo. Já o segundo se resume na existência de indícios de autoria e de materialidade.⁹² Há também quem

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 8ª edição, 2011, p. 575.

⁸⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva. 14 ed. 2011, p. 642.

⁸⁷ Há certa divergência na divisão de espécies. Por exemplo, Tourinho Filho adota a “prisão pena” e “prisão sem pena” como espécies de prisão, sendo que a última tem como uma de suas subespécies a “prisão cautelar de natureza processual”, que tem como modalidade a “prisão preventiva”. Já para Capez, a prisão se subdivide em “prisão-pena” e “prisão sem pena” ou “prisão processual” ou “prisão provisória”, da qual a “prisão preventiva é subespécie”.

⁸⁸ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva. 5ª edição, 2009, p. 437.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 8ª edição, 2011, p. 575.

⁹¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Milenium. 2ª edição, 2003, p. 56.

⁹² FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª ed, 2012, p 292.

entenda que a prisão cautelar pode ter como fim “impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos”, o que será abordado mais adiante.⁹³

Dentre as subespécies de prisão sem pena encontra-se a prisão preventiva, objeto desse estudo, conceituada por Capez como uma “prisão cautelar de natureza processual decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores”.⁹⁴ É medida cautelar grave justamente por tolher a liberdade do indivíduo mesmo antes da condenação definitiva, devendo, portanto, ser utilizada como última alternativa e apenas caso extremamente necessário.

2.2. A crise carcerária no Brasil

A situação carcerária no Brasil alcançou patamares críticos, onde os presos, diante da superlotação, não tem as mínimas condições para garantir sua dignidade, princípio fundamental elencado na Carta Magna de 1988 em seu artigo 1º, inciso III. O país abarca a quarta maior população carcerária do mundo: 500 mil presos, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia, que tem cerca de 2,2 milhões, 1,6 milhão e 740 mil presos, respectivamente.⁹⁵

A própria ONU já tem lançado críticas ao Brasil, especialmente em relação ao *deficit* de vagas na prisão, que chega a aproximadamente 200 mil, ou seja, falta espaço para quase metade dos presos.⁹⁶

A situação chama ainda mais atenção ao se destacar que 40% da população carcerária é formada de presos provisórios, o que demonstra o abuso da modalidade de prisão.⁹⁷ Ainda mais espanto é causado ao se observar alguns

⁹³ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva. 18ª ed, 2011, p. 296.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 323.

⁹⁵ KAWAGUTI, Luis. *Brasi tem 4ª maior população carcerária do mundo e deficit de 200 mil vagas*. BBC BRASIL, São Paulo. Atualizado em 29 de maio de 2013, às 06:03. Disponível em http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529_presos_onu_lk.shtml. Acesso em: 08 abr. 2013.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ ZIEMKIEWICZ, Nathalia. Histórias que assustam a ONU. ISTOÉ Comportamento. Edição nº 2265 de 12 de abril de 2013. Atualizado em 28 de maio de 2013, às 16:18. Disponível em

estados individualmente. No Amazonas, por exemplo, os presos provisórios alcançam 51%, e isso só após um mutirão carcerário, quando a proporção era de 78%.⁹⁸ Já no Piauí, que atualmente lidera o *ranking*, a relação alcança 65,7%. Por seu turno, Minas Gerais chega a ter 58,1% dos encarcerados como provisórios.⁹⁹

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, sociólogo, afirma que a gravidade do cenário se dá pela limitada efetividade da nova lei de medidas cautelares, tema que será abordado logo em seguida, seja pela falta de recursos fornecidos pelo Estado, seja pela falta de vontade dos magistrados, tendo em vista que ela fornece diversas alternativas à prisão, como por exemplo, o monitoramento eletrônico. Segue afirmando, ainda, que “taxas tão elevadas de presos provisórios estão relacionadas com a morosidade judicial e a não efetivação das garantias processuais para determinados perfis de acusados, que acabam por responder ao processo presos, por períodos que chegam a até 2 anos ou mais”.¹⁰⁰

Nesse sentido, afirma Rangel que a nova lei de medidas cautelares (Lei nº 12.403 de 2011) “tem caráter descaracterizador, isto é, diminuir o número de pessoas no cárcere, diante da superpopulação carcerária”.¹⁰¹

Inquestionável que o princípio geral da liberdade está entre os mais relevantes para a pessoa, sendo que sua violação deve ser medida excepcionalíssima. Porém, percebe-se que há certa banalização¹⁰² das prisões provisórias, especialmente no uso da prisão preventiva, a despeito das demais medidas cautelares previstas, o que torna oportuna a abordagem destas.

http://www.istoe.com.br/reportagens/290269_HISTORIAS+QUE+ASSUSTAM+A+ONU. Acesso em: 28 mai. 2013.

⁹⁸ G1. Mutirão carcerário liberta mais de 900 presos provisórios no Amazonas. Manaus, 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2013/10/mutirao-carcerario-liberta-mais-de-900-presos-provisorios-no-amazonas.html>. Acesso em: 10 nov. 2013.

⁹⁹ TRIBUNAL HOJE. Sete estados Têm mais presos provisórios que condenados. Disponível em: <http://www.tribunahoje.com/noticia/82662/brasil/2013/11/06/sete-estados-tem-mais-presos-provisorios-que-condenados.html>. Acesso em 10 nov. 2013.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. São Paulo: Atlas. 20ª ed, 2012, p. 786.

¹⁰² Ibidem, p. 777.

2.3. Medidas diversas e a excepcionalidade da prisão preventiva

A lei 12.403 de 2011 trouxe, dentre outras determinações¹⁰³, as medidas cautelares diversas da prisão, que tem exatamente o mesmo objetivo da prisão preventiva, qual seja, o de garantir o bom decorrer do processo e seu resultado (execução da pena), porém de forma bem menos gravosa.

Encontram-se previstas no artigo 319 do código de processo penal, onde é determinado que “são medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (artigo 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica”.¹⁰⁴

Não apenas isso, mas a lei também determina que caso o juiz entenda como necessária a aplicação de medidas cautelares, deve ter o dispositivo supramencionado como sua opção primeira, pois segundo a dicção do artigo 282, parágrafo 6º, do mesmo diploma, “a prisão preventiva será determinada quando não

¹⁰³ “Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências”.

¹⁰⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 out. 2013.

for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.¹⁰⁵ Seguindo o raciocínio, destaque-se ainda a parte final do parágrafo 4º, do mesmo artigo, onde é determinado que o magistrado, em caso de descumprimento de medida cautelar por parte do acusado, deverá substituí-la, cumular outra, “ou, em último caso, decretar a prisão preventiva”.¹⁰⁶

Por fim, há ainda o artigo 310, que trata da posição a ser adotada pelo juiz quando recebe o auto de prisão em flagrante. No caso do inciso II, parte final, percebe-se que a prisão preventiva só poderá ser decretada caso presentes suas hipóteses de cabimento e caso “se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”.¹⁰⁷

Irrefutável, portanto, que a prisão preventiva, sob a ótica atual da Lei 12.403/11, tem aplicação excepcional e subsidiária, sendo verdadeira *ultima ratio* das medidas cautelares.

2.4. A presunção de não culpabilidade e a antecipação de pena

Indispensável princípio para a compreensão da natureza cautelar da prisão preventiva é o da presunção de não culpabilidade, que encontra previsão no art 5º, LVII, da Constituição Federal, onde consta que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Tal norma é de suma importância para o indivíduo, podendo ser analisada sob dois aspectos. O primeiro diz respeito ao ônus da prova, que será sempre do órgão acusador e nunca do réu. Incumbe ao *Parquet* ou ao querelante provar os fatos atribuídos ao acusado e sua culpa, e não a este provar sua inocência. Já o segundo, mais amplo, está diretamente ligado à prisão preventiva, pois já que alguém só pode ser considerado culpado após a sentença transitada em julgado, a prisão antes dessa não pode, em hipótese alguma, configurar antecipação de

¹⁰⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 out. 2013.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ Ibid.

pena.¹⁰⁸ Em outras palavras, a prisão preventiva, para não resultar em antecipação de pena, não pode ser aplicada visando a prevenção ou retribuição do crime, que são funções típicas da prisão pena.¹⁰⁹

Poderia se afirmar que não há incompatibilidade entre o referido princípio e a prisão preventiva, uma vez que a própria Constituição determina exceção ao direito de liberdade no artigo 5º, inciso LXI, onde consta que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”¹¹⁰. Importante observar, porém, que a Carta Magna abriu exceção tão somente ao direito de liberdade e não ao princípio da presunção de não culpabilidade. Para um indivíduo ser preso antes do trânsito em julgado, como observado acima, é necessária a presença do caráter cautelar da prisão, sob pena de se violar o princípio da presunção de não culpabilidade.

2.5. Momento para decretar a prisão preventiva

Uma das situações mais comuns em que ocorre a decretação de prisão preventiva é quando o indivíduo é preso em flagrante, quando há a chamada conversão da prisão em flagrante em preventiva. Ao receber o auto de prisão em flagrante, prisão essa que tem natureza administrativa, deve o magistrado decidir, com fulcro no artigo 310, do código de processo penal, se: relaxa a prisão, caso seja ilegal; converte a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presentes seus pressupostos e caso não sejam cabíveis as demais medidas cautelares; concede liberdade provisória. Caso decretada a prisão preventiva nessa hipótese, deve o magistrado expedir mandado de prisão preventiva, eis que aqui a prisão perde a natureza administrativa e alcança natureza processual.¹¹¹

¹⁰⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª ed, 2012, p 291.

