

PRISÃO PREVENTIVA E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Mônica Bragaglia¹
Marcos Eduardo Faes Eberhardt²

RESUMO

Este artigo apresenta os resultados e as problematizações sobre a questão da fundamentação das decisões judiciais que decretam ou mantem a prisão preventiva. Sua construção decorre de uma pesquisa exploratória, documental e de natureza quanti-qualitativa. Nessa perspectiva, a pesquisa teve como problema a seguinte indagação: Como vem sendo julgadas, nos acórdãos de Habeas Corpus, as teses defensivas associadas à fundamentação das decisões judiciais que decretam ou mantem a prisão preventiva nas ações penais em curso no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no período compreendido entre janeiro e junho de 2021? O objetivo foi identificar, nos acórdãos prolatados, os aspectos presentes em relação à teses defensivas expressas em Habeas Corpus que exerciam a garantia constitucional de obter uma nova apreciação da decisão judicial que decretou ou manteve a prisão preventiva. A realidade constatada, mesmo que de forma exploratória, demarca aspectos instigantes e demandatários de mudanças nas esferas de atuação judiciária e formativa no campo do Direito, em especial, no Direito Penal.

Palavras-chave: Prisão preventiva; fundamentação; decisões judiciais.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo busca apresentar os resultados decorrentes de uma pesquisa sobre a fundamentação das decisões judiciais de decretação ou manutenção da prisão preventiva. A pesquisa partiu do seguinte problema: Como vem sendo julgadas, nos acórdãos de Habeas Corpus, as teses defensivas associadas à fundamentação das decisões judiciais que decretam ou mantem a prisão preventiva nas ações penais em curso no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no período compreendido entre janeiro e junho de 2021?

O objetivo central da pesquisa foi identificar, nos acórdãos prolatados, os aspectos presentes em relação à teses defensivas expressas em Habeas Corpus que exerciam a garantia constitucional de obter uma nova apreciação da decisão judicial que decretou ou manteve a prisão preventiva. O foco de análise foi o enfrentamento das teses que, especificamente, se referiam a fundamentação da decisão prolatada pelo juízo *a quo*.

¹ Graduanda da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: monica.bragaglia.monica@gmail.com

² Orientador: Professor da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: marcos.eberhardt@pucrs.br

Para início da abordagem reflexiva desenvolvida nesta pesquisa, vale lembrar que a liberdade é um direito fundamental previsto na Constituição da República Federativa do Brasil. Por esta razão, a ela estão legalmente normatizadas garantias e também pressupostos e requisitos para, se preciso for, ocorrer seu cerceamento. A decisão de segregação do sujeito é uma decisão judicial. Em outros termos, o cerceamento da liberdade, por condenação ou medida cautelar, só é permitido por determinação do poder estatal. No caso, o Poder Judiciário.

A prisão preventiva, como medida cautelar, é decretada ou mantida pela decisão judicial prolatada pelos representantes do Estado no Poder Judiciário, os juízes. Tal decisão judicial, assim como todas as decisões judiciais, deve, dentre outras exigências, ser fundamentada.

Essa cadeia de raciocínio e de exigências associadas aos procedimentos que envolvem a prisão preventiva, decorre, inegavelmente, de avanços e conquistas adjacentes a consolidação de um Estado Democrático de Direito. A concepção da liberdade como direito fundamental de todos cidadãos e todas cidadãs está declarada na Carta Magna. Do diploma constitucional decorrem outros que, normativamente, seguem os princípios ditados constitucionalmente e buscam, no campo do Direito Penal, consolidar um sistema processual que busca, ao menos oficialmente, desenvolver práticas processuais não inquisitórias.

O paradoxo reside no fato que, os agentes que exercem os preceitos do direito e, na área penal, que exercem o poder punitivo do Estado, mesmo sob a égide de princípios e pressupostos democráticos, guardam em si as marcas de uma função punitiva pautada nas características e valores distantes de preceitos democráticos, isto é, as marcas históricas de um momento onde a punição centrava-se totalmente nas mãos do Estado.

O desafio parece ser encontrar caminhos e exercer ações, nas diferentes esferas estatais mas aqui em especial na esfera do Poder Judiciário, onde a principiologia e as normativas de um Estado Democrático de Direito ultrapassem o discurso e alcancem as práticas.

Pensar tal necessidade no campo da prisão preventiva requer que a decisão judicial que decreta ou mantém tal medida cautelar, expresse em sua narrativa a presença adequada do que está disposto como exigência legal. Em especial, por escolha desta pesquisa, a fundamentação da decisão.

Em termos metodológicos, cabe destacar alguns aspectos que orientaram o percurso desenvolvido nessa pesquisa. Tendo em vista o tempo destinado a realização da pesquisa, a apresentação da análise dos dados (quatro meses) e, principalmente, a vinculação recente ao tema pesquisado, optou-se por realizar um estudo que pudesse manter o rigor metodológico e, ao mesmo tempo, viabilizar o aprofundamento acerca do conhecimento sobre o tema em questão. Dessa maneira, a pesquisa realizada se constituiu como uma pesquisa exploratória, documental e de natureza quanti-qualitativa.

A pesquisa foi exploratória tendo em vista ter buscado aprofundar e aprimorar o conhecimento sobre o fenômeno pesquisado identificando suas tendências e perspectivas. Segundo GIL as pesquisas exploratórias “tem como principal finalidade desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias, tendo em vista, a formulação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para estudos posteriores”³.

³ GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 43.

Em termos de delineamento, tem-se uma pesquisa documental. Importa destacar que, apesar de similar à pesquisa bibliográfica, a pesquisa documental se diferencia, essencialmente, na natureza das fontes de coleta dos dados.

Enquanto a pesquisa bibliográfica se utiliza fundamentalmente das contribuições de diversos autores sobre determinado assunto, a pesquisa documental vale-se de materiais que não receberam ainda tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com o objetivo da pesquisa⁴.

Na pesquisa realizada, a fonte documental dos dados coletados foi a totalidade dos acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em resposta à Habeas Corpus julgados no período delimitado entre 01 de janeiro de 2021 à 30 de junho de 2021. Para melhor definição do universo de pesquisa, buscou-se, no sítio do referido órgão, jurisprudência de Habeas Corpus com os termos de pesquisa “prisão preventiva” e “artigo 315”.

O período escolhido para identificação das fontes de pesquisa foi o primeiro semestre após o primeiro ano de vigência da alteração do Código de Processo Penal, com a redação alterada pela Lei 13.964/2019. A escolha pautou-se pela incidência das alterações decorrentes dessa lei nas questões referentes à fundamentação das decisões judiciais.

No referido período foram encontrados 175 (cento e setenta e cinco) acórdãos. Neles, realizou-se um levantamento identificando quais foram impetrados tendo como uma das teses defensivas a “fundamentação da decisão de decretação ou manutenção da prisão preventiva” do paciente. Após o levantamento e a categorização das teses encontradas, identificaram-se 68 (sessenta e oito) acórdãos cujos Habeas Corpus versavam sobre a tese defensiva pesquisada.

Considerando-se os 68 (sessenta e oito) acórdãos como o universo de pesquisa utilizou-se um amostra probabilística sistemática para escolha dos acórdãos a serem manipulados na pesquisa. Assim, estabeleceu-se uma amostra de 30% para nova categorização e, então, problematização entre os parâmetros teóricos e de realidade encontrados. O intervalo de seleção para identificação da amostra, iniciando pelo primeiro acórdão em data de julgamento decrescente, foi de dois acórdãos em linha sequencial de escolha. O estudo, nesta delimitação, debruçou-se finalmente sobre 20 (vinte) acórdãos.

A forma de mapeamento, categorização e reflexão sobre os dados coletados caracterizam a natureza quanti-qualitativa na pesquisa. Trabalhou-se com aspectos quantificáveis porém, inclusive pela proposta da pesquisa exploratória, teceram-se problematizações e reflexões analíticas que imprimiram o aspecto qualitativo do estudo.

2 PRISÃO PREVENTIVA E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS – RETÓRICA

2.1 PRISÃO PREVENTIVA: HISTORICIDADE E ASPECTOS CONCEITUAIS

A prisão preventiva, regulamentada primeiramente no Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 (Decreto-Lei 3.689/1941), tomou novo sentido a partir da Constituição da República Federativa do Brasil e dos princípios próprios ao Estado

⁴ GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 66.

Democrático de Direito oficialmente instalado com a promulgação da referida Carta Magna em 1988.

Não se tem como objetivo nesta pesquisa o aprofundamento da trajetória histórica das prisões e suas regulamentações. Contudo, alguns acontecimentos que foram determinantes na trajetória deste instituto merecem destaque e registro inclusive para fins de identificação das marcas deixadas pelos mesmos no estado atual que caracteriza a retórica e a realidade das prisões preventivas.

