

Laís Carvalho de Sá

A Prisão Preventiva e o Dever Constitucional de Fundamentação: uma análise da realidade piauiense



AYA EDITORA

2024

Laís Carvalho de Sá

A Prisão Preventiva e o Dever Constitucional de Fundamentação: uma análise da realidade piauiense

Ponta Grossa
2024

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autora

Laís Carvalho de Sá

Capa

AYA Editora©

Revisão

A Autora

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora©

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Dr. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria de Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus
Pauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Dr.ª Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

**Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda
Santos**

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

© 2024 - AYA Editora - O conteúdo deste livro foi enviado pela autora para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (CC BY 4.0). Este livro, incluindo todas as ilustrações, informações e opiniões nele contidas, é resultado da criação intelectual exclusiva da autora. A autora detém total responsabilidade pelo conteúdo apresentado, o qual reflete única e inteiramente a sua perspectiva e interpretação pessoal. É importante salientar que o conteúdo deste livro não representa, necessariamente, a visão ou opinião da editora. A função da editora foi estritamente técnica, limitando-se ao serviço de diagramação e registro da obra, sem qualquer influência sobre o conteúdo apresentado ou opiniões expressas. Portanto, quaisquer questionamentos, interpretações ou inferências decorrentes do conteúdo deste livro devem ser direcionados exclusivamente à autora.

S1111 Sá, Laís Carvalho de

A prisão preventiva e o dever constitucional de fundamentação: uma análise da realidade piauiense [recurso eletrônico]. / Laís Carvalho de Sá. -- Ponta Grossa: Aya, 2024. 41 p.

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-509-9

DOI: 10.47573/aya.5379.1.265

1. Prisão preventiva - Brasil. 2. Piauí. Tribunal de Justiça. I. Título

CDD: 345.05

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora LTDA

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

WhatsApp: +55 42 99906-0630

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
INTRODUÇÃO	8
O MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	11
PRISÃO PREVENTIVA.....	15
ANÁLISE DA REALIDADE PIAUIENSE SOBRE O DEVER CONSTITUCIONAL DE FUNDAMENTAÇÃO NA PRISÃO PREVENTIVA.....	21
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	32
REFERÊNCIAS.....	34
SOBRE A AUTORA	36
ÍNDICE REMISSIVO	37

APRESENTAÇÃO

Ao decretar a prisão preventiva, é imprescindível que o juiz fundamente sua decisão para não violar o direito à liberdade e o princípio da presunção de inocência. O presente estudo teve por objetivo fazer uma análise quantitativa acerca das decisões tomadas pela 2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, publicadas no diário da justiça deste Tribunal durante o mês de setembro de 2018, em sede de habeas corpus, cuja tese se refere à observância do dever constitucional de fundamentação para decretação de prisão preventiva.

Após a leitura de todos os diários do mês de setembro no site do Tribunal de Justiça do Piauí, encontrou-se 71 habeas corpus impetrados cuja tese alegada mais frequente (53,52%) foi a ausência da fundamentação. Dos 38 habeas corpus com tese da defesa de ausência de fundamentação, a 2ª Câmara Especializada Criminal do TJ-PI denegou em 84,21% (32 decisões) e concedeu em 15,79% (06 decisões). É evidente que o Brasil possui os mais avançados instrumentos processuais e legais para garantir a utilização da prisão preventiva apenas como medida extrema.

Porém, de nada serve quando operacionalizado à luz de um paradigma de encarceramento. Tal paradigma é capaz de subverter toda a ordem de garantias. É capaz de afirmar a existência de fundamentação jurídica pautada em dados fáticos quando, na verdade, se estiver diante de uma motivação vazia e abstrata.

Boa leitura!

INTRODUÇÃO

Sob o pálio de um Estado Democrático de Direito, é através da decisão judicial que o Poder Judiciário se manifesta a respeito de determinado conflito, após provocação das partes. Neste contexto, de instrumento de resolução de conflitos, a decisão judicial deve ser confeccionada pelos magistrados a partir de criteriosa análise dos fatos e das provas colacionadas aos autos processuais, aplicando a legislação vigente ao caso concreto. A convicção do julgador possui, portanto, limitações impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No ato de decidir, deve o magistrado demonstrar a *ratio decidendi*, que consiste nos motivos pelos quais se chegou à decisão proferida, por meio da fundamentação. Essa obrigatoriedade, prevista expressamente no artigo 93, IX, da Constituição Federal (CF), se justifica na necessidade de se demonstrar que o convencimento apresentado na decisão judicial não extrapola os limites legais, ou mesmo os postulados da razoabilidade e proporcionalidade. O artigo 93, IX, da CF é uma garantia processual constitucional ampla que visa proteger todos os direitos de maneira indeterminada. Porém, quando se está diante da liberdade, direito fundamental à própria condição de ser humano e estruturante do Estado Democrático de Direito, a ideia do absoluto respeito ao mandamento constitucional de fundamentação deve ser ainda mais destacada.

Para reforçar a afirmação, a imprescindibilidade da fundamentação na decretação de uma prisão é tratada novamente na CF, em seu artigo 5º, inciso LXI, ao afirmar que o indivíduo só será preso em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

Dentre os tipos de prisões na legislação brasileira, tem-se a prisão preventiva, de natureza processual e de caráter cautelar, que apresenta, como pressupostos inafastáveis para a sua decretação: a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A prisão preventiva, nos termos atualmente previstos no ordenamento jurídico brasileiro, configura instrumento de atuação estatal dos mais poderosos na vida do indivíduo, tendo em vista que possui o poder de retirar o direito de ir e vir do cidadão de forma prematura, não se apoiando em sentença penal condenatória irrecorrível. Dessa forma, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, só se justifica sua admissão em casos de absoluta necessidade e quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Logo, se faz imprescindível a exigência da fundamentação para que o juiz não viole o direito à liberdade pessoal e outros direitos fundamentais reconhecidos.

Porém, apesar do dever constitucional de fundamentação da prisão preventiva, é crescente a prática da não exposição das razões de fato ou de direito para a conclusão do ato decisório. Não é incomum que alguns juízes se limitem em dizeres do tipo “considerando o disposto na súmula X” ou “seguindo o entendimento do tribunal Y” ou “por falta de amparo legal”. Nesses casos, há apenas a menção do caráter normativo, não tratando da incidência da norma sobre a situação de fato, deixando de indicar o caminho lógico-jurídico pelo qual percorreu para decidir pela prisão cautelar e, conseqüentemente, não há a clareza se o magistrado analisou devidamente o processo e suas provas.

Inserido neste contexto e não diferente dos demais estados, tem-se o Piauí em que se observa que é frequente a interposição de *habeas corpus* pedindo o relaxamento da prisão tendo como tese da defesa a ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva.

Dessa forma, o presente estudo tem por objetivo fazer uma análise quantitativa acerca das decisões tomadas pela 2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, publicadas no diário da justiça deste Tribunal durante o mês de setembro de 2018, em sede de *habeas corpus*, cuja tese se refere à observância do dever constitucional de fundamentação para decretação de prisão preventiva.