¹⁰⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 67.

¹¹⁰ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2013.

¹¹¹ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. São Paulo: Atlas. 20ª ed, 2012, p. 778.

Além da situação acima, o artigo 311, do código de processo penal determina que “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.¹¹²

Importante salientar que, antes do advento da lei 12.403/11, o artigo 311 tinha a seguinte redação: “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”. Como assevera Rangel, aparentemente as mudanças são meramente gramaticais, mas não o são. Antes, a modalidade de prisão só podia ser decretada no curso do inquérito policial e durante a instrução criminal, porém, hoje é possível decretá-la no curso da investigação policial, que é gênero do qual inquérito policial é espécie (o que inclui processos administrativos, por exemplo) e no curso do processo criminal, o que põe fim à discussão acerca dos limites da instrução criminal, podendo ser a decretação feita em qualquer fase do processo.¹¹³

Destaque-se, ainda, que, pelo atual teor do artigo supracitado, não é mais possível haver decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz durante a investigação criminal, ou seja, pode haver a decretação “de ofício pelo juiz somente depois que houver a provocação da jurisdição pelo órgão acusador”.¹¹⁴ Portanto, antes do início do processo penal propriamente dito, a prisão preventiva só poderá ser decretada mediante “requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”,¹¹⁵ conforme a parte final do artigo 310, do código de processo penal.¹¹⁶

¹¹² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 set. 2013.

¹¹³ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. São Paulo: Atlas. 20ª ed, 2012, p. 780.

¹¹⁴ Ibidem, p. 781.

¹¹⁵ BRASIL. op. cit.

¹¹⁶ Destaque-se que há grande discussão acerca da possibilidade da conversão da prisão em flagrante para prisão preventiva de ofício pelo juiz. Isso porque, segundo Aury Lopes Júnior, em obra intitulada “Prisões Cautelares” (4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74-75), afirma, com propriedade, que “há que se observar o seguinte: a tal conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva equivale, fática e juridicamente, ao ‘decretar de ofício’ a prisão preventiva. Ou seja, o resultado final da conversão é equivalente ao decretar a prisão preventiva de ofício. E, nesse

2.6. Admissibilidade e pressupostos da prisão preventiva

A prisão preventiva, como já mencionado, só pode ser utilizada em casos excepcionais e apenas quando presentes seus pressupostos e motivos autorizadores (hipóteses de admissibilidade). Nessa esteira, o código de processo penal elenca as hipóteses em que se admite sua decretação em seu artigo 313, sendo elas: “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 artigo 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal¹¹⁷; 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”.¹¹⁸

Além disso, o parágrafo único do dispositivo determina que “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”.¹¹⁹

Por outro lado, não basta que o réu se enquadre numa das hipóteses autorizadas para ter sua prisão preventiva decretada. É necessário também que estejam presentes seus pressupostos, previstos no artigo 312, do código de processo penal, que determina que “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução

caso, além de clara violação das regras básicas do sistema acusatório-constitucional, viola-se frontalmente a regra insculpida no art. 311, que somente autoriza a prisão preventiva decretada de ofício na fase processual, nunca na fase pré processual”.

¹¹⁷ “Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”.

¹¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 set. 2013.

¹¹⁹ *Ibidem*.

criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.¹²⁰

Tais pressupostos¹²¹ servem para demonstrar os elementos da natureza cautelar e caráter instrumental da medida. Como já demonstrado, são esses elementos o *fumus comissi delicti*, que se verifica na parte final do artigo supracitado quando fala em prova da existência do crime e indício suficiente de autoria¹²², e o *periculum in libertatis*, verificado nos demais requisitos do mesmo comando legal, que visam resguardar o bom andamento do processo e a pretensão executória do Estado.

Em primeiro lugar, é imprescindível que estejam presentes a prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria. Nota-se, portanto, que é necessária certeza quanto à existência de crime, mas tão somente uma probabilidade em relação à autoria. Sendo assim, nas palavras de Capez, “a dúvida, portanto, milita em favor da sociedade, e não do réu (princípio do *in dubio pro societate*)”.¹²³ Contudo, não se pode olvidar que o disposto no artigo 312 contém a expressão “indícios suficientes”, ou seja, há necessidade de haver uma forte probabilidade, tema que será discutido no capítulo seguinte.

A garantia da ordem pública, por sua vez, é sem dúvida o pressuposto mais polêmico sobre o tema. Seu conceito é vago, indefinido, podendo ser moldado conforme o caso concreto, colocando em cheque a segurança jurídica, o que é no mínimo curioso, uma vez que aqui se trata justamente do direito de liberdade. Em geral, termos como “clamor público”, “credibilidade de justiça”, “periculosidade do agente”, “gravidade do crime”, “segurança do próprio acusado” e tantos outros tem

¹²⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 set. 2013.

¹²¹ Importante ressaltar que há divergência na nomenclatura dos institutos. Rangel, por exemplo, afirma que todos os elementos do artigo 312 são pressupostos. Já Tourinho Filho e Capez afirmam que a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria são pressupostos, ao passo que os demais contidos no artigo 312 são “circunstâncias que autorizam a preventiva” e “hipóteses em que pode ser decretada a prisão preventiva”, respectivamente. No presente trabalho adotou-se a nomenclatura de Rangel.

¹²² CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva. 18ª ed, 2011, p. 325.

¹²³ Ibidem.

sido usados numa tentativa de definir o tão inalcançável conceito de ordem pública.¹²⁴

Para Nucci, por exemplo, a ordem pública “é a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que como regra é abalada pela prática de um delito”.¹²⁵ Para o doutrinador, o conceito deve ser visto de forma ampla, apoiada no trinômio “gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente”.¹²⁶

Já para Mirabete, em posição diametralmente oposta, “o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade de justiça em face da gravidade do crime e sua repercussão”.¹²⁷

Para Capez, há a necessidade de garantia da ordem pública quando “a prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente solto, continue a delinquir, ou de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular”.¹²⁸

Diante de tamanha imprecisão conceitual, onde não há consenso em parte alguma da doutrina ou jurisprudência em relação ao conceito ideal de ordem pública, inegável que deve a fundamentação ser impecável, o que será abordado com o devido tratamento no capítulo seguinte.

O pressuposto da garantia da ordem econômica, inserido no código de processo penal pela Lei nº 8.884/94, serviu, em rápidas linhas, tão somente para

¹²⁴ SILVA, Luciana Leonardo Ribeiro. O alcance do conceito de ordem pública para fins de decretação de prisão preventiva. Aracaju: Evocati Revista n. 39, mar. 09 Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=314. Acesso em: 08 mar. 2014.

¹²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 8ª edição, 2011, p. 608.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 608.

¹²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. São Paulo: Editora Atlas, 2ª ed, 1995, p. 377.

¹²⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva. 18ª ed, 2011, p. 323.

destacar a dimensão econômica que pode ser atribuída à ordem pública, sendo, portanto, apenas uma espécie desta.¹²⁹

Quanto ao pressuposto da conveniência da instrução criminal, tem-se este presente quando há perturbação na criação de provas necessárias para dar base ao convencimento do juiz¹³⁰, tão essencial ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, como demonstrado no primeiro capítulo. Tal hipótese se configura quando o réu suborna testemunhas ou as ameaça, por exemplo.

O último pressuposto, o de assegurar a aplicação da lei penal, tem o escopo de garantir a execução da pena caso o réu venha a ser condenado. Configura-se quando restar demonstrado que o réu está se livrando rapidamente de todos os seus bens, indicando uma fuga, por exemplo.¹³¹

Destaque-se ainda que, conforme já analisado, a prisão preventiva é medida excepcional, só se aplicando quando não cabíveis as demais medidas cautelares. Sendo assim, mesmo que presentes os pressupostos acima elencados, é necessário que o magistrado tenha essas medidas como opção primeira. Caso presente o pressuposto da conveniência da instrução criminal, por exemplo, torna-se inadequada a prisão preventiva caso a medida do artigo 319, inciso III, qual seja, a “proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante”,¹³² seja suficiente para acautelar a instrução criminal.

Assim, suficientemente explorados o princípio da fundamentação das decisões judiciais e a medida cautelar da prisão preventiva, faz-se oportuna, no presente momento, a análise crítica de como tais institutos tem sido aplicados, à luz dos conhecimentos levantados.

¹²⁹ EISELE, Andreas. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 227.

¹³⁰ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. São Paulo: Atlas. 20ª ed, 2012, p. 784.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 out. 2013.

3. ANÁLISE CRÍTICA DA FUNDAMENTAÇÃO EM CASO CONCRETO

Para se analisar como os institutos abordados vem sendo aplicados, será utilizado como base o processo nº 2013.01.1.137040-9, que corre na Terceira Vara de Entorpecentes do Distrito Federal. Tal escolha tem como razão a grande similaridade entre a decisão que decretou a prisão preventiva dos réus lá contida e várias outras vistas no dia-a-dia forense.¹³³ Além disso, trata-se de processo com diversos réus, sendo que o enfoque dado neste trabalho será sobre o acusado assistido do NAJ/UniCeub, o que possibilitou um acompanhamento mais atento do caso, tendo sido o primeiro contado a partir do pedido de revogação da prisão preventiva. A imputação a ele feita é a de ter praticado a conduta tipificada no artigo 35, da Lei 11.343/06, por ter, em tese, se associado com os corréus para praticar o crime previsto no artigo 33 da mesma lei. Além disso, será também analisado o processo nº 2014.01.1.032270-8, que trata do pedido de revogação da prisão preventiva realizado pelo referido assistido, pelos mesmos motivos acima expostos.

