

# A MOTIVAÇÃO INADEQUADA DA DECISÃO QUE DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA COMO ELEMENTO DO ESTADO DE EXCEÇÃO<sup>1</sup>

José Laurindo de Souza Netto<sup>2</sup>

Resumo: O artigo analisa a motivação inadequada da decisão que decreta a prisão preventiva à luz da teoria agambeniana do estado de exceção. A deficiência motivacional do decreto de prisão preventiva, fomentada pelo populismo penal, leva uma zona ambígua de indeterminação entre o político e o jurídico, desencadeando não só a deslegitimação democrática do Poder Judiciário, mas de todo o Estado de Direito. O medo social da violência, usado como instrumento político-ideológico e manipulado pela mídia, acaba por viabilizar as motivações inadequadas, lastreadas na subjetividade e na filosofia da consciência. Neste contexto, apresenta-se como instrumento de controle epistemológico da decisão a hermenêutica fenomenológica, permitindo, assim, o combate aos decisionismos e às arbitrariedades.

Palavras-Chave: Motivação, Estado de Exceção, Prisão Preventiva

## INADEQUATE MOTIVATION OF THE DECISION THAT DECLARES PROBATION AS AN ELEMENT OF STATE OF EXCEPTION

---

<sup>1</sup> Artigo aprovado para publicação por ocasião do 1º Simpósio Internacional CON-SINTER (Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação) a ser realizado em Barcelona nos dias 6, 7 e 8 de outubro de 2015.

<sup>2</sup> Pós-doutor com estágio de pós doutorado na Universidade Degli Studi di Roma “La Sapienza”. Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Graduação do Curso de Direito do Grupo Uninter e do Curso de Mestrado da UNI-PAR. Ex-membro do Conselho Nacional de Polícia Criminal e Penitenciária. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR) na 5ª Câmara Criminal.

**Abstract:** The article analyses the inadequate reasoning of the decision that declares probation in light of the agambenian theory of state of exception. The motivational deficiency of the probation decree, fostered by penal populism, leads to an ambiguous zone between the political and the juridical, triggering not only democratic delegitimation of the Judiciary Power, but also of all of the Rule of Law. The social fear of violence, used as a political and ideological instrument and manipulated by the media, ends up enabling inadequate reasoning, backed at subjectivity and at conscience philosophy. In this context, phenomenological hermeneutics figures as instrument of decision's epistemological control, enabling the fight against decisionisms and arbitrariness.

**Keywords:** Reasoning, State of Exception, Probation

## 1 INTRODUÇÃO



pesquisa investiga se a motivação inadequada da decisão que decreta a prisão preventiva pode configurar elemento integrador do estado de exceção, entendido como aquele descrito por Giorgio Agamben na obra “Estado de Exceção”. O que se pretende enfocar é o espaço situado entre a política e o direito, transportando-se do político para o jurisdicional a perspectiva de que a exceção substitui a regra.

O trabalho levanta aspecto problemático do direito processual penal no Brasil e se justifica diante da quantidade desproporcional de presos provisórios que esperam um julgamento, com a inversão da lógica constitucional, visto que a regra (prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado), proveniente do princípio da presunção de inocência, vem sendo substituída pela exceção (prisão preventiva), o que

indica uma anomalia na decretação destas prisões.

Sem desconsiderar outros importantes aspectos que o tema sugere, o artigo centrar-se-á na interpretação e aplicação do direito, sobretudo naqueles decorrentes do processo de banalização do uso da prisão preventiva, entendida como a utilização excessiva e desnecessária da custódia lastreada em motivação inadequada.

A tradição brasileira de violência social herdada de duas ditaduras faz com que a ascensão do Estado Penal seja mais intensa. Neste contexto de declínio do Estado de Bem Estar Social pela cultura do encarceramento, arraigada no imaginário popular, o aparato repressivo estatal resta incrementado. O Poder Judiciário, ao restringir a liberdade de pessoas que não deveriam estar presas, conduz o Estado a uma posição de violador, ao invés de garantidor, de direitos fundamentais, configurando a própria negação da ideia hoje vigente de Estado democrático de direito.

Partindo destas reflexões, a exposição se desenvolverá em três capítulos. Apresentar-se-á primeiramente a motivação como elemento imprescindível das decisões judiciais no processo penal, a partir da perspectiva teórica de Michele Taruffo. Na sequência, analisar-se-á a decretação da prisão cautelar desmotivada como exceção permanente; e, por fim, a teoria do Estado de Exceção, com marco teórico na obra homônima de Giorgio Agamben. Como encerramento, serão apresentadas, de forma sintética, as principais conclusões derivadas da pesquisa.

Para a elaboração, será utilizado o método hipotético-dedutivo, combinado aos procedentes de pesquisa bibliográfica e documental.

Talvez o maior problema contemporâneo seja a determinação dos limites e contornos da racionalidade e cientificidade da decisão judicial que decreta a prisão preventiva. O desafio da hora frente a este fenômeno é dar um novo significado ao princípio republicano da legalidade, da democracia e sobre-

tudo da ética judicial, estabelecendo uma matriz de motivação que atenda à exigência constitucional.

O estudo aqui apresentado sugere um controle epistemológico através de uma racionalidade alinhada à motivação substancial, contraindo, assim, o âmbito de atuação punitivista desnecessária antes da sentença penal condenatória definitiva.

## 2 A COMPREENSÃO CRÍTICA DA REALIDADE PRISIONAL COMO PRESSUPOSTO DA MOTIVAÇÃO

O processo penal, onde estão em jogo os mais relevantes interesses, sofre com mais agudez dos problemas causados pelos aspectos multiformes da vida e da complexidade das relações sociais. Assim, com a utilização desmensurada de fórmulas gerais, os espaços de discricionariedade no decidir se tornam cada vez mais amplos na prática judiciária penal, exigindo um esforço argumentativo na atribuição do significado das expressões abertas.

A atribuição de poderes mais amplos no espectro cognitivo desencadeia a exigência cada vez mais intensa de racionalidade e cientificidade, como forma de afastar o arbítrio. Segundo Taruffo, na maioria das vezes, o raciocínio do juiz não é guiado por normas nem estabelecido por critérios ou fatores de caráter jurídico, omitindo-se o direito, em grande medida, em relação aos modos como juiz raciocina ou deveria raciocinar. Por isso, “na realidade, o verdadeiro problema consiste em compreender o que acontece quando o raciocínio do juiz vai além dos confins daquilo que convencionalmente se entende por direito.” (TARUFFO, 2001, p.7).

O princípio da motivação assume então redobrada relevância no âmbito jurídico penal, exigindo-se dos juízes a compreensão crítica da realidade prisional como pressuposto indispensável para a motivação substantiva.