Nas origens de sua regulamentação, a prisão, em especial a preventiva que interessa diretamente nesta pesquisa, caracterizou-se pela ampliação de sua admissibilidade. Segundo YAROCHEWSKY, na Exposição de Motivos da Lei Francisco Campos, a prisão preventiva, com o Código de Processo Penal:

desprende-se dos limites estreitos até agora traçados à sua admissibilidade (...). Tratando-se de crime a que seja cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva será obrigatória, dispensando outro requisito além da prova indiciária contra o acusado⁵.

Em decorrência de inúmeras críticas e injustiças consequentes de tal regulamentação, sobreveio a Lei 5.349/1967 que revogou o artigo 312 do Código de Processo Penal. Com isso, segundo YAROCHEWSKY, para que a prisão preventiva fosse decretada tornou-se indispensável “além de prova do crime e de suficiente indício de autoria, a demonstração da necessidade da medida excepcional para a garantia da ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei”⁶. Por consequência, a hipótese de prisão preventiva obrigatória foi extinta.

Em 1973, mais especificamente em 22 de novembro foi promulgada a Lei 5.941, conhecida como Lei Fleury. Ainda de acordo com YAROCHEWSKY, a referida lei alterou diretamente os artigos relativos a competência do Tribunal do Júri regulamentando que o réu, quando primário e com bons antecedentes, teria direito de responder em liberdade.

Apesar deste avanço importante o efeito oposto também tomou proporções inesperadas. Com a alteração do artigo 594 do Código de Processo Penal, “passou-se a presumir, *iuris et de iure*, que era desnecessária a prisão dos réus primários de bons antecedentes depois de condenados por sentença, não transitada em julgado.”⁷ Porém, ao mesmo tempo,

continuou-se presumindo-se, *iuris et de iure*, de que a prisão era necessária para o réu ou indiciado, nas mesmas condições, desde que preso em flagrante por crime apenado com reclusão – contra

⁵ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Prisão preventiva: do Decreto – Lei 3689, de 3 de outubro de 1941 aos dias atuais**. 2017. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/prisao-preventiva-do-decreto-lei-3-689-de-3-de-outubro-de-1941-aos-dias-atuais-1508156296> Acesso em: 06/11/2021.

⁶ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Prisão preventiva: do Decreto – Lei 3689, de 3 de outubro de 1941 aos dias atuais**. 2017. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/prisao-preventiva-do-decreto-lei-3-689-de-3-de-outubro-de-1941-aos-dias-atuais-1508156296> Acesso em: 06/11/2021.

⁷ BATISTA (1985) *apud* YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Prisão preventiva: do Decreto – Lei 3689, de 3 de outubro de 1941 aos dias atuais**. 2017. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/prisao-preventiva-do-decreto-lei-3-689-de-3-de-outubro-de-1941-aos-dias-atuais-1508156296> Acesso em: 06/11/2021.

aquele que embora não condenado houvesse a probabilidade de condenação.⁸

Em decorrência de tal situação, a Lei 6.416 de 1977 trouxe nova alteração no Código de Processo Penal em seu artigo 310, restando a seguinte redação:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.⁹

Entretanto, abreviando-se os detalhamentos históricos, importa destacar que tal redação ainda sofreu alterações posteriores pela Lei 12.403/2011 e pela Lei 13.964/2019, conhecida esta última como “Pacote Anticrime”. Essas duas leis emergiram em um contexto societário diferenciado.

Em 1988, promulgou-se a Constituição da República Federativa do Brasil e, com ela, buscou-se instaurar, em termos legais e políticos um sistema de sociedade caracterizado pelo Estado Democrático de Direito. Tal promulgação trouxe princípios diferenciados que passaram a orientar o cenário normatizado pelo referido diploma constitucional. Com tais princípios e dispositivos legais, uma série de alterações normativas e jurisprudenciais passaram a ganhar espaço.

Nesse processo, em 2011, conforme referido anteriormente, a Lei 12.403, foi promulgada. Conhecida como “Lei das Cautelares” introduziu outras medidas cautelares além da prisão que, passou a ser reconhecida e sustentada legalmente como a medida cautelar de máxima excepcionalidade. Dito de outro modo, sua aplicabilidade ocorrerá somente quando não for cabível nenhuma das demais medidas cautelares inseridas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Esta breve retomada da historicidade que atinge o instituto da prisão preventiva, permite trazer à memória os acontecimentos que incidiram e que marcaram a retórica da prisão preventiva. Além disso, é igualmente importante destacar pressupostos, princípios e questões conceituais sobre tal instituto.

O rigor associado a imposição da prisão preventiva como medida cautelar pautada na excepcionalidade sustenta-se na determinação constitucional da liberdade como direito e garantia a ser respeitada.

Nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), vários são os direitos e garantias constitucionais que dispõem sobre a liberdade. O artigo 5º, caput, refere que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, a igualdade, à segurança e à

⁸ YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Prisão preventiva: do Decreto – Lei 3689, de 3 de outubro de 1941 aos dias atuais**. 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/prisao-preventiva-do-decreto-lei-3-689-de-3-de-outubro-de-1941-aos-dias-atuais-1508156296> Acesso em: 06/11/2021.

⁹ BRASIL. **Lei 6.416, de 24 de maio de 1977**. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6416.htm Acesso em: 29 nov. 2021.

propriedade”. Como se observa, explicita-se, logo de início, no texto constitucional o direito e a garantia fundamental à liberdade.

Nessa perspectiva, segue o texto constitucional em outros incisos do artigo supra referido, destacando que a privação da liberdade somente ocorrerá após o devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, CRFB) e este, além da exigência de razoável duração (artigo 5º, inciso LXXVIII, CRFB), deverá assegurar, no caso, ao acusado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (artigo 5º, inciso LV, CRFB).

Esses preceitos, na área penal, são orientados por princípios e regramentos específicos. No que se refere a princípios do sistema processual, tem-se, na origem, os Princípios Inquisitório e Dispositivo. Tais princípios orientam, respectivamente, um sistema processual penal inquisitório e um sistema processual penal acusatório.

De um modo geral, tem-se como característica central diferenciadora o fato de que, num sistema processual penal inquisitório, a gestão das provas concentra-se nas mãos do órgão julgador, em especial, o juiz; já no sistema processual penal acusatório tem-se a gestão das provas nas mãos das partes.

Evidente que não existe princípio misto mas é possível um sistema processual penal misto, que é o caso do sistema processual penal brasileiro. Isso porque, “ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.”¹⁰ No caso do sistema processual brasileiro, a gestão da prova está nas mãos das partes na fase processual porém, nas mãos do representante estatal (a polícia, no caso) na fase pré-processual. Tem-se então um sistema processual penal misto acusatório.

Nesse sistema, a prisão cautelar é um dos institutos que guardam em si a complexidade das origens punitivas da sociedade. Nas últimas décadas, com a promulgação da Carta Magna, passos significativos foram dados na busca de rupturas com concepções punitivas inquisitórias e na busca de instaurar garantias e exigências para que a prisão preventiva não se configurasse como um instrumento punitivo inquisitório.

Nessa perspectiva, estão normatizados requisitos e pressupostos que devem ser rigorosamente respeitados sob pena da coação tornar-se ilegal. De forma geral e preliminar, a segregação só poderá ocorrer mediante condenação, decorrente do devido processo legal, ou mediante a excepcionalidade da aplicação de medida cautelar de prisão preventiva.

Em ambos os casos o cerceamento da liberdade ocorrerá exclusivamente por decisão judicial expressa em sentença condenatória de privação de liberdade ou em decretação ou manutenção de prisão preventiva. Tais decisões, como já dito, devem seguir o regramento previsto nos diplomas constitucional e infraconstitucionais.

Vários são os princípios que incidem na área processual penal. Entretanto, não é o foco nessa pesquisa nem a proposta nesse artigo detalhar o significado de cada um desses princípios. Contudo, é interessante, antes de abordar o regramento legal, destacar os princípios que atingem mais diretamente as prisões cautelares e, como espécie delas, a prisão preventiva destacando a função dos mesmos frente a este instituto.

¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998, p. 167.

Dialogando com LOPES JÚNIOR¹¹, tem-se que os princípios são os elementos que permitem que a garantia da presunção da inocência seja resguardada nos casos de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado. De acordo com o autor, a principiologia das prisões cautelares é constituída pelos princípios da jurisdicionalidade e da fundamentação; do contraditório; da provisionalidade; da provisoriedade; da excepcionalidade e, ainda, o princípio da proporcionalidade.