A apresentação do estudo será construída em três capítulos. No primeiro capítulo será tratado o mandamento constitucional da fundamentação das decisões judiciais, em que serão apresentados conceitos essenciais para sua ideal compreensão de sua importância no modelo de Estado Democrático de Direito. Em seguida, será abordado o instituto da prisão preventiva, em que será detalhado sua evolução histórica, admissibilidade, pressupostos e

requisitos para sua decretação, relacionando com a garantia abordada no capítulo anterior. Por fim, após exposição da temática, o terceiro capítulo será exclusivamente dedicado à análise do objetivo proposto. Para isso, serão trazidos gráficos dos resultados dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Piauí (TJ-PI), bem como julgados do TJ-PI e Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, em seguida, elaborada uma análise crítica sobre o conteúdo dos mesmos, à luz dos conhecimentos trazidos anteriormente.

O MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões judiciais, no Brasil, passou a ser princípio constitucional após a promulgação da CF de 1988. Esse reconhecimento se deve ao inciso IX, do artigo 93 da CF ao estabelecer que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (Brasil, 1988).

Além de princípio, a fundamentação ou motivação das decisões também é considerada como garantia, dever e direito constitucional. Cardoso (2012) explica esse aspecto quadruplo da motivação das decisões judiciais. Segundo o autor, considera-se princípio porque é norma expressa constitucionalmente que valida o exercício do Poder Judiciário, constituindo mandamento de caráter geral e abstrato sobre todos os processos judiciais.

É uma garantia porque a CF assegura a pena de nulidade do processo quando há o seu descumprimento. Dimoulis (2012) afirma que é uma garantia assegurada às partes que permite a impugnação da decisão e obtenção da sua reforma. Também constitui garantia política já que se dirige à opinião pública, que pode conferir a imparcialidade do julgamento e a legalidade da decisão, afastando-se do arbítrio e interferências estranhas ao sistema legal em vigor.

Também é um dever, pois o julgador deve explicar as suas razões na prestação da tutela jurisdicional. Logo, caracteriza-se como um poder-dever do julgador de expor o seu caminho lógico-jurídico percorrido para controle posterior da sua compatibilidade com a legislação vigente.

Finalmente, é um direito dos jurisdicionados, já que pretende garantir que haverá a compreensão dos julgados, bem como não haverá abusos e arbítrios pelo julgador.

Para compreender sua extrema importância, faz-se necessário, antes, discorrer acerca de seu objetivo de garantia de justiça. A sentença, proferida pelo magistrado, é ato de vontade que define o processo, mas não pode ser confundida com ato de imposição de vontade autoritária, porquanto se justifica em juízos lógicos em que o julgador interpretará e aplicará a norma jurídica vigente ao caso concreto de acordo com a avaliação das provas e sua conseqüente decisão sobre o conflito. Uma decisão sem fundamentação impossibilita a verificação de todos os demais princípios constitucionais, razão pela qual pode ser chamada de “garantia-mãe” (Abrão; Klarmann; Rieger, 2009).

Dessa forma, Fernandes (2009) explica que a função da fundamentação e seus destinatários varia de acordo com a previsão do dever de motivar. Quando é imposta como garantia individual, à luz da previsão constitucional, a fundamentação permite o controle externo e geral da jurisdição pela população. Nesse sentido, o magistrado não pode se preocupar apenas com a verdade, mas também deve procurar a paz social e a justiça para manutenção de uma ordem equitativa e da confiança social. Por isso, decisão judicial se insere em uma tarefa mais ampla, a fundamentação não deve ser elaborada apenas de modo a assegurar a aceitação pelas instâncias superiores.

Nesse sentido, Vale (2014) aponta que o Poder Judiciário assume papel legítimo de órgão de manifestação de um Estado Democrático de Direito através de decisões fundamentadas. A exigência de um dever de fundamentação das decisões judiciais configura, assim, uma forte ferramenta contra possíveis excessos do Estado-Juiz, limitando o poder do magistrado ao possibilitar a verificação do respeito ou não à lei.

Já ao ser imposta como norma processual, segundo os entendimentos da previsão legal, a fundamentação é direcionada às partes do processo e às instâncias superiores. É imprescindível que o julgador tenha a sensibilidade para as diferenças e desigualdades sociais e culturais, e, acima de tudo, com a preocupação de justificar a própria decisão.

Utilizando outra terminologia, mas com o mesmo sentido, Cardoso (2012) denomina essas duas funções principais da fundamentação como endoprocessual e extraprocessual ou exoprocessual. A endoprocessual se refere à ciência das razões do jurista de forma clara pelas partes e aos julgadores de instâncias superiores, já a extraprocessual possibilita que todas as pessoas fora do processo exerçam democraticamente o seu controle.

A partir do exposto acima, pode-se afirmar que a fundamentação das decisões judiciais integra, sem sombra de dúvida, o núcleo de garantias constitucionais primordiais para uma boa manutenção do equilíbrio social e do Estado Democrático de Direito.

Diante da sua extrema importância, cabe destacar, entretanto, que não é qualquer fundamentação que cumpre às exigências constitucionais. É preciso que o juiz observe os requisitos de integridade, dialeticidade, correlação e racionalidade, bem como se utilize da linguística e coesão para alcançar tais objetivos supracitados.

Vale (2014) afirma que o requisito de integridade exige que todas as decisões sejam fundamentadas, conforme descrito no artigo 93, IX, da CF (Brasil, 1988). Logo, as pequenas decisões, que determinam a decisão final e principal, devem ser igualmente fundamentadas.

Já o requisito da dialeticidade, que decorre do artigo 5º, LV, da CF (Brasil, 1988), assegura haja fundamentação de todos os argumentos levantados em contraditório que sejam relevantes às partes. Para garantir o contraditório é primordial a exposição da fundamentação (Vale, 2014).

Entretanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diverge com a doutrina sobre tal requisito. Conforme a consolidada jurisprudência do Pretório Excelso, não há violação do artigo 93, inciso IX da CF quando não há, na decisão, manifestação a respeito de todos os argumentos trazidos pela defesa. Dessa forma, o órgão julgador não está obrigado a rebater pormenorizadamente todos os argumentos apresentados pela parte, bastando que motive o julgado com as razões que entendeu suficientes à formação do seu convencimento (Rego, 2016).

O requisito de correlação exige que os elementos considerados como base para formação da decisão devem estar presentes nos autos, dessa forma, o juiz deve negar tudo que estiver fora do processo. Finalmente, o requisito de racionalidade exige coerência textual, silogismo na decisão, sendo primordial a existência de nexos entre as premissas adotadas e a decisão final (Gomes Filho, 2013; Vale, 2014).

Corroborando a linha de entendimento apresentada, de que a fundamentação das decisões judiciais não é de todo livre, o novo Código de Processo Civil (CPC), o primeiro

código a ser aprovado sob a égide de um regime democrático na história do Brasil, foi cuidadoso sobre o tema ao dispor que:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os **fundamentos**, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1o Não se considera **fundamentada** qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

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

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

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

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

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

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (Brasil, 2015 – Grifo Nosso).

A delimitação de fundamentação feita no artigo 489 do CPC também deve ser respeitada no processo penal para evitar grave desproporcionalidade no sistema jurídico brasileiro. Isso ocorre porque não aceitar a sua utilização no processo penal é permitir maior discricionariedade do juiz nos procedimentos relativos a um dos bens jurídicos mais importantes para o ser humano, a liberdade. Nesse sentido, a seara processual civil não pode vincular o magistrado de forma mais expressiva que a seara processual penal que trata de questões de ordem pública (Vale, 2014).

Cumprido destacar que quando a fundamentação for ausente ou deficiente, a decisão judicial deve sofrer da sanção de nulidade. Por ser de interesse público, poderá ser arguida por qualquer das partes a qualquer tempo (Lima, 2014).

