XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

RENATA ALMEIDA DA COSTA

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende; Caio Augusto Souza Lara; Renata Almeida Da Costa - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-436-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição Federal. 3. Tutela Penal. 4. Exclusão Social. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, durante o XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Brasília-DF, de 19 a 21 de julho de 2017, sob o tema geral: "Desigualdades e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas", em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, Universidade Católica de Brasília – UCB, Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo da compatibilidade da prática de aplicação da lei penal com o modelo de proteção constitucional do indivíduo ante a ação punitiva do Estado.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 14 (quatorze) artigos, ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

No artigo "TRÁFICO PRIVILEGIADO SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: REFLEXOS NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA FEMININA", os pesquisadores Felix Araujo Neto e Sabrinna Correia Medeiros Cavalcanti abordam o incremento da população de mulheres encarceradas e sua relação com o microtráfico de drogas. Alertam para a gravidade das sanções desproporcionais, sobretudo dada a participação de menor importância na atividade ilícita.

Com relação ao trabalho "MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA E AÇÕES CRIMINAIS NA LEI MARIA DA PENHA: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO", de Artenira da Silva e Silva Sauaia e Thiago Gomes Viana, verifica-se um importante estudo sobre a natureza jurídica das Medidas Protetivas de Urgência (MPUs) da Lei nº 11.340/2006. Os

autores buscaram evidenciar os aspectos positivos e negativos da conexão entre tais mecanismos, dissertaram sobre a natureza cível ou penal das MPUs e analisaram jurisprudência temática.

Com o tema "O CIBERESPAÇO E UMA NOVA SOCIEDADE DE RISCO: A REAL ADEQUAÇÃO DOS TIPOS PENAIS TRADICIONAIS NO COMBATE À DELINQUÊNCIA VIRTUAL", o pesquisador Deivid Lopes De Oliveira analisa o delineamento do ciberespaço e a sua caracterização como o novo modelo de sociedade de risco, a partir o referencial desenvolvido por Ulrich Beck. Investigou-se o surgimento dos novos bens jurídicos, a partir das interações neste ambiente informático, bem como a necessidade do reconhecimento destes bens no ordenamento jurídico.

Acácia Gardênia Santos Lelis e Katia Cristina Santos Lelis, por sua vez, na pesquisa denominada "O DESVELO DO MITO DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E DO FETICHE DE "JUSTIÇA" ATRAVÉS DO PARADIGMA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA", estudam o método restaurativo juvenil como possibilidade de aplicação diferenciada e complementar da Justiça. Com tal propósito, buscaram conhecer as causas da criminalidade juvenil e as questões que norteiam a redução da maioridade penal para apresentar a ideia do "fetiche de Justiça", motivador da defesa da redução da maioridade penal.

Buscando verificar o tratamento jurídico do terrorismo, Andressa Paula de Andrade e Luiz Fernando Kazmierczak na investigação "MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O FENÔMENO DO TERRORISMO", levantam as normativas internacionais sobre o terrorismo já endossadas pelo o país. Dissertam também sobre os pontos de tensão da Lei 13.260/2016, apresentando robustas críticas sobre a norma.

As professoras da Universidade Federal de Uberlândia Cândice Lisbôa Alves e Beatriz Corrêa Camargo, no artigo "A DESCRIMINALIZAÇÃO DA PRÁTICA DO ABORTO NO BRASIL: ANÁLISE HISTÓRICA DAS AÇÕES PROPOSTAS NO STF E PONDERAÇÃO SOB A PERSPECTIVA JURÍDICO-PENAL", jogam luz num dos principais problemas sociais brasileiros. Analisaram a possibilidade de descriminalização do aborto tendo em vista a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442 e apresentaram reflexões a partir da ADPF 54 (anencéfalos) e também na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5581.

A investigação “CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL: DEFESA E DELINEAMENTO DO CONTRADITÓRIO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”, de Arthur Lopes Lemos e Vitor Rodrigues Gama defendem a processualização do inquérito policial, com contraditório, inclusive para se garantir o ideal de justiça defendido pelo republicanismo de Philip Pettit (a não-dominação). O estudo foi realizado a partir da distinção de Fazzalari entre processo e procedimento.

Maria Auxiliadora De Almeida Minahim e Rafael Luengo Felipe tiveram por objetivo de pesquisa apresentar construções da dogmática penal contemporânea que impõem à vítima o dever de tutela sobre seus bens jurídicos. Apontaram em “AUTORRESPONSABILIDADE DA VÍTIMA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES”, que algumas orientações doutrinárias se encaminham equivocadamente ao pretender a diminuição do Direito Penal às custas da retração do Estado e da imposição de deveres indevidos ao lesado.

No artigo “A SUBJETIVIDADE DA MOTIVAÇÃO QUE DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA”, os pesquisadores José Rodolfo Castelo De Rezende e Larissa Leandro Lara apontam a subjetividade das decisões que decretam a prisão preventiva no nosso país, a trazendo como consequência da falta de motivação idônea, segregações cautelares indevidas e principalmente, desrespeitando os direitos fundamentais do indivíduo previstos na Constituição da República.

Os pesquisadores Anderson Luiz Brasil Silva e Thiago De Oliveira Rocha Siffermann, em “AS NOVAS PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS SOBRE O ABUSO DE AUTORIDADE”, avaliam que o nível de civilidade de um Estado não é reconhecido apenas pelas ótimas ferramentas de distribuição de renda, de inclusão, mas, principalmente dos instrumentos que o mesmo coloca à disposição do cidadão para que este faça valer os enunciados de seus direitos. Propõem um estudo do instituto jurídico do abuso da autoridade na sociedade brasileira e a cultura do "você sabe com quem está falando".

