



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
Programa de Pós-Graduação em Direito
Curso de Mestrado Acadêmico

MATHEUS ANDRADE BRAGA

**A TUTELA CAUTELAR PENAL E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO: UMA
PROPOSTA DE MODELO LÓGICO-RACIONAL DE DECISÃO**

FORTALEZA
2021

MATHEUS ANDRADE BRAGA

A TUTELA CAUTELAR PENAL E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO:
UMA PROPOSTA DE MODELO LÓGICO-RACIONAL DE DECISÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra.

FORTALEZA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

B794t Braga, Matheus.
A tutela cautelar penal e o dever de fundamentação: uma proposta de modelo lógico-racional de decisão /
Matheus Braga. – 2021.
154 f. : il. color.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-
Graduação em Direito, Fortaleza, 2021.

Orientação: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra.

1. Tutela cautelar penal. 2. Contextos probatórios. 3. Racionalidade. 4. Dever de fundamentação. 5.
Modelo lógico-racional. I. Título.

CDD 340

MATHEUS ANDRADE BRAGA

A TUTELA CAUTELAR PENAL E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO:
UMA PROPOSTA DE MODELO LÓGICO-RACIONAL DE DECISÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Aprovada em: __/__/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra (Orientador)

Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças (UFC)

Prof. Dr. Rosmar Antonni Rodrigues C. Alencar (UFAL)

Prof^a. Dr^a. Marion Bach (UNICURITIBA)

Dedico esse trabalho a todas as vítimas da Covid-19, com profundo lamento e a vívida esperança de dias melhores.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, por todo o apoio e incentivo prestados nessa caminhada, em especial a meu pai, pela referência que me é desde sempre, e à minha vó Luiza, por simplesmente tudo. Como em outras tantas vezes declarei, vó, ora insisto: se conseguíssemos espremer todo o Amor do mundo, certamente faríamos um suco de Luiza. Obrigado!

A meu orientador e verdadeiro “amigão”, Prof. Marcelo Lima Guerra, pelo auxílio na elaboração da pesquisa. Aqui, registro que foram seus estudos desenvolvidos sobre a tutela cautelar e o problema da fundamentação das decisões judiciais que me despertaram interesse no tema.

Aos professores Nagibe de Melo Jorge Neto e Juvêncio Vasconcelos Viana, pelas especiais contribuições quando do exame de qualificação deste trabalho.

Aos professores membros da banca de defesa, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti Alencar, Sérgio Bruno Araújo Rebouças e Marion Bach, minha gratidão. Na oportunidade, deixo consignada a admiração pessoal e profissional que nutro por cada um dos doutores. É uma grande honra tê-los comigo nesse momento tão especial.

A meus sócios e colegas de escritório, e aos amigos membros da Comissão de Estudos em Direito Penal da OAB/CE, a qual honrosamente presido, pelo suporte e por entenderem as eventuais ausências nos últimos meses.

À Família Pandoc, na pessoa do meu sócio Tavares Neto, que comigo compartilha verdadeiros projetos de vida e com quem tenho tido muitas alegrias. Obrigado, meu irmão!

Aos meus amigos de curso, em especial aos Paraíbas, sem os quais a vida acadêmica não seria a mesma, e a todos os docentes e funcionários do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Ceará.

A todas e todos envolvidos, direta ou indiretamente, meus sinceros agradecimentos.

“If a man does his best, what else can you ask of him?”

Hans Reichenbach.

The Rise of Scientific Philosophy (1951).

RESUMO

O presente trabalho busca propor um modelo metodológico, esquemático (do ponto de vista argumentativo), que observa critérios lógicos e racionais, e apregoa a cautela, para o desenvolvimento do juízo cautelar e a estruturação de uma decisão cautelar penal. Para tanto, discorre-se sistematicamente sobre a tutela cautelar penal, perpassando por sua definição e, após, pelas características, pressupostos e princípios comuns a toda e qualquer medida cautelar penal. Ainda, expõe-se criticamente o juízo empreendido no âmbito da tutela cautelar, especialmente no tocante às questões de fato, analisando-se todos os contextos probatórios (da instrução, valoração, decisão e justificação), com ênfase neste último, notadamente por encontrar correspondência na garantia constitucional de motivação das decisões judiciais, a qual, por sua vez, apresenta particulares contornos e problemáticas, que demandam especial atenção. Finalmente, após a apresentação das principais problemáticas práticas em torno do juízo e das decisões cautelares penais, prescreve-se um modelo metodológico, orientativo, que apregoa a cautela mediante esquemas escalonados de argumentação e de evolução do raciocínio para quando do desenvolvimento do juízo cautelar e da estruturação da decisão cautelar penal, independentemente da natureza da providência cautelar sob análise. Com isso, permitir-se-ia, particularmente, uma análise crítica das decisões cautelares penais, proferidas em qualquer grau de jurisdição, na medida em que se disporia de um instrumental simples e objetivo, mas, sobretudo, racional, pautado em um procedimento que se importa com a esmerada determinação dos fatos, com o dever de fundamentação imposto pelo texto constitucional, e com a plena observância aos pressupostos cautelares.

Palavras-chave: Tutela cautelar penal. Juízo cautelar. Contextos probatórios. Racionalidade. Cautela. Dever de fundamentação. Modelo lógico-racional.

ABSTRACT

This study aims to propose a methodological, schematic model (from an argumentative point of view), which observes logical and rational criteria, and proclaims caution, for the development of the precautionary assessment and the structuring of judicial decision. For this purpose, the provisional criminal remedy is systematically discussed, passing through its definition and, afterwards, by the characteristics, assumptions and principles common to all the provisional measures. Also, it critically exposes the judgment undertaken in the context of provisional remedy, especially regarding matters of fact, analyzing all evidentiary contexts (instructional, valuation, decision and justification), with emphasis on the latter, notably by finding correspondence in the constitutional guarantee of motivation of judicial decisions, which, in turn, presents particular contours and problems, which demand special attention. Finally, after the presentation of the main practical issues surrounding the precautionary assessment and the structuring of judicial decision, a methodological, guiding model is prescribed, that emphasized caution by arguing staggered schemes of argumentation and evolution of reasoning for the development of the precautionary assessment and of the structuring of the decision, regardless of the nature of the measure under analysis. Thus, it would allow a critical analysis of criminal precautionary decisions, rendered in any degree of jurisdiction, as there would be a simple and objective instrument, but, above all, rational, based on a procedure that cares about the correct determination of the facts, the duty of motivation imposed by the constitutional text, and the full observance of the precautionary assumptions.