Não se pode negar que a falta de motivação acerca das

condições degradantes das prisões brasileiras nas decisões que decretam a prisão preventiva constitui lesão a preceito fundamental estabelecido na Constituição Federal. Se normalmente a prisão já deveria ser utilizada com extrema prudência, a precaução torna-se ainda mais necessária no ambiente carcerário cruel, pois o juiz não pode se desvincular da realidade empírica sobre o qual incide a sua decisão.

Como ensina Zaffaroni, “os processos penais se desenvolvem em um mundo real, no qual se violam direitos humanos todos os dias, ainda que as leis estabeleçam garantias formais que, na prática não são observadas por diversas razões.” (ZAFFARONI, 2000, p. 18)

Fazer uma leitura crítica da realidade exige esforço e demanda interpretação profunda, sendo certo que a aparência da realidade mais esconde do que revela, cabendo ao juiz debruçar-se sobre ela, vez que a linguagem e a ideologia enevoam a verdade dos fatos. Reside aí a razão da reafirmação da dimensão ética da motivação.

## 2.1 A CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E AS FUNÇÕES DA MOTIVAÇÃO

A obrigatoriedade de motivação é tradicional no direito luso-brasileiro, vez que as Ordenações Filipinas já previam o dever de o juiz motivar suas decisões. (NERY JUNIOR, 2013, pg. 299) Entretanto, a legislação revolucionária francesa, que pôs fim ao sistema judiciário do *ancien régime* de 1790, vem convencionalmente indicada<sup>3</sup> como a origem da obrigação de motivar as decisões judiciais.

Após a 2ª Guerra Mundial, a obrigação de motivação passa a ser considerada não somente uma regra de caráter téc-

---

<sup>3</sup> Ver, neste sentido, por todos, Michele Taruffo, in: TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.) Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 166.

nico, mas uma garantia fundamental exigida da jurisdição. Nesta perspectiva, a obrigação tinha como fundamento principal a possibilidade de delimitar o âmbito de incidência da decisão e permitir a sua impugnabilidade. (CINTRA; GRINOVER, DINAMARCO, 2005, p. 70).

Todavia, a evolução do instituto, sobretudo com sua constitucionalização, deu nova feição à garantia, acrescentando-lhe a função política de exercício do controle da atividade do juiz, fazendo parte do arcabouço jurídico que sustenta o Estado Democrático de Direito.

Com a aquisição do *status jurídico-constitucional* a motivação passa a ser uma “garantia das garantias” (FERRAJOLI, 2010), ou “de segundo grau”, porque exerce função política de legitimação democrática da função jurisdicional, limitando o poder arbitrário através da legalidade das decisões.

Além disso, apresenta-se como garantia processual, vinculada sobretudo com a imparcialidade do juiz, pois a apresentação da motivação substancial (racional e científica) obriga-o a decidir dentro de certos parâmetros, limitando a sua discricionariedade.

Taruffo classifica as funções da motivação em endoprocessual e extraprocessual, sendo que a primeira vem descrita como operação técnico-processual que tem por finalidade permitir o conhecimento das razões de decidir para a impugnação da decisão pela via recursal. A segunda, por sua vez, se liga à diretamente à sua dimensão constitucional e à sua natureza garantística, e exerce uma função de legitimação da decisão, na medida em que demonstra e responde às exigências impostas ao juiz pelo ordenamento jurídico. (TARUFFO, 2005, p. 167).

Dessa forma, busca-se efetivar as garantias “de racionalidade e razoabilidade, de confiabilidade, de aceitabilidade e de controlabilidade” da decisão que decreta a prisão preventiva. (TARUFFO, 2001, p.9).

A ausência de motivação substancial é considerada pela

Constituição Federal (art. 93, IX)<sup>4</sup> uma lesão de tão significativa gravidade que na própria previsão restou fixada a pena de nulidade para o caso de descumprimento. Percebe-se então que a previsão de garantia constitucional dobrada (art. 5º, inciso LXI e art. 93, inciso IX) não foi excessiva, pois o legislador constitucional estabeleceu a motivação da decisão como alicerce da legitimação democrática da função judiciária.

Entretanto, na realidade brasileira vive-se o fenômeno da *baixa constitucionalidade* da aplicação do Direito, mormente nas decisões que decretam as prisões preventivas. Não são raras as hipóteses vivenciadas na prática judiciária em que são identificadas decisões desprovidas de motivação substancial.

## 2.2 A MOTIVAÇÃO E A FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA

A discricionariedade judicial surge no cenário do processo penal, mormente na prisão preventiva, fazendo com que a motivação racional e científica seja substituída pela convicção subjetiva do juiz.

Em virtude do caráter abstrato de algumas hipóteses dos requisitos da prisão cautelar, como por exemplo da garantia da ordem pública, a custódia prisional vem sendo utilizada sem que haja efetiva necessidade.

Tal situação se deve ao fato de que, dentre outras causas, o exercício da jurisdição, na decisão que decreta a prisão preventiva, encontra-se atrelado ao paradigma da filosofia da consciência. A subjetividade judicial, regida por preferências valorativas pessoais, fazem com que o magistrado, possuidor dos significados, motive a decisão conforme sua consciência, numa atividade livre e discricionária.

Conforme Streck, “a concepção que vigora no exercício da jurisdição é de que está no subjetivismo do juiz a solução do

---

<sup>4</sup> Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)

caso concreto, como detentor exclusivo dos significantes, apenas aos ditames de sua consciência.” (STRECK, 2013, p. 228)

Enrincheirados em pontos de vista irreduzíveis, os juízes atuam mediante concepções pessoais, com a prevalência de suas opiniões em relação àquelas do direito, configurando o que Streck denomina de *jurisdição solipsista*. A palavra solipsista vem do alemão *Selbsüchtiger*, que quer dizer “viciado em si mesmo”, e, como doutrina filosófica, aparece como única realidade existente aquela proveniente do “eu empírico”. No dizer de Alexandre Morais da Rosa e Gisele Carolini Tobler “o sujeito confunde a sua mirada com a do direito, e, por si, sem mais, decide todos os casos como se fosse ‘Rei de sua Unidade Jurisdicional’”. (ROSA; TOBLER, 2015).

O esgotamento do paradigma da filosofia da consciência conduz a uma transformação em direção ao paradigma da filosofia da linguagem. A partir da terceira década do século XX, a filosofia da linguagem configura-se como um novo paradigma da filosofia, ocorrendo assim o *giro linguístico pragmático*.