Percorrendo, por intermédio da revisão bibliográfica, os tortuosos caminhos de fundamentação da sanção penal no contexto atual, Luanna Tomaz de Souza analisa criticamente seus limites e consequências para ampliação do punitivismo. Em “A TRÍADE SANÇÃO, PENA E CASTIGO E OS LIMITES DE FUNDAMENTAÇÃO DA PUNIÇÃO”, assevera que com a ampliação do encarceramento no Brasil é fundamental analisar se é possível ainda fundamentar a punição e a partir de que perspectiva, correlacionando noções como sanção, pena e castigo.

Por sua vez, no trabalho “A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS PROFISSIONAIS DO SEXO: ANÁLISE DOS TIPOS PENAIS, SOB UM OLHAR AUTONOMISTA”, os mineiros Erico De Oliveira Paiva e João Gabriel Fassbender Barreto Prates exploram o tema regulamentação jurídica da prostituição e o tratamento legal dispensado aos profissionais do sexo. Fazendo uma recapitulação histórica da tipificação penal do crime de “manter casa de prostituição”, debatem a questão da autonomia privada daqueles que, deliberadamente, escolhem a exploração do próprio corpo como meio de vida, tentando traçar os limites desta liberalidade, bem como apontam o paternalismo legislativo existente no Brasil.

Hermes Duarte Morais, na pesquisa “CONTROLE JUDICIAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA (I): DELIMITAÇÃO DO OBJETO E ITER PROCEDIMENTAL”, disserta sobre a larga utilização da colaboração premiada com a nova feição conferida pela lei nº 12.850/13 e sobre a insuficiência de estudos e decisões judiciais a respeito. Propõe a fixação de balizas conceituais e ontológicas do instituto para analisar como vem se desenvolvendo o controle judicial destes negócios jurídicos processuais.

Por fim, no artigo” A LEGITIMIDADE PARA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA EM CRIMES QUE AFETAM BENS JURÍDICOS COLETIVOS. O EXEMPLO PARADIGMÁTICO DOS CRIMES AMBIENTAIS”, de Juliana Pinheiro Damasceno e Santos e Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, discutiu-se a legitimidade para propositura da ação privada subsidiária da pública em crimes que afetam interesses coletivos, a exemplo dos crimes ambientais. Afirmaram que é imperativo adotar interpretação que favoreça o acesso à justiça a partir da ampliação do rol de legitimados, para que se possa assegurar a proteção do bem.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende - UNB

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC

Profa. Dra. Renata Almeida Da Costa - Unilasalle

A SUBJETIVIDADE DA MOTIVAÇÃO QUE DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA

THE SUBJECTIVITY OF MOTIVATION THAT DECREES PREVENTIVE PRISON

José Rodolfo Castelo De Rezende [1]
Larissa Leandro Lara [2]

Resumo

O artigo tem como objetivo principal apontar a subjetividade das decisões que decretam a prisão preventiva, trazendo como consequência da falta de motivação idônea, segregações cautelares indevidas e principalmente, desrespeito ao direitos fundamentais do indivíduo e à própria Constituição.

Palavras-chave: Motivação, Subjetividade, Prisão preventiva, Direitos fundamentais, Lei

Abstract/Resumen/Résumé

The article's main objetive is to indicate the subjectivity of court-ordered acts that establish preventive detetion, resulting in a lack of adequate motivation, undue precautinary segregation and, above all, disregard of the individual`s fundamental rights and the Federal Constitution itself.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Motivation, Subjectivity, Preventive arrest, Fundamental rights, Law

---

[1] Advogado e Especialista em Teoria e Prática de Direito Empresarial pela PUC (2015); graduado pela UNOPAR (2013).

[2] Advogada e aluna especial no curso de Mestrado em Direito Negocial pela UEL; especialista em Direito e Processo Penal pela UEL (2016) e pela FEMPAR (2013); graduada pela UENP (2012).

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como precípuo objetivo demonstrar a tamanha subjetividade existente nas decisões que decretam a prisão preventiva, gerando, hodiernamente, um crescente número de acórdãos reformados no Tribunal de Justiça do Paraná e no Superior Tribunal de Justiça, confirmando que é necessária transformação no pensamento dos juízes de primeiras instâncias, vez que é em tal ato que pode-se verificar o respeito ou desrespeito para com a Constituição Cidadã, que prevê o enaltecimento do homem como sujeito de direitos.

Serão apontados os princípios inerentes à decretação da prisão preventiva. São listados não só os princípios constitucionais, mas também aqueles inerentes ao direito processual penal. Ainda, relaciona-se os princípios às lesões correspondentes, especialmente no campo das decisões que decretam a prisão cautelar.

Na sequência o foco será explicar e indicar um modelo-padrão de decisão idoneamente fundamentada, para que seja seguida pelos magistrados. Indica como deveria ser feito todo o processo do *iter*[1] decisório, com a diferenciação entre decisão e motivação.

Além disso, assinala os requisitos necessários para uma decisão bem fundamentada, com o destaque das apresentações de razões convincentes. Não esquece ainda, de evidenciar os vícios que geralmente se apresentam nas motivações, fazendo com sejam identificados a fim de se evitar futuras nulidades nos atos jurídicos.

Por fim, trás uma pesquisa – 1º semestre de 2016 – dos acórdãos emanados pelo Tribunal Estadual Paranaense e do Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de determinar na realidade como vem sendo reiteradamente utilizada fundamentações indevidas para segregar antecipadamente os presos preventivos, indicando que, é vital e urgente uma reforma nos juízos originários.

2 MOTIVAÇÃO DA DECISÃO QUE DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

[1] Caminho

Importante destacar que as prisões cautelares, assim como o próprio direito processual penal, estão submetidas a princípios constitucionais, que conduzem as regras do processo penal. Dentre eles, o maior limitador do poder estatal é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Há consenso que a dignidade da pessoa humana é um direito intrínseco ao homem, sendo, portanto, irrenunciável e inalienável. Isto significa, para ser reconhecida a condição humana, há de ser identificada primeiramente sua dignidade, a qual deve ser manifestada como qualidade integrante, carecedora de respeito, não podendo ser criada, nem constituída, mas sim promovida e protegida.