Keywords: Provisional criminal remedy. Precautionary assessment. Evidentiary contexts. Rationality. Caution. Obligatory reasoned judgments. Logical-rational model.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	14
1.1 Noções introdutórias.....	14
1.2 As medidas cautelares no sistema processual penal brasileiro.....	16
1.2.1 Medidas cautelares pessoais	17
1.2.2 Medidas cautelares patrimoniais (ou assecuratórias)	22
1.2.3 Medidas cautelares probatórias	26
1.3 Características.....	28
1.4 Pressupostos	30
1.5 Princípios.....	33
1.6 Reflexões à luz do devido processo legal e da presunção de inocência.....	35
2 O JUÍZO CAUTELAR E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO.	41
2.1 Considerações preliminares	41
2.2 Contextos (ou momentos) probatórios	50
2.2.1 Instrução	52
2.2.1.1 Princípio geral de inclusão probatória.....	53
2.2.1.2 Limitações à admissibilidade da prova.....	55
2.2.2 Valoração.....	57
2.2.2.1 Sistemas de valoração probatória	60
2.2.2.2 O raciocínio desenvolvido na atividade de valoração	64
2.2.2.3 A inferência probatória à luz do modelo <i>Toulmin</i>	74
2.2.3 Decisão	77
2.2.3.1 <i>Standards</i> probatórios.....	78
2.2.3.2 Ônus da prova.....	83
2.3 O dever de fundamentação das decisões judiciais.....	84
2.3.1 Função	86
2.3.2 Objeto	90
2.3.3 O ônus argumentativo do julgador	94
2.3.4 O dever de fundamentação e a duração razoável do processo	96
2.3.5 A tutela cautelar penal e o dever de fundamentação (reforçada?).....	99
3 PROPOSTA DE MODELO LÓGICO-RACIONAL PARA A ESTRUTURAÇÃO DE UMA DECISÃO CAUTELAR PENAL	100
3.1 Pressupostos necessários.....	100
3.2 Objetivo	109
3.3 Justificativa.....	111
3.4 Um modelo de estruturação da decisão cautelar penal.....	121
CONCLUSÃO.....	141
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	146

INTRODUÇÃO

A falta de racionalidade na determinação dos fatos, a inobservância aos pressupostos cautelares e o menosprezo ao dever de fundamentação das decisões judiciais são exemplos de problemas com os quais costumeiramente nos defrontamos na experiência forense.

O trabalho em comento nasce da inquietação e da preocupação diante dessas problemáticas práticas, somadas a um declarado deslumbramento para com as particularidades do juízo cautelar, compreendido, aqui, como o conjunto de raciocínios e exercícios valorativos desenvolvidos pelo julgador a fim de decidir pela procedência ou não de uma providência cautelar.

Com efeito, o desenho constitucional do processo penal brasileiro adotou deliberadamente a liberdade como regra, revelando-se as medidas cautelares de natureza pessoal, por consectário lógico, providências excepcionais.¹ De igual sorte, são regra a propriedade e a privacidade, na qualidade de direitos fundamentais da pessoa do investigado ou acusado, sendo que as medidas cautelares de natureza assecuratória e probatória, também, apresentam-se como providências jurisdicionais absolutamente excepcionais.

Independentemente de sua natureza (pessoal, assecuratória ou probatória), a medida cautelar penal ostenta um caráter sobremaneira restritivo. Nesse particular, a decretação de uma providência cautelar conflita com direitos fundamentais soberanamente tutelados por nosso ordenamento jurídico (liberdade, propriedade, privacidade, intimidade, honra etc.).

A considerar a existência de um arcabouço de garantias, derivado dos próprios direitos individuais postos em testilha no âmbito da tutela cautelar penal, e sobretudo inerente ao devido processo legal, é preciso reconhecer a necessidade de – quando da decisão cautelar – proceder-se a uma esmerada análise dos requisitos e dos pressupostos legais e à devida determinação dos fatos, com observância a critérios de racionalidade, aos limites normativos e às garantias constitucionais, seguindo-se, invariavelmente, um procedimento legítimo.

Destarte, o propósito último deste trabalho é propor um modelo metodológico, esquemático (do ponto de vista argumentativo), que observa critérios lógicos e racionais, e apregoa a cautela, para o desenvolvimento do juízo cautelar e a estruturação de uma decisão cautelar penal.

¹ NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar**: prisão e demais medidas cautelares. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 65.

No primeiro capítulo, faz-se uma exposição sintetizada, porém sistemática, da tutela cautelar penal, perpassando por sua definição e, bem assim, pelas características, pressupostos e princípios comuns a toda e qualquer medida cautelar penal.

Reconhece-se expressamente a relevância das medidas cautelares dispostas em nosso ordenamento jurídico, com a finalidade precípua de garantir o resultado útil do processo penal principal. Demais disso, compreende-se o fenômeno da “cautelarização” do processo penal como uma realidade irrefutável, decorrente da necessidade de atender-se aos anseios e às inquietações da sociedade contemporânea.

A tutela cautelar penal insurge como forma de compatibilizar o necessário acautelamento de determinados riscos, com a conseguinte garantia do resultado útil da persecução penal em definitivo, sem que, para tanto, haja a antecipação do seu mérito.

Ora, é justamente a impossibilidade prática de acelerar a prolação do processo definitivo que faz surgir o interesse na emanção de uma medida cautelar, de caráter eminentemente provisório.² E, no âmbito do processo penal, sobretudo, pode-se imaginar a imensa relevância das providências dessa natureza.