A nova crítica do direito, desenvolvida por Lenio Streck, transporta para o direito a viragem linguística, com o objetivo de superar o subjetivismo e a filosofia da consciência. A teoria de Lenio assume, assim, a função de buscar o retorno da facticidade do direito através da utilização da hermenêutica fenomenológica com base em Heidegger e Gadamer. (STRECK, 2013, p. 196)

A partir das ideias destes autores, a hermenêutica entra no vasto campo das problemáticas filosóficas, superando assim a base epistemológica da filosofia da consciência. O pensamento que perpassa toda a obra de Heidegger é ponto de partida a toda a sua crítica de todo o mundo contemporâneo, revelando um novo modelo de pensar.

Na hermenêutica fenomenológica, os decisionismos e as arbitrariedades podem ser controlados pelo círculo herme-

nêutico. O método do círculo hermenêutico exige uma compreensão do todo, estruturada a partir das partes, e orienta racionalmente a compreensão, ajudando, desta forma, a construir uma realidade humana. (COSTA, 2006, p. 45)

Explica Gadamer que “(...) compreender é sempre um mover-se nesse círculo, e, por isso, é essencial o constante retorno do todo às partes e vice-versa. A revelação só se dá no vai-e-vem do movimento circular entre o todo e as partes”. (GADAMER, 1997, P. 465) Compreender a realidade prisional é, pois, descobrir as condicionantes que estão por de trás da manifestação dos fatos, implicando uma pré-compreensão das vicissitudes do sistema carcerário brasileiro.

### 3 OS VÍCIOS DA MOTIVAÇÃO: AUSÊNCIA, APARÊNCIA E ABSTRAÇÃO

O dever de motivar demanda dois pressupostos: a fundamentação em relação aos fatos e em relação ao direito, com a exposição de motivos reais e não de meras conjecturas, evitando-se o *perigo do exagero* ou dados abstratos (TORNAGUI, 1997, p. 11).

Com o mesmo espírito, Michele Taruffo igualmente refere-se à “completezza” ou completude da motivação, afirmando que esta deve conter a justificação específica de todas as questões de fato e de direito que constituem objeto da controvérsia. (TARUFFO, 2005, p. 171).

A ausência de motivação ocorre quando o magistrado deixa de “enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, (BADARÓ, 2002, p. 128), ou, em outras palavras, se omite sobre um ponto relevante da causa. Na experiência da Corte de Cassação Italiana, a “ausência de motivação intrínseca ocorre toda vez que a sentença tenha deixado de levar em consideração elementos de decisiva relevância, que, se tivessem

sido considerados ou examinados, poderiam ter levado a um resultado diverso.” (BADARÓ, 2002, p. 128).

Trata-se da forma mais evidente de violação à exigência constitucional, abarcando não só os casos de inexistência de um discurso, mas também os casos de aparência de motivação, quando são apresentadas as justificativas que nada dizem ou até mesmo ocultam as verdadeiras razões do decidir, fixadas, às vezes, por “*motivos inconfessáveis*”<sup>5</sup>.

Análoga a esta situação, e mais corrente, é abstração da motivação. Trata-se de hipótese em que o magistrado não apresenta a *correlação lógica entre a normativa e o caso concreto em análise*, limitando-se a indicar dispositivos, sem concretizar a sua incidência. Assim, não servem à motivação de uma decisão judicial afirmações que, a rigor, se prestariam a justificar qualquer outra.

Com efeito, conforme explicita Badaró, o conteúdo mínimo da motivação inclui:

“1) o enunciado das escolhas do juiz com relação: 1.1) à individualização das normas aplicáveis; 1.2) à análise dos fatos; 1.3) à qualificação jurídica dos fatos; 1.4) às consequências jurídicas desta qualificação; 2) *os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados*.” (BADARÓ, 2002, p. 127, grifo nosso).

Por isso que a motivação pela simples evocação da jurisprudência não pode ser aceita quando o juiz, ao invés de desenvolver uma motivação, limita-se a fazer referência a outras decisões ou a julgados ou súmulas de tribunais superiores. Em tal caso, em verdade, não se pode sequer falar em motivação inadequada, havendo uma verdadeira ausência de motivação.

Pelas mesmas razões é impossível o reforço da fundamentação da decisão, isto é, não pode ser concedida a oportu-

---

<sup>5</sup> A expressão motivos inconfessáveis foi cunhada por Paolo Comanducci, em PAOLO COMANDUCCI. *L’analisi del ragionamento giuridico*. Diritto Penale e Processo. 4:495-8, 1995.

nidade para a fundamentação *a posteriori* da decisão que decreta ou mantém a prisão preventiva, pois a ilegalidade constitucional não convalesce. Do mesmo modo, não pode ocorrer a complementação das razões pelo órgão modificador, o que configuraria como decisão manipulativa de efeito aditivo, cuja prática confronta com a natureza substancial da garantia. (NAGIMA, 2011)

O problema da motivação incompleta conecta-se ainda com a chamada fundamentação implícita do julgado, em que o magistrado não realiza o exame de todos os argumentos traduzidos, na confiança de que os fundamentos apresentados implicitamente resolvam todas as questões.

Michele Taruffo é crítico desta possibilidade de fundamentação. Para o autor italiano a fundamentação implícita é rasa, uma vez que a contraposição entre o que foi dito e não foi dito nem sempre é alternativa no Direito, ou em outras palavras, nem sempre a escolha do juiz é entre duas opções, mas sim mais frequentemente entre várias opções num largo espectro. (TARUFFO, 1975, p. 436)

Além disso, como esclarece Badaró, “a motivação implícita apenas indicaria a própria decisão em si, isto é, o resultado da resolução da questão, mas não as respectivas justificações e as razões.” (BADARÓ, 2002, pág. 131)

Na seara processual penal, onde os espaços de discricionariedade são mais elásticos, a ocorrência dos vícios de motivação é mais frequente com a possibilidade mais concreta de manipulação das razões.

A jurisprudência brasileira, com razão, impõe aos magistrados o dever de contra argumentar especificamente todos os argumentos da defesa, sob pena de nulidade.

É necessário que haja este rigor, uma vez que a falta de exposição dos argumentos fere o direito à ampla defesa do réu, que tem direito à demonstração de que suas razões ao menos foram considerados pelo magistrado na formação de seu con-

vencimento.

O direito da defesa de ver seus argumentos contemplados (*rechtaufberuchtsiehtung*) exige do Juiz que tome conhecimento, conferindo a atenção devida às razões apresentadas. Não basta, por exemplo, ao magistrado determinar a prisão do réu afirmando a presença de indícios autoria e materialidade, mas também deve o juiz afastar os argumentos do réu.

Outra mácula apontada por Taruffo é aquela da motivação *ad relationem* quando o juiz não elabora uma justificativa autônoma *ad hoc*, mas se serve de reenvio a uma justificativa contida em outra decisão. (TARUFFO, 1975, p. 433-434).