A dignidade da pessoa humana é considerada um princípio fundamental, um valor jurídico essencial que justifica a própria existência de um ordenamento jurídico. Apresenta-se, como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa, pois trata-se de "valor absoluto e insubstituível" (SARLET, 2007, p.71).

É de tamanha importância e valor o respeito para a dignidade da pessoa humana, que não se admite relativização. A única ponderação permitida encontra-se diante da tensão dignidade *versus*[2] dignidade. A renúncia da dignidade humana é inaceitável em todo e qualquer momento, até mesmo em virtude de interesse público e da coletividade. Destaca André Nicoletti: "O sacrifício será sempre inadmissível, da mesma forma que será repudiável qualquer ponderação ou relativização em razão de interesse comunitário, público ou da ordem pública, que seriam verdadeiras abstrações" (2015, p.31).

Pode-se concluir então, que não é possível qualquer cessão da dignidade em prol de interesses comunitários e da sociedade.

Assim, percebe-se que a motivação das medidas cautelares quando justificadas em defesa da ordem pública, como a constante no artigo 312, do Código de Processo Penal, está insultando a dignidade da pessoa humana e consequentemente, a própria Constituição Federal.

Outro mentor das normas processuais penais é o Princípio do Devido Processo Legal, pois é através do desenvolvimento do devido processo legal, que se conduz uma análise de mérito acobertada pela coisa julgada.

À vista disso, imperioso a existência de um processo justo. De acordo com Norberto Bobbio (2000, p.117-119), Aristóteles, acreditava que o conceito de justiça interliga-se a ideia de igualdade, em que todos são tratados de modo a minimizar suas diferenças, no intuito de equiparar as desigualdades existentes. Já Kant, entendia justiça como liberdade em si, por acreditar que o primeiro e único direito do homem é a liberdade, eis que a detinha desde o

[2] Contra

estado de natureza. Na perspectiva de Kant, a concepção de justiça é aquela que desobstrui óbices à própria liberdade.

Logo, o devido processo legal é um mecanismo de defesa, em que a dinâmica assegura metodologia para o exercício do poder, através da obediência das regras sistematizadas, impondo disciplina e parâmetros que criam condições para alcançar solução apoiada numa verdade apta a ser compartilhada pela sociedade.

A participação do processo justo é de tal relevância, que a partir dessa função de garantia, fica evidente os desdobramentos no plano da tutela dos direitos individuais.

Nessa perspectiva, o esquema processual não é considerado como mero caminho de acesso à proteção judicial, mas sim, em conversão de instrumento de participação do indivíduo nas decisões dos órgãos de poder, que de fato, possam afetá-lo.

Assim, é no campo das cautelares penais que se verifica a forma de intervenção estatal mais agressiva no campo dos direitos individuais, posto que a prisão preventiva é, notadamente, mais destrutiva e violenta que a própria pena.

Isto porque, as teorias relativas da pena (PRADO, 2008, p.490) sustentam exatamente que a pena é o dispositivo preventivo de garantia social para evitar o cometimento de futuros delitos e somente deve ser imputada quando verificado a prática de infração penal efetivamente, através de um processo justo. Portanto, na aplicação da pena pressupõe desenvolvimento sadio do devido processo legal, pois está validada sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

Entretanto, a prisão cautelar submete a pessoa humana ao mesmo sofrimento da segregação, porém em caráter provisório, sem um juízo de certeza, e sem que tenha se esgotado todas as etapas que legitimam a privação da liberdade, apresentando-se como grave restrição dos direitos fundamentais.

Ocorre que, o *due process of law*[3] estrutura-se a partir da legalidade, ante o respeito às formas normativas, que limitam o poder e funcionam como forma de garantia do réu. Sem o devido processo legal, presencia-se incompatibilidade do poder geral de cautela dos juízes criminais com a exigência de tipicidade processual decorrente das cláusulas intrínsecas do devido processo legal (LOPES JUNIOR, 2008, p. 10-12).

Quanto aos princípios basilares do processo penal, ainda podem ser evidenciados o Princípio da Presunção da Inocência e Contraditório, que emitem comandos em relação às regras probatórias, as regras de tratamento e de garantia. Viola-as, então, a presunção da

[3] Devido Processo Legal

inocência na atividade acusatória ou probatória quando não observadas às normas do ordenamento jurídico. O ônus não é apenas de provar, mas sim provar legalmente.

Além do mais, no tocante a forma de tratamento do suspeito, refere-se sobre a exposição pública do imputado, sobre sua liberdade individual, visto que embora recaiam sobre ele suspeitas de prática criminosa no curso do processo, deve ser o acusado tratado como inocente, não podendo ser diminuído social, moral e muito menos fisicamente.

Desta forma, o Princípio da Presunção da Inocência atua como limitação teleológica à aplicação da prisão preventiva, pois esta não pode funcionar como antecipação da pena, antes da realização do devido processo legal, cabendo somente em casos excepcionais.

A prisão cautelar somente é compatível com o Princípio da Presunção da Inocência, quando tem por fim a preservação do processo. Qualquer outra fundamentação transforma-a como antecipação da pena, resultando grave inconstitucionalidade.

Com relação ao Princípio do Contraditório, este tem função dialética de tese e antítese tornando-se a mais abrangente garantia processual, possibilitando as partes manifestarem sobre os atos processuais. O contraditório oportuniza aos litigantes influir no convencimento do juiz, constituindo-se a mais adequada metodologia para a completa percepção e apuração dos fatos.

Infelizmente, na prática, verifica-se nas decretações prisões cautelares o contraditório diferido, ou seja, quando é postergado o direito do imputado em defender-se.