Em termos de parâmetros legais da prisão preventiva, o artigo 312, *caput* do Código de Processo Penal refere que:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.¹²

Indispensável, antes de detalhar melhor o disposto no supra referido artigo, considerar as ponderações de LOPES JÚNIOR sobre expressões contidas no supra citado artigo. Para o autor, “a Lei n. 12.403/2011 e a posterior 13.964/2019 não evoluíram – como esperado – a ponto de afastar definitivamente os conceitos jurídicos abertos e indeterminados de “ordem pública” e “ordem econômica”¹³

Observe-se que “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal” são expressões que tratam de situações fáticas, não cumulativas e que caracterizam o perigo do estado de liberdade do indiciado, acusado ou réu, perigo este comumente designado como *periculum libertatis*.

A expressão “garantia da ordem pública”, para LOPES JÚNIOR, comporta vagueza e abertura a tal ponto que, na realidade, acaba sendo frequentemente utilizada como um dos fundamentos nas decisões judiciais. Porém, seu verdadeiro sentido é obscuro e não comporta um objetividade e parâmetros de entendimento.

Nessa linha, é recorrente a definição de risco para a ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que, se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade.¹⁴

A expressão, “garantia da ordem econômica”, segundo o referido autor, foi uma expressão inserida por força da Lei 8.884/1994. Apesar de ter rara utilização como fundamento das decisões judiciais, a finalidade da inserção de tal expressão está voltada para

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

¹² BRASIL. **Decreto-Lei 3689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 29 nov. 2021.

¹³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 40.

¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 40.

o fim de tutelar o risco decorrente daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores.¹⁵

“Conveniência da instrução criminal” é a outra expressão contida no artigo 312 do Código de Processo Penal como requisito autorizador da prisão preventiva. Seu significado está voltado para o fato de que a prisão preventiva poderá ser aplicada

quando houver risco efetivo para a instrução, ou seja, “conveniência” é um termo aberto e relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva, pautada pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo, portanto, um último instrumento a ser utilizado.¹⁶

Por fim, assegurar a “aplicação da lei penal” refere-se a necessidade de que, em caso de sentença condenatória, o réu esteja a ‘disposição’ para o cumprimento da lei. Para LOPES JÚNIOR,

O risco de fuga representa uma tutela tipicamente cautelar, pois busca resguardar a eficácia da sentença (e, portanto, do próprio processo). O risco de fuga não pode ser presumido; tem de estar fundado em circunstâncias concretas.

Não basta invocar a gravidade do delito ou a situação social favorável do réu. É importante o julgador controlar a “projeção” (mecanismo de defesa do ego) para evitar decisões descoladas da realidade fática e atentar para o que realmente está demonstrado nos autos.¹⁷

Ainda, os indícios de autoria e materialidade necessitam ser suficientes e concretos e também a eles deve a fundamentação da decisão judicial argumentar. “Deve o juiz demonstrar, com base na prova trazida aos autos, a probabilidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.”¹⁸ Ademais, não se pode esquecer da necessária atualidade do perigo.

Para que uma prisão preventiva seja decretada, é necessário que o *periculum libertatis* seja atual, presente, não passado e tampouco futuro e incerto. A “atualidade do perigo” é elemento fundante da natureza cautelar. Prisão preventiva é “situacional” (provisional), ou seja, tutela uma situação fática presente, um risco atual.¹⁹

Estes parâmetros tornam a prisão preventiva legal, mas não basta na decisão judicial que eles estejam referenciados. Decisão fundamentada não é somente citar

¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 40.

¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 40.

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 41.

¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 41.

¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 41.

dispositivos legais. A fundamentação é um dever constitucional. De acordo com ATIENZA apud FEDATO & KAZMIERCZAK:

‘O Estado constitucional pressupõe assim um desenvolvimento no que tange à tarefa justificativa dos órgãos públicos e, portanto, uma maior exigência de argumentação jurídica [...] o ideal do Estado constitucional (o culminar do Estado de Direito) pressupõe a subordinação completa do poder ao Direito e à razão: a força da razão, frente à razão da força. Parece por isso bastante lógico que a evolução do Estado constitucional tenha sido acompanhada de um incremento quantitativo e qualitativo de exigência de fundamentação das decisões dos órgãos públicos.’²⁰

Dessa maneira, parece ser importante esclarecer o que se entende por decisão fundamentada nesta pesquisa. Elucidar o que caracteriza e o que descaracteriza uma fundamentação na decisão judicial que decreta ou mantém a prisão preventiva, parece ser imprescindível pois coloca os parâmetros de coleta análise dos dados da pesquisa realizada. Passa-se, então, a abordagem sobre tal categoria teórica.

2.2 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: PRINCÍPIOS E ASPECTOS CONCEITUAIS

Dentre os diversos princípios e regramentos em torno da prisão preventiva, o dever de fundamentação das decisões judiciais é o destaque nessa pesquisa. Retomando, para fins de alinhar o ponto de reflexão neste momento, a prisão preventiva tem como ato de decretação ou manutenção, a decisão judicial. Mais que isso, ela só pode acontecer com ordem judicial fundamentada.

O Princípio da Fundamentação está materializado no artigo 315, alterado no Código de Processo Penal com a Lei 13.964/2019. Assim, a fundamentação das decisões judiciais que decretam ou mantêm as prisões preventivas, é exigência principiológica e legal.

Esse dever relacionado a decisão judicial está previsto desde o texto constitucional. No artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil, está claramente expresso que:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;²¹

Importante destacar a veemência associada a tal previsão: todas as decisões deverão ser fundamentadas sob pena de nulidade. A importante relevância dessa

²⁰ ATIENZA (2004) apud FEDATO, Matheus Arcangelo & KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Prisão cautelar, argumentação e proporcionalidade: uma proposta para a fundamentação das decisões judiciais. In **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. v. 6. n. 1. p. 483-514, 2020, p. 500.

²¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 06 nov. 2021.

previsão expressa-se em recente decisão prolatada pelo Supremo Tribunal de Justiça, na representação da Ministra Laurita Vaz, que anulou a prisão preventiva decretada pelo juízo *a quo* em decorrência de considerar inidônea a fundamentação. De acordo com a decisão prolatada pela Ministra Laurita Vaz:

A decisão que impôs a prisão preventiva, com base em requisitos genéricos e abstratos, além de desprezar o dever de fundamentação, incide no vício previsto no art. 564, inciso V, do Código de Processo Penal, o qual sanciona a decisão carente de fundamentação com a nulidade.²²

Ao texto constitucional agregam-se textos infraconstitucionais. Destacam-se especialmente os regramentos do Código de Processo Penal com as alterações das Leis 11.403/2011 e 13.964/2019. No que tange as medidas cautelares, interessante destacar que o Título IX - Da Prisão, Das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória, é inaugurado com o artigo 282 que, em seu § 3º já menciona a necessária fundamentação da decisão judicial na aplicação das medidas cautelares, inclusa, portanto, a prisão.

Inclusive, em caso de não ser cabível nenhuma outra medida cautelar e restar a necessidade da prisão, deverá a decisão judicial fundamentar o não cabimento das demais. Observe o regramento do artigo 282, § 6º do Código de Processo Penal:

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.²³

O Capítulo III do título supra citado, que se refere exclusivamente à prisão preventiva, dispõe no artigo 312, § 2º que: “A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.”²⁴

Além dos regramentos contidos no referido capítulo do Código de Processo Penal detalhando os elementos que permitem ou impedem a prisão preventiva, novamente a questão da fundamentação da decisão judicial ganha destaque no artigo 315. Pela sua relevância e relação direta com o foco da presente pesquisa, cabe transcrevê-lo na íntegra:

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

²² BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 690314/SP**. Habeas Corpus. Processual Penal. Roubo majorado. Prisão preventiva fundamentada na reiteração delitiva. [...] Impetrante: Guilherme Gilbertoni Anselmo e outro Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado em 30/08/2021. DJe em 01/09/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> Acesso em: 29 nov. 2021.

²³ BRASIL. **Decreto-Lei 3689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 29 nov. 2021.

²⁴ BRASIL. **Decreto-Lei 3689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 29 nov. 2021.

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

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

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

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

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

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

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

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.²⁵

Observe-se que a lei processual penal buscou em suas últimas alterações, apesar das críticas idôneas e necessárias sobre elas, explicitar em termos legais o que está contido no Princípio da Fundamentação e detalhar o contido na previsão constitucional expressa no artigo 93, inciso IX.

O dever e o requisito de fundamentação das decisões judiciais é atualmente inequívoco. Não há o que se duvidar em relação a tal exigência legal. Ela está expressa nos diplomas constitucional e infraconstitucional. Sem margem à discussão ou dúvidas sobre a sua exigência sob pena de nulidade do ato processual a ela vinculado.

Entretanto, apesar do texto legal processual penal discriminar o que não basta para que a decisão seja considerada “fundamentada” e, ainda, diferenciar motivação e fundamentação, parece que há muito a ser construído na perspectiva de delinear indicadores que devam estar contidos nas decisões para que sejam consideradas idôneas. Nesse sentido, esse espectro de concepção fica nas mãos dos julgadores, quais sejam: juízes e desembargadores e ministros.