A ação movida contra o assistido teve como base uma investigação policial realizada ao longo de aproximadamente dois meses. Nessa investigação, foram realizadas filmagens com o intuito de flagrar o tráfico de entorpecentes nas imediações de uma praça local, sendo que o assistido aparece em três delas. Em linhas curtas, ele aparece na casa de um dos corréus em duas ocasiões registradas, nos dia 29 de julho e 1º de agosto de 2013, sendo que esse corréu é o principal acusado pelo tráfico. Na terceira, realizada dia 12 de setembro de 2013, o assistido aparece numa praça comendo algo. Logo em seguida, sai do local acompanhado de terceiro, ocasião em que o passa algo que não pode ser identificado, mas sem receber nada em troca, tendo sido preso em flagrante logo em seguida, mas sem ter sido encontrada droga alguma em seu poder. Além disso, a polícia não abordou o receptor para averiguar se o objeto passado seria de fato alguma droga.

¹³³ Nesse sentido, as decisões que decretaram a prisão preventiva nos processos 2013.01.1.013598-7, 2014.01.1.014782-0, 2013.01.1.022565-5, 2013.01.1.123861-2, 2014.01.1.003304-8, 2012.01.1.093214-5. Todas disponíveis para visualização no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios: www.tjdft.jus.br.

3.1. A decisão que decretou a prisão preventiva

Assim é que, no dia 13 de setembro de 2013, foi convertida a prisão em flagrante dos réus envolvidos em prisão preventiva. A decisão, sem individualizar a conduta dos mesmos, em resumo: traz uma breve demonstração da legalidade da prisão em flagrante; afirma estarem presentes os indícios de autoria e a materialidade nos autos; afasta a liberdade provisória por ser esta vedada mediante fiança; afasta as medidas cautelares diversas da prisão por estarem presentes os pressupostos da prisão preventiva; afirma haver liame subjetivo entre os réus, indicado pelas informações coletadas nas investigações, a quantidade de droga apreendida, a filmagem do local, a apreensão de dinheiro e fatos visualizados pelos policiais; traz estudos realizados para demonstrar a nocividade do “crack”; traz expressões como *modus operandi*, motivos do crime e quantidade de entorpecentes sem, contudo, demonstrar o que seriam no caso concreto; afirma ser a quantidade da droga um indicativo de periculosidade; utiliza a periculosidade como motivo suficiente para decretação da prisão preventiva, pois visa garantir a ordem pública, mostrando em seguida diversas ementas nesse sentido; afirma ser impossível a concessão de liberdade provisória, ainda, por essa desprestigiar a justiça; conclui, *ipsis litteris*, que “a prisão cautelar atende o escopo de garantir a ordem, a saúde pública, a instrução e a aplicação da lei penal”,¹³⁴ sendo que não há menção alguma aos dois últimos antes disso; converte a prisão em flagrante em prisão preventiva, nos termos do artigo 312, do código de processo penal.

Suficientemente demonstrados os pontos mais relevantes do processo que corre contra o réu, faz-se mister, no presente momento, a análise da decisão de acordo com os conceitos trazidos a respeito dos requisitos da fundamentação.

¹³⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Decisão interlocutória. Ação penal nº 2013.01.1.136878-4. Terceira Vara de Entorpecentes do Distrito Federal. Réu: Kilmery Marques Cabral e outros. Juíza de Direito Substituta Marília Garcia Guedes. Brasília, 13 de setembro de 2013. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=3&CDNUPROC=20130111368784>. Acesso em: 23 mar. 2014.

3.2. Vício no requisito da integridade

O requisito da integridade das decisões judiciais, principal requisito da garantia constitucional da fundamentação, refere-se à demonstração e análise não só da decisão final e principal do magistrado, mas também de todas as decisões necessárias no caminho lógico percorrido,¹³⁵ pois, caso contrário, há grave falha na fundamentação da decisão, por não restar configurado o objetivo da garantia, que em linhas curtas resume-se a permitir que seja possível um controle externo das decisões judiciais pela população ou por outras instâncias judiciais, possibilitando a verificação de toda a linha de raciocínio adotada pelo magistrado para que só assim seja possível vislumbrar ou não o respeito aos ditames constitucionais e legais.¹³⁶

Na decisão ora analisada, percebe-se que a MM. Juíza decretou a prisão preventiva sem analisar as medidas cautelares diversas da prisão, afirmando tão somente serem elas incabíveis por estarem presentes os pressupostos da prisão preventiva.

Conforme demonstrado, contudo, a prisão preventiva, por força do artigo 282, parágrafos 4º e 6º, do código de processo penal, tem caráter não apenas excepcional, mas também subsidiário, devendo ser aplicada apenas quando incabíveis as demais medidas cautelares, o que não foi demonstrado *in casu*. Tratando-se, portanto, de caminho necessário a se percorrer no processo de decisões para a decretação da prisão preventiva por ser esta a *ultima ratio* das medidas cautelares, a ausência de demonstração do cabimento ou não das medidas cautelares diversas da prisão, uma a uma, atinge fatalmente o requisito da integridade da fundamentação das decisões judiciais, pois impossibilita que o acusado tome conhecimento das razões pelas quais não pôde cumprir as medidas menos gravosas.¹³⁷

¹³⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Motivação das Decisões Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 175.

¹³⁶ FERNANDES, Noeli. A Fundamentação da Decisão Judicial. Da Discricionariedade à Arbitrariedade: A Busca da Resposta Correta. *Justitia*, São Paulo, v. 66, n. 200, p. 143-155, jan./jun. 2009.

¹³⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (Lei 12.403/11) - Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito->

O Superior Tribunal de Justiça, a respeito do tema, já se inclinou no sentido de que é devidamente fundamentada a decisão que decreta a prisão preventiva demonstrando a existência de seus pressupostos, mesmo que apenas mencionando serem incabíveis as demais medidas cautelares,¹³⁸ o que, de acordo com a doutrina examinada no capítulo primeiro, vai contra os objetivos da garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais.

3.3. Fundamentação aparente

Como abordado no capítulo prévio, a prisão preventiva para conveniência da instrução criminal se faz necessária quando provada a ação ou ao menos a intenção concreta do réu no sentido de atrapalhar a produção de provas, tão essencial para o convencimento do juiz. Contudo, não pode tal alegação se basear em suposições, mas sim em elementos concretos demonstrados nos autos.¹³⁹

A necessidade da medida para assegurar a aplicação da lei penal, por sua vez, existe quando o acusado apresenta conduta que indique sua intenção de esquivar-se da execução da pena, caso venha a ser condenado. No mesmo sentido do pressuposto anterior, imperioso destacar que é necessária a existência de elementos concretos nos autos que apontem tal intenção e não de meras conjecturas.¹⁴⁰

Após todo o desenvolvimento do discurso elaborado pela magistrada, já ao final da decisão, é feita breve menção a conveniência da instrução criminal e a aplicabilidade da lei penal em texto semelhante àquele contido no artigo 312 do código de processo penal, ou seja, quase uma reprodução da norma. Porém, não foi demonstrado em parte alguma os motivos pelos quais estariam presentes tais

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10100. Acesso em: 10 abr 2013.

¹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em habeas corpus. RHC 39509 PE 2013/0228957-9. Quinta Turma. Recorrente: Lourinaldo Ferreira Vieira. Advogado: Wagner Domingos do Monte. Recorrido: Ministério Público do estado de Pernambuco. Relatora: Min. Laurita Vaz. Brasília, 21 de novembro de 2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24796871/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-39509-pe-2013-0228957-9-stj/inteiro-teor-24796872>. Acesso em: 10 abr. 2013.

¹³⁹ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. São Paulo: Atlas. 20ª ed, 2012, p. 784.

¹⁴⁰ Ibidem.

pressupostos, o que, outrossim, impossibilita que as partes ou as instâncias superiores compreendam o raciocínio tomado pelo magistrado.

Nessa esteira, Gomes Filho, citando Tornaghi,¹⁴¹ afirma que quando há fundamentação aparente “o juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar”¹⁴², que é exatamente o que ocorre na situação ora analisada em relação a esses dois pressupostos. Já o pressuposto da ordem pública, por sua vez, será analisado posteriormente.

Assim já foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo afirmado, com propriedade que a fundamentação da decisão deve vislumbrar as questões de fato e de direito contidas na pretensão e em sua resistência, tendo em vista o pedido da demanda, “não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada”.¹⁴³

O Supremo Tribunal Federal, na mesma linha, traz ainda o conceito da garantia da fundamentação e seu objetivo, qual seja: “garantia processual que junte o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido”.¹⁴⁴

3.4. Vício no requisito da dialeticidade

O requisito da dialeticidade, após longas considerações, restou conceituado como a necessidade de análise dos argumentos trazidos pelas partes em contraditório que poderiam, em tese, influir na decisão final do magistrado, caso

¹⁴¹ TORNAGHI apud GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Motivação das Decisões Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.186.

¹⁴² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Motivação das Decisões Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.186.

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 28522 SP 2003/0084016-5. Sexta Turma. Impetrante: Júlio César Marques. Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do estado de São Paulo. Paciente: Júlio César Marques. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, 26 de junho de 2003. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/233426/habeas-corpus-hc-28522-sp-2003-0084016-5/inteiro-teor-100195112>. Acesso em: 29 mar. 2014.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 98006 SP. Primeira Turma. Impetrante: Luís Ricardo Vasques Davanzo. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Paulo Henrique de Oliveira. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 24 de novembro de 2009. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7171701/habeas-corpus-hc-98006-sp>. Acesso em: 29 mar. 2014.

aceitos.¹⁴⁵ Tratando-se de contraditório, portanto, impossível analisar eventual vício no requisito sem analisar o processo nº 2014.01.1.032270-8, em que encontra-se o pedido de revogação da prisão preventiva do assistido, bem como a decisão que indeferiu o mesmo. Com esse conceito em mente, é possível prosseguir para a análise de outros aspectos da decisão.