O Princípio da Reserva da Jurisdição também apara as balizas dos atos processuais. Satisfatoriamente, este vem sendo respeitado nas decisões das prisões processuais, especialmente, na decretação da prisão preventiva em que somente são decretadas por juízes togados e tribunais de justiça.

Todavia, não se pode dizer o mesmo do Princípio da Proporcionalidade, garantidor da estrita necessidade da aplicação da prisão processual. Atualmente, após a reforma da Lei nº. 12.043/2011 pôde-se atestar que há nítida violação da razoabilidade nas decretações de prisões cautelares, em decorrência da desobediência das demarcações dos limites legais. A lógica da proporcionalidade encontra-se no conceito de que o provimento cautelar, jamais pode ser mais gravoso que o provimento definitivo. O irrespeito afronta também outro princípio caracterizador da prisão processual, o Princípio da Excepcionalidade, eis que deve ser considerado *ultima ratio*[4] do sistema, reservando a prisão processual somente aos casos mais graves. Somente àqueles casos, em não se puderem alcançar os fins do processo senão com ela (LOPES JUNIOR, 2004, p. 196-197).

[4] Último recurso

Não se pode esquecer ainda, dos Princípios específicos das prisões cautelares da Provisionalidade e Provisoriedade (NICOLITTI, 2014, p.67), em que apesar de transmitirem a exigência da brevidade da medida e sua revogação em caso de desaparecimento dos fundamentos e requisitos, são cotidianamente desrespeitados, superlotando os cárceres em todo o país.

Por fim, o último princípio inerente à decretação das prisões processuais, e não menos importante foco do presente estudo, é o Princípio da Motivação das Decisões, no qual tem com elemento substancial a jurisdicionalidade, considerado por Antônio Magalhães Gomes Filho, a *"garantias das garantias"* (2013 *apud* FERRAJOLI, 2000, p.632).

Os Princípios da Motivação e da Publicação encontram-se no artigo 93, incisos IX e X, da Constituição Federal, ao prescrever que todas as decisões sejam elas, judiciais ou administrativas, exijam motivação e publicação.

Através da fundamentação idônea se almeja obediência as garantias processuais dos indivíduos. Tanto publicação, como a motivação asseguram o controle da efetividade das demais garantias processuais. A motivação dá-se pelas explicitações das razões de fato e de direito que conduziu o magistrado a prolatar decisão justa e fundada, representando um método de limitação e mecanismo de defesa ao poder estatal.

Motivação e publicidade das decisões constituem garantias políticas inseparáveis da ideia de democracia. Em razão da transparência, a sociedade analisa o exercício do poder. Com a publicidade dos atos judiciais e, juntamente, das explicações correlatas, é que se atinge o efetivo Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a obrigação da motivação, está intimamente ligada com o desenvolvimento do Estado moderno, do próprio judiciário e da proteção aos direitos fundamentais do individuo. Antônio Magalhães Gomes Filho descreve-a:

> [...] motivação – ao lado da publicidade – constitui uma garantia de encerramento, ou de segundo grau, de um sistema completo de garantias tendentes a assegurar, por meio do processo, uma proteção jurisdicional correta e eficaz dos direito (2013, p. 44).

O Estado Democrático de Direito tem como característica a busca da limitação do poder estatal por intermédio do consenso, de modo, que sejam reproduzidos os anseios e valores da maioria dos membros de uma sociedade, cultivando fé legitimidade ofertada. A vontade popular é na verdade o ponto referencial para o exercício do governo.

Desse modo, a motivação torna-se a tesoura mais afiada para conter a função jurisdicional, mas ao mesmo tempo, é considerada elemento enaltecedor dessa função, pois tem como principal escopo propiciar comunicação entre opinião pública e a atividade jurisdicional, vinculando os pronunciamentos à legalidade.

A prisão cautelar exige uma fundamentação idônea, concisa, sólida, capaz de reproduzir com exata precisão a real necessidade da segregação prévia. Todavia, nas varas criminais, verifica-se vasto número de decisões que marginalizam os suspeitos dos processos criminais, antecipando as penas por tempo indeterminado. Através de pronunciamentos genéricos, imprecisos, vagos e superficiais, geram o excesso de recursos nos Tribunais de Justiça, prevalecendo desrespeito aos direitos inerentes ao homem, que deveriam ser diariamente e insistentemente combatidos.

Decisões que apenas enunciam a conformidade com a lei, especialmente, com o artigo 312, do Código de Processo Penal, aduzindo mera referência ao texto legal, deixando de lado as verificações *in concreto*[5], ou seja, do exame das razões pelas quais se daria a certeza a tal isolamento, são as mais comuns de serem encontradas. Ou, através de meros apontamentos, distanciando-se de decisões que a Constituição almeja.

Não basta apenas a enunciação da compatibilidade com o texto legal, mas ao contrário. É exatamente na falta da cobertura da legislação das realidades sociais, é que deve encontrar amparo no judiciário, por meio de juízos complexos que envolvem não somente a escolha da melhor regra, mas também sua interpretação em consonância de seu conteúdo com preceitos maiores da lei e princípios fundamentais.

Finalmente, trazemos àquele que proporciona à motivação esperada e desejada pela Carta Magna: o juiz natural, independente e parcial. A função dos juízes é dirimir as controvérsias, garantindo certeza e previsibilidade ao direito aplicado. Para tal exercício, a ferramenta manuseada é a motivação.

Logo, a motivação do ato decisório assegura, primeiramente, os limites de independência do juiz, fornecendo autonomia em face dos demais poderes, para que se transformem em puro arbítrio.

A exigência de explicação do *iter* decisório assegura eventuais sentenças fundamentadas subjetivas, preponderando apenas àquelas que sejam embasadas em dados objetivos, protegendo a imparcialidade do juiz, que atua sob uma posição desinteressada em

[5] No concreto

relação às partes. As abstrações de cunho subjetivo maculam os critérios das escolhas, ferindo a natureza cognitiva do julgamento penal.