Tal discricionariedade ou decisionismo judicial, como também costuma ser chamada tal situação, é foco permanente de algumas doutrinas que se debruçam em problematizar a situação e, dessa maneira, denunciam a explícita necessidade de que a comunidade jurídica possa com mais afinco pensar alternativas de superação.

Nesta pesquisa, o foco, como já dito anteriormente, é justamente a incidência dessa permeabilidade em relação ao que define fundamentação, em especial, quando as decisões judiciais a ela relacionadas destinam-se ao decretar ou manter uma situação de segregação do réu através da prisão preventiva.

Nessa perspectiva, tem-se uma importante contribuição de KHALED JÚNIOR ao discutir o “livre convencimento motivado”. O autor inaugura uma de suas

²⁵ BRASIL. **Decreto-Lei 3689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 29 nov. 2021.

reflexões sobre o tema com a seguinte narrativa sobre o processo e as decisões judiciais a ele associadas: “[...] quem dá forma a ele é o juiz e o poder de manipulação é aparentemente ilimitado. Basta eleger o fim pretendido e fazer do processo uma cruzada cujo resultado já é visivelmente antecipado.”²⁶

Esse parece entre tantos outros ser um dos pontos nevrálgicos da discussão: eleição do fim pretendido. A fundamentação, neste sentido, assume lugar de justificar o decidido e a narrativa que expressa a decisão se torna a escrita de tal justificação. Em seu texto, o supra referido autor faz uma reflexão dos diferentes sentidos que a valoração da prova pelo julgador. Apesar de extremamente relevante, a valoração da prova não é o foco desta pesquisa, no entanto, se faz imprescindível compartilhar as considerações feitas pelo autor em decorrência de tais reflexões.

KHALED JÚNIOR, recorrendo a um caso verídico de repercussão nacional, exemplifica justamente sua crítica em relação ao decisionismo que tem pautado e conformado as fundamentações das decisões judiciais. No caso em tela, interessa o destaque interpretativo do autor:

Ele simplesmente faz uma inversão ideológica que coloca o acusado na insustentável posição de provar que é inocente, “acima de qualquer dúvida”. A presunção é nitidamente de culpabilidade e ela será inexoravelmente consolidada, já que o “livre convencimento” já está formado desde o princípio: o processo é uma marcha gradual rumo à condenação.²⁷

Percebe-se, na linha de pensamento perseguida por KHALED JÚNIOR, que a narrativa da fundamentação das decisões judiciais materializa o que está definido antes mesmo da escrita. É da natureza da escrita narrativa que, em alguma medida, esse seja o percurso. Entretanto, a questão paradoxal desse processo parece ser a construção da fundamentação da decisão.

Nesse aspecto, diferentemente, mas sem negar a posição de KHALED JÚNIOR, supõe-se que a construção anterior da fundamentação da decisão judicial, que dará forma à escrita narrativa da mesma, tem sido feita sem que os julgadores sequer percebam-se do processo hermenêutico que os conduz. KHALED JÚNIOR destaca que:

Uma vez que é um ato de criação, a narrativa decisória pode ser deliberadamente construída para constituir-se em um relato autônomo em seu significado, referenciando a si próprio constantemente de forma circular até constituir-se em uma argumentação, que quando muito bem feita é – quase – indestrutível. Para municiar essa intenção, pode tomar empréstimos da doutrina, da jurisprudência e do próprio direito positivado, o que lhe dá a aparência de uma produção coletiva.²⁸

²⁶ KHALED JÚNIOR, Salah H. Livre convencimento motivado: o império do decisionismo no Direito. In: MORATO, Gil. **Pelos corredores da Faculdade de Direito: por mais ciência e menos doutrina**. v.3. ed.1. São Paulo: Editora D’Plácido. p. 289-315, 2017, p. 289.

²⁷ KHALED JÚNIOR, Salah H. Livre convencimento motivado: o império do decisionismo no Direito. In: MORATO, Gil. **Pelos corredores da Faculdade de Direito: por mais ciência e menos doutrina**. v.3. ed.1. São Paulo: Editora D’Plácido. p. 289-315, 2017, p. 304.

²⁸ KHALED JÚNIOR, Salah H. Livre convencimento motivado: o império do decisionismo no Direito. In: MORATO, Gil. **Pelos corredores da Faculdade de Direito: por mais ciência e menos doutrina**. v.3. ed.1. São Paulo: Editora D’Plácido. p. 289-315, 2017, p. 310.

Sim, a construção da narrativa decisória pode ser deliberada. Contudo, acredita-se que tal deliberação decorre de uma construção hermenêutica conformada num *habitus*²⁹ *jurídico*, em especial, da área penal. Tem-se, portanto, a compreensão de que a construção da fundamentação das decisões judiciais referentes a decretação ou manutenção da prisão preventiva tem sido fragilizada por decorrência das distorções nas construções hermenêuticas das mesmas.

COUTINHO é outro doutrinador que se debruça na preocupação referente a esta discricionariedade dos julgadores. Apesar da retórica jurídica (doutrinária e, mais timidamente, legal) apontar para uma nova perspectiva no trato do direito, em especial, do direto processual penal, permanece forte a discricionariedade na “roupagem” de fundamentações inidôneas. Segundo o autor:

a questão continua sendo a plena possibilidade de manipulação da lei pelos operadores do direito, contra a qual todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassaram, a começar, no campo processual – e em particular no processual penal –, pelo princípio do livre convencimento: basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados e o magistrado decide da forma que quiser, sempre em nome da “segurança jurídica”, da “verdade” e tantos outros conceitos substancialmente vagos, indeterminados, que, por excelência, ao invés de perenes e intocáveis, devem ser complementados e ampliados em razão das necessidades reais da vida; só não podem servir de justificação descentrada (e ser aceitos como tal), isto é, legitimadora de uma mera aparência.”³⁰

STRECK tece reflexões e construções doutrinárias que vem ao encontro das problematizações desta pesquisa. Compreende-se que, para o autor, sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, urge a necessidade de que se possa criar caminhos que permitam construir decisões judiciais fundamentadas que é diferente de decisões judiciais com justificação racional. Para o supra referido autor, a fundamentação tem funções importantes, já destacadas de forma pacífica pela doutrina. Nessa perspectiva destaca

que a fundamentação é (i) uma garantia contra o arbítrio judicial, (ii) condição para a imparcialidade do juiz, (iii) ferramenta para que se possa controlar a conformidade das decisões ao direito e que (iv) desempenha tanto funções endoprocessuais, tendentes a viabilizar a impugnação das decisões, quanto extraprocessuais, para que não somente as partes possam estabelecer constrangimentos epistemológicos às decisões proferidas pelo Poder Judiciário [...] ³¹

Entretanto, para o autor, não há definição sobre quais os critérios a serem adotados para que uma decisão judicial possa ser considerada fundamentada.

²⁹ “[...] um sistema de esquemas de produção de práticas e um sistema de esquemas de percepção e apreciação das práticas. E, nos dois casos, suas operações exprimem a posição social em que foi construído” (BOURDIEU, 1990, p. 158)

³⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal> Acesso em: 06/11/2021.

³¹ STRECK, Lenio Luiz & RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do Direito. In **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n, 20, jan/jun, p. 160-179, 2017, p. 162.

STRECK (2021) tece críticas severas a uma das modalidades de fundamentação que é a ‘fundamentação *per relationem*’, para ele, tal fundamentação permite que magistrados possam “se apropriar da fundamentação de decisões prévias e transpô-las ao caso que têm diante de si para julgamento. Em outros termos, trata-se de um “Ctrl+c Ctrl+v” jurídico.”³²

A base desta crítica pelo autor encontra sintonia com sua posição referente a fundamentação das decisões judiciais. Para ele, uma coisa é citar outras decisões para reforço ou cotejo, doutrina e jurisprudência; outra coisa, que tem caracterizado as decisões judiciais que recorrem ao uso deste tipo de fundamentação, é utilizar indiscriminadamente trechos que tratam do mesmo assunto.

Vale lembrar o que a ideia dworkiniana do direito como um "romance em cadeia" significa: tal como no experimento de um livro escrito por várias pessoas, os juízes têm que manter alguma continuidade narrativa com o capítulo anterior, mas também têm que fazer a história avançar no capítulo que lhes cabe escrever, tendo em vista o que imaginam ser o livro em sua integralidade. *Não podem simplesmente copiar e colar o capítulo escrito por outro coautor!*³³

Para superar a justificação racional da decisão ou evitar a *per relationem* como um recurso de ‘Ctrl+C, Ctrl+V’, STRECK (2017) destaca aspectos que, acredita-se, auxiliam na necessária ruptura com tais práticas nada condizentes com a exigência de uma fundamentação idônea num contexto pautado pelos ideais e sistema democrático.