Na petição, a Defesa do assistido, em análise profunda da respeitosa decisão que decretou a prisão preventiva, contra argumentou os pontos trazidos pela magistrada, afirmando, em suma: que não existem indícios suficientes de autoria em relação ao réu, uma vez que este foi filmado apenas transitando, mexendo em objetos e comendo na casa do corréu José de Sousa Oliveira, bem como foi registrado comendo em frente à praça onde teoricamente ocorre movimentação de traficância, tendo a Defesa afirmado que o réu foi “alvo de investigações apenas por estar no lugar errado, na hora errada”; que não restaram configurados os pressupostos necessários para a decretação da prisão preventiva, sendo que para isso foram conceituados, exemplificados e ainda demonstrada a não incidência dos mesmos, um a um; que são cabíveis no caso medidas cautelares diversas da prisão, ocasião em que foi abordada, ainda, a questão da subsidiariedade da prisão preventiva.

Em face da petição apresentada, foi proferida a seguinte decisão:

“Trata-se de pedido de revogação da prisão preventiva formulado por DAVID CALAIS DIAS, devidamente representado, quando sustentou que não seria traficante e não estariam presentes os requisitos da prisão preventiva.

O Ministério Público, ouvido, oficiou pela manutenção da custódia cautelar, com o respectivo indeferimento do pleito.

A questão da necessidade da prisão cautelar, a partir da presença dos seus requisitos legais, já foi adequadamente analisada no bojo da decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva.

Não foram trazidos, até então, fatos novos capazes de justificar a revisão da primeira decisão.

A discussão ventilada pela Defesa de que o requerente não teria envolvimento com a traficância depende de revolvimento de prova, que ainda sequer foi colhida. Mas se considerados os elementos indiciários contidos no flagrante haveria indícios de possível prática de tráfico/associação, conforme já ressaltado e reiterado pelo Parquet em sua manifestação.

¹⁴⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Motivação das Decisões Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 176.

O requerente não é primário e eventuais condições judiciais favoráveis, sem que a instrução tenha sido colhida, não permite a este Juízo emitir qualquer juízo de valor sobre tais questões.

Portanto a minguada de outras provas e não havendo sido carreados novos fatos, não há razão para se revisar a decisão já prolatada. Tampouco a questão poderia ser revista à luz de meras suposições ou possibilidades abstratas.

Ante o exposto, com lastro nas razões acima pontuadas, INDEFIRO o pedido".¹⁴⁶

A violação ao requisito da dialeticidade é cristalina. Primeiramente, o magistrado afirma que os pressupostos necessários para a decretação da prisão preventiva já foram adequadamente analisados na decisão que a decretou, sem sopesar os argumentos trazidos pela defesa do réu. Contudo, a decisão por ele referida somente menciona a conveniência da instrução criminal e a aplicabilidade da lei penal, sem demonstrar em qualquer linha da decisão porque se fazem configurados tais pressupostos, o que atinge fatalmente o já estudado objetivo da fundamentação.

Inegável que, caso aceitos, os argumentos trazidos em relação a esses dois pressupostos, em contraditório, no sentido de não existirem nos autos elementos concretos para configurá-los, poderiam afastar o caráter cautelar da prisão, o que conseqüentemente deveria resultar na revogação da prisão preventiva. Sendo assim, é possível vislumbrar vício no requisito da dialeticidade em relação a esses pressupostos quando do indeferimento da revogação da prisão preventiva, uma vez que o juiz não observou o caráter dialético do processo, em que as partes lançam argumentos que devem ser analisados e respondidos pelo magistrado.¹⁴⁷

Por outro lado, seria possível sustentar que não houve violação do requisito da dialeticidade, eis que o magistrado chegou a afirmar que os pressupostos já foram demonstrados na decisão que decretou a prisão, ou seja, de certa forma ele teria analisado a questão. Contudo, importante lembrar que na decisão que decretou a prisão preventiva há simples menção aos pressupostos da

¹⁴⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Decisão interlocutória. Relaxamento de prisão nº 2014.01.1.032270-8. Terceira Vara de Entorpecentes do Distrito Federal. Réu: David Calais Dias. Juiz de Direito Substituto Ângelo Pinheiro Fernandes de Oliveira. Brasília, 17 de março de 2014. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=9&CDNUPROC=20140110322708>. Acesso em: 24 mar. 2014.

¹⁴⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Motivação das Decisões Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 176.

conveniência da instrução criminal e aplicabilidade da lei penal, o que foi sustentado pela defesa. Sendo assim, na prática, a afirmação do magistrado no sentido de já terem sido analisados esses elementos não significa que eles foram sopesados, mas tão somente que houve uma esquiva de sua análise.

Já em relação ao pressuposto da ordem pública, percebe-se que de fato houve um discurso lógico para conceituá-la, todavia, sua fundamentação foi genérica, utilizando-se, em sua grande maioria, de conceitos imprecisos e não demonstrados no caso concreto. Nesse sentido, foram utilizados termos como “*modus operandi*” e “motivos do crime” sem, contudo, serem eles delineados e explicados na decisão. Além disso, foram colacionadas ementas para corroborar a tese de que a prisão preventiva é cabível quando o agente apresenta periculosidade.¹⁴⁸ Porém, os acórdãos mencionados não se enquadraram ao caso concreto.

É exatamente nesse sentido a manifestação da defesa, que afirmou que a ordem pública, por tratar-se de termo impreciso, deve ser conceituada e adequada em cada caso, tendo alegado ainda que, na decisão impugnada, a expressão utilizada de forma mais frequente nesse sentido foi a “periculosidade do agente”. Em seguida, atacou a relação feita entre a expressão e o caso concreto, usando como fundamento as próprias ementas trazidas pela magistrada em sua decisão. Em uma delas o réu era apontado como líder de organização criminosa voltada para o tráfico de armas e entorpecentes.¹⁴⁹ Noutra, o réu é acusado de tráfico internacional de drogas.¹⁵⁰ Como se não bastasse, havia ainda uma em que o réu não teria cometido o delito mediante violência (furto), mas tinha outras 5 passagens por crimes de natureza igual, tendo afirmado no decorrer da instrução que “furta sempre e

¹⁴⁸ Cumpre destacar que a discussão aqui não gira em torno do mérito do que venha a ser ordem pública. De fato, a jurisprudência do STF é no sentido de que a periculosidade concreta do agente traz a necessidade da garantia da ordem pública, porém, o que se busca analisar neste ponto é tão somente como a magistrada fundamentou tal periculosidade.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 95889 GO. Segunda Turma. Impetrante: Francisco Damião da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Revelino Oliveira Rodrigues. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 25 de novembro de 2008. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2910924/habeas-corpus-hc-95889-go>. Acesso em: 28 mar. 2014.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 108794 RO. Relator: Min. Cármem Lúcia. Brasília, 09 de junho de 2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22934191/habeas-corpus-hc-108794-ro-stf>. Acesso em: 28 mar. 2014.

considera isso normal”,¹⁵¹ restando claro que não há adequação ideal entre os argumentos trazidos na decisão e o caso concreto para demonstrar a periculosidade do agente.

Como já observado, a decisão que indeferiu o pedido afirmou tão somente já terem sido devidamente analisados os pressupostos da prisão preventiva, dentre eles a ordem pública, na oportunidade em que foi decretada. Todavia, é inconteste que os argumentos trazidos pela defesa, novamente em contraditório, poderiam alterar o rumo da decisão caso aceitos, o que traz a necessidade de serem sopesados e rebatidos para se manter a segregação cautelar, o que não foi feito, novamente inviabilizando o objetivo da fundamentação das decisões judiciais.

Da mesma forma, foi ignorado o que foi trazido pela defesa em relação à subsidiariedade da prisão preventiva e possibilidade de aplicação das demais medidas cautelares, no sentido de que as medidas cautelares do artigo 319, I e III¹⁵² do código de processo penal seriam mais que suficientes para assegurar os meios do processo (instrução) e seus fins (execução da pena) no caso em análise, sendo certo que, caso aceito, tal argumento, frize-se, trazido por contraditório, ao menos converteria a prisão preventiva em outra medida cautelar. Sendo assim, tem-se aqui também vício no requisito da dialeticidade da fundamentação das decisões judiciais.

3.5. Vício no requisito da racionalidade

Os indícios de autoria, por sua vez, foram tratados de maneira diversa. Afirmou o magistrado que “a discussão ventilada pela Defesa de que o requerente

¹⁵¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus. 20080020144042HBC. Segunda Turma Criminal. Impetrante: Fabiano Eurípedes de Sousa. Paciente: Rossele Viêgas Alves. Relator: Des. Arnaldo Camanho de Assis. Brasília 13 de novembro de 2008. Disponível em: <http://tjdf11.tjdft.jus.br/sisplementa/sispl?visaoid=tjdf.sispl.ementaformatada.apresentacao.VisaoEmentaFormatadaPadraoWord&acordao=336114>. Acesso em 28 mar. 2014.