Ainda no capítulo de saída, registra-se algumas considerações acerca do tema à luz do devido processo legal e da presunção de inocência, no ensejo de reafirmar a necessidade de observância aos mandamentos e limites estabelecidos em nosso ordenamento jurídico e, por outro lado, de consignar a compatibilidade da tutela cautelar penal com a presunção de inocência (desde que respeitado o devido processo legal).

No segundo capítulo, expõe-se criticamente o juízo empreendido no âmbito da tutela cautelar penal, especialmente no tocante à matéria de fato, analisando-se todos os contextos probatórios (instrução, valoração, decisão e justificação), com ênfase neste último, notadamente por encontrar correspondência na garantia constitucional de motivação das decisões judiciais, a qual, por sua vez, apresenta particulares contornos e problemáticas, que demandam especial atenção.

A celeridade ou a sumariedade do procedimento cautelar não poderia, por certo, autorizar o atropelamento do devido processo legal, tampouco permitir um estado de despreocupação para com a determinação dos fatos, que deverão ser tomados, assertivamente,

² CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberto Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 37.

pelo julgador, como (ir)relevantes e/ou (não) provados.

No âmbito da tutela cautelar, cabe ao julgador tanto uma esmerada investigação dos fatos passados, quanto uma eficiente e segura prognose dos eventos futuros, tarefas desenvolvidas sobre os elementos de informação constantes dos autos, que delimitam o seu raciocínio.

Simplesmente não há espaço, em nosso ordenamento jurídico, para a admissão de provimentos jurisdicionais que desprezam, além de determinadas garantias processuais, a necessidade de corretamente fixar-se os fatos relevantes e provados, os quais devem ser suficientemente considerados na decisão.

No terceiro e último capítulo, anuncia-se, finalmente, o modelo de decisão cautelar penal, após a devida apresentação de seus pressupostos, objetivo e justificativa.

Conforme consignado no presente trabalho, para o desenvolvimento do modelo de estruturação da decisão cautelar penal, parte-se de alguns pressupostos, tais como a necessidade de observância a critérios lógicos e racionais por parte dos pronunciamentos jurisdicionais, a particular problemática em torno do raciocínio probatório e da determinação dos fatos, a possibilidade de melhoria do raciocínio em decorrência do treinamento, o caráter restritivo das medidas cautelares penais, dentre outros tantos referenciados no decorrer do terceiro capítulo.

O objetivo do modelo é auxiliar os operadores do direito no alcance e na verificação da racionalidade do juízo empreendido no âmbito da tutela cautelar penal, quando do deferimento ou do indeferimento de providência dessa natureza.

Quer dizer, com o modelo, permitir-se-ia, particularmente, uma análise crítica das decisões cautelares penais, proferidas em qualquer grau de jurisdição, na medida em que se disporia de um instrumental simples e objetivo, mas, principalmente, racional, pautado em um procedimento que se importa com a esmerada determinação dos fatos, com o dever de fundamentação imposto pelo texto constitucional, e com a plena observância aos pressupostos cautelares.

Justifica-se a proposição do modelo em razão do não raro desrespeito à estrutura de garantias estabelecida em nosso ordenamento jurídico, situação um tanto preocupante, corroborada pela doutrina, pela jurisprudência dos tribunais pátrios, pelas mais recentes alterações legislativas e, em última análise, pelos dados estatísticos inerentes ao sistema penal brasileiro referenciados no presente trabalho.

Voltado ao desenvolvimento do juízo cautelar e à estruturação da decisão cautelar penal, independentemente da natureza da providência cautelar sob análise, dispõe-se de um modelo simples, orientativo, que apregoa a cautela mediante esquemas escalonados de argumentação e de evolução do raciocínio.

Final e oportunamente, cabe o registro de que o modelo não tem qualquer pretensão de se mostrar exaustivo e, por evidente, não é vinculativo, senão meramente sugestivo. Busca-se, com o presente trabalho, em face das particularidades do juízo cautelar, apenas dispor de um esquema argumentativo e procedimental que, se devidamente observado, é capaz de conferir racionalidade e legitimidade à decisão judicial.

Faço minhas as palavras de Toulmin: “terei alcançado o meu propósito se meus resultados forem julgados sugestivos. Se, além disto, forem considerados provocantes, tanto melhor”.³

³ TOULMIN, Stephen Edelston. **Os usos do argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1.

1. A TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

1.1 Noções introdutórias

Diante da irrefutável ânsia social pela pronta solução das demandas judiciais e da constatação de que a morosidade da Justiça põe em xeque a eficácia dos mecanismos formais de resolução das controvérsias processuais, revela-se, em todas as áreas de jurisdição, a necessidade de antecipação dos pronunciamentos judiciais, pelo que cresce, cada vez mais, a elaboração doutrinária a respeito do problema da efetividade da tutela jurisdicional.⁴

A sintomática duração de todo processo com estrutura particular de um Estado de Direito já representa, por si só, uma fonte de obstáculos à efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que o próprio decurso processual pode dar ensejo à ocorrência de eventos que impeçam o alcance da tutela perseguida, a prejudicar a sua efetividade.

Some a isso os grandes desafios emergentes da sociedade contemporânea, marcada pela complexidade e pela variedade das relações jurídicas e, bem assim, pelo aperfeiçoamento das estruturas criminosas, as quais se apresentam cada vez mais organizadas e sofisticadas, no que o fato (aparentemente) punível, objeto do processo penal, não raramente é de difícil apreensão, compreensão.⁵

Daí se justificar, ainda mais, a utilidade de provimentos de natureza cautelar, na medida em que se exige do julgador apenas um juízo de probabilidade, em nível de cognição sumária, justamente porque se faz imperioso decidir com alguma celeridade, deixando-se para um momento posterior o provimento jurisdicional de caráter definitivo, o qual exige cognição plena do julgador sobre todas as nuances e circunstâncias em torno do fato punível (muitas vezes, complexo).

O objeto de disputa, portanto, deixa de ser o provimento jurisdicional final, um tanto distante no tempo e que demanda um grau de cognição mais elevado, e passa a ser uma decisão antecipada, cuja superveniência não demandaria significativo lapso temporal, tampouco elevado nível de cognição sobre o *thema decidendum*.⁶

Na esfera penal, a antecipação das respostas processuais – necessariamente – se materializa por meio da tutela cautelar, à qual se pode referir como sendo aquela forma de tutela

⁴ GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 11.