No que diz respeito à prisão preventiva, a decisão não pode apenas remeter às razões apresentadas pelo delegado de polícia e do Ministério Público como próprias, o que ocorre na conversão do flagrante para a prisão preventiva pelo juiz *ex officio*.

Ao filiar-se às razões proferidas por órgão diverso, a jurisdição acaba por não efetuar valoração sobre os argumentos que acolhe, ou, o que é mais grave, deixa de ponderar elementos que poderiam conduzir à modificação da decisão, não reapreciando a matéria.

#### 4 A MOTIVAÇÃO INADEQUADA DA PRISÃO PREVENTIVA

É através da motivação da decisão que se avalia o exercício regular do Poder Judiciário. No que diz respeito aos decretos de prisão preventiva, pela fundamentação é possível verificar se a atuação do poder cautelar, conferida à jurisdição, não se transformou numa pena antecipada, com violação ao Estado democrático de direito.

Na prática judiciária brasileira é cada vez mais frequente a utilização de fórmulas e modelos hipotéticos, configurando, no dizer de Hélio Tornaghi, “*expressão da prepotência*,

*do arbítrio e da opressão*”. (TORNAGHI, 1978, pag. 75).

Essas hipóteses tem sido apontados pela jurisprudência como motivos inidôneos, conforme se verifica das seguintes decisões:

a) menção literal ao texto legal (STJ. HC 204.697/GO Rel. Gilson Dipp, T5 Dje 01.08.2011); b) gravidade abstrata do delito (STJ. HC 204.809/MG. Rel. Vasco Della Giustina. T6 Dje 05.09.2011; c) expressões de mero apelo retórico (STF HC 105.879/PE, Rel. Aires Britto. T2 Julg. 2011); d) consequências hipotéticas ou naturais /intrínsecas do delito (STJ HC 107.589/SP Rel. Og Fernandes. T6 Dje 15.09.2008); e) suposições infundadas, isto é, meras conjecturas (STJ HC 156.253/RJ Rel. Jorge Mussi. T5 Dje 09.08.2010); f) possibilidade abstrata de fuga do agente (STJ HC 120.837/GO Rel. Maria Thereza de Assis Moura) T6, Dje 31.08.2011 e HC 183.426/MG. Rel. Gilson Dipp. T5 Dje. 01.02.2011); g) periculosidade abstrata do agente (STJ HC 173.371/SP. Rel. Adilson Vieira Macabu. T5, Dje. 19.08.2011); h) clamor público ou exposição midiática (STJ. HC 151.773/AL. Rel. Laurita Vaz. T5. Dje 28.06.2011 e HC 206.726/RS. Rel. Og Fernandes T6 Dje. 26.09.2011); i) ausência injustificada do agente no interrogatório ou qualquer ato do processo (STJ HC. 121.282/MA Rel. Maria Thereza de Assis Moura, T6. Dje 08.06.2011); j) não ter sido encontrado para cumprimento de mandado de prisão ilegal ou reputado ilegal. (STJ RHC 29.885/SP. Rel. Gilson Dipp. T5. Dje 01.08.2011 e STF HC 93.803/RJ. Rel. Eros Gau. T2. Julg. 10.06.2088). (NAGIMA, 2011)

Neste sentido, alerta Amilton Bueno de Carvalho que:

(...) o número de prisões preventivas com defeito de fundamentação são alarmantes – a desconfiança que tenho é de que parte significativa dos juízes não aprendeu a decretar prisões preventivas: discurso vazio, abstrato, repetição bestial de termos expressos da lei, retórica insossa oriunda do senso comum – em outras palavras, a abstração é tamanha que serviria para decretar a prisão de qualquer pessoa, seja qual fosse o crime cometido. (CARVALHO, 2013, pág. 133)

#### 4.1 A VIRAGEM DA PRESUNÇÃO DE CULPA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

O estudo da evolução histórica do instituto das prisões no Brasil revela a sustentação em juízos de antecipação de culpabilidade, decorrentes de flagrantes ou indiciamentos, impondo ao acusado a busca do *livramento da culpa*. (PACCELI, 2013, P. 10)

No que toca especificamente ao Código de Processo Penal de 1941, o critério aplicado era o da presunção da culpa. A lógica era a prisão provisória como regra até o final do processo, com a incidência de antecipação de culpa. A exceção era a liberdade, e o juiz poderia inverter a presunção de culpa para a presunção de inocência com o reconhecimento das excludentes. (PACCELI, 2013, P. 10)

A legislação processual penal brasileira inicia a relativização da presunção de culpa com a Lei nº 5.941/73, que permitiu que o réu primário e de bons antecedentes pudesse aguardar o recurso em liberdade, tanto na pronúncia quanto na sentença condenatória. Mais tarde, foi introduzida no ordenamento a liberdade provisória sem fiança, mediante o comparecimento obrigatório a todos os atos do processo, sob pena de revogação (Lei nº 6.416/77), para todos os crimes, incluindo aqueles até então considerados inafiançáveis. (PACCELI, 2013, P. 13)

A partir da Constituição de 1988, ocorre a viragem da presunção de culpa para a presunção de inocência. Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup> reconhece que a presunção de inocência (art. 5º, LVII) impede que a prisão provisória seja empregada como antecipação de pena.

Atualmente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao tratar da prisão provisória, ressaltou que: “sua aplicação tem caráter excepcional, limitado pelos juízos de legalidade, a presunção de inocência, a necessidade e a proporcionalidade, de acordo com o que seja estritamente necessário em

---

<sup>6</sup> STF. HC 84.078. Rel. Min. Eros Grau. J. 05/02/2009; HC 83.868. Rel. Min. Marco Aurélio. Dj. 06/04/2004

uma sociedade democrática.” (CIDH, 2008)

#### 4.2 OS REQUISITOS E PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA: EXCEPCIONALIDADE E CAUTELARIDADE.

A prisão preventiva é medida constritiva da liberdade do indiciado ou acusado. Em acepção ampla, o conceito engloba as custódias cautelares, isto é, todas aquelas que ocorrem antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Constitui-se na mais relevante e abrangente das prisões provisórias, pois seus fundamentos funcionam como pressuposto para as demais espécies de segregação cautelar.

O caráter excepcional desta constrição, decorrente do princípio da presunção de inocência, está consagrado tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no espanhol.