PRISÃO PREVENTIVA

Apesar de ser direito fundamental, o direito à liberdade é relativo, visto que há situações em que o Estado pode retirar do indivíduo o seu direito de ir e vir, ou seja, prendendo-o em estabelecimento público (presídios) (Borges, 2009).

A prisão se divide em prisão-pena e prisão sem pena. A prisão-pena, de natureza penal, é aquela que decorre de sentença penal condenatória transitada em julgado. Já a prisão sem pena, como o próprio nome diz, não é pena no sentido técnico-jurídico. É conhecida como prisão cautelar ou provisória, de natureza processual penal com duração máxima até o trânsito em julgado da decisão condenatória que colocará fim ao processo.

O ordenamento jurídico brasileiro admite três espécies de prisão de natureza cautelar, a saber: a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária.

A prisão preventiva, que é o objeto de análise desta pesquisa, é a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, no inquérito policial e na fase processual (Távora; Alencar, 2016). Decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente.

Por tolher a liberdade do indivíduo antes da sentença irrecorrível, tem como característica sua excepcionalidade, devendo ser utilizado pelo julgador como *ultima ratio*, respeitando o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII da CF).

Para a decretação da preventiva, é necessário que o julgador demonstre a existência de seus pressupostos, dispostos no art. 312 do Código de Processo Penal (CPP), que são *fumus comissi delicti e periculum in libertatis* (Brasil, 1941).

O primeiro pressuposto se resume na existência de materialidade, ou seja, prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (caracterizado como justa causa). Quando houver dúvida da existência do crime, não pode haver a segregação cautelar. Logo, é indispensável, portanto, que o juiz verifique que a conduta supostamente praticada

pelo agente é típica, ilícita e culpável, apontando as provas em que se apoia sua convicção. Quanto à autoria, se faz necessário apenas indícios, um lastro superficial, aptos a vincular o agente à prática de infração, não se exigindo a concepção da certeza ou prova robusta (Lima, 2016; Távora; Alencar, 2016).

O segundo pressuposto pode ser entendido como o perigo real que a permanência do suspeito em liberdade ocasiona para a investigação criminal, para o processo penal, para a efetividade do direito penal ou para a segurança social. Essa aferição do perigo concreto foi um avanço dado com a Lei 12.403/2011 que alterou o texto do artigo 312 do CPP. Na redação original do CPP, havia uma prisão preventiva obrigatória por imposição legal da gravidade do delito, isso porque seria decretada nos crimes a fosse cominada pena de reclusão igual ou superior a dez anos (Lima, 2017).

Na nova redação, o art. 312 do CPP se preocupou em preestabelecer quais os fatores que representam este perigo real da liberdade do agente (*periculum libertatis*), justificando a possibilidade do encarceramento. Assim, os fundamentos legais para a preventiva são garantia da ordem pública e econômica, a conveniência da instrução criminal e a assecuração da execução da pena (Brasil, 1941).

Com relação ao primeiro fundamento, não há conceito exato do significado da expressão ordem pública, sendo extremamente vaga e indeterminada. Na tentativa de explicá-la, Távora e Alencar (2016) afirmam que a decretação com base neste fundamento objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal. A tranquilidade e paz na sociedade é representada pela expressão de ordem pública.

Lopes Júnior e Rosa (2015) afirmam que a prisão para garantia da ordem pública, apesar de frequente no processo penal brasileiro, é substancialmente inconstitucional por não ser cautelar. Com esse fundamento, a prisão é utilizada com o objetivo de manter a segurança da sociedade, porém a função de prevenção geral é exclusiva da prisão-pena, sustentada em processo judicial válido e sentença transitada em julgado. Além disso, a utilização do argumento de risco de reiteração de delitos é uma função de polícia do Estado, função do poder Administrativo e não Judiciário.

Também é alvo de crítica pelos doutrinadores a prisão com fundamento na garantia

da ordem pública para que seja assegurada a credibilidade das instituições públicas, especialmente a do poder judiciário e quando há a necessidade de que a integridade física ou mesmo psíquica do réu ou de terceiros sejam protegidas, por medo de que seja linchado ou assassinado por familiares da vítima (Azevedo, 2008).

Para a ala garantista, crítica da política irrestrita de encarceramento, prender provisoriamente para assegurar a credibilidade das instituições públicas é uma falácia, porque um delito não tem o poder de ameaçar instituições e a prisão não é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Sob o ponto de vista do Estado Democrático de Direito, é preocupante os poderes públicos precisarem se utilizar do instituto da prisão para legitimação, visto que se trata de um grave retrocesso para o estado autoritário e policialesco (Lopes Júnior; Rosa, 2015).

Távora e Alencar (2016) não aceitam a possibilidade de decretação da prisão preventiva para preservação da integridade do próprio suspeito porque cabe ao Estado promover as condições necessárias para assegurar a integridade física do criminoso. Nessa mesma esteira, Lopes Jr (2018, p. 638) assevera que entendimento é incabível, já que “prender alguém para assegurar sua segurança revela um paradoxo insuperável e insustentável”.

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a simples menção aos requisitos legais da prisão preventiva, bem como à repercussão social do crime e à necessidade de manter a credibilidade da Justiça e de coibir a prática de delitos graves, sem referência expressa a elemento concreto, não se presta a justificar a prisão cautelar (Brasil, 2018).

Quanto ao fundamento da conveniência da instrução criminal, tem-se este presente quando há perturbação ou impedimento na criação de provas necessárias para dar base ao convencimento do juiz. Tal hipótese de configura quando o réu suborna ou ameaça as testemunhas, peritos ou funcionários da justiça, por exemplo (Vale, 2014).

O último fundamento, o de assegurar a aplicação da lei penal, justifica-se pelo perigo de fuga do réu e da impossibilidade de cumprimento da eventual pena que será imposta. Configura-se quando restar demonstrado que o réu está se livrando rapidamente de todos os seus bens, indicando uma fuga, por exemplo (Nucci, 2017).

É importante destacar que ao decretar uma medida de prisão cautelar, o juiz responsável deve explicitar, de modo claro e preciso, quais os motivos concretos que justificaram a decisão.

Dessa forma, é primordial que a autoridade judiciária comprove o risco para a ordem pública, através da adequada fundamentação. Devendo evitar expressões evasivas, sem demonstração probatória, como afirmar que o indivíduo é um criminoso contumaz ou de personalidade voltada para o crime, entre outras.

Apesar de o legislador usar a expressão “conveniência” da instrução criminal, a medida cautelar não pode ser decretada com base em mera conveniência. Havendo indícios de qualquer tentativa de turbar a apuração dos fatos e o andamento da persecução criminal, sua decretação está condicionada à indispensabilidade da medida a fim de possibilitar o bom andamento da instrução criminal.

Além disso, para assegurar a aplicação da lei penal, não se pode presumir a fuga do agente simplesmente em virtude de sua condição socioeconômica favorável, de meras ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica concreta. O juiz só está autorizado a decretar a prisão preventiva com base em elementos concretos constantes dos autos que confirmem, de maneira insofismável, que o agente pretende se subtrair à ação da justiça (Lima, 2017).