Portanto, é na presença de um juiz natural, com regras de competência estabelecidas, que se garante a imparcialidade e independência dos órgãos julgadores, resultando no emprego do real significado do Estado Democrático de Direito.

Então, restam expostos os principais princípios que influenciam diretamente o processo penal, especialmente, as motivações das decisões nas searas penais com relação à decretação da prisão preventiva, apresentando as diretrizes normativas expressadas nos princípios, que devem e precisam ser obedecidas e respeitadas, de modo a assegurar efetivamente a aplicação da tutela dos direitos fundamentais do cidadão e do Estado Democrático de Direito.

No próximo capítulo do trabalho será demonstrada a estrutura de uma motivação idônea, listando os elementos necessários para a decretação da prisão processual. Também, serão elencados os efeitos da falta de fundamentação idônea, a fim de serem evitados pelo judiciário.

3 MOTIVAÇÃO COMO GARANTIA PROCESSUAL, DE DIREITO E DE FATO

A estrutura da fundamentação se dá a partir do reconhecimento de um "modelo normativo de decisão judicial fundamentada" (GOMES FILHO, 2013, p.1989), impondo abordagem prescritiva e, posteriormente, teórica, atendendo a um modelo delineado que alcance o pleito Constitucional.

Necessário se faz explanar que o juiz ao prolatar uma sentença transita por dois momentos distintos em seu raciocínio. O primeiro está voltado à escolha, o motivo, ou a condição que o levou a tomar uma alternativa dentre várias, este, seria, portanto, a decisão.

Assim, após o magistrado decidir, ou seja, escolher entre as diversas variáveis existentes, se dá o segundo momento, qual seja: a motivação, selecionando e articulando as razões com o intuito de justificar a decisão tomada, em conformidade com a legalidade.

Essa diferenciação, não seria apenas estrutural e funcional, mas trata de identificar a estrutura do raciocínio judicial em uma visão ampla. Enquanto a estrutura do raciocínio decisório está condicionada a objetivar a decisão, a estrutura da motivação tem como foco justificar a decisão.

Insta salientar, nesse momento, a diferença de motivo e motivação, a fim de se evitar incompreensões. Por isso, o motivo indica a causa ou condição de uma escolha, a motivação,

por sua vez, na linguagem jurídica, é utilizada para indicar a explicitação dos motivos de um provimento jurídico. Assim, a motivação é a apresentação das razões que inspiraram determinada decisão.

Logo, a motivação constitui exposição dos temas estruturalmente programados pelas limitações legais. Os ditames legais não são claros em esclarecer como deve ser a estrutura da motivação. Apenas, apontam a sua exigência, o que gera, erroneamente, o entendimento de que a motivação se reduz apenas a simples indicação dos motivos da decisão.

A motivação é muito mais que a concatenação entre as leis processuais e materiais, programados pelo ordenamento jurídico, mas sim, um discurso justificativo daquela decisão proferida.

Trata-se de uma justificativa de juízo de valor ou conduta ética. Ou seja, dos motivos que podem ser demonstrados ou verificados através de técnicas argumentativas que têm o condão de satisfazer o locutor a quem é direcionado a ordem de modo persuasivo e razoável.

É trazer razões, com o intuito de que, o procedimento argumentativo convença sobre o valor daquela escolha. A eficácia da persuasão depende de sua adequação tanto no plano legal, como no plano fático a que se reporta. Tanto o réu, a vítima, a defesa e o promotor de justiça devem entender o porquê de o magistrado buscar àquela escolha específica. Precisam estar convencidos que dentre o vasto número de direções a percorrer, àquele cominho se mostrou o mais correto, sensato e por consequência justo.

O objetivo do trabalho é indicar que as abstrações que conduzem o raciocínio decisório, não estão devidamente demonstradas na apresentação das reflexões, em forma de motivação, gerando o sentimento de injustiça das decretações das prisões preventivas, por falta de motivação idônea.

Conclui-se, então, que o ato de decidir significa escolher dentre as possibilidades existentes, mas ainda inserido em contexto institucional e normativo. Sintetizando, percebe-se que o alicerce da motivação está compelido a justificar a decisão, não apenas em apontar uma norma que cabe ao caso concreto e a apresentação de motivos.

Logo, a decisão fundamentada assume função de garantia, exigindo o dever de motivar, assegurando, desta forma, a transparência do raciocínio decisório. Confirma-se, assim, que a motivação, se traduz na explicação das razões confessáveis do magistrado, isto é, àquelas aptas a demonstrar a aquiescência entre os motivos escolhidos, assente na legalidade.

As razões não confessáveis, ou seja, de cunho íntimo e pessoal do juiz, não podem ser apresentadas nos atos decisórios, por macular a motivação idônea, e afastar a decisão da

constitucionalidade. Contudo, são elas que muitas vezes são utilizadas inadequadamente como motivação.

Antônio Magalhães Gomes Filho (2013, p.93) exprime a ideia:

> Mais precisamente, adverte-se que seria possível distinguir no raciocínio judicial, de um lado, a atividade mental que se desenvolve com o objetivo de *encontrar* a solução para o caso trazido a julgamento, na qual pesam não as premissas de direito e de fato, mas também valores extrajurídicos (morais, políticos, ideológicos, etc.) do juiz; e por outro, o produto dessa mesma atividade, apresentando sob a forma de uma *sentença*, em que se expõem ao público as razões da escolha realizada; a motivação seria, portanto, uma racionalização *ex post* de uma decisão muitas vezes determinada por razões inconfessáveis.

O que deve ser pontualmente respeitado é exatamente a busca por uma motivação constitucional, que consiga convencer racionalmente a parte, e, no caso do direito penal, o réu preso preventivo, que seu isolamento antecipado respeita tanto seus direitos fundamentais - ser considerado culpado somente após sentença, como a regra constitucional da motivação idônea.