Inicialmente, enfatiza ele que motivação da decisão judicial, apesar de muitos utilizarem como tal, não é sinônimo de fundamentação da decisão judicial. Motivação e fundamentação estão diferenciadas, embora sutilmente, no artigo 315, § 1º e § 2º do Código de Processo Penal. Não seria mera coincidência a designação de parágrafos diferentes no texto legal.

GIACOMOLLI demonstra similar preocupação ao diferenciar em sua obra as ações de fundamentação e motivação. Para este autor

O magistrado fundamenta uma decisão quando justifica, racionalmente, porque procede de certa maneira, em determinado sentido e não em outro, porque faz com que a decisão produza este ou aquele efeito (recolher a prisão, conceder a liberdade plena ou limitada por medidas alternativas ao recolhimento ao cárcere). A motivação, se constitui na ação determinante da razão de ser da decisão, nos instrumentos que orientam a explicação do *decisium*. É o motivo que direciona a ação num sentido ou em outro.³⁴

Partindo da distinção entre fundamentação e motivação, STRECK ressalta aspectos que sob a ótica da Crítica Hermenêutica deveriam estar presente nas fundamentações das decisões judiciais.

³² STRECK Lenio Luiz. “Fundamentação” per relationem – a “técnica” ilegal e inconstitucional. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-16/observatorio-fundamentacao-per-relationem-tecnica-ilegal-inconstitucional> Acesso em: 06/11/2021.

³³ STRECK Lenio Luiz. “Fundamentação” per relationem – a “técnica” ilegal e inconstitucional. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-16/observatorio-fundamentacao-per-relationem-tecnica-ilegal-inconstitucional> Acesso em: 06/11/2021.

³⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais – nova formatação a partir de 2020**. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 18.

Primeiramente destaca o autor que o princípio da fundamentação das decisões tem relação direta com o princípio do contraditório. Em sua construção, deveria o julgador dar atenção as alegações trazidas pelas partes. E não só, incorporar em sua fundamentação as razões que o levam, na decisão proferida, a refutar algumas, a acolher outras e, além disso, a trazer para o cenário questões que sustentam sua decisão. Assim, nas palavras de STRECK, “somente haverá fundamentação na decisão judicial fundamentação “completa” quando ela abranger as razões pelas quais o juiz recusou os argumentos deduzidos pelas partes.”³⁵

Em segundo lugar, destaca o autor, a necessidade de que a fundamentação explicita a compreensão do julgador e não simplesmente justifique a decisão tomada. Apesar da diferença a olhos nus ser tênue, ambas situações possuem distância abismal entre si. Observe-se que a decisão e a fundamentação devem ser partes do mesmo processo hermenêutico. Em outras palavras, na perspectiva defendida por STRECK,

*o julgador não decide para depois buscar a fundamentação; ao contrário, ele só decide porque já encontrou o fundamento. O fundamento, no caso, é condição de possibilidade para a decisão tomada. Isso porque há um sentido que é antecipado ao julgador, do qual a decisão é parte inexorável (dependente) do fundamento. É claro que o julgador, em um segundo momento, poderá aprimorar o fundamento, utilizando-se, por exemplo, da doutrina e da jurisprudência, e deverá, ainda, submeter seus prejuízos a respeito da decisão e do seu fundamento em causa, ao crivo dos argumentos deduzidos no processo (e também do que é colocado pela doutrina e pela jurisprudência), dizendo expressamente porque repeliu os argumentos utilizados pelas partes, levando-se em consideração que a fundamentação é o *locus* de resposta ao direito de influência decorrente do contraditório. Fazendo isso, o julgador estará colocando em xeque o próprio fundamento que o levou a decidir, de modo que, nesse processo decisório, poderá haver diversos fundamentos e decisões até que se chegue à resposta adequada ao caso concreto, a partir da (boa) circularidade hermenêutica.*³⁶

Por fim, ressalta o autor, na abordagem de aspectos que configuraria a necessária fundamentação, a importância de que se entenda que fundamentação não é recorrer a precedentes. Para ele, “ainda que a decisão invoque algum mecanismo vinculante como base para a sua fundamentação, isso não significa que o juiz esteja desonerado de oferecer a melhor resposta para o caso à luz da Constituição e da lei.”³⁷

Nesse momento, não se pretende esgotar substratos e discussões doutrinárias sobre a questão da fundamentação das decisões judiciais. Muito antes pelo contrário, tanto em termos teóricos (doutrinários) quanto em termos práticos

³⁵ STRECK, Lenio Luiz & RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do Direito. In **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n, 20, jan/jun, p. 160-179, 2017, p. 165.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz & RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do Direito. In **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n, 20, jan/jun, p. 160-179, 2017, p. 168.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz & RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do Direito. In **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n, 20, jan/jun, p. 160-179, 2017, p. 170.

(dados de realidade) a busca foi com vistas a aprimorar entendimentos sobre o fenômeno ao qual a pesquisa ora apresentada se debruçou.

Conforme dito até o momento, a análise da fundamentação de uma decisão judicial necessita adotar parâmetros pautados nos requisitos legais e ser expressa através de uma narrativa que evidencie dados de realidade e argumentação do posicionamento em construção.

Nesses termos entende-se que, para ser considerada fundamentada, uma decisão deverá, no mínimo, partir da evidência, com dados concretos, da existência de uma das hipóteses do artigo 312. Não só, com atenção ao atendimento das exigências do artigo 315, ambos do Código de Processo Penal, o texto da decisão deve ser pautado em uma lógica interna que vá demonstrando a compreensão construída pelo julgador, com base nos fundamentos legais cotejados com dados de realidade, até que apresente, por consequência, sua decisão.

Apesar de parecerem relativamente simples, as exigências de fundamentação da decisão judicial através de uma narrativa respaldada em dispositivos legais e articulada com a explicitação da incidência dos mesmos nos dados fáticos do caso em julgamento, é tarefa das mais complexas. Diante disso, nesse momento, passa-se a apresentar a materialidade desse desafio expressa nos dados coletados nessa pesquisa.

3 PRISÃO PREVENTIVA E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS – REALIDADE

Importante retomar, logo de início, que as problematizações que seguem não estão majoritariamente sustentadas em dados estatísticos mas sim em uma análise qualitativa resultante de uma aproximação investigativa exploratória. A tímida organização estatística realizada foi unicamente destinada ao mapeamento do universo de pesquisa bem como a construção da amostragem utilizada. Eventualmente, quantificaram-se aspectos para fins didáticos de apresentação e evidência do aspecto problematizado.

Vale retomar que foram analisados 20 (vinte) acórdãos com decisões proferidas em relação à Habeas Corpus impetrados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com tese defensiva relativa à fundamentação das decisões que decretam ou mantem a prisão preventiva³⁸.

Interessante demonstrar a construção dessa amostra. O total de acórdãos nos termos supra referidos no período de 01 de janeiro de 2021 à 30 de junho do mesmo ano, foi em número de 68 (sessenta e oito). Trabalhou-se com percentual de 30% desse universo, portanto, 20 (vinte) acórdãos. Dessa amostra, para fins de explicitar o cenário de análise, vale observar os quadros que seguem:

Quadro 1 – Resgate da decisão em julgamento

| O acórdão resgatou a decisão judicial que decretou ou manteve a prisão preventiva? | UNIDADES | PERCENTUAL |
|--|----------|------------|
| SIM | 20 | 100% |
| NÃO | 0 | 0% |
| TOTAL | 20 | 100% |

Fonte: Bragaglia (2021)

³⁸ Para fins de preservar o sigilo dos informantes na pesquisa cada acórdão foi identificado com um número (X) e intitulado “Documento X”. Não serão colocados nas referências deste artigos pois se constituíram em unidades de análise na pesquisa realizada.

Quadro 2 – Posicionamento do relator

| O relator do acórdão, em seu voto, manifestou seu posicionamento sobre a fundamentação na decisão judicial que decretou ou manteve a prisão preventiva? | UNIDADES | PERCENTUAL |
|---|----------|------------|
| SIM | 20 | 100% |
| NÃO | 0 | 0% |
| TOTAL | 20 | 100% |

Fonte: Bragaglia (2021)

Quadro 3 – Idoneidade da decisão em julgamento

| O acórdão entendeu que a decisão judicial que decretou ou manteve a prisão preventiva tinha fundamentação idônea? | UNIDADES | PERCENTUAL |
|---|----------|------------|
| SIM | 20 | 100% |
| NÃO | 0 | 0% |
| TOTAL | 20 | 100% |

Fonte: Bragaglia (2021)

Interessante observar que a totalidade da amostra entendeu que a tese defensiva invocada pela defesa do paciente não deveria prosperar pois as decisões judiciais hostilizadas atendiam a fundamentação exigida. Numa rápida interpretação desses dados incorre-se no risco de considerar que as decisões judiciais que decretam ou mantêm a prisão preventiva tem, com êxito, atendido as exigências legais, constitucional e infraconstitucional.