⁵ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the Brazilian lessons**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 41.

⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (lei 12.403/11): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. In: **Revista Eletrônica de Direito Penal**, v. 1, n. 1, jun. 2013, p. 264.

jurisdicional cuja finalidade precípua seria a de assegurar o resultado útil de outro processo, evitando ou neutralizando a ocorrência de determinadas circunstâncias fáticas, as quais, uma vez verificadas, obstariam a efetividade de tal prestação.⁷

A tutela cautelar penal corresponderia àquela forma de tutela jurisdicional que tem por máxima finalidade a garantia do resultado útil da persecução penal (ação penal principal), quando da superveniência de decisão condenatória definitiva.

Com efeito, na prática forense, é bastante usual o oferecimento de ações penais que apresentam, em seu bojo, requerimentos de decretação de alguma medida cautelar, a exemplo de uma medida constritiva sobre os bens do acusado, a fim de assegurar a reparação do dano causado à vítima, quando da eventual superveniência de uma decisão condenatória definitiva (isso quando já não coexiste alguma medida cautelar ao tempo do oferecimento da denúncia – o que também é bastante comum).

Dada a inelutável duração processual, decorrente da sua própria estrutura de garantias apregoada por nosso ordenamento jurídico, o fenômeno da “cautelarização” do processo penal vem se mostrando uma realidade não só brasileira, mas mundial, como forma de compatibilizar o necessário acautelamento de determinados riscos, com a conseguinte garantia do seu resultado útil, sem que, para tanto, haja a antecipação do seu mérito, o que macularia uma série de garantias constitucionais.

A tutela cautelar penal se presta por meio de providências jurisdicionais, mais conhecidas como “medidas cautelares”, independentemente do exercício de uma ação autônoma.⁸

Somente podem ser decretadas medidas cautelares previstas na legislação. E isso porque, em razão da natureza restritiva dessas providências, as quais implicam severas

⁷ GUERRA, Marcelo Lima, op. cit., 1997, p. 13.

⁸ A doutrina diverge quanto à existência ou não de um processo cautelar penal. Geralmente, a postura adotada tende a variar de acordo com o conceito adotado para “processo”. Muitos são os que entendem inexistir, na seara penal, um processo cautelar propriamente dito, essencialmente em razão do caráter incidental da tutela cautelar penal, que se manifestaria mediante simples medidas cautelares, sem a necessidade de ação autônoma da mesma natureza, com base procedimental própria. Vide BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 414; TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1, p. 206. Por outro lado, há os que sustentam a existência de um verdadeiro processo cautelar penal, porquanto, mesmo sem criar uma relação jurídica autônoma, existiria, ainda assim, uma pretensão (de natureza cautelar) submetida ao Poder Judiciário por meio de um procedimento, entendido aqui como um “conjunto de atos” – o que seria suficiente para caracterizar um processo. Vide JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38; NICOLITT, André Luiz. op. cit., p. 22-23. Nada obstante a controvérsia existente na doutrina, certo é que há uma série de medidas de natureza cautelar dispostas em nosso ordenamento jurídico com vistas a instrumentalizar o exercício da tutela jurisdicional penal.

limitações na esfera dos direitos fundamentais do cidadão, exige-se a estrita observância ao princípio da legalidade. Não vigora, portanto, um poder geral de cautela no processo penal, que autorizaria o julgador a decretar medidas atípicas, isto é, não previstas em lei.

Nesse particular, Aury Lopes Jr. esclarece que:

No processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder.⁹

Em síntese, as providências jurisdicionais a serem adotadas no campo da tutela cautelar penal consubstanciam-se justamente nas medidas cautelares penais previstas na legislação, que podem ser decretadas mediante simples requerimento da parte interessada, isoladas ou cumulativamente, sem a necessidade de ação autônoma para tanto.

Não é objetivo do presente trabalho discorrer sobre todas as especificidades de cada uma das medidas cautelares previstas em nosso ordenamento jurídico, mas sim analisar a estrutura global da tutela cautelar penal, perpassando pelas características, pressupostos e princípios comuns a toda e qualquer medida típica dessa natureza. Eis, pois, o que se passará em revista.

1.2 As medidas cautelares no sistema processual penal brasileiro

Inicialmente, é preciso fazer o registro de que o tratamento conferido, no Brasil, às medidas cautelares penais é marcado por uma desorganização legislativa e pela ausência de uma teoria geral sobre a matéria.¹⁰

Sem embargo, a despeito da sua falta de sistematização, ao contrário do que se vislumbra em relação ao campo do processo civil brasileiro, pode-se afirmar que a tutela cautelar penal se constitui através das medidas cautelares de natureza *pessoal, patrimonial e probatória*, todas com características próprias da tutela cautelar, mas com finalidade e alcance específicos.

Com efeito, a pessoa do acusado (ou do investigado, caso não haja, formalmente,

⁹ LOPES JR. Aury. **Prisões cautelares**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 19.

¹⁰ A proposta de revisão do Código de Processo Penal brasileiro vigente (Decreto-Lei nº 3.689/41) tramita na Câmara dos Deputados há mais de 10 anos (Projeto de Lei nº 8.045/2010). Estima-se, com o avanço do referido projeto, e dentre outras tantas mudanças significativas, uma melhor sistematização e adequação das medidas cautelares à luz dos preceitos constitucionais e, sobretudo, do sistema acusatório.

denúncia criminal, mas apenas investigação) poderá se valer, em qualquer momento, de comportamentos com a capacidade de frustrar o resultado útil do processo, no sentido de fugir ou procurar fugir, destruir ou procurar destruir meios de prova, dispor ou procurar dispor de seu patrimônio em ordem a evitar o pagamento de eventual reparação decorrente de futura condenação etc.¹¹ E as medidas cautelares servem, justamente, para dirimir tais riscos, sendo que a natureza de cada uma é definida de acordo com a sua finalidade.