O Tribunal Constitucional da Espanha consagrou o Princípio da Excepcionalidade ao declarar que "al consistir la libertad provisional en una privación de libertad, debe regirse por el principio de excepcionalidad." (LOPES JR., 2015)

Nesse sentido decidiu o Tribunal Constitucional, em sentença proferida no dia 26 de novembro de 1984:

La presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso. (LOPES JR., 2015)

O "Consejo de Europa", em diversas resoluções, recomendou que a prisão preventiva deve inspirar-se nos seguintes princípios. - não deve ser obrigatória; - a autoridade judicial deve tomar sua decisão levando em consideração as circunstâncias do caso; - deve ser considerada como medida excepcional; - deve ser mantida somente quando estritamente necessá-

ria; - em nenhum caso deve ser aplicada com fins punitivos. (MARTINEZ, Sara Aragoneses, et alii;, 1996, p.398)

No processo penal espanhol, o perigo de fuga é um dos principais fundamentos para justificar medidas como as prisões cautelares, onde o risco de evasão tornará impossível a execução da pena provavelmente imposta. O art. 492, 3º da Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) fala em risco causado pelas circunstâncias do fato que fazem com que se presume que o acusado não comparecerá. (LOPES JR., 2015)

Vincente Gimeno Sendra sustenta que o perigo de evasão aumenta na medida em que aumenta a gravidade do fato imputado, pois a futura pena a ser imposta será mais grave. (SENDRA, 1996, p. 481.)

Entretanto, a presunção de fuga é destituída de legitimação somente quando apoiada na gravidade do fato, sendo necessária uma fundamentação substancial. Na doutrina espanhola, Angel-Vicente Illescas Rus fala em “exquisita motivación”, sendo o adjetivo “exquisita” visto como de “calidad, de primor, de singular y extraordinaria fundamentación”. (ILLESCAS RUS, 1995, p. 75.)

Se no processo penal espanhol existe uma preocupação acentuada em relação à hipótese da fuga do acusado, no Brasil a atenção se volta sobretudo às hipóteses de decretação da prisão cautelar em cláusulas abertas.

No Brasil, a decretação da prisão cautelar exige vinculação a elementos objetivos e verdadeiros existentes no caso concreto, além do que deverá ficar demonstrada a presença de dois pressupostos lógicos: *fumus commissi delicti* e o do *periculum lum libertatis* (risco de liberdade do investigado ou acusado). É necessário que o magistrado analise os fundamentos que o levaram para decretação, quais sejam, garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal.

A garantia da ordem pública vem sofrendo uma inter-

pretação extensiva, abarcando a gravidade do delito e clamor público. Entretanto, só a gravidade em abstrato do delito não é apta para decretação da prisão preventiva, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal que reconheceu, diante da excepcionalidade e instrumentalidade, a necessidade de redobrada cautela na fundamentação.<sup>7</sup>

Outra hipótese apresentada é no sentido de que haveria motivação suficiente para prisão preventiva diante clamor público. Entretanto, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>8</sup>, predomina o entendimento segundo o qual este motivo é inidôneo para, por si só, autorizar o decreto da prisão preventiva. Assim, a eventual indignação popular, ocasionada pela repercussão do crime, não pode justificar, por si só, a decretação da prisão preventiva, pois haveria um juízo precário de culpabilidade e pena antecipada.

A aplicação indiscriminada de conceitos indeterminados exige da jurisdição maior *intensidade argumentativa* que a mera operação silogística tradicional. A utilização de expressões abertas “autorizam o juiz a exercer o poder criativo muito mais amplo do que aquele que, como visto, também existe no procedimento de interpretação”. (GOMES FILHO, 2001, p. 142). Entretanto, o aumento de poder traz automaticamente aumento de responsabilidade de das exigências em relação ao magistrado no ato de julgar.

No âmbito da prisão preventiva como instrumento da garantia da ordem pública, não há dúvida de que esta prerrogativa discricionária do juiz se revela mais dramática, uma vez que há maior possibilidade de arbítrio no lidar com a liberdade individual.

Não se pode afirmar, contudo, que o juiz tem total discricionariedade ao aplicar o conceito indeterminado. Mais do

---

<sup>7</sup> Ver neste sentido: STF HC 87343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, da Segunda Turma, julgado em 24.4.2007.

<sup>8</sup> Nesta linha: HC 206.726/RS. Rel. Og Fernandes T6 Dje. 26.09.2011.

que a mera explicação do motivo da sua incidência no caso, o emprego dos conceitos indeterminados exige *racionalidade* no argumento utilizado.

Não se pode olvidar que atualmente, o chamado “senso comum” social está carregado de imperativos de expansão do aparato penal. Neste ambiente, mais do que a mera aplicação do conceito, impõe-se ao juiz a compreensão crítica da realidade prisional, fugindo de consensos punitivistas e da mera reprodução de expressões vagas.

## 5 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Visando amoldar o ordenamento jurídico à presunção de inocência, a lei 12.403/2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal, além de reforçar o caráter excepcional da prisão, estabeleceu as medidas cautelares alternativas.

O objetivo da lei era a diminuição dos graves problemas do sistema carcerário, em que os presos estão submetidos a condições incompatíveis com o princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, após quatro anos de vigência, referida legislação não logrou êxito nos seus intentos, caindo em descrédito, pois não foi capaz de modificar o uso excessivo da prisão. Ao contrário: a lógica prisional se acentuou diante da cultura do encarceramento. Não obstante a intenção tenha sido de estabelecer, através da lei, o princípio da proporcionalidade no campo processual penal, lamentavelmente não houve receptividade pela jurisdição.

Sobre a falta de efetividade das medidas cautelares alternativas, Gilmar Ferreira Mendes asseverou que “[a]té hoje, contudo, não se identificam os reflexos dessa alteração. A toda hora nos deparamos, no STF, com situações de prisão provisória que poderia ter sido substituída por alguma medida alternativa”. (MENDES, 2015, p.2).

A pouca utilização das medidas alternativas à prisão é decorrente da cultura do encarceramento, estabelecida na jurisdição brasileira, sobretudo na conversão do flagrante em prisão preventiva *ex officio*, quando se desconsidera a preponderância da presunção de inocência. Nesse contexto, ocorre violação a preceito fundamental decorrente de motivação insuficiente perpetrada pelo Poder Judiciário.<sup>9</sup>

Sintoma desta *visão de mundo* é a não realização de audiência de custódia<sup>10</sup>, devidamente prevista nos arts. 9.3. do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, eis que garantia de direito fundamental (art. 5º, §1º, da Constituição Federal). A observância destes comandos supralegais em vigor e autoaplicáveis poderia contribuir para a redução da superpopulação carcerária.

Assevera-se que a audiência de custódia substitui o juí-

---

<sup>9</sup> Na 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná combate-se este posicionamento, vide exemplo em voto vencido do HC - 1325270-5 - Curitiba - Rel.: Rogério Etzel - Unânime - - J. 05.03.2015.