Porém, ao adentrar na análise mais detalhada dos textos construídos no voto dos acórdãos a realidade sinaliza para questões, se não preocupantes, no mínimo, intrigantes. Tendo em conta, conforme já esclarecido, que a pesquisa não aprofundou-se na construção estatística dos dados advindos das narrativas, apresentar-se-á considerações reflexivas construídas a partir do que os referidos textos sinalizaram de modo bastante significativo embora não quantificado.

Para fins de apresentação das evidências da realidade, as constatações advindas das análises dos acórdãos foram organizadas em dois grandes vetores, quais sejam: forma e conteúdo. A classificação nesses termos decorre do fato que a “forma”, ou dito de outro modo, a estrutura textual da narrativa dos acórdãos já diz sobre a maneira pela qual o julgamento das decisões estão sendo realizados. E diz muito. No que se refere ao “conteúdo”, igual importância se manifesta. O conteúdo contido nas narrativas evidencia a compreensão do julgador em relação à fundamentação e às próprias exigências legais a ela vinculadas.

3.1 RESULTADOS E DISCUSSÃO DOS ASPECTOS EMERGENTES NO “CONTEÚDO” DAS DECISÕES ANALISADAS

Inicia-se a apresentação das análises pelas questões problematizadas a partir do vetor “conteúdo”. A escolha por iniciar com este vetor decorre do fato que a boa índole deseja que um “conteúdo” constituído de contundência, argumentação e articulação interpretativa dos fatos fáticos com a incidência legal, ‘salve’ (minimize) possíveis problemas da “forma”.

Um primeiro aspecto que chama atenção nos acórdãos analisados é a compreensão que se expressa nos votos dos relatores de que a “fundamentação” da

decisão *a quo* está adequada por *verificar a existência de uma das hipóteses cabíveis do artigo 312 do Código de Processo Penal* ou, ainda, *por conter a breve descrição, muitas vezes extraída da denúncia, dos fatos acontecidos seguidos da colação de folhas de antecedentes.*

É fato inconteste que para que seja decretada ou mantida a prisão preventiva, uma das hipóteses de cabimento é a exigência de que ela esteja materializada no contexto fático do caso. Entretanto a questão é: basta a materialização da hipótese para que a fundamentação esteja idônea?

Se, fundamentar é um exercício que exige empenho narrativo para que a construção textual demonstre ao leitor em que medida a situação concreta pode ser considerada nos termos da lei e, portanto, justifica-se o efeito previsto pela lei; então, referir que estão presentes os requisitos legais para prisão preventiva, além de não bastar não promove que o exercício de jurisdição seja o espaço onde os preceitos democráticos e os princípios constitucionais se evidenciam. Segue trecho ilustrativo que evidencia a constatação analisada:

A decisão que decretou a prisão preventiva está devidamente fundamentada, nos termos do art. art. 93, IX, da Constituição Federal e no art. 312, § 2º do CPP e encontra respaldo na gravidade concreta do delito e na necessidade de garantir a ordem pública. (Documento 65)

Assim, ratifico a decisão que indeferiu a liminar, diante da presença de materialidade do delito, indícios suficientes de autoria, bem como pela segregação cautelar ser necessária para evitar a prática de novas infrações penais e adequada diante da gravidade do crime, em tese, praticado e pelas circunstâncias pessoais do paciente, que é reincidente (artigo 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal). (Documento 102)

Vale lembrar que se fundamenta uma decisão quando o julgador “justifica, racionalmente, porque procede de certa maneira, em determinado sentido e não em outro, porque faz com que a decisão produza este ou aquele efeito [...]”³⁹ Para isso, evidente, se faz necessário que a construção da posição tenha ocorrido pautada em dados concretos que a motivaram e em cotejamento dos dados com os dispositivos legais. Portanto, movimento inverso àquele de decidir e depois buscar os fundamentos que possam ancorar a decisão.

Ainda, as funções endoprocessual e extraprocessual, que permitem, respectivamente “[...] facilitar a impugnação e os juízos sobre ela [...]”⁴⁰ e “[...] a possibilidade de controle do exercício do Poder do Judiciário fora do contexto processual, por parte do povo e da opinião pública em geral [...]”⁴¹, materializam a concepção democrática do poder.

Sobre a fundamentação associada as hipóteses do artigo 312, do Código de Processo Penal, outras duas situações chamam atenção. Primeiramente, o fato que,

³⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais – nova formatação a partir de 2020**. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 18.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz & RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do Direito. In **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n, 20, jan/jun, p. 160-179, 2017, p. 162.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz & RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do Direito. In **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n, 20, jan/jun, p. 160-179, 2017, p. 162.

em alguns acórdãos referentes ao julgamento de decisões judiciais que mantiveram a prisão preventiva decretada, é mencionado, no voto da relatoria, que fatos novos ou contemporâneos, em casos de revisão periódica e manutenção da prisão preventiva, tornam-se desnecessários de análise valendo como fundamentação para tal a configuração das hipóteses do artigo 312 do diploma acima referido. Ilustra-se a constatação:

Com efeito, as exigências contidas no artigo 315, § 1º, do Código de Processo Penal (*fatos novos ou contemporâneos*), referem-se ao **momento inicial da imposição da prisão preventiva**, já para a **revisão periódica** da segregação cautelar, prevista no art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, é suficiente a fundamentação no sentido de que os requisitos previstos no art. 312 do CPP ainda se fazem presentes. (Documento 60) – **grifo do autor**

Em segundo lugar, observa-se nos acórdãos analisados, uma compreensão, expressa explicitamente nos votos, que ora descola a segunda parte do artigo 312 do Código de Processo Penal da primeira parte que o compõe, ora entende que a primeira parte é decorrência direta da segunda. Observe-se que o texto do referido artigo assim dispõe:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, **quando houver** prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. – **grifo nosso**⁴²

Entende-se que as duas situações constatadas nos acórdãos analisados nessa pesquisa expressam uma forma de fundamentação que pouco parece explicitar o entendimento normativo legal e doutrinário sobre tal categoria teórica.

A primeira situação explicita uma compreensão que esvazia, em alguma medida, os parâmetros de fundamentação nas decisões de revisão periódica da manutenção das prisões preventivas já constituídas. Quanto mais se mantêm os parâmetros de fundamentação mais se ampliam as possibilidades de que o exercício dessa construção possa se materializar.

Nesse sentido, corre-se o risco de se configurar uma interpretação que se distancia das construções doutrinárias e, por vezes, jurisprudenciais sustentadas em preceitos do Estado Democrático de Direito. E, sob a ótica do campo processual penal, se distancia de ações de consolidação de um sistema acusatório e garantista das prerrogativas legais atuais.

A segunda situação, por sua vez, distancia a fundamentação da necessária articulação interpretativa e sistêmica dos elementos que se constituem como hipóteses de cabimento da prisão preventiva.

As hipóteses contidas no artigo 312 do Código de Processo Penal para a prisão são: o risco para a ordem pública, para a ordem econômica, para a instrução penal ou para a aplicação da lei (*periculum libertatis*). Configurando-se, no plano fático, uma destas hipóteses (que, vale dizer, guardam termos absolutamente

⁴² BRASIL. **Decreto-Lei 3689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 29 nov. 2021.

genéricos) se pode decretar a prisão preventiva mas, “desde que”, existam prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Parece que o efeito de uma compreensão que parte direto para constatação da existência dos aspectos da segunda parte do artigo, distorce e, principalmente, viola a liberdade alheia. Isso porque, é possível que haja provas da existência do crime e indícios suficientes de autoria mas que isso não represente risco para a ordem pública, para a ordem econômica, para a instrução penal ou para a aplicação da lei.

Além disso, nos acórdãos onde verificou-se esse tipo de interpretação, a associação feita entre a segunda parte do artigo legal e a primeira é sempre direta e manifestada como se óbvia fosse. Ainda, o *periculum libertatis*, apesar de usado para referir o risco à ordem pública, econômica, instrução criminal ou aplicação da lei, tem, em grande parte das narrativas analisadas sido associado a gravidade do delito e a finalidade de evitar reiteraões delitivas. Observe-se trecho que segue:

Por sua vez, conforme consignou o Magistrado singular, o **periculum libertatis** está configurado na **gravidade concreta da conduta**, pois o paciente surpreendeu o ofendido em frente de sua residência, no momento em que saiu para fumar, alvejando-o com 6 disparos de arma de fogo na presença de familiares, a demonstrar ousadia e total sendo de impunidade.