Não representa a motivação, portanto, um mero elemento formal de decisão judicial, mas sim, uma exigência da argumentação racional apresentada pelo juiz, que deverá seguir parâmetros contidos no ordenamento.

Como já mencionado, as previsões normativas visam unicamente com que as razões sejam elencadas na decisão, não apontando rigorosamente quais os elementos e ordem a serem obedecidos. Mas cabe ao juiz, então, decidir seguindo parâmetros de racionalidade e sensibilidade de modo isonômico, eis que dentre várias funções que lhe é atribuída, uma delas, senão, a mais importante, é dispensar o talento e preparo necessários, livres de preconceitos, para que seja um exímio intérprete da lei, não apenas almejando decidir, mas decidir com justiça e sempre em busca da verdade.

Desempenhando motivação função de garantia dos direitos fundamentais do individuo e, submetendo as decisões proferidas à essência constitucional, é possível identificar, assim, os requisitos substanciais que o documento justificativo deve conter.

O primeiro requisito é a integridade. O artigo 93, inciso IX, da Constituição estabelece regra de extensão a todo e qualquer provimento jurisdicional. Não se pode conceber uma fundamentação sem apresentar as justificativas de todas as opções ao longo do roteiro decisório, sob pena de frustrar o imperativo constitucional.

Assim, somente pode considerar completa a decisão quando for apresentada a justificação sobre cada deliberação parcial, cobrindo toda área decisória:

> Em outros termos, devem ser necessariamente objeto de justificação *todos* os elementos estruturais de cada particular decisão, como escolha e interpretação da norma, os diversos estágios do procedimento de verificação dos fatos, a qualificação jurídica destes etc., bem como os critérios (jurídicos, hermenêuticos, cognitivos, valorativos) que presidiram as escolhas do juiz em face de cada um desses componentes estruturais do procedimento decisório (TARUFFO, 1970, p. 450-451).

Outro requisito que carece de restar demonstrado na motivação está relacionado com a própria estrutura do processo, no qual tem como elemento necessário e essencial, o contraditório.

A dialética do contraditório é considerada, por conseguinte, a característica do processo que transparece no julgamento, pois a decisão só terá relevância, se apreciar os argumentos de todas as partes envolvidas na lide, com suas razões e contrarrazões.

Entretanto, a mera pontuação da posição argumentativa na decisão desses argumentos, não significa que de fato, foram analisados. A motivação seria a apresentação das teses e antíteses em confronto, explorada por um magistrado que tenha inteligência suficiente, ânimo imparcial, livre de paixões e preferências, perseverante em busca da verdade e justiça, racional e sensível, dependente da hermenêutica constitucional, examinando minuciosamente cada premissa apresentada.

Após, o contraditório tem de estar presente na exposição dos motivos de direito e de fatos apreciados. Seria ilógico nos atos decisórios não haver caráter de diálogo, pois é das atividades contrapostas do contraditório e ampla defesa, que objetivam convencer o juiz, que se demonstram que nenhum argumento foi ignorado.

Ainda se apresenta como requisito da motivação, a racionalidade. Todavia, não basta que uma decisão seja racional, é necessário que essa racionalidade esteja elucidada a ponto de exprimir a validade dos vários argumentos justificativos e adequação entre eles.

A racionalidade lógica consiste na não contradição entre as inúmeras possibilidades apresentadas durante o percurso do discurso justificativo, uma vez que se torna mais fácil identificar a complexa atividade decisória através da motivação (COMANDUCCI, 1992, p. 167-198). Tem, dessa maneira, o valor de ferramenta capaz de tornar objetivamente verificável a alegação produzida decorrentes da escolha da premissa aceita como a mais correta (GUASTINI, 1997, p.89).

Como último requisito da motivação, mas não menos importante, apresenta-se a correção. Isto é, a correspondência dos elementos considerados base da decisão e aqueles que efetivamente estão inseridos no processo.

É na verificação do direito, mas também nos fatos e nas circunstâncias que levaram o magistrado a preferir àquela alternativa. Somente com o acesso ao conteúdo do mérito se efetiva o controle do raciocínio judicial, o qual é base da motivação.

A motivação, como afirma Iacoviello, é uma "*trama argumentativa*" (1992, p. 1243) com estrutura lógica e conteúdo empírico. Entende-se que a aceitação racional da conclusão do litígio não fica a mercê somente da sucessão lógica dos argumentos, mas vai além da plausibilidade que fundamentam o raciocínio.

Finalmente, restam demonstrados os requisitos necessários para que se alcance a estrutura de uma motivação eficaz a ponto de identificar a função de garantia que possui, a fim de evitar meros apontamentos, e textos com retórica incapazes de auferir razões para sustentar uma decisão.

A seguir serão apresentados os vícios mais comuns que a motivação pode enfrentar, são eles: inexistência da motivação, motivação incompleta e motivação implícita.

Começando a partir do primeiro vício, que por si só, já se autoexplica é a inexistência da motivação. O significado da palavra inexistência é ausência de algo que se supunha existir. Definido, portanto seu conceito e transportando-o para o plano jurídico, entende-se a inexistência da motivação é a não apresentação das razões do provimento, ficando esta sem justificativa.

Inadmissível tal vício, porque fere a fundamentação como meio de garantia, amputando a submissão à regra máxima do ordenamento jurídico.

Importante salientar, que a ausência da motivação não ocorre apenas na omissão absoluta de discurso justificativo mínimo, mas também em casos que há a aparência de motivação, com textos que nada dizem, ou ocultam os verdadeiros argumentos utilizados para esconder as efetivas razões de decidir.

A motivação incompleta, por sua vez, verifica-se quando ausente um de seus requisitos estruturais. Não atendendo a exigência de correlação entre motivação e decisão que cada tipo de provimento necessita, fica suprimida a justificação da escolha realizada.