<sup>10</sup> Há algumas exceções, a exemplo da experiência da na 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná: "Dispõe o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos que "Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais (...)". No mesmo sentido assegura o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos que "Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)".2. "Isto porque os direitos humanos são extraídos dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e, por isso, não se exige da jurisdição apenas um controle de constitucionalidade, com vistas a efetivar os direitos previstos na Constituição, mas também um controle de convencionalidade, com o objetivo de efetivar os direitos humanos previstos na ordem internacional".3. "Nesse contexto, o controle de convencionalidade das leis pela jurisdição contribui para que os direitos humanos previstos nos tratados internacionais sejam incorporados às decisões judiciais, permitindo a interiorização deste consenso por meio das decisões judiciais. Deste modo, a jurisdição constitucional funciona como instrumento potencializador da efetividade dos direitos humanos, na medida em que, a partir da compreensão crítica da realidade, sob o prisma direitos humanos, aplica este consenso no âmbito interno, operando, assim, como ferramenta de transformação social (...). (TJPR - 5ª C.Criminal - HCC - 1358323-2 - Curitiba - Rel.: José Laurindo de Souza Netto - Unânime - - J. 23.04.2015)

zo perfunctório de cognição sumária dos elementos contidos nos autos de prisão em flagrante, possibilitando à jurisdição uma motivação lastreada não só num espectro fático mais amplo, mas também no contraditório. Por isso, a exigência de motivação na restrição provisória da liberdade requer juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade.

## 6 A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA PARA O ESTADO DE EXCEÇÃO

O declínio do Estado de Bem Estar Social e a ascensão do Estado Processual-Penal tem afetado sobremaneira o Brasil. A tradição de violência social herdada da cultura escravocrata e de duas ditaduras se dissemina cada vez mais na política. Wacquant explicita esta anomalia que ocorre nos países periféricos:

(...) a penalidade neoliberal é ainda mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação de trabalho e do indivíduo no limiar do novo século. (WACQUANT, 2003. p. 7).

Na verdade, desde o fim do século XIX, vive-se uma transição paradigmática, com demanda de mudança e revisão em todos os campos do conhecimento da sociedade, diante do esgotamento da modernidade.

Esse período turbulento de medo e incerteza, que anuncia um fim de ciclo, foi denominado por Antônio Gramsci em seus “cadernos do cárcere” de “interregno”, e descrito como um intervalo histórico em que o velho ainda não desapareceu totalmente e o novo ainda não se fixou. (GRAMSCI, 1999)

Gilberto Bercovici descreve esse período de rompimento nas democracias ocidentais com propriedade:

(...) o fundamento oculto deste rompimento é a exceção soberana, e o que presenciamos é a erupção deste estado para além dos seus limites. Estabelecendo uma relação entre direito e a

violência, demonstra que o ordenamento jurídico contém em si o seu contrário: a suspensão dos direitos que admite uma violência não regulada pela lei, na qual o estado de exceção se torna uma estrutura jurídico-política estabelecida. Este é o prenúncio do novo nomus da Terra. (BERCOVICCI, 2004).

Esta ruptura civilizatória cria um dos fenômenos mais instigadores da realidade mundial contemporânea, qual seja, o Estado de Exceção, identificado por Giorgio Agamben em sua obra homônima.

Enquanto que alguns teóricos ainda caracterizam o Estado de Exceção como “um perigo que ainda parece estar por vir e a decadência do Estado de Direito apenas ameaça (como sempre), para Giorgio Agamben (2004) ela já sobreveio.” (SCHEERER, 2014, p.538)

Em linhas gerais, o Estado de Exceção se caracteriza por ser uma figura que se situa no limite entre o jurídico e o político, ou, conforme Saint-Bennet, citado pelo próprio Agamben, “um ponto de desequilíbrio entre direito público e o fato político”. (AGAMBEN, 2004, pág. 11)

Agamben denuncia “que a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos”, apresentando-se, na perspectiva histórica, como um “patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”. (AGAMBEN, 2004, pág. 13).

Esclarece Agamben que o estudo do Estado de Exceção pressupõe uma *zona de indeterminação* entre o contexto político e o jurídico, que se articulam de maneira *sui generis*. Em suma, “o estado de exceção moderno é (...) uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem.” (AGAMBEN, 2004, pág. 42)

O conceito de necessidade apresenta-se como justificacão política de violação por meio de uma exceção, como um

espaço ambíguo e incerto onde práticas antijurídicas transformam-se em direito, “um limar [portanto], onde fato e direito parecem tornar-se indiscerníveis.” (AGAMBEN, 2004, pág. 45-46) confirmando-se o brocado francês *necessité fait loi*.

## 6.1 O POPULISMO PENAL COMO FOMENTADOR DO ESTADO DE EXCEÇÃO.

O populismo penal é corriqueiramente identificado na seara política como um conjunto de práticas que visam vincular um líder a uma sociedade de massa. Como fenômeno atingiu o poder judiciário, dando ensejo ao populismo judicial.

O discurso veiculado sistematicamente pela mídia de que a ordem pública já está naturalmente corrompida é absorvido pelos juízes, de modo que qualquer prisão se justifica para manter a ordem, já supostamente “fragilizada”.

O populismo penal desencadeia, então, o medo para posteriormente justificar a violação a preceitos fundamentais pela jurisdição, que serve-se dele como “*instrumento de legitimação do discurso penal dominante.*” (CARDOSO, 2012, 699-700), instaurando uma “*síndrome do colapso iminente da ordem social.*” (CARDOSO, 2012, 702-703).

Uma das suas mais nefastas consequências consiste na pressão que se faz contra a jurisdição para que haja uma resposta penal mais aflitiva, em uma tendência paleopressiva. (BIANCHINI, 2000, p. 455-62).

A crença no imaginário social de que isso resolveria o problema da criminalidade mitiga garantias individuais, fazendo com que o juiz negligencie na motivação. Desta forma, o populismo penal acaba por nutrir a discricionariedade, contribuindo para a configuração do Estado de Exceção.

Há uma percepção difusa no sentido de que convivemos sob uma ótica punitivista, um volver ao *hard control* do sistema jurisdicional. Neste sentido, é relevante a preocupação com

o “modernismo reacionário” da nova onda conservadora no Brasil, apontando a intolerância com as minorias, insensibilidade com a violência policial, e a aceitação da redução da maioridade penal.<sup>11</sup> O simples reconhecimento dos direitos fundamentais tem gerado fortes resistências nos setores conservadores da sociedade. Abre-se então um espaço desconstrutivo do ciclo democratizante iniciado com a Constituição de 1988.