Seguindo os diplomas internacionais, a Lei 12.403/11 (Brasil, 2011) inovou ao trazer um novo instituto jurídico, as medidas cautelares diversas da prisão, que possui o mesmo objetivo da prisão preventiva de garantir o adequado decorrer do processo e execução da pena, porém de forma bem menos gravosa. Dessa forma, a referida lei moldura a prisão processual como uma medida excepcional, de segunda escolha, cabível quando não for possível aplicar outras medidas cautelares (art. 282, § 6, CPP – Brasil, 2011).

Dessa forma, a Lei nº 12.403/2011 suprimiu o caráter bipolar das prisões cautelares (prisão cautelar ou liberdade provisória) para atribuir-lhes caráter multicautelar, fazendo surgir as medidas cautelares diversas da prisão no CPP. Tal mudança trouxe um avanço significativo na legislação penal, visto que nem sempre a prisão cautelar era o instrumento mais idôneo e adequado para salvaguardar a eficácia do processo ou das investigações.

Como o juiz não era dotado de outras opções, ou decretava a privação de liberdade do acusado ou deixava de decretar a medida extrema, o que, às vezes, colocava em risco a própria eficácia do processo. Além do menor custo pessoal e familiar dessas medidas cautelares diversas da prisão, o Estado também é beneficiado com a sua adoção, porque poupa vultosos recursos humanos e materiais, indispensáveis a manutenção de alguém no cárcere, além de diminuir os riscos maléficos inerentes a qualquer encarceramento, tais como a transmissão de doenças infectocontagiosas, estigmatização e criminalização do preso (Mendes, 2014).

De acordo com o art. 319 do CPP, 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 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 (BRASIL, 1941).

Não é demasiado destacar que, as medidas cautelares, da mesma forma que a prisão preventiva, impescindem de fundamentação, vasta e concreta, principalmente quando são afastadas em detrimento da decretação da prisão preventiva, status processual muito mais danoso ao réu.

Por fim, há ainda o artigo 310 do CPP, que trata da posição a ser adotada pelo juiz quando recebe o auto de prisão em flagrante. O juiz deverá analisar se as medidas cautelares diversas da prisão são suficientes e adequadas para acautelar o caso concreto, decretando a prisão preventiva tão somente quando estas se revelarem insuficientes e inadequadas (NUCCI, 2017).

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.

ANÁLISE DA REALIDADE PIAUIENSE SOBRE O DEVER CONSTITUCIONAL DE FUNDAMENTAÇÃO NA PRISÃO PREVENTIVA

Concluída a exposição sobre os institutos jurídicos da fundamentação e prisão preventiva, passa-se, agora, à exposição dos resultados obtidos através de pesquisas realizadas no campo de jurisprudência do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

Frente à frequente decretação de prisão preventiva sem a preocupação de se demonstrar a fundamentação correta para a retirada do direito à liberdade, optou-se por levantar todos os *habeas corpus* impetrados perante a 2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Piauí (TJ-PI) no mês de setembro de 2018.

A coleta de dados se deu através do site do TJ-PI. A 2ª Câmara Especializada Criminal foi escolhida por ter apresentado um maior número de ementas nas primeiras páginas da busca realizada. E o recorte temporal implementado, mês de setembro, justificase pela escassez de tempo para a realização do presente artigo científico, além de coincidir com o mês imediatamente anterior ao da realização da coleta de dados (mês de outubro).

Primeiramente, cumpre ressaltar que nesse trabalho foi utilizado o critério da seleção dos acórdãos através da pesquisa realizada por meio de palavras-chave no site do TJ-PI. Para seleção do material de pesquisa a ser abordado, foi utilizada a combinação das palavras “*habeas corpus*” e “prisão preventiva”. Contudo, essa pesquisa possibilitou que fossem encontrados cerca de 7.790 resultados, contendo acórdãos fora do período delimitado e que não tratavam de *habeas corpus*.

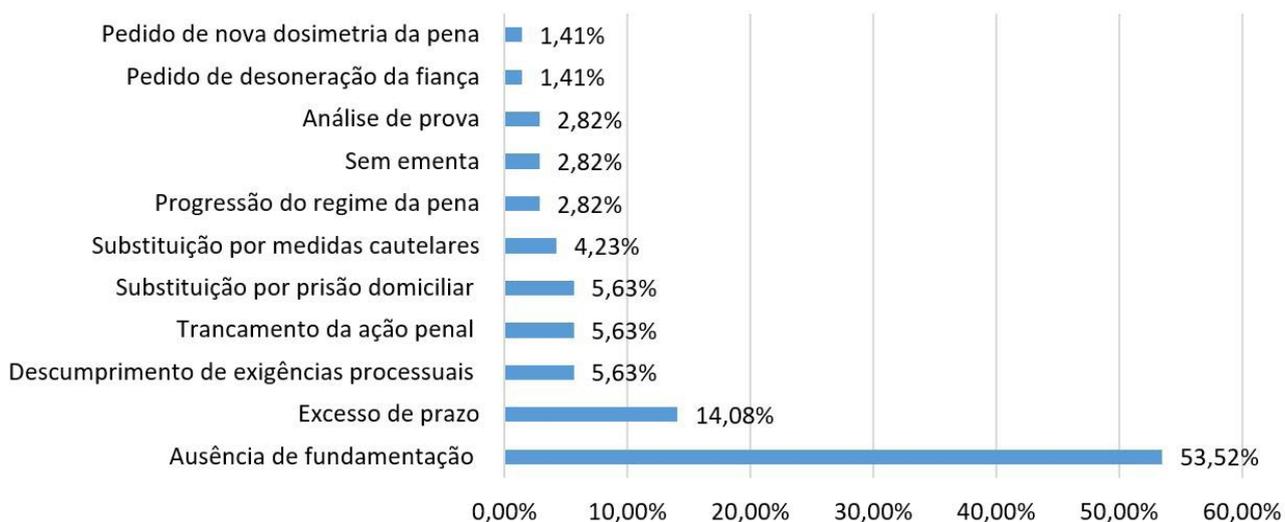
Sendo assim, diante da inviabilidade de proceder a pesquisa diante do equivocado campo de busca do site do TJ-PI, optou-se por um segundo critério que consiste na leitura

dos diários da justiça. Foram localizados 19 diários de justiça no mês de setembro (8.509 a 8.527). Após a leitura de todos os diários, encontrou-se 71 resultados, com posterior digitação dos dados no *Microsoft Excel*®. As variáveis levantadas foram: tese de defesa, decisão do acórdão e parecer da Procuradoria Geral da Justiça. Calculou-se as frequências absolutas e relativas.

O Gráfico 1 traz uma tentativa de condensação das teses de defesa nos 71 *habeas corpus* impetrados perante a 2ª Câmara Especializada Criminal do TJ-PI no mês de setembro de 2018.

Observa-se que a tese alegada mais frequente (53,52%) foi a ausência da fundamentação, seguido por excesso de prazo (14,08%).

Gráfico 1 - Classificação das teses de defesa dos habeas corpus impetrados na 2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça no mês de setembro de 2018. Teresina/PI, 2018 (n = 71).

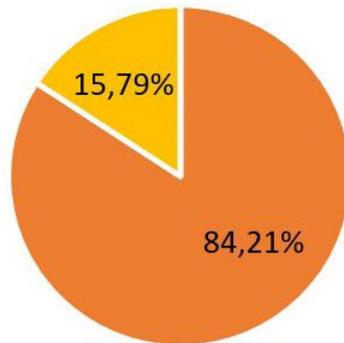


Fonte: Tribunal de Justiça do Piauí

O Gráfico 2, por sua vez, apresenta a informação mais relevante para o presente estudo, pois consolida as 38 decisões colegiadas tomadas nos autos dos *habeas corpus* impetrados perante a 2ª Câmara Especializada Criminal do TJ-PI, no mês de setembro de 2018, cuja tese defensiva apresentada é a manifesta ausência de fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva.