Dito isso, as medidas cautelares *pessoais* seriam aquelas de caráter privativo à liberdade de locomoção do investigado ou do acusado, cuja finalidade é assegurar a manutenção da ordem pública, a escorreita investigação criminal e instrução processual e/ou a aplicação da lei penal.

As medidas cautelares *patrimoniais* (ou medidas assecuratórias), por sua vez, tratar-se-iam de providências previstas no nosso sistema processual penal cuja finalidade precípua é a de garantir a futura indenização da vítima, o pagamento das despesas processuais e/ou de penas pecuniárias, além de, em última análise, evitar que a pessoa do investigado ou do acusado obtenha lucro com a prática do delito.

Finalmente, as medidas cautelares *probatórias* seriam aquelas providências de caráter restritivo, incidentes sobre alguns direitos da pessoa do investigado ou do acusado, com vistas, notadamente, à coleta de elementos probatórios acerca da prática delitiva.

1.2.1. Medidas cautelares pessoais

As medidas cautelares *pessoais*, providências de caráter restritivo à esfera individual da pessoa do investigado ou do acusado, têm por finalidade assegurar a manutenção da ordem pública, a escorreita investigação ou instrução processual e/ou a aplicação da lei penal.

Pode-se afirmar que as medidas cautelares pessoais são as espécies de prisões provisórias e as medidas delas diversas, nomeadamente: i) prisão preventiva; ii) prisão temporária; iii) prisão domiciliar; iv) comparecimento periódico em juízo; v) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; vi) proibição de manter contato com pessoa determinada; vii) proibição de ausentar-se da Comarca; viii) recolhimento domiciliar; ix) suspensão do exercício de função pública; x) internação provisória; xi) fiança; e xii)

¹¹ SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal II**. 2. ed. rev. e actual. Lisboa: Verbo, 1999, p. 233.

monitoração eletrônica.

Depreende-se dos arts. 311 e 312, do CPP, que a prisão preventiva poderá ser decretada pelo juiz – a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial – para fins de garantir a ordem pública e/ou a ordem econômica, ou, ainda, por conveniência da instrução criminal ou com o objetivo de assegurar a aplicação da lei penal.

Significativa parcela da doutrina considera que, das quatro hipóteses previstas em lei, somente a prisão preventiva com a finalidade de assegurar a conveniência da instrução criminal e/ou a aplicação de lei penal desvela-se medida genuinamente cautelar.¹²

Considera-se, nesse particular, que as finalidades de garantir a ordem pública ou a ordem econômica nada têm a ver com os fins puramente cautelares que legitimam a prisão preventiva.¹³ Para Diego Dei Vecchi: *“la tutela de la sociedad no representaría un fin genuinamente procesal sino mas bien, punitivo, ya preventivo especial, ya preventivo general”*.¹⁴

Sobre a hipótese de prisão preventiva com vistas à garantia da ordem pública, Saguiné consigna o seguinte:

Quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.¹⁵

No tocante ao fundamento da garantia da ordem econômica, as críticas também apontam para a desnaturalização da medida restritiva sob tal justificativa, a refutar sua característica cautelar, na medida em que representaria verdadeira antecipação da pena.¹⁶ E isso porque, conforme expõe Aury Lopes Jr., as funções de prevenção geral e especial e retribuição

¹² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**, 1. ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 268.

¹³ LOPES JR. Aury, op. cit., 2017, p. 74.

¹⁴ DEI VECCHI, Diego. **La decisión de encarcelar preventivamente y otros peligros procesales**. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017, p. 152.

¹⁵ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de Estudos Criminais**, v. 3, n. 10, 2003, p. 114.

¹⁶ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 192.

são exclusivas de uma pena, que supõe um processo judicial válido e uma sentença transitada em julgado, sendo que jamais tais funções poderiam ser buscadas na via cautelar.¹⁷

A par das críticas direcionadas às hipóteses de prisão preventiva sob o fundamento de garantia da ordem pública e da ordem econômica, fato é que o Código de Processo Penal vigente prevê tais hipóteses, as quais, ordinariamente, não são refutadas pelo Poder Judiciário.

Assim, para os fins do presente trabalho, importa assimilar que, independentemente das hipóteses previstas em nosso ordenamento jurídico, em todo caso, o magistrado somente poderá decretar uma prisão preventiva quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e do perigo decorrente da liberdade do investigado ou acusado, em relação ao qual deve ser rigorosamente necessária para dirimir (art. 312, do CPP).

A prisão temporária, por sua vez, prevista na Lei nº 7.960/89, tem sua cautelaridade voltada para a investigação preliminar de determinados delitos e possui prazo certo, estabelecido em lei.¹⁸ Seu objetivo último – ao qual está estritamente vinculada – é o de assegurar o êxito da investigação, viabilizando a realização de atos e de diligências necessárias para a colheita de elementos de informação. Por isso, tão logo encerrada a fase de investigação, fulmina-se a possibilidade de decretação de prisão temporária.

Caberá prisão temporária, nos termos da Lei nº 7.960/89, nas hipóteses em que: i) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I); ii) o indicado ou suspeito não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1º, II); iii) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado ou suspeito em determinados delitos (art. 1º, III).

Demais das hipóteses de prisões provisórias dispostas no ordenamento jurídico brasileiro (preventiva e temporária), tem-se a figura da prisão domiciliar, que consiste no recolhimento da pessoa do indiciado ou do acusado em sua residência, só dela podendo se ausentar com autorização judicial (art. 317, do CPP).

A prisão domiciliar tem seu cabimento previsto nas hipóteses de prisão preventiva,

¹⁷ LOPES JR. Aury, op. cit., 2017, p. 75.

¹⁸ Art. 2º, da Lei nº 7.960/89: “a prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”. Ainda, conforme dispõe o art. 2º, § 4º, da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), em relação aos crimes hediondos, à prática da tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e ao terrorismo: “a prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”.

mas que, por escolha legislativa, notadamente por razões relacionadas à idade ou à saúde da pessoa do investigado ou do acusado, prefere-se recolhê-la em sua residência. Caberia prisão domiciliar, a título exemplificativo, caso o investigado ou o acusado tenha mais de oitenta anos ou esteja debilitado por motivos de doenças (arts. 318 e 318-A, do CPP).