Dessa forma, demonstrado o modus operandi empregado pelo agente, que realizou disparos de arma de fogo diretamente contra o ofendido, ao que tudo indica na tocaia e em virtude de celeumas do tráfico de drogas, resta caracterizada a **gravidade concreta do delito**, e, por corolário, a necessidade de se acautelar a **ordem pública**. (Documento 147) – **grifo do autor**

Ainda, a “gravidade do delito” por si só não impõe risco à ordem pública, econômica, instrução criminal ou aplicação da lei; a reiteration delitiva, dependendo da compreensão do julgador, pode até ser um indício de risco e, portanto, necessidade de “garantir a ordem pública”; porém, a gravidade do delito, tomada isoladamente, jamais.

Por esta razão, em termos de fundamentação da decisão judicial, o uso de tal categoria como argumento decisional parece requerer que o julgador explicita seu entendimento e demonstre como a situação fática se adequa a ele. O que não ocorre na maioria das vezes.

Um segundo aspecto que despontou na análise dos acórdãos foi referente ao manifesto entendimento de que os requisitos elencados no artigo 313 do Código de Processo Penal são considerados, para fins de julgamento, anteriormente às hipóteses de cabimento do 312 do mesmo diploma legal.

Não é preciosismo a posição destacada nesse momento. Acredita-se que tem uma diferença prática e simbólica verificar, primeiramente, se o paciente⁴³, possui condições para que a ele seja imposta a segregação cautelar. Nem bem se sabe se ele materializa algumas das hipóteses que autorizam tal medida mas já se sabe se a ele pode ser imposta a segregação.

Observe-se que o paciente poderá estar conformado em um dos requisitos do artigo 313 do Código de Processo Penal mas não representar risco à ordem pública,

⁴³ O uso do termo “paciente” decorre do fato que os acórdãos analisados são decisões relacionadas à Habeas Corpus impetrados.

econômica, instrução criminal ou aplicação da lei como previsto no artigo 312 do mesmo diploma legal. Parece, no entanto, que essa percepção não encontra eco majoritário nas apreciações das fundamentações das decisões judiciais *a quo* expressas nos acórdãos analisados. À exemplo:

Para a decretação da prisão preventiva é necessária a presença de uma das hipóteses do artigo 313 do Código de Processo Penal, podendo a prisão ser decretada para a (I) a garantia da ordem pública ou da ordem econômica; (II) por conveniência da instrução criminal; (III) ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que existente prova do crime, indício suficiente de autoria e perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, conforme disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal. (Documento 65)

A interpretação invertida dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, expressa pelos julgadores das decisões *a quo* acarreta o entendimento de que a fundamentação das decisões judiciais julgadas, quando apresentam a mesma inversão, estão adequadas e atendem aos parâmetros legais exigidos. Esse aspecto revela que a distorção hermenêutica presente nas construções de fundamentação das decisões judiciais *a quo*, muitas vezes, tem encontrado terreno fértil para sua reprodução.

3.2 RESULTADOS E DISCUSSÃO DOS ASPECTOS EMERGENTES NA “FORMA” DAS DECISÕES ANALISADAS

Em relação a “forma”, na análise dos acórdãos dos julgamentos das decisões que decretaram ou mantiveram a prisão preventiva, alguns aspectos merecem ser problematizados. Cabe destacar que um dos pressupostos na realização da pesquisa cujos dados estão sendo apresentados é o entendimento de que, em grande medida, “forma já é conteúdo”. Por esta razão, os aspectos que seguem problematizados são compreendidos com a mesma importância do que aqueles expresso no núcleo de conteúdo das decisões analisadas.

Nesse segundo vetor de análise, um primeiro aspecto que chamou a atenção foi o fato de que o voto julgador, ao indicar jurisprudência, o faz transcrevendo a ementa da decisão. A transcrição da ementa não é seguida da demonstração com dados concretos do caso cuja a fundamentação está sendo hostilizada. Assim, a similaridade das situações e a situação no que se refere à fundamentação realizada pela decisão *a quo*, fica à mercê da interpretação do leitor.

Essa situação foi encontrada em 10 (dez) dos 20 (vinte) acórdãos analisados, o que representa 50% da amostra. Nos demais, a não configuração da situação, que poderia decorrer da existência de cotejo com o inteiro teor de decisões anteriores, decorre da não manifestação em relação a jurisprudência.

Essa situação manifesta por ocasião do uso de alguma jurisprudência, a título de ilustração ou fundamento, não observa o disposto no artigo 315, § 2º, inciso V do Código de Processo Penal. O preocupante é que tal conformação de uso jurisprudencial parece já ter adentrado na esfera do adequado e correto. A ela não há manifestação contrária. Se nas decisões que julgam a fundamentação das decisões *a quo* isso é realizado, muito possivelmente é aceito como fundamento idôneo nas decisões julgadas.

Um segundo aspecto que chamou atenção na “forma” das narrativas decisórias julgadoras dos Habeas Corpus foi a reprodução literal de decisões

liminares nos votos do julgamento colegiado. Raras são as vezes em que a transcrição da decisão que julgou a liminar vem acompanhada de um aprimoramento das argumentações ou mesmo de uma atualização. Seguem trechos dos acórdãos que indicam a reprodução da decisão liminar:

Os fundamentos da custódia cautelar foram apreciados quando do indeferimento da liminar, razão pela qual peço vênha para a eles me reportar, com o escopo de evitar desnecessária tautologia [...] (Documento 17B)

Adianto que denego a ordem impetrada. Ao exame da liminar, registrei [...] (Documento 83)

Como exposto em sede liminar, entendo que estão devidamente preenchidos os requisitos autorizadores da prisão preventiva, previstos nos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal. (Documento 52)

Interessante notar que, no único acórdão que transcreveu a decisão liminar e atualizou a decisão, o voto foi alterado e, no julgamento, a ordem do Habeas Corpus foi concedida. Na narrativa, foram explicados os motivos pelos quais não se fazia mais necessária a segregação cautelar. Segue trecho do voto no julgamento em colegiado:

Com efeito, em que pese a gravidade do delito imputado ao paciente, bem como o período decorrido sem que tivesse sido localizado, entendo que, agora, efetivada sua citação pessoal e, ainda, transcorrido mais de seis meses desde sua prisão, a prisão preventiva não se faz mais necessária. (Documento 28)

No tocante a fundamentação da decisão, observou-se que a decretação da prisão preventiva foi para fins de que a citação pudesse ser realizada tanto que o voto que proferiu a ordem de concessão do pedido teve esse o motivo central reapreciado. Outras razões foram abordadas e analisadas reforçando a desnecessidade da segregação. Apenas 1 (um) em 20 (vinte) acórdãos analisados que delineou a construção da fundamentação de maneira diferenciada, não discutindo, entretanto, se a fundamentação da decisão a quo era idônea na ocasião de seu proferimento.

Um último aspecto que se evidenciou com as análises realizadas foi o uso de frases “copiadas e coladas” de um voto para outro. Sim, em tempos atuais essa prática vem ganhando espaço e, nesse momento, a discussão em pauta não diz respeito a análise aprofundada do tema. Contudo, não é possível deixar de mencionar tal situação quando se está analisando acórdãos de Habeas Corpus que tiveram como tese defensiva a fundamentação da decisão de decretação ou manutenção da prisão preventiva.

A prática referida, inegavelmente, facilita e otimiza o tempo e a construção da narrativa. Entretanto, acredita-se que é interessante refletir com um pouco mais de criticidade o seu significado e efeito. Ao mesmo tempo que facilita e otimiza o tempo e a produção da escrita, tal prática vai caracterizando uma certa “produção em massa”. A manifestação que introduz o pensamento do leitor serve para vários votos, a manifestação sobre a existência da fundamentação serve para várias as decisões, a manifestação sobre as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, ou a gravidade do delito ou qualquer outro requisito legal são iguais em vários votos. Ilustra-se:

De início, entendo que para a legitimação da prisão cautelar, a decisão que a decreta deve estar baseada em elementos concretos, demonstrando a real necessidade da medida excepcional, quando constatada a presença dos pressupostos e requisitos legais constantes no art. 282 e seguintes do CPP, suficientemente fundamentada, fulcrada também no preceito constitucional do art. 93, IX e artigo 315 do Código de Processo Penal. (Documento 9)

Ressalto, ainda, inviável a substituição da prisão preventiva por medida diversa, nos termos do artigo 319, do Código de Processo Penal, uma vez que o contexto fático exposto indica a necessidade/adequação da manutenção da segregação cautelar, sendo que mesmo a imposição conjunta de mais de uma destas medidas alternativas não seria capaz de afastar o *periculum libertatis* concretizado, diante das circunstâncias fáticas até o momento apresentadas. (Documento 70)

Portanto, se verifica que as decisões hostilizadas são lastreadas em critérios de necessidade e suficiência, constantes nos incisos I e II do art. 282, do Código de Processo Penal, que devem ser observados quando da imposição das medidas cautelares no Processo Penal, dentre as quais se insere a prisão preventiva, quando o Magistrado prolator fundamenta a decisão nas circunstâncias do fato, as condições pessoais do agente e na gravidade concreta do crime. (Documento 116)

Uma das inquietações que restam diante destas práticas é: em que medida se resguarda a individualização de cada situação e de cada sujeito que tem sua liberdade atrelada a tais julgamentos e decisões. Ademais, pensando-se sistemicamente as breves problematizações apresentadas até o momento, que impactos tal cenário traz à vida das pessoas que necessitam da intervenção estatal no plano do julgamento penal.