¹⁵² “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (...) I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações (...)”.

não teria envolvimento com a traficância depende de revolvimento de prova, que ainda sequer foi colhida”.¹⁵³

Contudo, não existe, em parte alguma da petição apresentada pela Defesa, afirmação de que o réu não tem envolvimento com a traficância, mas sim, que não há nos autos indícios “suficientes” para se levantar tal suspeita a ponto de justificar a medida de prisão preventiva, o que foi ignorado pelo juiz.

Assim, percebe-se grave falha que atinge diretamente o requisito da racionalidade, especialmente a interna, que, como já apontado, pode ser observada num discurso lógico e coerente, em que é fácil perceber que as ideias finais partiram das ideias iniciais,¹⁵⁴ o que não ocorre no caso, uma vez que o magistrado tem como ponto de partida uma ideia não suscitada pela Defesa para se chegar a sua conclusão.

3.6. A decisão analisada e o novo Código de Processo Civil

Conforme demonstrado no primeiro capítulo, o novo código de processo civil traz em seu artigo 499, parágrafo 1º, norma que cuida da fundamentação de forma minuciosa, sendo de grande relevância sua observação na área processual penal, por força do artigo 3º do código de processo penal. Assim, oportuna é a análise da decisão tendo em vista tais dispositivos que, caso de fato venham a ser aplicados no direito penal, poderão mudar completamente o cenário das prisões preventivas.

Como já mencionado anteriormente, reza o artigo 499, parágrafo primeiro, do novo código de processo civil: “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I — se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II — empregue conceitos jurídicos

¹⁵³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Decisão interlocutória. Relaxamento de prisão nº 2014.01.1.032270-8. Terceira Vara de Entorpecentes do Distrito Federal. Réu: David Calais Dias. Juiz de Direito Substituto Ângelo Pinheiro Fernandes de Oliveira. Brasília, 17 de março de 2014. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=9&CDNUPROC=20140110322708>. Acesso em: 24 mar. 2014.

¹⁵⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Motivação das Decisões Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 181.

indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III — invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV — não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V — se limita 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”.¹⁵⁵

Tendo em vista o dispositivo supracitado, percebe-se na decisão que decretou a prisão preventiva as situações previstas nos incisos I, II e V, uma vez que a magistrada: apenas repetiu as palavras do artigo 312, do código de processo penal, quando mencionou a conveniência da instrução criminal e aplicabilidade da lei penal; apesar de ter usado expressões que geralmente se utiliza no dia a dia forense para conceituar a ordem pública, não afirmou de fato em sua decisão que a ordem pública deveria ser entendida como essa ou aquela expressão, tendo se utilizado, genericamente, da periculosidade do agente, da gravidade do crime e da credibilidade da justiça; foram colacionados seis ementas de decisões anteriores para fortalecer o raciocínio adotado, sem, contudo, serem traçadas quaisquer linhas a seu respeito, indicando porque se adequam àquele caso concreto.

Já na decisão que indeferiu o pedido de revogação da mesma notam-se as situações previstas nos incisos III, IV e VI, pois o juiz: quando afastando a tese de falta de indícios de autoria elencada pela defesa, embasou-se em argumento inexistente nos autos, pois a Defesa em momento algum alegou que o acusado não havia cometido o crime em questão, mas tão somente que não haveria indícios “suficientes” para sua segregação cautelar; não analisa diversos argumentos trazidos pela Defesa relevantes para o rumo da decisão, em especial no que se refere aos pressupostos para decretação da prisão preventiva e a aplicação das demais medidas cautelares, tendo afirmado apenas que as questões já tinham sido

¹⁵⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Substitutivo ao Projeto de Lei nº 8.046-B. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=74EF6E6592D91F4692DC0DDEB1156F65.proposicoesWeb2?codteor=1239929&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+8046/2010. Acesso em: 28 mar. 2014.

analisadas; não traçou uma letra sequer em relação à incidência ou não do caso citado pela Defesa, sendo esse um habeas corpus em que a ordem foi concedida pelo Superior Tribunal de Justiça em caso semelhante, que, de forma breve, tratava da mesma tipificação do assistido, em crime cometido por vários réus, cuja conduta não tinha sido individualizada na decretação da segregação cautelar, fundamentada na gravidade do crime e suposições a respeito da instrução criminal e aplicação da lei penal, sem existência de elementos concretos naquele sentido.

3.7. A decisão ideal

Em suma, tanto a decisão que decretou a prisão preventiva do assistido quanto a que indeferiu o pedido de revogação da mesma violaram a garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais.

A primeira porque a fundamentação é aparente em relação a dois pressupostos do artigo 312, do código de processo penal, quais sejam, a aplicabilidade da lei penal e a conveniência da instrução criminal, os quais são meramente mencionados. Ademais, há violação do requisito da integridade da fundamentação, pois é ignorada a análise da inaplicabilidade pontuada das demais medidas cautelares. Por fim, quanto ao novo código de processo civil, percebe-se estar este perfeitamente de acordo com os conceitos levantados pela doutrina em relação à fundamentação, sendo que, caso aceita sua aplicação no processo penal, a decisão em destaque configuraria as situações previstas nos incisos I, II e V, do parágrafo único do artigo 499 do novo *codex*.

Já a segunda, porque a fundamentação peca em seu caráter dialético em relação aos pressupostos do artigo 312, tendo o magistrado afirmado que eles já foram analisados adequadamente na decisão anterior, ignorando os relevantes argumentos trazidos pela Defesa nesse sentido. Ademais, essa é também a consideração feita em relação à afirmação da Defesa quanto à subsidiariedade da prisão preventiva e possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, incisos I e III, do código de processo penal. Por outro lado, viola o requisito da racionalidade da fundamentação das decisões judiciais, pois afirma que a Defesa fez alegação que na realidade inexistia nos autos, no

sentido de que o réu não teria envolvimento com traficância, quando na verdade apenas afirmou que os indícios existente nos autos em relação ao assistido não são suficientes para a decretação da medida cautelar extrema. Já em relação ao novo código de processo civil, nota-se novamente a perfeita adequação às considerações aqui feitas, sendo que caso fosse aplicado no processo penal, seria perceptível as situações previstas nos incisos III, IV e VI do parágrafo único de seu artigo 499.

Por fim, após todas considerações feitas, para ser perfeita e adequadamente fundamentada a decisão de decretação da prisão preventiva, é necessário que o magistrado demonstre todo o caminho lógico percorrido para se chegar à sua decisão final, devendo analisar a situação fática e não apenas fazer menção à norma, mas sim deixar claro nos autos que configuram-se os pressupostos para aplicação da medida extrema, utilizando-se de elementos sólidos, existentes nos autos, e adequando os termos imprecisos ao caso concreto e, ainda, sem olvidar-se de decisões intermediárias prejudiciais à aplicação da prisão preventiva, como a possibilidade ou não de aplicação das demais medidas cautelares, uma a uma, de forma que, ao final da decisão, haja absoluta ausência de pontos obscuros para as partes envolvidas no processo e a sociedade como um todo quanto ao respeito ou não aos ditames constitucionais e legais.

CONCLUSÃO

Ao fim de dedicado período de coleta de dados e pesquisas realizadas com o intuito de produzir o presente trabalho torna-se possível, finalmente, expressar uma conclusão melhor estruturada. Gratificante como os conceitos levantados ajudaram na melhor compreensão e argumentação sobre o tema, que antes era discutido no ambiente acadêmico apenas com afirmações superficiais.

O objetivo da monografia aqui tratada foi a análise de decisões que decretaram a prisão preventiva dos acusados e indeferiram sua revogação, em especial às contidas no processo 2013.01.1.136878-4, em relação ao assistido do Núcleo de Assistência Judiciária do UniCeub – NAJ, que tramita na Terceira Vara de Entorpecentes do Distrito Federal, no que tange ao respeito ou não da garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais.

A fim de se alcançar a conclusão aqui apresentada, foi imprescindível a abordagem de diversos tópicos.

Sobre a garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais, no capítulo I, foram pontos que contribuíram de forma expressiva para o tema, em especial: a sua contextualização histórica no Brasil, o que possibilitou uma melhor compreensão de sua evolução e relevância no mundo jurídico brasileiro, assim como seus aspectos gerais, dos quais se pode destacar seus objetivos, quais sejam, possibilitar um controle externo das decisões pela população em geral e até mesmo pelos órgãos judiciários superiores, sendo que só na fundamentação, onde é demonstrada toda linha de raciocínio do magistrado, é possível se verificar o devido respeito ou não às normas de direito, tornando-a poderosíssima arma contra a arbitrariedade do Estado.

Ainda nesse capítulo, foram também abordados seus requisitos, sendo eles o da integridade, que traz a necessidade da demonstração pelo magistrado em sua fundamentação de todas as decisões intermediárias utilizadas para se chegar à decisão final, o da dialeticidade, que se relaciona ao aspecto dialético do processo,

sendo que restou conceituado como a necessidade de ser demonstrada a análise de todos os argumentos trazidos pelas partes que, em tese, poderiam dar rumo diferente ao processo, caso aceitos, o da correlação, que trata da relação entre a decisão, a fundamentação e as provas existentes nos autos, e o da racionalidade, que diz respeito à necessidade de um discurso lógico quando da fundamentação, em que as premissas adotadas devem influir na decisão final.

Em seguida, foram ainda tratados: os possíveis vícios em cada um desses requisitos, sendo que restou comprovado que a fundamentação deficiente em relação a qualquer deles resulta na não verificação de seus objetivos anteriormente mencionados; a relação entre a garantia da fundamentação e seus requisitos com dispositivos do novo código de processo civil, especialmente no que diz respeito à regulamentação do que venha a se considerar uma decisão fundamentada, onde se constatou que vários dos conceitos adotados pela doutrina em relação àqueles requisitos foram reconhecidos legalmente; a sanção de nulidade imposta pelo texto constitucional, que é inovação no cenário constitucional e ressalta ainda mais a importância da garantia.