Para encerrar o quadro de medidas cautelares pessoais, além das hipóteses de prisão constantes em lei, há a previsão de medidas diversas de providências dessa ordem. Tais medidas encontram-se tipicamente previstas no art. 319, do CPP.¹⁹

As medidas cautelares pessoais, diversas da prisão, podem ser aplicadas: i) como medidas autônomas, isolada ou cumulativamente; ii) como medidas substitutivas da prisão em flagrante, quando não for cabível a prisão preventiva (art. 310, II, do CPP); iii) como medidas substitutivas da prisão preventiva, esta que, frisa-se, poderá ser decretada caso haja o descumprimento das obrigações impostas por força das medidas cautelares diversas (art. 312, § 1º, do CPP).²⁰

Final e oportunamente, antes de avançar para o tratamento das medidas cautelares de natureza distinta (*patrimonial e probatória*), faz-se necessário tecer alguns comentários sobre as hipóteses de prisão em flagrante e de liberdade provisória, identificadas, por muitos doutrinadores (senão a maioria), como verdadeiras medidas cautelares.²¹

É que a prisão em flagrante tem natureza administrativa, só se jurisdicionando a partir da decisão judicial que a converte em prisão preventiva.²² Apesar de a doutrina tradicional brasileira a classificar como medida cautelar, a prisão em flagrante, na verdade, apresenta-se como medida precauteladora, preparatória da prisão preventiva e de medidas

¹⁹ Art. 319, do CPP: “são medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica”.

²⁰ REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 844.

²¹ Para tanto, cf. NICOLITT, André Luiz, op. cit., p. 75.

²² Idem.

cautelares diversas.²³

A prisão em flagrante trata-se de mera detenção, consistente em medida precária, de índole precauteladora, cuja finalidade está dirigida a impedir a consumação do delito, sem qualquer direcionamento à garantia do resultado do processo penal (característica intrínseca a toda e qualquer medida cautelar).²⁴

De outra banda, no que se refere à liberdade provisória, vislumbra-se uma medida de natureza contracautelar (e não propriamente cautelar), que se situa após a prisão em flagrante, como medida alternativa à prisão preventiva.

Ordinariamente, concede-se a liberdade provisória: i) mediante o pagamento de fiança; ii) mediante o pagamento de fiança e a decretação de outra(s) medida(s) cautelar(es) diversa(s) da prisão, prevista(s) no art. 319, do CPP; iii) sem fiança, mas com a decretação de outra(s) medida(s) cautelar(es) diversa(s) da prisão, prevista(s) no art. 319, do CPP; iv) sem fiança, mas com a imposição de comparecimento a todos os atos do processo.

Para além das hipóteses ordinárias acima suscitadas, entende-se ser plenamente possível a concessão da liberdade provisória sem a imposição de fiança ou de qualquer obrigação outra.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, nesse sentido:

Basta o juiz entender desnecessária ou inadequada a imposição e qualquer medida cautelar do art. 319, CPP, ou a imposição de outra obrigação, concedendo a liberdade provisória simples, não vinculada a qualquer condição. É o que decorre o art. 321 do CPP, ao frisar que uma vez ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código e observados os critérios constantes do art. 282 (necessidade e adequação para aplicação de medida cautelar).²⁵

E seguem:

Existem outras regras, em leis especiais, que possibilitam a concessão de liberdade sem fiança e sem vinculação.

Uma hipótese é a liberdade provisória sem fiança e sem vinculação prevista no art. 301 do Código de Trânsito (Lei no 9.503/1997), aduzindo que ao «condutor de veículo, nos casos de acidentes de trânsito de que resulte vítima, não se imporá a prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro». Como forma de estimular o socorro às vítimas, a lei de trânsito instituiu mais uma hipótese de liberdade incondicional, de todo salutar.

Nesse particular, tem-se que a liberdade provisória se trata, verdadeiramente, de um

²³ LOPES JR. Aury., op. cit., 2017, p. 32.

²⁴ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. op. cit. p. 268.

²⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1017.

direito constitucionalmente previsto (art. 5º, LXVI, da CF)²⁶. Quer dizer, em sendo hipótese legal de liberdade provisória, ela deve ser, peremptoriamente, concedida. Desvela-se, na prática, como uma forma de resistência, alternativa à prisão cautelar.

Ora, pois, se a liberdade provisória possui contornos de direito, como poderia ser classificada como uma medida cautelar, que tem, naturalmente, índole restritiva, especialmente se se considerar a possibilidade de sua concessão sem fiança ou mesmo sem outra obrigação atrelada?

Nada obstante o entendimento da esmagadora maioria da doutrina em sentido contrário, entende-se que aquilo que poderia ser entendido como cautelar, na liberdade provisória, é justamente a obrigação atrelada ao estado de liberdade da pessoa do investigado (que, como visto, pode até não ser imposta), e não propriamente tal condição de liberdade.

A própria nomenclatura adotada pelo legislador ordinário no título IX, do Código de Processo Penal, dá conta da distinção da liberdade provisória em relação às “prisões” e às demais “medidas cautelares”.

Afinal, não se decreta liberdade provisória; se concede. A fiança, a obrigação de comparecimento a ato processual e/ou outras medidas cautelares diversas da prisão é que podem ou não ser decretadas, de acordo com a necessidade do caso concreto.

1.2.2. Medidas cautelares patrimoniais (ou assecuratórias)

Conforme dispõe o art. 91, do Código Penal, são efeitos da condenação penal a reparação civil da vítima, em razão dos danos decorrentes da prática delituosa, e o perdimento dos instrumentos e dos produtos do crime em favor da União.²⁷

Ocorre que, naturalmente, tais efeitos só poderão ser plenamente concretizados quando do trânsito em julgado da sentença condenatória, ao cabo do processo de cognição, por meio de tutela executiva específica no âmbito do próprio juízo criminal, ou mesmo mediante ação civil *ex delicto* proposta pela vítima.²⁸

²⁶ Art. 5º, LXVI, da CF: "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança".