Com isso, em caso da não apresentação dos motivos escolhidos para chegar à decisão, não se concretiza de forma integral a justificação da decisão, esta será incompleta, portanto.

Por fim, o último vício da motivação a ser apresentado, é a motivação implícita, quando o objeto que deveria ser apreciado pelo juízo é ignorado.

Quando presente um dos vícios de motivação pressupõe que o elemento da dedução lógica servirá para amparar a escolha adotada. Contudo, não é o anseio constitucional, seria apenas uma forma de superação das lacunas que se evidenciaram na motivação da decisão.

Nesse entendimento, a mais grave consequência processual de vício na motivação, é a decretação da nulidade do ato judicial. Seria a atipicidade do ato por inobservância de norma constitucional.

O direito processual considera como nulidade absoluta a falta de fundamentação de qualquer decisão emanada pelo judiciário (MEDINA, 2016, p. 440), podendo ser reconhecida de ofício, ante a gravidade da ofensa aos ditames constitucionais.

4 A SUBJETIVIDADE DA DECISÃO QUE DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA

Apresentados os princípios, estrutura, juntamente com os requisitos e vícios que circundam a motivação, fica exposto qual a correta trajetória que deve ser percorrida pelos magistrados a fim de realmente, constitucionalizar a motivação dos atos decisórios, precipuamente as decisões que decretam as prisões preventivas.

O que pode ser verificado hoje é uma gritante falta de motivação idônea nessas deliberações, ante as generalidades ali anunciadas.

Lembrando, que a prisão preventiva, é medida cautelar. Cândido Dinamarco (1996, p.261), ensina que medidas cautelares são instrumentos a serviço do próprio instrumento, ou seja, o processo. Significa que a atribuição principal das medidas cautelares é dar eficiência ao provimento jurisdicional principal.

As providências acautelatórias, entretanto, exigem determinadas condições para ser expedida ordem em caráter de urgência. Cabe ao juiz realizar sobre o direito pleiteado concreta cognição, mesmo que sumária, de cunho superficial, ou até mesmo não exauriente, confirmando a existência de perigo para o risco desse próprio direito, em que será, então, antecipado, face da natural demora para a obtenção do ditame requerido.

Sujeitando-se à Constituição, exatamente ao artigo 93, inciso IX, as decisões das medidas cautelares também devem obediência a aplicação da motivação idônea.

4.1 A Subjetividade da Decisão que Decreta a Prisão Preventiva no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Superior Tribunal de Justiça

Preceitua os artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal definem a prisão preventiva com aplicação taxativa, não cabendo extensão aos casos que ali não tenham se identificados.

O estudo aspira demonstrar que os juízos criminais de primeiro grau, devem rever seus conceitos de motivação idônea, a fim de aplicar com eficiência os direitos fundamentais do indivíduo e a própria lei suprema no ordenamento jurídico, a Constituição.

Após, pesquisa no Tribunal Estadual do Paraná pôde-se perceber elevado no número de acórdãos revogando prisões preventivas oriundas de instâncias originárias, sob fundamentos de ausência de motivação idônea.

Ao realizar a pesquisa de acórdãos no site do Tribunal Paranaense com o tema: *"revogação prisão preventiva falta de motivação idônea*", dos 47(quarenta e sete) acórdãos registrados no primeiro semestre de 2016, 25 (vinte e cinco) deles foram modificados, revertendo o decreto segregatório, colocando o preso em liberdade. Chega, portanto, a porcentagem de 53,1% (cinquenta e três vírgula um por cento) das decisões apreciadas.

Os motivos mais comuns para as revogações das prisões em primeira instância se dão nas seguintes expressões: *"fundamentações insuficientes"*, *"fundamentação com generalidades"*, *"com meros dos apontamentos"*, *"com falta de elementos concretos"*, *"com gravidade abstrata"*, *"presença de circunstâncias inominadas"*, dentre outros. Eis alguns exemplos de jurisprudências que foram revertidas:

> HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL, POR DUAS VEZES). PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PLEITO DE REVOGAÇÃO DA CAUTELAR. **FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE ABSTRATA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO COM BASE EM DADOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.** PEDIDO PROCEDENTE.
> 1. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.
> 2. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

> 3. A alegação de que o crime foi cometido em concurso de agentes e com o emprego de arma de fogo apenas repete os elementos característicos do próprio tipo penal, que **não determina, por si só, a gravidade concreta da infração. Assim, carecendo o decreto prisional de suficiente fundamentação, falta-lhe validade.** Caso, portanto, de constrangimento ilegal.
> 4. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no AREsp 715.550/MT, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 07/03/2016).(TJPR - 3ª C.Criminal - HCC - 1552364-3 - Curitiba - Rel.: Rogério Kanayama - Unânime - - J. 14.07.2016, grifo nosso).

> HABEAS CORPUS. PACIENTES PRESOS E DENUNCIADOS PELO CRIME DO ART. 33, CAPUT, DA LEI N° 11.343/2006. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. **FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE ABSTRATA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO COM BASE EM DADOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.** SUBSTITUIÇÃO DA CAUTELAR POR MEDIDAS PREVISTAS NO ART. 319, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE. PEDIDO EXPRESSO DOS IMPETRANTES. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REQUISITOS DO ART. 282, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, PREENCHIDOS. PEDIDO PROCEDENTE.
> a) Para que a prisão cautelar, que é medida de exceção, subsista, não basta que se indiquem abstratamente as hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal, devendo-se apontar os fatores concretos que levaram à identificação dos pressupostos da medida extrema, sem o que se mostra imperioso o deferimento da liberdade" (STJ - HC 250.483/PA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2013).
> b) A prisão provisória é a mais gravosa das medidas cautelares no âmbito processual penal, pois implica na privação da liberdade do acusado. É corolário lógico que o Juiz singular, ao decretar a prisão preventiva previamente afastou a aplicação das medidas cautelares mais brandas, aplicadas em meio aberto, entendendo pela insuficiência delas no caso concreto.Logo, não há supressão de instância na decisão do Tribunal que afasta a prisão preventiva e aplica em seu lugar alguma das medidas cautelares do art. 319 do CPP." (TJPR - 2ª C.Criminal - EDC 964474-2/01 - Ponta Grossa - Rel.: Lilian Romero - Unânime - J.31.01.2013) (...) (TJPR - 3ª C.Criminal - HCC - 1546098-7 - Cidade Gaúcha - Rel.: Rogério Kanayama - Unânime - - J. 07.07.2016, grifo nosso).