Neste contexto, são pertinentes os ensinamentos de Alberto Silva Franco:

Juiz penal não é policial de trânsito, não é vigia da esquina, não é zelador do patrimônio alheio; não é guarda do sossego de cada um; não é sentinela do Estado leviatânico” ... “é em resumo [ser] o garante da dignidade da pessoa humana e da estrita legalidade do processo. E seria melhor que não fosse juiz, se fosse para não perceber e não cumprir essa missão. (SILVA FRANCO, 1997, P. 270-271)

## 6.2 A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO COMO ELEMENTO DO ESTADO DE EXCEÇÃO.

De outro vértice, o fenômeno da banalização da prisão preventiva pode ser atestado diante de dados estatísticos no Brasil, que apontam para o aumento de 1250% num período de 12 (doze) anos.<sup>12</sup>

A sistemática violação de direitos e garantias relacionadas aos presos provisórios, em patamar elevadíssimo e desequi-

---

<sup>11</sup> Ver, neste sentido, interessante ponderação de Michael Löwy, em: LÖWY, Michael. País vive onda de modernismo reacionário diz sociólogo. Folha de São Paulo. Ilustrada. 16/06/2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2015/06/1638390-pais-vive-onda-de-modernismo-reacionario-diz-sociologo.shtml>. Acesso em: 26/06/2015.

<sup>12</sup> Dados do Conselho Nacional de Justiça. Cf. Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, 2014. (doc. 8). Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas\\_presas\\_no\\_brasil\\_final.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf). Acesso em: 26/06/2015.

librado de 41%<sup>13</sup> dos aprisionados, tem sido questionado junto ao Supremo Tribunal Federal<sup>14</sup>. Se não bastasse, mais de 37%<sup>15</sup> dos réus submetidos à prisão provisória não são sequer condenados, o que “revela o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país”. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E IPEA, 2014, p.7)

A trivialização da prisão e seus efeitos deletérios vem sendo reiteradamente destacada no cenário brasileiro por Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustav Gonet Branco observam que: “houve no Brasil, nas últimas décadas, um notório incremento no uso da prisão cautelar, o que bem evidencia a banalização”. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 586)

O uso desarrazoado da prisão também foi observado por Ricardo Lewandowski:

Mais de 240 mil brasileiros encontram-se sob a custódia do governo, do Poder Executivo do Estado Brasileiro, de forma provisória, de forma cautelar, sem ter muitas vezes se defrontado com um juiz e sem ainda ter sido condenados definitivamente, numa afronta evidente ao princípio da não culpabilidade, dos principais valores exibidos na nossa Carta Magna. (LEWANDOWSKI, 2015)

Marco Aurélio Mello, navegando nas mesmas águas, assevera que “[a] exceção virou regra, implementando-se com automaticidade e, portanto, à margem da regência legal, esse ato de constituição maior que é a prisão.” (MELLO, 2012)

---

<sup>13</sup> Dados do Conselho Nacional de Justiça, Cf. Idem.

<sup>14</sup> Caminhando nestas águas, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ADPF 347, ação judicial cujo objetivo é ver superada uma situação de sistemática afronta a preceitos fundamentais da Constituição Federal no âmbito do sistema carcerário brasileiro. Em síntese, alega a superpopulação carcerária e sustenta uma lesão ao princípio da presunção de inocência e uma falta de cuidado na decretação das prisões.

<sup>15</sup> Ministério da Justiça e IPEA. A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas, 2014. (doc. 10). Disponível em:

<<http://pt.slideshare.net/justicagovbr/a-aplicacao-de-penas-e-medidas-alternativas>>.p. 7.

Cabe ressaltar que o cenário de superencarceramento resta sobremaneira incrementado pela Lei de Drogas (11.343/06), que ao invés de abrandar o tratamento penal do usuário, na prática acabou por causar o efeito inverso e perverso, em virtude da falta de critério distintivo em relação ao traficante. Os dados de 2014 do sistema carcerário brasileiro demonstram que houve um aumento de 339% de constrições de liberdade por crime de tráfico de drogas.<sup>16</sup>

Todo esse panorama apresenta um quadro crônico de epidemia de prisões, configurando graves e sistemáticas violações e afrontas de direitos fundamentais relacionadas à decretação imotivada das prisões preventivas, uma verdadeira barbárie institucionalizada.

Articula-se, assim, a prisão preventiva imotivada com o Estado de Exceção, porque ambos de maneira paradoxal e distorcida convivem num quadro de aparência de legalidade, guiados por um imperativo de necessidade, num eclipse do ordenamento jurídico constitucional.

O caráter simbólico da prisão preventiva perante a opinião pública talvez amenize consciências, dando-se uma esperança vã, como se as constrições provisórias fossem panaceia para impunidade. Em verdade, o que se verifica é uma antecipação da pena com ofensa direta ao Estado Democrático de Direito. A emergência da sociedade em risco desencadeia uma jurisdição simbólica e instantânea, com reflexo direto na expansão da prisão preventiva.

## 7 CONCLUSÃO

A pesquisa conclui então que a motivação inadequada da decisão que decreta a prisão preventiva configura um ele-

---

<sup>16</sup> Dados do Portal G1, disponíveis em <http://especiais.g1.globo.com/politica/2015/raio-x-do-sistema-prisonal/>. Acesso em 29/06/2015.

mento integrador do Estado de Exceção.

A deficiência motivacional do decreto de prisão preventiva leva uma zona ambígua de indeterminação entre o político e o jurídico desencadeando não só a deslegitimação democrática do Poder Judiciário, mas de todo o Estado de Direito.

O medo social da violência, usado como instrumento político-ideológico e manipulado pelo populismo penal, acaba por viabilizar as motivações inadequadas, lastreadas na subjetividade e na filosofia da consciência.

O imprescindível dever de motivar a decisão demanda, além de um exímio preparo técnico do juiz, uma perspectiva ética da fundamentação, fulcrada numa compreensão crítica da realidade prisional.

A motivação substancial reclama o preenchimento das molduras deontológicas da jurisdição, com a reafirmação da ética, imprescindível na tomada de decisão que decreta a prisão preventiva.

A vinculação da motivação com a hermenêutica fenomenológica apresenta-se como instrumento de controle epistemológico da decisão, permitindo o combate aos decisionismos e as arbitrariedades.