²⁷ Art. 91, do CP: “são efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”.

²⁸ OLIVEIRA, Rafael Serra. Impugnação da medida cautelar de sequestro por meio dos embargos de terceiro no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 117, nov./dez. 2015, p. 3.

Nesse particular é que insurgem as medidas cautelares patrimoniais no âmbito do processo penal, essencialmente diante da necessidade de, em determinadas hipóteses, resguardar-se a coisa litigiosa para fins de garantir a eficácia da sentença condenatória quando do momento de seu trânsito em julgado.

As medidas cautelares patrimoniais (ou medidas assecuratórias)²⁹ tratam-se, pois, de providências previstas no nosso sistema processual penal cuja finalidade precípua é a de garantir a futura indenização da pessoa do ofendido, o pagamento das despesas processuais e/ou de penas pecuniárias, além de, em última análise, evitar que o acusado obtenha lucro com a prática do delito.³⁰

Dividem-se em *sequestro, especialização e registro de hipoteca legal e arresto*, e são decretadas, quaisquer delas, em procedimentos incidentais próprios, sob a competência do juízo em que tramita a ação criminal principal.

O sequestro é a medida cautelar consistente na retenção de bens, móveis ou imóveis, adquiridos com os proventos do crime, e que tem por finalidade resguardar, para a vítima, a recomposição do prejuízo decorrente do crime, e impedir que o agente criminoso obtenha proveito com a prática delitativa. Caberá o sequestro tanto na fase de investigação quanto durante o processo, e ainda que os bens tenham sido transferidos a terceiro (art. 125, do CPP).

A título ilustrativo, seria o caso de um carro ou de um apartamento adquirido com o lucro proveniente da prática de um delito. Ambos os bens poderiam ser objeto da medida assecuratória. Aqui, impende destacar que, ainda que o bem seja considerado de família, nos termos da Lei nº 8.009/90, estará sujeito a sequestro.³¹

No caso dos bens móveis, tem-se uma peculiaridade: não é cabível sequestro sobre o bem passível de apreensão, de acordo com o disposto no art. 240, do CPP³², seja pelo fato de

²⁹ A Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98) e a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) utilizam-se do termo “medidas assecuratórias”.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 475.

³¹ O próprio art. 3º, VI, da Lei 8.009/90, ressalva, à regra da impenhorabilidade dos bens de família, aquele adquirido com produto de crime. Vide REBOUÇAS, Sérgio, op. cit. p. 480.

³² Art. 240, *caput*, §§ 1º e 2º, do CPP: “a busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção. § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior”.

constituir coisa que interessa à instrução do processo criminal, seja porque se trata de produto direto do crime, ou, ainda, por representar coisa de fabrico, alienação, posse, uso ou detenção ilícita.³³

De todo modo, tratando-se de bens móveis ou imóveis adquiridos com os proventos do crime, é necessária a relação desses com a prática do fato constitutivo da infração penal imputada à pessoa do investigado ou do acusado.³⁴ É que o sequestro só pode alcançar bens ligados direta ou indiretamente à prática do fato objeto da persecução penal. Do contrário, não se atenderia ao critério da referibilidade, nota característica das medidas cautelares.³⁵

A norma processual penal impõe como requisito para a decretação do sequestro a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (art. 126, do CPP).³⁶

Conforme expõe Tiago Essado, não se requer a demonstração do risco de dilapidação do patrimônio, diante da suspeita de ser adquirido ilicitamente.³⁷ Daí não se exigir para fins de decretação do sequestro a demonstração *do periculum in mora*, o que revela uma significativa distinção em relação às outras medidas cautelares, posto que, via de regra, se faz necessária a presença do *periculum in mora* (pressuposto cautelar que será devidamente introduzido em linhas próximas).

Para requerer o sequestro, são legítimos tanto o Ministério Público quanto a vítima, porquanto o bem, além de passível de perdimento em favor do Estado, poderá ser utilizado para fins de reparação civil dos danos decorrentes da prática delitiva.

Diferentemente, a especialização e registro de hipoteca legal e o arresto têm incidência sobre o patrimônio lícito da pessoa do investigado ou do acusado.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 479.

³⁴ REBOUÇAS, Sérgio. op. cit., p. 481.

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 340.

³⁶ Para a medida de sequestro prevista na Lei de Lavagem, exige-se a presença de indícios “suficientes”, e não de indícios “veementes”, como preceitua o CPP. Eis o que dispõe o art. 4º, da Lei nº 9.613/98, a ver: “o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes”. O critério disposto na Lei de Drogas também difere, a concluir pela redação do art. 60, da Lei nº 11.343/2006: “o juiz, a requerimento do Ministério Público ou do assistente de acusação, ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias nos casos em que haja suspeita de que os bens, direitos ou valores sejam produto do crime ou constituam proveito dos crimes previstos nesta Lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 e seguintes do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal”.

³⁷ ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 58.

A especialização e o registro de hipoteca legal incidem sobre bens imóveis, e, justamente por ser destinada à reparação do dano causado à vítima, pode por ela ser requerida em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria (art. 134, do CPP). Diz-se “processo”, por entender que a medida cautelar é cabível somente após o recebimento da denúncia, isto é, durante o transcurso da ação penal, porquanto o standard probatório exigido no referido dispositivo legal é justamente o mesmo exigido para a configuração da justa causa para fins de oferecimento de ação penal, não havendo razão para a continuidade do inquérito policial.³⁸

A hipoteca legal consiste, na verdade, em direito real sobre coisa alheia. Por isso, o que se requer é a especialização e o registro da hipoteca legal, a qual decorre de lei.

O ofendido – parte, em regra, legítima para tanto – deverá requerer a especialização e o registro da hipoteca legal em petição própria, devendo-se estimar o valor da responsabilidade civil e apontar o(s) imóvel(is) sobre o(s) qual(is) deverá incidir a medida restritiva, ao que o juiz procederá à nomeação de perito para fins de avaliação do(s) bem(ns) e, por derradeiro, proferirá decisão (art. 135, do CPP).