A porcentagem no Superior Tribunal de Justiça também é alarmante. Dos 101 (cento e um) acórdãos proferidos em 2016 com pesquisa no mesmo tema, 51(cinquenta e um) deles revogaram a ordem de prisão preventiva sob a alegação de falta de fundamentação dos

magistrados *a quo*. Ou seja, supera a margem de 50% (cinquenta por cento) dos pedidos. Conforme julgado abaixo:

> PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. **AUSÊNCIADE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA.** RECURSO PROVIDO.
> 1. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.
> 2. In casu, a custódia provisória, medida extrema cujo traço marcante é a excepcionalidade, foi decretada sem respaldo em quaisquer circunstâncias colhidas da situação concreta**.** Pelo contrário, limitou-se o magistrado a apontar, genericamente, que "a infração penal perpetrada é gravíssima e gera manifesto risco à segurança da coletividade. Além disso, trata-se de delito capaz de ceifar vidas a cada dia, destruir famílias e fomentar a prática de diversos outros delitos, principalmente contra o patrimônio, justificando, pois, a manutenção da prisão do flagrado como medida de garantia da ordem pública", em evidente afronta ao dever constitucional de motivação das decisões judiciais. Vale ressaltar que a quantidade de droga apreendida (2,7 gramas de crack) foi apontada não para fins de justificar a necessidade da medida extrema (*periculum libertatis*), mas para concluir que estaria "evidenciada, em princípio, a finalidade de mercancia".
> 3. Recurso provido para que o recorrente possa aguardar em liberdade o julgamento da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.(STJ -RHC 72.401/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 09/08/2016, grifo nosso).

Assim, imperioso que haja uma reforma nos juízos de primeira instância, principalmente, na mentalidade dos juízes, que estão deixando de lado, a interpretação da lei embasada nos direitos fundamentais do indivíduo e no próprio Estado Democrático de Direito, sangrando diariamente o termo justiça no bem tutelado de maior importância ao homem moderno, a sua liberdade.

CONCLUSÃO

A pesquisa revela que é elevado o número de decretações de prisões preventivas que não estão devidamente fundamentadas, concluindo que o judiciário padece de alto índice de constrangimento ilegal.

Para que tal mácula seja curada, é preciso uma reformulação na hermenêutica, fazendo com que as normas autorizadoras do cárcere processual sejam interpretadas de modo que o direito atinja sua função social construtora, e não predominando no entendimento dos magistrados uma postura cega, dominada pelo medo social da violência.

Os juízes são os maestros que tomam a regência na aplicação do direito. É pelo uso íntegro, correto e justo da batuta que poderá ser alcançada a objetividade final da lei, combatendo arduamente as arbitrariedades que nunca cessam de ressurgir, trazendo ao país uma melodia harmoniosa e suave para com os preceitos resguardados pela Constituição.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant. São Paulo: Mandarim, 2000.

BRASIL. Constituição Federal. Emendas Constitucionais de Revisão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 08 de julho de 2106.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em 08 de julho de 2016.

BRASIL. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm> Acesso em 09 de julho de 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ, AgRg no AREsp 715.550/MT, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 07/03/2016).(TJPR - 3ª C.Criminal - HCC - 1552364-3 - Curitiba - Rel.: Rogério Kanayama - Unânime - - J. 14.07.2016) < Acesso em: 12 agosto. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. TJPR - 3ª C.Criminal - HCC - 1546098-7 - Cidade Gaúcha - Rel.: Rogério Kanayama - Unânime - - J. 07.07.2016< Acesso em 12 de agosto de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ -RHC 72.401/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 09/08/2016 < Acesso em 13 de agosto de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: < https://www.tjpr.jus.br/>. Acesso em 25 de agosto de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em 29 de agosto de 2016.

COMANDUCCI, Paolo. La motivazione in fatto. In: Ubertis, Giulio (org). La conoscenza del fatto nel processo penale. Milano: Giufrè, 1992.

DICIONÁRIO. Disponível em:< http://www.dicio.com.br>. Acesso em: 02 de junho de 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2000.

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

GOMES, Luiz Flávio *et al*. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403/2011. São Paulo: Ed. RT, 2011.

____.Estudos de direito e processo penal. São Paulo: Ed. RT,1998.

GUASTINI, Ricardo. In tema di ragionamento giudiziario. Bologna: Il Mulino, 1997.

IACOVIEELO, Francesco Mauro. La testimonianza auditiva posta a base de uma condanna all' ergastollo. Brevi viaggio all' interno della struttura della motivazione e delaa lógica di um processo di parti. Cassazione Penale 33 (2): 2166-73, 1992.

LOPES JUNIOR., Aury. Direito processual penal e a sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.I.

____.Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t.IV.

MEDINA, José Miguel Garcia. Direito Processual Civil Moderno. – 2.ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2016.

NICOLITTI, André Luiz. Manual de processo penal. São Paulo: Ed. RT, 2014.

____. Processo Penal Cautelar: prisão e demais medidas cautelares. – 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2015.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. São Paulo: Ed. RT, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TARUFFO, Michele. Studi sulla rilevanza della prova. Padova: Cedam, 1970.