Sobre a prisão preventiva, no capítulo II, foram abordados conceitos importantes para sua compreensão e correlação com o tema, dentre eles: a diferença entre a prisão-pena, prisão sem pena e prisão preventiva, o que contribuiu para salientar que a prisão preventiva é medida cautelar processual, que serve aos fins e meios do processo em si, não como medida de antecipação de pena propriamente dita e, portanto, medida excepcionalíssima, razão pela qual sua fundamentação deve ser perfeitamente pormenorizada; a crise carcerária no Brasil e sua influência com a quantidade de prisões preventivas decretadas, onde constatou-se que o assustador número de prisões preventivas decretadas hodiernamente influencia negativamente no exercício de direitos fundamentais mínimos dos presos diante da superlotação das unidades carcerárias, onde os presos provisórios alcançam a proporção de 40% do total.

A seguir, foram ainda explorados: o princípio da presunção de não culpabilidade e sua relação com a antecipação de pena, ocasião em que verificou-se que, para não ser confundida com antecipação de pena, a prisão preventiva não

pode ter o condão de retribuir ou prevenir o crime, o que deve ser devidamente fundamentado; a excepcionalidade e subsidiariedade da prisão preventiva, ocasião em que foi demonstrada que a aplicação da medida extrema deve ser feita apenas de forma subsidiária, quando não cabíveis as demais medidas cautelares existentes no artigo 319, do código de processo penal; a admissibilidade e pressupostos para sua decretação, o que contribuiu para a compreensão de quando se torna cabível a medida, devendo tais pressupostos ser claramente demonstrados na fundamentação, especialmente no que diz respeito ao pressupostos da ordem pública, por ser termo impreciso, o que traz a necessidade de se demonstrar sua adequação ao caso concreto.

Já no terceiro capítulo foi feita uma análise crítica das decisões contidas no processo 2013.01.1.136878-4 à luz dos estudos realizados e pontuados nos capítulos antecedentes com o fim de verificar se foi confirmada ou não de alguma das hipóteses propostas para o problema. Os pontos trazidos das decisões analisadas com maior relevância para tal verificação foram:

a) Na decisão que decretou a prisão preventiva do assistido, restou demonstrado que: tanto o pressuposto da conveniência da instrução criminal quanto o da aplicabilidade da lei penal, contidos no artigo 312, do código de processo penal, e necessários para aplicação da prisão preventiva foram meramente mencionados; as demais medidas cautelares foram afastadas de pronto, sem a análise pontuada da possibilidade ou não de sua aplicação; em relação ao novo código de processo civil, constatou-se que, caso esse viesse a ser aplicado por analogia, a decisão sobre análise poderia se relacionar com os incisos I, II e V, de seu artigo 499.

b) Na decisão que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva do assistido, ficou demonstrado que: não há análise acerca dos argumentos trazidos pela Defesa em relação aos pressupostos para decretação da medida extrema, bem como a respeito da subsidiariedade da prisão preventiva ou sobre a possibilidade concreta de se aplicar medidas cautelares diversas da prisão; é afirmado pelo magistrado que a Defesa alegou algo que, na verdade, não alegou em momento algum de sua petição; em relação ao novo código de processo civil, verificou-se que,

caso esse viesse a ser aplicado por analogia, a decisão sob análise infringiria os incisos III, IV, e V, de seu artigo 499.

Impossível se chegar a conclusão contrária à de que houve violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais, eis que restou claro que, em relação a decisão que decretou a prisão preventiva no processo, a fundamentação é aparente em relação aos pressupostos da conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, previstos no artigo 312, do código de processo penal. Além disso, constatou-se nódoa nos requisitos da garantia citada, em especial ao da integridade, no que diz respeito à análise das demais medidas cautelares.

Já em relação à decisão que indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva, verificou-se, outrossim, vícios em seus requisitos, especialmente no que tange a dialeticidade, diante da falta de análise dos argumentos relevantes trazidos pela Defesa, e a racionalidade, diante da afirmação do magistrado partindo de premissa que não existiu, quando alegou que a Defesa teria pontuado que o assistido não tem relação com traficância, sendo que esta apenas afirmou não existirem elementos suficientes quanto à autoria no processo, capazes de ensejar a decretação da prisão preventiva.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Guilherme Rodrigues; KLARMANN, Rafael; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. **Breves considerações sobre a garantia da fundamentação judicial: O mito da neutralidade. Requisitos e Vícios da Decisão.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6832>. Acesso em set 2013.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto de. **Tratado de Direito Penal.** São Paulo: Editora Saraiva. 15ª edição, 2010.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal.** São Paulo: Saraiva. 5ª edição, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas cautelares penais (Lei 12.403/11) - Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10100. Acesso em: 10 abr 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Substitutivo ao Projeto de Lei nº 8.046-B.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=74EF6E6592D91F4692DC0DDEB1156F65.proposicoesWeb2?codteor=1239929&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+8046/2010>. Acesso em: 28 mar. 2014.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de Setembro de 1939.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 set. 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 set. 2013.

BRASIL. **Decreto Nº 737, de 25 de novembro de 1850.** Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm. Acesso em: 30 set. 2013.

BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 30 set. 2013.

BRASIL. **Leis da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa de 1823.** Disponível em: http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-F_80.pdf. Acesso em: 30 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus. HC 28522 SP 2003/0084016-5.** Sexta Turma. Impetrante: Júlio César Marques. Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do estado de São Paulo. Paciente: Júlio César Marques. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, 26 de junho de 2003. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/233426/habeas-corpus-hc-28522-sp-2003-0084016-5/inteiro-teor-100195112>. Acesso em: 29 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em habeas corpus. RHC 39509 PE 2013/0228957-9.** Quinta Turma. Recorrente: Lourinaldo Ferreira Vieira. Advogado: Wagner Domingos do Monte. Recorrido: Ministério Público do estado de Pernambuco. Relatora: Min. Laurita Vaz. Brasília, 21 de novembro de 2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24796871/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-39509-pe-2013-0228957-9-stj/inteiro-teor-24796872>. Acesso em: 10 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de instrumento. AI 812439 AgR/SP.** Primeira Turma. Agravante: Eric Silvestre Gomes. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 7 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1834393>. Acesso em: 12 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC 68.530 – SP.** Impetrante: J.A. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 05 de março de 1991. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/habeas68530.htm>. Acesso em: 03 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC 74073 RJ.** Primeira Turma. Paciente: José Armando de Medeiros. Impetrante: Sérgio Geraldo Moreira Rodrigues Júnior. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 20 de maio de 1997. Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_74073_RJ_1278856998811.pdf?Signature=zgljsuX1HWA0z%2BueRuigFRdQhm8%3D&Expires=1384397450&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf. Acesso em: 14 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC 98006 SP**. Primeira Turma. Impetrante: Luís Ricardo Vasques Davanzo. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Paulo Henrique de Oliveira. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 24 de novembro de 2009. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7171701/habeas-corpus-hc-98006-sp>. Acesso em: 29 mar. 2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Direito e Justiça. **Câmara aprova novo Código de Processo Civil; texto retorna ao Senado**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camارانoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/464590-CAMARA-APROVA-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL-TEXTO-RETORNA-AO-SENADO.html>. Acesso em 27 mar. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva. 18ª ed, 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Decisão interlocutória. Ação penal nº 2013.01.1.136878-4**. Terceira Vara de Entorpecentes do Distrito Federal. Réu: Kilmery Marques Cabral e outros. Juíza de Direito Substituta Marília Garcia Guedes. Brasília, 13 de setembro de 2013. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=3&CDNUPROC=20130111368784>. Acesso em: 23 mar. 2014.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Decisão interlocutória. Relaxamento de prisão nº 2014.01.1.032270-8**. Terceira Vara de Entorpecentes do Distrito Federal. Réu: David Calais Dias. Juiz de Direito Substituto Ângelo Pinheiro Fernandes de Oliveira. Brasília, 17 de março de 2014. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=9&CDNUPROC=201401110322708>. Acesso em: 24 mar. 2014.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Habeas Corpus. 20080020144042HBC**. Segunda Turma Criminal. Impetrante: Fabiano Eurípedes de Sousa. Paciente: Rossele Viêgas Alves. Relator: Des. Arnaldo Camanho de Assis. Brasília 13 de novembro de 2008. Disponível em: <http://tjdf11.tjdft.jus.br/sisplementa/sispl?visaold=tjdf.sispl.ementaformatada.apresentacao.VisaoEmentaFormatadaPadraoWord&acordao=336114>. Acesso em 28 mar. 2014.

EISELE, Andreas. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. São Paulo: Dialética, 1998.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª ed, 2012.

FERNANDES, Noeli. **A Fundamentação da Decisão Judicial. Da Discricionariedade à Arbitrariedade: A Busca da Resposta Correta**. Justitia, São Paulo, v. 66, n. 200, p. 143-155, jan./jun. 2009.

G1. Mutirão carcerário liberta mais de 900 presos provisórios no Amazonas. Manaus, 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2013/10/mutirao-carcerario-liberta-mais-de-900-presos-provisorios-no-amazonas.html>. Acesso em: 10 nov. 2013.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Impetus. 15ª edição, 2013.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Prisões Cautelares**. 4ª edição. Rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Do Arbítrio à Razão: reflexões sobre a motivação da sentença**. In: Revista de Processo. n.29. Janeiro-março de 1983. São Paulo, 1983.