Dos 38 *habeas corpus*, cuja tese da defesa foi ausência de fundamentação, a 2ª Câmara Especializada Criminal do TJ-PI denegou em 84,21% (32 decisões) e concedeu em 15,79% (06 decisões).

Gráfico 2 - Consolidado das decisões dos habeas corpus (cuja tese é ausência de fundamentação) impetrados perante a 2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça no mês de setembro de 2018. Teresina/PI, 2018 (n = 38).



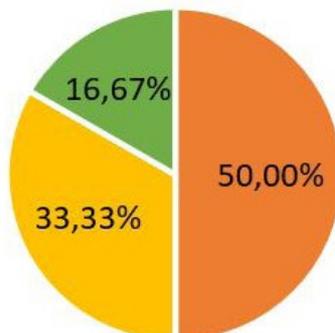
■ Denegada ■ Concedida

Fonte: Tribunal de Justiça do Piauí

O Gráfico 3 apresenta dados que demonstram como o Ministério Público Superior do Estado do Piauí se manifesta, através de parecer, nos autos dos *habeas corpus* concedidos pela 2ª Câmara Especializada Criminal do TJ-PI.

Nas 06 decisões colegiadas em que foi confirmado a inexistência de fundamentação válida a subsidiar o decreto de prisão preventiva, o Procurador Geral de Justiça esteve em harmonia com os desembargadores em 50% das decisões colegiadas e em dissonância em 33,33%. Em 16,67% não foi mencionado o parecer da Procuradoria Geral da Justiça do Piauí nas ementas dos *habeas corpus* no Diário de Justiça.

Gráfico 3 - Classificação dos habeas corpus (cuja tese é ausência de fundamentação) concedidos no mês de setembro de 2018 pela 2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça de acordo com o parecer da Procuradoria Geral da Justiça. Teresina/PI, 2018 (n = 06).



■ Harmonia ■ Dissonância ■ Não mencionado

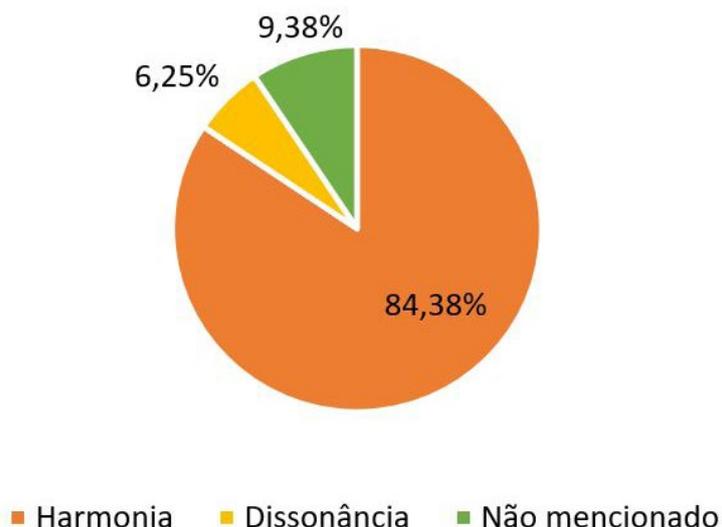
Fonte: Tribunal de Justiça do Piauí

O Gráfico 4, ao seu turno, apresenta dados que demonstram como o Ministério Público Superior do Estado do Piauí se manifesta, através de parecer, nos autos dos *habeas corpus* denegados em se discute a inexistência de fundamentação válida a subsidiar os decretos de prisão preventiva, bem como os índices de dissonância dos acórdãos oriundos do órgão judicante especializado do TJPI.

Das 32 decisões colegiadas em que foi confirmada a existência de fundamentação válida a subsidiar os decretos de prisão preventiva, 84,38% estava em harmonia com o parecer o Procurador Geral de Justiça e 6,25% em dissonância.

Em 9,38% não foi mencionado o parecer da Procuradoria Geral da Justiça do Piauí nas ementas dos *habeas corpus* no Diário de Justiça.

Gráfico 4 - Classificação dos habeas corpus (cuja tese é ausência de fundamentação) denegados no mês de setembro de 2018 pela 2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça segundo o parecer da Procuradoria Geral da Justiça. Teresina/PI, 2018 (n = 32).



Fonte: Tribunal de Justiça do Piauí

Analisando detidamente os dados coletados, se chega a uma conclusão um tanto quanto contraditória: ao tempo em que a tese defensiva mais utilizada para fundamentar a impetração dos *habeas corpus* é, exatamente, a ausência manifesta de motivação concreta capaz de subsidiar o decreto de prisão preventiva (53,52%, de acordo com o Gráfico 1), o seu índice de julgamento de improcedência é bastante elevado, chegando a quase 85%, conforme demonstrado pelo Gráfico 2.

Ora, duas são as inferências mais óbvias, resultantes da análise dos gráficos: i) ou os advogados estão impetrando, de maneira imprudente e desarrazoada, *habeas corpus* em

face de decisões judiciais bem fundamentadas; ii) ou o Juízo *ad quem* convalida decisões manifestamente desprovidas de fundamentação concreta, pautando suas decisões em entendimentos que não dão a efetiva aplicabilidade ao postulado da utilização da prisão preventiva apenas como *ultima ratio*.

Com efeito, insta salientar, neste momento, que, à luz dos dados coletados e apresentados no Gráfico 3, em pelo menos 50% das vezes em que a egrégia Corte Estadual de Justiça do Piauí julga improcedente os pedidos de *habeas corpus*, cuja tese é ausência de fundamentação, existe parecer da Procuradoria Geral de Justiça nesses exatos termos.

Para que se consiga chegar a uma conclusão minimamente válida acerca do problema acima mencionado, de qual inferência seria a mais correta, é indispensável realizar a análise de alguns acórdãos, bem como de decisões proferidas pelo STJ, em sede de Recurso Ordinário Constitucional.

Não se ignora o fato de que, para um correto confronto de dados, seria indispensável realizar o levantamento estatístico das decisões do STJ que ratificam, ou não, as decisões prolatadas pelo TJ-PI. É certo também que, diante do recorte temporal promovido na presente pesquisa, seria mais crível que a análise perante o Tribunal da Cidadania também levasse em conta esta peculiaridade. Todavia, para que o foco deste artigo científico não fique deveras ampliado, o que poderia comprometer, inclusive, o seu próprio desenvolvimento, preferiu-se realizar uma análise aleatória de julgados do STJ que reformaram acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Diante do elevado percentual de indeferimento já mencionado (quase 85% - Gráfico 2), a postura metodológica adotada (de analisar aleatoriamente decisões do STJ), ainda assim aparenta ser congruente.

Desta forma, passa-se, a seguir, à análise de dois precedentes oriundos do STJ, em que se discutem duas teses bastante recorrentes nos *habeas corpus* que objetivam o reconhecimento da ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva.