O risco de que a urgência e a quantidade de demandas que chegam a esfera judiciária atreladas as facilidades da era tecnológica, possam solapar a genuinidade dos julgamentos e decisões judiciais parece encontrar solo fértil para se tornar materialidade.

Enfim, os aspectos problematizados até o momento emergiram, como esclarecido no início desse texto, de uma pesquisa exploratória e, portanto, que buscou acima de qualquer outra pretensão, aprimorar e aprofundar conhecimentos teóricos e fáticos sobre o tema.

A importância do tema dessa pesquisa tem tomado espaço, ao que tudo indica, junto aos Tribunais Superiores. Em recente decisão, que certamente se constituirá como um divisor de águas no que se refere a fundamentação das decisões judiciais que decretam ou mantem a prisão preventiva, foi declarada, pelo Supremo Tribunal Federal, abstrata a fundamentação da decisão judicial que decretou a prisão cautelar de um paciente.

O Ministro Gilmar Mendes foi o autor dessa decisão emblemática. Seguem trechos da decisão do referido Ministro:

Observa-se que foram apontados elementos abstratos e atinentes à própria natureza do crime investigado para justificar a segregação cautelar. Portanto, não há fundamentação idônea lastreada no art. 312 e 313 do Código de Processo Penal a justificar o decreto frente

às particularidades do caso concreto e à luz da necessária individualização da pena.

[...]

Reitero que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de que **a liberdade de um indivíduo suspeito da prática de infração penal somente pode sofrer restrições se houver decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em fatos concretos e não apenas em hipóteses ou conjecturas, na gravidade do crime ou em razão de seu caráter hediondo.**

[...]

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem** a fim de **revogar a prisão decretada em desfavor do paciente**, se por outro motivo não estiver preso. Em substituição, determino a **imposição das seguintes medidas cautelares diversas** da prisão, na forma do art. 319 do CPP [...] – **grifo do autor**⁴⁴

As problematizações apresentadas a partir dessa pesquisa exploratória revelam um cenário que, ao que parece com a decisão supra referida, começará a ter maiores repercussões no contexto judiciário. Evidente que, não há ingenuidade nessa assertiva. Há a esperança de que se inicie um momento de maior reflexão no âmbito do Poder Judiciário mas, inegavelmente, nos espaços formativos dos futuros juristas.

A realidade que se evidenciou com a realização dessa pesquisa, evidentemente, não é nova. Decorre de marcas históricas impressas na cultura judiciária que se reforça e toma proporção com as práticas desenvolvidas nos espaços de ensino superior em Direito e com os recursos tecnológicos atuais. Mas isso é outra discussão.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de melhor conhecer o campo legal, doutrinário e judicial em torno da fundamentação das decisões judiciais que decretam ou mantêm as prisões preventivas, foi o elemento propulsor dessa pesquisa. Acredita-se, não só por definição legal, mas por princípio constitucional que tem aderência à percepção de realidade que se possui, que as decisões que atingem a vida e o direito fundamental de liberdade das pessoas necessitam, imprescindivelmente, de profundo fundamento fático e legal.

Nesses termos, o texto ora construído apresentou exigências legais e doutrinárias que apontam na direção acima mencionada. A liberdade como direito fundamental deve ser resguardada. Seu cerceamento só é aceitável em decorrência de uma sentença condenatória (construída com o devido processo legal) ou de uma decisão judicial que decreta a, excepcionalíssima, prisão preventiva.

As aproximações, legais, teóricas e fáticas, oportunizadas por essa pesquisa permitiram que fosse possível identificar a existência de um paradoxo, não inusitado, mas que precisa ser cada vez mais desvelado no que se refere ao tema pesquisado.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 207.559/SP**. Impetrante: Eugenio Carlo Balliano Malavasi e outro (a/s) ICoator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. : Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 04/11/2021. DJe em 08/11/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1244580/false> Acesso em: 29 nov. 2021.

Apesar da existência de avanços importantes nos dispositivos legais relativos à fundamentação das decisões judiciais associadas à prisão preventiva como medida cautelar e apesar das significativas contribuições doutrinárias (teóricas) focalizadas e críticas sobre a necessária parametrização em torno do que seja tal construção, as teses defensivas relativas à inidoneidade da fundamentação da decisão *a quo* em Habeas Corpus impetrados no Tribunal do Rio Grande do Sul, de janeiro a junho de 2021, demonstraram frágil detalhamento na análise das decisões *a quo* no que se refere à fundamentação das mesmas. Além de não evidenciar uma detalhada análise deste quesito, muito frequentemente, pareceram reproduzir justamente o que estava sendo hostilizado nas decisões em julgamento.

Dessa maneira, a pesquisa evidenciou que ainda resta um longo, e talvez tortuoso, caminho. Parecem muitas as superações para que se alcance de fato e de direito um cenário onde a prisão preventiva seja resguardada como medida excepcional pelo respaldo de decisões fundamentadas que se dediquem a analisar a situação concreta na sua individualização de forma cotejada com os textos legais constitucional e infraconstitucional.

Entretanto, a trajetória das mudanças paradigmáticas demonstra que do caos surge o novo, o diferente, o que se organiza a partir justamente da diversidade que constitui o caos. Resta imprimir empenho, compromisso e vigilância, própria e dos diversos espaços e práticas, para que a auto-organização que decorre do caos seja cada vez mais marcada por processos emancipatórios e democráticos.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **Coisas Ditas**. Tradução Cássia R. da Silveira e Denise Moreno Pegorin. São Paulo: Brasiliense, 1990.

BRASIL, **Lei 5.349, de 3 de novembro de 1967**. Dá nova redação ao Capítulo III do Título IX do Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/l5349.htm Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 3689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 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: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 5.941, de 22 de novembro de 1973.** Altera os artigos 408, 474, 594 e 596, do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l5941.htm Acesso em 29 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 6.416, de 24 de maio de 1977.** Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6416.htm Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 690314/SP.** Habeas Corpus. Processual Penal. Roubo majorado. Prisão preventiva fundamentada na reiteração delitiva. [...] Impetrante: Guilherme Gilbertoni Anselmo e outro Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado em 30/08/2021. DJe em 01/09/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 207.559/SP.** Impetrante: Eugenio Carlo Balliano Malavasi e outro (a/s) ICoator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. : Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 04/11/2021. DJe em 08/11/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1244580/false> Acesso em: 29 nov. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal.** Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal> Acesso em: 06/11/2021.

FEDATO, Matheus Arcangelo & KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Prisão cautelar, argumentação e proporcionalidade: uma proposta para a fundamentação das decisões judiciais. In **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. v. 6. n. 1. p. 483-514, 2020.

FUCCIA, Eduardo Velozo. **Fundamentação abstrata autoriza dupla supressão de instância, decide Gilmar**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-04/fundamentacao-abstrata-autoriza-dupla-supressao-instancia-decide-gilmar?imprimir=1> Acesso em: 08/11/2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisões, liberdade e cautelares pessoais – nova formatação a partir de 2020**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. São Paulo: Atlas, 1999.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

KHALED JÚNIOR, Salah H. Livre convencimento motivado: o império do decisionismo no Direito. In: MORATO, Gil. **Pelos corredores da Faculdade de Direito: por mais ciência e menos doutrina**. v.3. ed.1. São Paulo: Editora D'Plácido. p. 289-315, 2017.

STRECK Lenio Luiz. **“Fundamentação” per relationem – a “técnica” ilegal e inconstitucional**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-16/observatorio-fundamentacao-per-relationem-tecnica-ilegal-inconstitucional> Acesso em: 06/11/2021.

STRECK, Lenio Luiz & RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do Direito. In **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n, 20, jan/jun, p. 160-179, 2017.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Prisão preventiva: do Decreto – Lei 3689, de 3 de outubro de 1941 aos dias atuais**. 2017. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/prisao-preventiva-do-decreto-lei-3-689-de-3-de-outubro-de-1941-aos-dias-atuais-1508156296> Acesso em: 06/11/2021.