KAWAGUTI, Luis. **Brasi tem 4ª maior população carcerária do mundo e deficit de 200 mil vagas**. BBC BRASIL, São Paulo. Atualizado em 29 de maio de 2013, às 06:03. Disponível em http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529_presos_onu_lk.shtml. Acesso em: 08 abr. 2013.

LUCIANO, Pablo Bezerra. **A fundamentação das decisões judiciais no Projeto do CPC**. Consultor Jurídico, 19 de junho de 2013. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-jun-19/pablo-bezerra-fundamentacao-decisoes-judiciais-projeto-cpc#_ftnref1_3832>. Acesso em: 12 nov. 2013.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Milenium. 2ª edição, 2003.

MEDINA, José Migue Garcia. **Precisamos de regra sobre fundamentação de decisões?** Consultor Jurídico, 19 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-ago-19/processo-precisamos-regra-fundamentacao-decisoes#_ftn1>. Acesso em: 12 nov. 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. São Paulo: Editora Atlas, 2ª ed, 1995.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 8ª edição, 2011.

PEREIRA, Ézio Luiz. **Da motivação das decisões judiciais como exigência constitucional**. Belo Horizonte: Nova Alvorara, 1998.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas.** Disponível em: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p669.htm>. Acesso em: 30 set. 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** São Paulo: Atlas. 20ª ed, 2012.

SCHEID, Carlos Eduardo. **A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista.** 2007. 193 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

SILVA, Luciana Leonardo Ribeiro. **O alcance do conceito de ordem pública para fins de decretação de prisão preventiva.** Aracaju: Evocati Revista n. 39, mar. 09 Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=314. Acesso em: 08 mar. 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva. 14 ed. 2011.

TRIBUNAL HOJE. **Sete estados Têm mais presos provisórios que condenados.** Disponível em: <http://www.tribunahoje.com/noticia/82662/brasil/2013/11/06/sete-estados-tem-mais-presos-provisorios-que-condenados.html>. Acesso em 10 nov. 2013.

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A Fundamentação das Decisões Judiciais.** Campinas, SP: Millennium Editora, 2004.

ZIEMKIEWICZ, Nathalia. **Histórias que assustam a ONU.** ISTOÉ Comportamento. Edição nº 2265 de 12 de abril de 2013. Atualizado em 28 de maio de 2013, às 16:18. Disponível em http://www.istoe.com.br/reportagens/290269_HISTORIAS+QUE+ASSUSTAM+A+ONU. Acesso em: 28 mai. 2013.

**ANEXO A – DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA DOS RÉUS NO
PROCESSO 2013.01.1.136878-4**

Circunscrição : 1 – BRASÍLIA

Processo : 2013.01.1.136878-4

Vara : 603 - TERCEIRA VARA DE ENTORPECENTES DO DISTRITO FEDERAL

Processo no. 2013.01.1.136878-4

D E C I S Ã O

Trata-se de comunicação da prisão em flagrante de KILMERY MARQUES CABRAL, ANTONY GONÇALVES DOS SANTOS, DAVID CALAIS DIAS, JOSÉ DE SOUSA OLIVEIRA e KILDARY MARQUES CABRAL.

Passo à análise da legalidade da prisão, assim como acerca da necessidade de sua conversão em prisão preventiva ou concessão de liberdade provisória, na esteira da Lei no. 12.403/2011.

Extraem-se dos depoimentos colhidos na fase policial, das informações constantes no pedido de Busca e Apreensão e das filmagens que acompanharam a comunicação, os indícios suficientes de autoria com relação à prática da provável infração penal.

É incontroverso na esteira do artigo 302, inciso I do Código de Processo Penal, o estado de flagrante delito de quem guarda, trás consigo, vende ou tem em depósito substância ilícita, associa a duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o tráfico de drogas, bem como, mantém em depósito munição.

De igual forma, não há teratologia na definição jurídica da conduta pela autoridade policial, considerando as circunstâncias de fato apuradas até o momento, daí porque não há razão para sua modificação.

Maiores revolvimentos de prova são incabíveis neste incidente, mas deve-se reservá-los à ação penal, caso seja instaurada, e por ocasião da sentença. Se os indícios de autoria sobressaem dos elementos trazidos no bojo da peça informativa, a materialidade se evidenciaria a partir do laudo preliminar, prova técnica suficiente para a lavratura do auto de prisão em flagrante e o auto de apresentação e apreensão.

Portanto e a primeira vista, a prisão guardou o viés da legalidade.

Já com relação à análise do flagrante, conforme preconiza a Lei no. 12.403/2011, tenho que de fato, não há como aventar a possibilidade de concessão de liberdade provisória, isto é, a substituição por uma das medidas cautelares previstas. A fiança, porque é expressamente vedada pelo art. 44 da Lei no. 11.343/2006, o art. 323 do Código de Processo Penal e pelo art. 5º, inciso XLIII da Constituição Federal.

Quanto às demais contracautelas, devem ser afastadas de pronto, porque presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 312 do CPP), se consideradas as circunstâncias do caso concreto, em particular a natureza e quantidade das substâncias apreendidas, o modus operandi, as peculiaridades que cercariam o cometimento da infração, como local e tempo, etc..

Segundo as informações constantes no auto do flagrante, foi possível observar que os indiciados estavam associados e praticavam o tráfico de drogas no Varjão, em plena praça pública.

Os investigados ANTONY GONÇALVES DOS SANTOS e JOSÉ DE SOUSA OLIVEIRA, se mantiveram calados perante a autoridade policial e KILMERY MARQUES CABRAL, DAVID CALAIS DIAS e KILDARY MARQUES CABRAL negaram os crimes imputados. Entretanto, as informações obtidas nas investigações preliminares, a quantidade de droga apreendida, a filmagem do local, a apreensão de dinheiro e os fatos visualizados pelos policiais, direciona que haveria um liame subjetivo entre todos para a prática dos crimes imputados.

A plausibilidade da suspeita acerca do envolvimento dos autuados com o tráfico está também, na quantidade de material ilícito apreendido, pois não é comum usuários de droga serem surpreendidos com razoável quantidade de entorpecentes.

A nocividade da maconha e, em especial, do crack denota a indiferença dos autuados para com as conseqüências dos seus atos, principalmente no tocante à saúde do seu próximo e a pública.

As drogas seriam disseminadas perante pessoas mais desfavorecidas, em plena praça pública, residentes em uma cidade satélite e possuidoras de menor capacidade econômica. Muitas delas desprovidas até mesmo de conhecimento sobre seus efeitos nocivos e despojadas de mecanismos e recursos para a realização de um tratamento de desintoxicação.

Seus moradores são severamente penalizados por esse tipo de conduta, até pelo desconhecimento sobre efeitos nocivos desses entorpecentes. E a possibilidade de obterem algum tipo de tratamento para si ou seus viciados é praticamente nula, porque dependem exclusivamente do serviço público de saúde.

O modus operandi, os motivos do crime e os tipos e quantidade de entorpecentes, exaltam a preocupação deste juízo para com a situação narrada no auto de prisão, pelos riscos que os autuados representariam para a saúde da comunidade.

A quantidade de maconha apontaria no sentido de que a substância se destinaria ao comércio ilícito, considerando que seu consumo é, em média, de 1g por cigarro e consumidores regulares adquirem de 5g a 10g no máximo por vez, para um consumo de uma a duas semanas. Em relação ao crack, a situação não é diferente, já que se trata de uma substância consumida/vendida em porções que, em média, pesam 0,1 g (decigrama).

Foram apreendidos 47 g de maconha, além de 5,64 g de crack, o que mostraria um forte laço dos autuados com o submundo das drogas e, em particular, com substâncias de fortes efeitos destrutivos (crack), seja na escala pessoal, como social, conforme mostram os últimos estudos e reportagens sobre os seus efeitos.

Segundo estudos do CEBRID/USP, a cocaína, cujo princípio ativo é o alcalóide de cocaína tem um forte efeito alucinógeno. Em caso de intoxicação aguda, a estimulação central profunda leva a convulsões, arritmias ventriculares (o coração bate descompassadamente) e disfunção respiratória que podem levar à morte. E no consumidor crônico, tem um efeito altamente destrutivo no organismo, causando-lhe lesões neurológicas, degeneração dos músculos esqueléticos irreversíveis (rabdomiólise). Seu dependente perde o interesse por tudo que não envolva o consumo da droga.

Para se ter uma dimensão do problema social e segurança pública que assola a difusão do crack, já existem locais públicos conhecidos com o nome de "crackolândia", como, p.ex. a rodoviária do plano piloto.

O crack vem sendo apontado como o entorpecente em expansão perante as comunidades carentes. Arelado a isso, desponta forte efeito alucinógeno, em razão da forma em que é consumido. É apontando como substância capaz de produzir um quadro de dependência aguda em curto espaço de tempo. Segundo algumas pesquisas, 70% dos seus consumidores ficaram dependentes já a partir do primeiro consumo.

Daí a razão para a situação de alerta das autoridades sanitárias e de segurança, diante da dimensão que a difusão desse psicotrópico tem alcançado nas grandes capitais e que tem flagelado grupos sociais e bairros inteiros, em face do seu consumo.

A título de exemplo, estudos da Polícia do Paraná apontam um acréscimo de 80% na prática de infrações penais nos locais onde ocorrem a sua venda e o seu consumo.

Levantamentos do Estado do Rio Grande do Sul, 72,5% dos moradores de rua têm relação com crack (www.cracknempensar.com.br).