Nos autos do RHC 82.494/PI, da relatoria do eminente Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, da quinta turma, julgado em 01/06/2017, cuja decisão objurgada é oriunda da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (HC nº 2016.0001.012088-8) o STJ proferiu decisão nos termos a seguir:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA CONSTANTE DO ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DROGA APREENDIDA. REDUZIDA QUANTIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO. 1. É certo que a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva ao paciente não apresentou motivação concreta, apta a justificar a segregação cautelar, tendo-se valido de afirmação genérica e abstrata sobre a gravidade do delito, deixando, contudo, de indicar elementos concretos e individualizados que evidenciassem a necessidade da rigorosa providência cautelar. 3. Nesses termos, a posição do Ministério Público Federal em seu parecer, no qual entendeu que tal qual foi desenvolvida, a fundamentação poderia ser aplicada indistintamente a qualquer acusado do crime de tráfico para justificar sua prisão cautelar, sendo de se ponderar que a quantidade de drogas apreendidas - 184g de maconha - embora razoável, não pode ser considerada tão expressiva a ponto de sustentar, por si só, a necessidade da segregação. 4. Recurso provido, para determinar a soltura do recorrente, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal (Brasil, 2017a).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, ao indeferir a ordem originária, teceu as seguintes considerações:

Com efeito, ao contrário do alegado, a decisão que decretou a segregação cautelar do paciente está apoiada na ordem constitucional vigente, porquanto apresenta suficiente análise dos pressupostos do art. 312 do CPP (prova da existência do crime, indícios suficientes de autoria e o *periculum libertatis*), este último representado pela necessidade de **garantia da ordem pública**. Oportuno frisar que a decisão faz referência concreta em dados extraídos dos autos no sentido de que a ordem pública deva ser preservada, que além de demonstrar os danos concretos que a conduta propaga no meio social, evidencia-se, ainda, através do termo de apresentação e apreensão de fl. 26, a quantidade de droga apreendida distribuído da seguinte forma: 24 (vinte e quatro) invólucros plásticos pequenos, contendo substância vegetal; 05 (cinco) invólucros de plástico grande, contendo maconha, 01 tablete de maconha e 63 saquinhos de picolé vazios. Portanto, o fundamento apresentado pelo magistrado para decretação do ergástulo provisório no sentido de garantir a ordem pública se consubstancia em dados concretos, eis que de fato o paciente dissemina drogas no Estado, causando diversos males na sociedade. É de se considerar o fato concreto público e notório (que dispensa prova) de que o tráfico de entorpecentes é portal e gênese da prática de outros crimes e diversos males à sociedade. Nesse desdobramento lógico, tem-se que o direito à liberdade individual do cidadão - representado pelo princípio de que não pode ser declarado culpado antes do trânsito em julgado de decisão penal condenatória - não pode se sobrepor à paz social, às garantias da coletividade e a sua segurança, restando, na hipótese dos autos, demonstrada a necessidade da prisão do paciente como garantia da ordem pública em razão de todos os males provenientes de suas condutas. Ademais, as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, no caso concreto, por evidente e pelo que acima foi dito, elas se mostram ineficazes, ensejando, portanto, a decretação da prisão preventiva. Dessa

forma, tenho que presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal (Brasil, 2017a - Grifo Nosso).

Nota-se que as decisões fazem referência, apenas, às ponderações sobre a gravidade abstrata do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, bem como relativas ao mal social decorrente de sua prática. Além disso, as decisões apontam a expressiva quantidade de drogas, o que não condiz com a realidade dos autos, nos quais se relata a apreensão apenas de 184g de maconha - quantidade que, embora razoável, não pode ser considerada tão expressiva a ponto de sustentar, por si só, a necessidade da segregação. Ressalte-se que a jurisprudência pátria posiciona-se no sentido da impossibilidade de se recolher alguém ao cárcere se inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

Na hipótese dos autos, contudo, depreende-se que as decisões não indicaram elementos concretos a justificar a segregação do recorrente.

Inicialmente, note-se que a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a imposição de custódia cautelar, porquanto o pleno do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, determinando a apreciação dos requisitos previstos no art. 312 do CPP, para que, se for o caso, seja decretada a segregação cautelar.

Nesse contexto, não se mostra suficiente para a segregação cautelar, no caso examinado, as ponderações do magistrado singular a respeito da gravidade abstrata do crime, bem como quanto aos seus “*efeitos nefastos para a sociedade*”, porquanto não foi apontado qualquer elemento relativo ao caso em exame capaz de embasar a necessidade de utilização da excepcional medida constritiva, o que se afigura inadmissível.

Em situação bastante similar à apresentada acima, o Tribunal de Justiça do Piauí, analisando um outro *habeas corpus*, impetrado já agora no ano de 2018 (Data de Julgamento: 16/05/2018), *Habeas Corpus* Nº 2018.0001.002797-6, sob a relatoria do eminente Desembargador Joaquim Dias de Santana Filho, componente da 2ª Câmara Especializada Criminal, denegou a ordem com a seguinte justificativa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PREVENTIVO. INOCORRÊNCIA. EXPRESSIVA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGAS. ORDEM DENEGADA. 1. Prisão preventiva decretada com fundamento na **ordem pública** em razão da quantidade e diversidade de droga apreendida (61,5 g de cocaína e 245,5g de crack), indica a gravidade concreta da conduta, notadamente em razão de seu alto poder destrutivo e viciante. 2. Não prospera a alegação de que a droga pertencia a terceiro, sendo a paciente apenas "mula" usada para transportar a droga apreendida, sendo isso irrelevante, posto que o crime de tráfico de drogas possui conteúdo múltiplo e alternativo, bastando a incidência em apenas uma das condutas nele enumeradas para configurar o tráfico de drogas. 3. Ordem denegada à unanimidade (Piauí, 2018a).

Com efeito, como é possível se depreender do simples confronto entre os julgados supra mencionados, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí costuma entender que a fundamentação da prisão preventiva pautada na periculosidade do crime, diversidade da droga apreendida e sua quantidade, a despeito, destes dois últimos elementos guardarem relação com a materialidade delitiva, é pautada em razões de ordem fática, em motivos concretos capazes de subsidiar o decreto de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, em flagrante contrariedade ao entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores.

Outra justificativa muito utilizada para embasar uma suposta existência de motivos concretos capazes de justificar a segregação cautelar do paciente diz respeito ao *modus operandi* escolhido pelo agente para a prática delitiva.

PROCESSO PENAL – *HABEAS CORPUS* – HOMICÍDIO SIMPLES – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO QUE NEGOU AO PACIENTE O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – INOCORRÊNCIA – DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – REGIME INICIAL SEMIABERTO – COMPATIBILIDADE ENTRE A PRISÃO CAUTELAR E O REGIME MENOS GRAVOSO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO – ORDEM DENEGADA – DECISÃO UNÂNIME. 1. In casu, a manutenção da prisão preventiva restou fundamentada na **garantia da ordem pública**, em razão da gravidade concreta do crime e periculosidade do paciente, demonstrada pelo *modus operandi*, uma vez que fora praticado mediante grave violência, configurada pelo "golpe de faca na região torácica do mesmo", acrescido do fato de que esteve preso durante toda a instrução e permanecem inalterados os motivos concretos que conduziram para a custódia cautelar, não havendo pois que se falar em ausência de fundamentação no decisorio; 2. Não há incompatibilidade entre a negativa do direito de recorrer em liberdade e o regime imposto, vez que a magistrada a quo já determinou que o paciente seja encaminhado imediatamente para estabelecimento adequado; 3. Ordem denegada, à unanimidade. (TJ-PI | Habeas Corpus Nº 2018.0001.002718-6 | Relator: Des. Pedro de Alcântara Macêdo | 1ª Câmara Especializada Criminal | Data de Julgamento: 11/04/2018) (Piauí, 2018b - Grifo Nosso).