## 8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem*. In; Revista Brasileira de Ciências Criminais, a. 9, n. 38. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci

- D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. Apresentação.
- BIANCHINI, Alice. *Considerações críticas ao modelo de política criminal paleorepressiva*. *Revista dos Tribunais*, v. 772, fev. 2000. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- CASTRO, Fábio Caprio Leite de. *Aspectos filosóficos da motivação judicial*. *Revista de Estudos Criminais*. Porto alegre. a.4. n. 13, 2004.
- CARDOSO, Helena Schiessl. “O retrato da “questão criminal” nos meios de comunicação: um discurso de alarme social a serviço do controle social repressivo e violento.” In: BOZZA, Fábio. ZILIO, Jacson. (org.). *Estudos Críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: Ledze Editora, 2012.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.
- CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barreto Leiva v. Venezuela*. Demanda de 2008. Sentença de 17.11.2009. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/demandas/11.663%20Oscar%20Barreto%20Leiva%20Venezuela%2031oct08.pdf>. Acesso em: 26/06/2015.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª Edição, revista e atualizada, de acordo com a EC 45, de 8.12. 2014. Malheiros, 2005.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, 2014.
- COSTA, Reginado da. *Ética e filosofia do Direito*. Fortaleza: ABC, 2006.

- FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. In: Anais do Simpósio Nacional de Direito Constitucional da Academia Brasileira de Direito Constitucional, 20 a 22 de maio de 2010. Tradução de André Karam Trindade. Conceito Editorial.
- FRANCO, Alberto Silva. *O compromisso do juiz criminal no Estado Democrático*. In Justiça e Democracia. Revista da Associação dos Juízes para a Democracia. Justiça e Democracia, nº3, 1997.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meuer. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 465
- GRAMSCI, Antônio. *Cadernos do Cárcere*. Volume 1. Edição e tradução Carlos Nelson Coutinho; Coedição, Luiz Sérgio Henriques e Marco Aurélio Nogueira. — Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- ILLESCAS RUS, Angel-Vicente. *Las medidas cautelares personales em el procedimiento penal*. In: Revista de Derecho Procesal, 1995, n.1.
- LEWANDOWSKI, Ricardo. *Discurso proferido no lançamento do Anuário da justiça no Brasil em 14.04.2015 no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-26/juizes-discursam-durante-lancamento-anuario-justica-brasil>. Acesso em 26/06/2015.
- LOPES JR., Aury, *Medidas cautelares no Processo Civil espanhol*. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5056](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5056). Acesso em 26/06/2015.
- LÖWY, Michael. *País vive onda de modernismo reacionário*

- diz. sociólogo*. Folha de São Paulo. Ilustrada. 16/06/2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2015/06/1638390-pais-vive-onda-de-modernismo-reacionario-diz-sociologo.shtml>. Acesso em: 26/06/2015.
- MARTINEZ, Sara Aragoneses, et alii. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces S.A., 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Segurança Pública e Justiça Criminal*. Coluna Observatório Constitucional. Sítio Conjur. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatorio-constitucional-seguranca-publica-justica-criminal>. Acesso em 26/06/2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MELLO, Marco Aurélio. *Prende e solta*. Seção Tendências/Debates. Folha de São Paulo, 09/03/2015.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA e IPEA. *A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas*, 2014. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/justicagovbr/a-aplicao-de-penas-e-medidas-alternativas>. Acesso em 29/06/2015.
- NAGIMA, Irving Marc Shikasho. *Decretação ou manutenção de prisão preventiva: dever de fundamentação*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3082, 9 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20600>>. Acesso em: 23 jun. 2015.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo)*. 11a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PAOLO COMANDUCCI. *L'analisi del ragionamento giuridico*. Diritto Penale e Processo. 4:495-8, 1995.
- PACCELI, Eugênio. *Prisão Preventiva e Liberdade Provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11*. São Paulo: Editora

Altas, 2013.

- PORTAL G1. *Raio x do Sistema Prisional*. Edição: Clara Velasco, Rosanne D'Agostino e Thiago Reis (Conteúdo) e Leo Aragão (Infografia) Design: Karina Almeida, Roberta Jaworski e Thiago Kawano Desenvolvimento: Rogério Banquieri, Fábio Rosa e Hector Otavio. Disponível em <http://especiais.g1.globo.com/politica/2015/raio-x-do-sistema-prisional/>. Acesso em 29/06/2015.
- ROSA, Alexandre de Moraes da. TOBLER, Giseli Carolini. *Quando o Juiz pensa “esse cara sou eu” e se vale do jeitinho de Procusto*. 24/05/2014. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/quando-o-juiz-pensa-esse-cara-sou-eu-e-se-vale-do-jeitinho-de-procusto-por-alexandre-morais-da-rosa-e-gisele-tobler/>. Acesso em 26/06/2015.
- SCHEERER, Sebastian. *Jenseits des Feindstrafrechts – oder: was kommt nach dem rechtsstaat? (Além do direito penal do inimigo, ou o que vem após o Estado de Direito?)* Tradução Helena Schiessl Cardoso. In: BOZZA, Fábio. ZILIO, Jacson. (org). *Estudos Críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: Ledze Editora, 2012.
- SENDRA, Vicente Gimeno et ali. *Derecho Procesal Penal*. Madri: Edtora Colex, 1996.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de Souza. *A evolução da jurisdição para uma perspectiva transformadora: a necessária compreensão crítica da realidade*. In Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 1, nº5. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/>. Acesso em 08/03/2013.
- \_\_\_\_\_. *A Jurisdição Constitucional como instrumento potencializador da efetividade dos Direitos Humanos*. Revis-

- ta da Escola da Magistratura do Paraná. Ed. Especial Comemorativa de 30 anos. Curitiba: LedZe, 2013. Págs. 69-90.
- STRECK, Lenio Luiz. *E o juiz decretou a prisão marcando um "X"! Sentença ou quiz show?* 26 de março de 2015. Portal Conjur. Coluna Senso Incomum. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-26/senso-incomum-juiz-decretou-prisao-marcando-sentenca-ou-quiz-show>. Acesso em 29/06/2015.
- \_\_\_\_\_. *Hermeneutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2ª Edição revista e ampliada. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- TARUFFO, Michele. *Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione*. In Participação e processo. Org. Ada Pellegrini Grinover *et. al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- \_\_\_\_\_. *La motivazione della sentenza*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (coord.) Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- \_\_\_\_\_. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.
- \_\_\_\_\_. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como Aula Magna dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação no ano letivo de 2001. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: Edição do IBEJ, 2001.
- TORNAGHI, Helio *Curso de Processo Penal*. Atualizado por Adalberto Jose Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo, Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Processo Penal*, Ed. Saraiva, ano 1978, vol. I.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres – a nova gestão penal da miséria nos Estados Unidos*. 3ª Edição, revista e ampliada. 2007. Rio de Janeiro, REVAM, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, Principios e Realidad*. In: *El processo penal - Sistema Penal y Derechos Humanos*. México. Editorial Porrúa. 2000.