Tal entorpecente é consumido em pequeníssima quantidade - as pedras têm menos um grama. Para se ter uma idéia, no bojo do processo no. 2010.01.1.082436-3, a pedra desse entorpecente tinha apenas 0,12g.

A quantidade de droga é mais um fator indicativo de periculosidade (STF/HC 76543 / SC; HC 72730 / SP; RE 107597 / PR; HC 73878 / SP; HC 67750 / SP).

Considerando que os autuados buscariam atingir pessoas já castigadas pela miséria e/ou a baixa renda, as conseqüências de seus comportamentos refletiriam de modo mais gravoso sobre um juízo de reprovação e periculosidade.

Todo este quadro desponta para o perigo do tráfico de crack e maconha, assim como a característica da personalidade daqueles que se voltam à sua difusão, porque demonstram desvalor pelo próximo. A liberdade implicaria no sacrifício da saúde e segurança da comunidade, colocando em risco a ordem pública. As circunstâncias da infração já apontariam a periculosidade, o no possível desprezo dos agentes pela saúde do próximo, arrimada unicamente na cupidez e satisfação do interesse próprio.

Por conta disso, a jurisprudência pátria é sedimentada no sentido de que a periculosidade é motivo suficiente para a sustentação da medida cautelar de segregação, já que primaria pela proteção do corpo social e a ordem pública:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. REGULARIDADE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO. ORDEM DENEGADA. 1. A superveniência de sentença condenatória não prejudica a pretensão do paciente de ver concedida a liberdade provisória para desconstituir a prisão em flagrante por tráfico de entorpecente, pois a solução dessa controvérsia tem influência direta na discussão quanto à possibilidade de apelar em liberdade. Precedente. 2. A homologação do auto de prisão em flagrante não reclama fundamentação exaustiva, pois, em princípio, deve ser exigido do Magistrado apenas o exame da regularidade formal do ato, salvo se houver provocação dos envolvidos ou se for constatada situação extrema que justifique um pronunciamento motivado. 3. A gravidade concreta do crime, o modus operandi da ação delituosa e a periculosidade do agente respaldam a prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Precedentes. 4. É possível a prisão decorrente de sentença condenatória, desde que a privação da liberdade do sentenciado contemple os requisitos de cautelaridade e a situação dos autos evidencie a real necessidade de sua adoção. Precedentes. 5. Ordem denegada.

(HC 108794, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 27-10-2011 PUBLIC 28-10-2011)

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO: NÃO-CONHECIMENTO, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, DENEGADO. 1. Se a alegação de excesso de prazo da prisão não foi submetida às instâncias antecedentes, não cabe ao Supremo Tribunal dela conhecer originariamente, sob pena de supressão de instância. 2. Prisão preventiva amparada em fundamentos em tese idôneos e que somente poderiam ser afastados com o profundo revolvimento de fatos e provas, ao que não se presta o procedimento sumário e documental do habeas corpus. 3. Nas circunstâncias do caso, ademais, seria suficiente para a decretação da prisão

preventiva a periculosidade do Paciente, evidenciada pelo modus operandi em que o delito teria sido praticado.

(HC 94753, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 24/06/2008, DJe-162 DIVULG 28-08-2008 PUBLIC 29-08-2008 EMENT VOL-02330-04 PP-00662)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO CRIMINOSA E PERICULOSIDADE DO AGENTE. 1. Prisão preventiva para garantia da ordem pública fundada na periculosidade do paciente, líder de organização criminosa voltada ao tráfico de armas e entorpecentes. Necessidade da constrição cautelar visando à proteção da sociedade da prática reiterada de crimes da espécie. 2. A periculosidade do réu, concretamente demonstrada, autoriza a privação cautelar de sua liberdade para a garantia da ordem pública. Precedentes. Ordem indeferida.

(HC 95889, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 25/11/2008, DJe-053 DIVULG 19-03-2009 PUBLIC 20-03-2009 EMENT VOL-02353-03 PP-00522)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. REITERAÇÃO CRIMINOSA. ROUBO. CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. COMETIMENTO DE CRIMES DURANTE SURSIS PROCESSUAL. PERIGULOSIDADE EM CONCRETO. RESIDÊNCIA FIXA E PRIMARIEDADE INSUFICIENTES PARA CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. O paciente, além de ter algumas passagens criminosas, cometeu o delito em questão quando estava em período de prova do sursis processual, o que denota periculosidade concreta do agente, autorizando a manutenção da custódia legal. 2. A conduta delituosa do paciente, a forma audaciosa em que foi praticado o crime, com ajuda de comparsa, emprego de violência e arma de fogo, em plena luz do dia, demonstram total desrespeito às regras insertas no seio da sociedade, autorizando o juiz a manter a segregação cautelar.

3. A mera alegação de possuir domicílio certo e a primariedade não justifica, de per si, a concessão da liberdade provisória.

3. Ordem denegada.(20080020184036HBC, Relator SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 15/01/2009, DJ 11/03/2009 p. 237)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. REGISTROS ANTERIORES DE INFRAÇÕES CONTRA O PATRIMÔNIO. NECESSIDADE DE SE MANTER A CUSTÓDIA CAUTELAR COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

1. Apesar de os crimes imputados à paciente (art. 155, § 4º, inciso IV, cinco vezes) não terem sido cometidos mediante ameaça, nem com violência contra a pessoa, o que poderia ser utilizado como bom argumento para sustentar a necessidade de se conceder liberdade provisória à paciente, o Sistema Nacional de Informações Criminais atesta a existência de diversos registros em nome da paciente, sendo que cinco deles referem-se a crimes contra o patrimônio. Em tais casos, há de se ter por imanente a periculosidade da paciente, que alegou, inclusive, que "furta sempre e considera isso normal".

2. No caso em exame, tal circunstância cresce de relevo na medida em que os objetos furtados servem à atividade empresária desenvolvida pela paciente, daí porque é concretamente factível a reiteração da mesma prática criminosa a ela imputada.

3. Ordem denegada.

(20080020144042HBC, Relator ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 2ª Turma Criminal, julgado em 13/11/2008, DJ 11/03/2009 p. 232)

A Suprema Corte também já afirmou que a periculosidade é ínsita à personalidade dos agentes envolvidos com o tráfico de drogas e formação de quadrilha para este fim:

TÓXICOS - ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ART. 14 DA LEI N. 6.368/76) - CONDENAÇÃO JUDICIAL - RECUSA DO BENEFÍCIO DE APELAR EM LIBERDADE - INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. O BENEFÍCIO DE APELAR EM LIBERDADE PODE SER VALIDAMENTE RECUSADO A QUEM SOFRER CONDENAÇÃO PENAL PELA PRÁTICA DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO

CRIMINOSA, TIPIFICADO NO ART. 14 DA LEI N. 6.368/76. A EXTREMA GRAVIDADE OBJETIVA DESSE FATO E AS CIRCUNSTANCIAS PERTINENTES AO CRIME E A PERSONALIDADE DO AGENTE CONSTITUEM ELEMENTOS A QUE OS JUIZES E TRIBUNAIS NÃO PODEM FICAR INDIFERENTES. A PERICULOSIDADE DO AGENTE ENCONTRA-SE INSITA NA PROPRIA AÇÃO CRIMINOSA POR ELE DESENVOLVIDA, EM FACE DA GRAVE REPERCUSSAO SOCIAL DE QUE SE REVESTE QUALQUER COMPORTAMENTO ILICITO ASSOCIADO AO TRAFICO DE ENTORPECENTES. O FATO DE SER INAPLICAVEL AO PACIENTE A REGRA INSCRITA NO ART. 35 DA LEI ANTITÓXICOS NÃO INIBE O MAGISTRADO DE RECUSAR-LHE O BENEFICIO DA APELAÇÃO EM LIBERDADE, DESDE QUE O FAÇA EM ATO DECISORIO PLENAMENTE MOTIVADO. PRISÃO CAUTELAR E A PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

(HC 67750, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 28/11/1989, DJ 09-02-1990 PP-00574 EMENT VOL-01568-02 PP-00265)

As circunstâncias que cercaram a prisão dos autuados apontariam a princípio, que estariam fortemente engajados no comércio de substâncias proscritas, haja vista a quantidade, a natureza dos entorpecentes, seu grau de nocividade, a forma de agir, o local em que efetuariam a difusão da droga, etc..

A posse de elevada quantidade de psicotrópico, entorpecente e munição demonstrou estreito laço com tráfico de drogas e intenso envolvimento com o submundo do crime.

Mesmo sem trabalhar, mantinham em depósito grande quantidade de droga, dinheiro e munição. Essas incompatibilidades revelariam a escolha do crime como meio de vida.

Suas periculosidades restariam evidenciadas pela quantidade de droga, bem como pela posse de munições, numa demonstração que se necessário poderiam utilizar de ameaça e força para garantir a subsistência do comércio ilícito.

Por conseguinte, a concessão da liberdade provisória em crimes cercado por certas circunstâncias, como no caso presente, desprestigia não só a Justiça , como todo aparelhamento repressivo estatal, já que se espera, no mínimo, uma prévia resposta do Estado, antes do seu retorno ao convívio social.

Avilta a consciência média, permitir que alguém com traços de periculosidade e habitualidade, presos nas circunstâncias em que teria ocorrido o fato, sejam postos incontinenti em liberdade, sem a prévia resposta Estatal.

A prisão cautelar atende o escopo de garantir a ordem, a saúde pública, a instrução e a aplicação da lei penal.

Ante o exposto, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Expeçam-se os mandados.

Intime-se o MP.

Brasília-DF, 13 de setembro de 2013.

Marília Garcia Guedes

Juíza de Direito Substituta