No caso concreto que deu causa à impetração do *Habeas Corpus* Nº 2018.0001.002718-6, justificou-se a existência de fundamentação concreta na “*gravidade concreta do crime e periculosidade do paciente, demonstrada pelo modus operandi, uma vez que fora praticado mediante grave violência, configurada pelo “golpe de faca na região torácica do mesmo”, acrescido do fato de que esteve preso durante toda a instrução*”.

Ora, o *modus operandi*, ou seja, a maneira de agir do paciente na situação supracitada em nada justifica a manutenção de sua prisão preventiva, tendo em vista que praticou o crime de homicídio simples, conduta esta reconhecida pelo Tribunal do Júri. Ademais, o regime de cumprimento de pena estabelecido foi o semiaberto, regime mais favorável que o da prisão preventiva, equiparável ao fechado.

Entende-se que, neste caso específico, o *modus operandi* implementado pelo agente não transborda os limites da razoabilidade inerentes ao crime de homicídio. A violência é inerente ao crime, que foi, inclusive, perpetrado mediante a execução de apenas um golpe de faca. O *modus operandi*, assim, antes de justificar a manutenção da segregação cautelar do réu, deveria ter sido utilizado exatamente para o oposto, para subsidiar a concessão da ordem de *habeas corpus* impetrada em seu benefício.

Da análise das decisões acima, observa-se que a noção de fundamentação concreta é, ainda, muito fluida, dando a impressão de inexistência de parâmetros objetivos para a sua aferição.

A Suprema Corte tem censurado decisões que fundamentam a privação cautelar da liberdade no reconhecimento de fatos que se subsumem à própria descrição abstrata dos elementos que compõem a estrutura jurídica do tipo penal. Os elementos próprios à tipologia bem como as circunstâncias da prática delituosa não são suficientes para respaldar a prisão preventiva, sob pena de, em última análise, antecipar-se o cumprimento de pena ainda não imposta (Lima, 2017).

Além disso, a menção a uma necessidade de se garantir a ordem pública, utilizada recorrentemente nas fundamentações, em especial nas ementas supracitadas, leva a outra importante reflexão, qual seja: o que se entende por garantia da ordem pública?

Como já mencionado anteriormente, trata-se de um dos fundamentos dispostos

no art. 312 do CPP para decretação da prisão preventiva. Segundo Rosa (2006), esse termo padece de anemia semântica, fruto da falta de técnica do legislador brasileiro. A mencionada garantia da ordem pública é alvo de duras críticas por parte de doutrinadores mais garantistas.

Definindo os contornos da expressão, inclusive os ideológicos, Lopes Júnior e Rosa (2015) afirmam que é preciso que se tenha consciência de que a prisão preventiva para garantia da ordem pública nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, em que o nazismo se utiliza de autorização geral e aberta para legitimar prisões. Atualmente, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores que se utilizam dessas expressões indeterminadas e genéricas do Direito para fazer valer seus atos autoritários.

Contudo, apesar do conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico do art. 312, é fato que o ordenamento jurídico nem sempre fornecerá soluções ideais para realização da justiça. Roriz (2012) explica que o Direito não está pronto com sua mera positivação pelo Legislativo. O seu processo de formação é aperfeiçoado e concluído no seio de uma relação jurídica intersubjetiva, desenvolvida no âmbito da jurisdição.

Dessa forma, o ponto crucial extrapola os limites normativos. O caminho a trilhar, portanto, exige uma mudança do paradigma de encarceramento pelos juízes. Tal paradigma é capaz de subverter as garantias do direito de ir e vir do cidadão e da prisão preventiva como a *ultima ratio*. É capaz de afirmar a existência de fundamentação jurídica pautada em dados fáticos quando, na verdade, se estiver diante de uma motivação vazia e abstrata.

Dessa forma, com base nesse paradigma, apesar da existência de disposições legais determinando a não banalização do uso da prisão preventiva, o que se observa hodiernamente, na realidade brasileira da segunda década do século XXI é que a população carcerária aumenta exponencialmente a cada ano. Torna-se nítido, assim, que a norma não surtiu o efeito esperado, qual seja: a significativa redução de pessoas encarceradas

A população carcerária brasileira passou de 514.582, no ano de 2011, para mais

de 622.202, no ano de 2014, chegando em 726.712 em junho de 2016, com cerca de 40% de presos provisórios. Entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157% no Brasil. Em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes. Em junho de 2016, eram 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes. Ainda mais espanto é causado ao se observar que o Piauí lidera o ranking com 65,7% de presos provisórios (Brasil, 2017b).

Dessa forma, apesar da Lei nº 12.403/2011 ter ratificado a prisão como *ultima ratio* do sistema, aplicável tão somente quando se constatar a ineficiência concreta das medidas cautelares diversas da prisão, ainda predomina no país o paradigma punitivo da segurança da ordem em detrimento dos direitos do preso, criando uma polarização que situa de um lado a sociedade e de outro o acusado, o que sedimenta a base do direito penal do inimigo e contribui para a banalização da violenta mitigação do *status libertatis* da pessoa humana.

Nesse sentido, a ruptura de antigos paradigmas, além da adoção de uma postura constitucional de garantidor dos direitos fundamentais do preso, implica, também, na necessidade de se realizar a correta fundamentação de prisões preventivas, sempre demonstrando a concreta falência de todas as medidas cautelares alternativas à prisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dever de fundamentação das decisões judiciais configura verdadeiro pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito. A legitimação dos atos do Poder Judiciário, enquanto ator que exerce papel, na maioria das vezes, contramajoritário, e limitador de liberdades, perpassa, inexoravelmente, pelo dever constitucional de motivação das decisões judiciais.

Desde a criação do CNJ, no ano de 2004, através da Emenda Constitucional nº 45, é crescente a preocupação com o incremento de medidas capazes de frear o crescimento do número de presos provisórios no país.

A microreforma do Código de Processo Penal ocorrida no ano de 2011, através da Lei Federal nº 12.403, configurou importante medida, no campo legislativo, implementada para tentar materializar o objetivo de desencarceramento provisório.

Ocorre que os números coletados pelo CNJ, desde então, atestam exatamente o contrário. A população carcerária cresce em números quase que exponenciais, denotando, assim, o fracasso da utilização das prisões cautelares apenas como *ultima ratio*.

O fracasso mencionado, além de poder ser constatado através dos relatórios carcerários do CNJ, foi observado, dentro do contexto do Estado do Piauí, através da análise de dados implementada no presente trabalho.

A constatação apontada se agrava quando se percebe a existência de uma deturpação da *mens legis*, com o estabelecimento de entendimentos jurisprudenciais que flexibilizam os contornos do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, especialmente as que afetam, diretamente, o status libertatis de alguém. A deturpação é óbvia e manifesta.

A conclusão a que se chega, através do presente trabalho, é que o Brasil possui os mais avançados instrumentos processuais e legais para garantir a utilização da prisão preventiva apenas como medida extrema. Existe um verdadeiro microsistema composto

pelo dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais; pela necessidade de demonstração concreta dos rígidos pressupostos estabelecidos pelo art. 312, do CPP; e pela existência de diversas medidas cautelares que podem ser utilizadas, ainda que verificado o preenchimento dos pressupostos legais autorizadores da prisão preventiva.

A conclusão mencionada, entretanto, vem acompanhada da constatação de que todo o microsistema de garantias, supra mencionado, de nada serve quando operacionalizado à luz de um paradigma de encarceramento.

Com efeito, reitera-se que o presente tema, bem como a solução do mencionado problema, exige uma verdadeira e profunda mudança de paradigma. A implementação efetiva da *mens legis* estabelecida pela Lei nº 12.403/2011 deve vir permeada de novos valores e princípios, objetivando, também, incorporar em todos os seus atores o paradigma da presunção de inocência e da utilização da segregação cautelar como *ultima ratio*, postulados jurídicos basilares e constitucionalmente reconhecidos, mas que ainda não conformam, em sua máxima medida possível, a realidade brasileira e, em especial, a realidade piauiense.

É fato que a eficácia das medidas cautelares alternativas à prisão depende, também, da concretização do processo penal como um todo, para que não sejam vistas, perante a opinião pública, como medidas despenalizadoras e indicativas da fragilidade do sistema de justiça penal.

Nesse sentido, este estudo também leva a reflexão da possibilidade dos juízes e os desembargadores, por estarem mais próximos da sociedade, serem influenciados pelo clamor público e abalo social provocados pelo delito, forçando a decretação da prisão preventiva baseada em fundamentação abstrata, conforme foi exposto no capítulo anterior.

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. **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: 13/out/2018.

AZEVEDO, André Gomma de. Propostas para um estudo das prisões preventivas extraprocedimentais. In: SILVA, Marcelo Cardozo da. **Prisão em Flagrante e Prisão Preventiva**. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4º Região: Cadernos de Direito Penal, 2008.

BORGES, Filipi Marques. **Por que o stf “manda soltar”?** Como chegam e como são tratados os decretos de prisão preventiva afastados pelo Supremo Tribunal Federal? 2009. 74f. Monografia (Especialização em Direito Público) – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo. 2009.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Senado, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 12/out/2018.

_____. **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/out/2018.

_____. **Lei nº 12.403**, de 4 de maio de 2011. 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. Brasília, DF, 2011.

_____. **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12/out/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 82494 / PI**, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em 01/06/2017. DJe 09/06/2017. 2017a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73135006&num_registro=201700685830&data=20170609&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 15/out/2018.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN. Atualização – junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017b.

_____. **Jurisprudência em Teses**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2032:%20PRIS%C3O%20PREVENTIVA>>. Acesso em: 12/out/2018.

CARDOSO, Oscar Valente. O Aspecto Quádruplo da Motivação das Decisões Judiciais: Princípio, Dever, Direito e Garantia. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**. n. 111, jun. 2012.

DIMOULIS, Dimitri. **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Crise de identidade da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva. Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>>. Acesso em: 14/out/2018.

MENDES, Dorkas Brandão. **O novo processo penal cautelar**: alterações trazidas pela Lei 12.403/11. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 25 out. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50345>>. Acesso em: 15/out/2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PIAUÍ. Tribunal de Justiça do Piauí. **HC 2018.0001.002797-6**, Rel. Desembargador Joaquim Dias de Santana Filho, 2ª Câmara Especializada Criminal, julgado em 16/05/2018. 2018b. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/home/jurisprudencia/buscar/pc;>>. Acesso em: 16/out/2018.

_____. Tribunal de Justiça do Piauí. **HC 2018.0001.002718-6**, Rel. Desembargador Pedro de Alcântara Macêdo, 1ª Câmara Especializada Criminal, julgado em 11/04/2018. 2018c. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/home/jurisprudencia/buscar/pc;>>. Acesso em: 16/out/2018.

REGO, Frederico Montedonio. A dimensão democrática do dever de motivação das decisões judiciais: o novo código de processo civil como concretização da constituição de 1988. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 14, n. 18, p.177-206, jan./jun. 2016.

RORIZ, Rodrigo Matos. Poder e sociedade: uma perspectiva do processo judicial. **Revista Jus Navigandi**, ano 17, n. 3461, Teresina, 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23286>>. Acesso em: 16/out/2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

VALE, Guilherme Santana do. **Prisão preventiva e sua fundamentação**: uma análise crítica das decisões tomadas no processo 2013.01.1.136878-4. 2014. 72f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília, 2014.

Sobre a Autora

Laís Carvalho de Sá

Servidora pública da Fundação Municipal de Teresina-PI. Especialista em Direito Constitucional e Direito Administrativo. Aprovada e convocada no concurso do Hospital Universitário do Piauí e aprovada no concurso do Tribunal de Justiça do Piauí (analista administrativo).

Índice Remissivo

A

artigo 8, 11, 13, 14, 15, 16, 20, 21, 25, 34
autoridade judiciária 8, 15, 18

B

bens jurídicos 14

C

constitucional 7, 8, 9, 11, 12, 26, 31, 32, 33, 34

D

decisão 7, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 22, 25, 26
decisão judicial 8, 12, 14
decisões 7, 9, 11, 12, 13, 22, 23, 24, 25, 27, 29, 32, 33, 35
decretação 7, 8, 9, 10, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 26, 30, 33
decreto 9, 23, 24, 25, 26, 28
defesa 7, 9, 13, 22
dever 7, 9, 11, 12, 32, 33, 35
dever constitucional 7, 9, 32, 33
direito 7, 8, 9, 11, 14, 15, 16, 21, 26, 28, 30, 31, 34, 35
direitos 8, 9, 31

F

fundamentação 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35
fundamentação jurídica 7, 30
fundamentações 29
fundamento 16, 17, 26, 27, 28, 35
fundamentos legais 16

G

garantias constitucionais 13

H

habeas corpus 7, 9, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 29

I

instituições públicas 17
institutos jurídicos 21

J

juiz 7, 9, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20
juízes 9, 30, 33
julgado 13, 15, 16, 25, 26, 34, 35
julgador 8, 11, 12, 13, 14, 15
jurídico 8, 9, 11, 14, 15, 18, 30
jurisdição 12, 30
jurisprudência 13, 14, 17, 21, 27, 28
justiça 7, 9, 12, 17, 18, 22, 30, 33

L

legislação 8, 11, 18, 27
legislador 18, 30
legitimação 17, 32
lei 8, 12, 17, 18
liberdade 7, 8, 9, 14, 15, 16, 18, 19, 21, 26, 27, 28, 29,
34

M

medidas cautelares 18, 19, 20, 26, 31, 33, 34

N

norma 9, 11, 12, 30

O

ordem 7, 8, 12, 14, 16, 17, 18, 19, 26, 27, 28, 29, 30,
31, 35

P

pena 11, 15, 16, 17, 18, 29
persecução penal 15
poderes públicos 17
poder judiciário 17

política 11, 17
população carcerária 30, 32
princípio constitucional 11
prisão 7, 8, 9, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25,
26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35
processo 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 30, 33, 34,
35
processos judiciais 11
processual 8, 12, 14, 15, 18, 19, 27, 34, 35

R

razões 9, 11, 12, 13, 28
réu 17, 19, 29

S

sanção 14
sentença 9, 12, 14, 15, 16
sistema 5
súmula 9, 14

T

tese 7, 9, 14, 22, 23, 24, 25
tribunal 9



AYA EDITORA

2024