De acordo com Tourinho Filho, uma vez estabelecido o valor da responsabilidade, o julgador então determinará se proceda à inscrição da hipoteca do imóvel ou imóveis que forem necessários àquela garantia, fazendo expedir ofício ao Oficial do Cartório de Registro de Imóveis nesse sentido.³⁹

Por seu turno, o arresto pode ocorrer de forma prévia ou subsidiária à especialização e registro de hipoteca legal.

O arresto prévio, cuja finalidade é assegurar a especialização e o registro da hipoteca legal, tem incidência sobre bens imóveis, constantes do patrimônio lícito da pessoa do acusado. Cabível, geralmente, na fase de investigação, o arresto prévio visa assegurar que o bem não seja alienado enquanto ainda não se tem elementos suficientes para subsidiar a hipoteca legal, cujo processo de inscrição deverá ser promovido no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de revogação do arresto (art. 136, do CPP).⁴⁰

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit. p. 337.

³⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 3, p. 42.

⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit. p. 394.

O arresto subsidiário, incidente sobre os bens móveis suscetíveis de penhora, será decretado na hipótese de o acusado não possuir bens imóveis ou os possuir em valor insuficiente (art. 137, do CPP). Daí seu caráter subsidiário, complementar.⁴¹

Por decorrência lógica, a certeza da infração e os indícios suficientes da autoria também são requisitos do arresto.

1.2.3. Medidas cautelares probatórias

As medidas cautelares *probatórias* corresponderiam àquelas providências direcionadas à coleta de elementos probatórios acerca da prática delitiva; medidas notadamente de caráter restritivo, por incidirem sobre alguns direitos da pessoa do investigado ou do acusado.

Sobre a finalidade das providências de caráter probatório, Calamandrei dispõe o seguinte:

Visto que a sua única finalidade é aquela de antever e de reservar para acontecimentos futuros, como materiais brutos destinados a uma construção ainda em projeto, elementos que servem para a formação de um processo de conhecimento, futuro e eventual, a sua utilidade prática se manifesta somente quando surge a controvérsia que torna necessário tal conhecimento.⁴²

Tradicionalmente, a *busca e apreensão* costuma conferir máxima representatividade às medidas cautelares de natureza probatória.

Para fins didáticos, consideremos *busca* como a procura de alguma coisa ou de alguém; sinônimo de descobrir, investigar.⁴³ Por *apreensão*, tomemos como sendo a medida que se sucede à busca, consistente na captura, recolha, detenção de algo ou de alguém.

De acordo com Tourinho Filho, muitas vezes pode ocorrer apreensão sem busca. Assim, por exemplo, se o próprio acusado entrega à autoridade o instrumento do crime, determinará ela a lavratura de um auto de apreensão, que receberá o nome de “auto de exibição e apreensão”.⁴⁴

Conforme dispõe o art. 240, do CPP, a busca será domiciliar ou pessoal, e terá por finalidade: i) a prisão de criminosos; ii) a apreensão de coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; iii) a apreensão de instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; iv) a apreensão de armas e munições, instrumentos utilizados na

⁴¹ Ibid., p. 354.

⁴² CALAMANDREI, Piero, op. cit., p. 57-58.

⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p. 359.

⁴⁴ Ibid., p. 360.

prática de crime ou destinados a fim delituoso; v) a descoberta de objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; vi) a apreensão de cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; vii) a apreensão de pessoas vítimas de crimes; viii) a colheita de qualquer elemento de convicção.

Dada a multiplicidade de finalidades descritas em lei, denota-se impossível atribuir natureza jurídica única à medida de busca e apreensão.

De outra banda, a despeito do tratamento topográfico conferido pelo legislador (no Código de Processo Penal, a medida é disposta no Título XII, “Da Prova”), a busca e apreensão tem natureza jurídica de medida cautelar, se vinculada à atividade instrutória, notadamente à obtenção de prova.⁴⁵

Quer dizer, pode-se afirmar que a busca e apreensão será, propriamente e de forma autônoma, medida cautelar, quando visar à atividade instrutória de determinado inquérito policial ou processo (desvelando-se como *meio de obtenção de prova*).

Ainda, não se pode deixar de considerar que, em relação ao produto direto do crime (art. 240, § 1º, b, do CPP), especialmente em se tratando de bem móvel (art. 132, do CPP), bem como em relação aos instrumentos do crime, a medida exercerá importante função assecuratória, próprias das providências dessa natureza.⁴⁶ Também nesta hipótese, pois, terá própria e autonomamente, natureza de medida cautelar.

Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem (art. 240, § 1º, do CPP), e à pessoal, quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida, coisas obtidas por meios criminosos, objetos necessários à prova de infração ou quaisquer elementos de convicção (art. 240, § 2º, do CPP).

Como medida cautelar, a busca e apreensão pode ser determinada pelo julgador de ofício ou mediante requerimento de quaisquer das partes (art. 242, do CPP), a ser realizada no curso do procedimento de investigação ou, não usualmente, durante o processo.⁴⁷

Nesse contexto, outras tantas providências, com contornos e características cautelares vinculadas à instrução probatória, poderiam aqui ser suscitadas, a exemplo da

⁴⁵ POLASTRI, Marcellus Lima. **A tutela cautelar no processo penal**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 128.

⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 355.

⁴⁷ REBOUÇAS, Sérgio, op. cit., p. 663.

produção antecipada de prova, da interceptação telefônica, da quebra de sigilo bancário, dentre outras.

Em razão do escopo do presente trabalho, porém, não convém discorrer sobre elas, nada obstante a notória pertinência temática e prática. Registra-se apenas, por oportuno, que todas essas providências se desvelam como meios de obtenção de prova e apresentam, em certo grau, natureza jurídica de medida cautelar, porquanto visam à obtenção de material probatório para subsidiar a investigação criminal.

1.3 Características

A instrumentalidade, a referibilidade, a provisoriedade, a excepcionalidade e a jurisdicionalidade são notas características da tutela cautelar.

Como já anunciado, a tutela cautelar está a serviço de um processo ulterior, dito “principal” e de caráter definitivo. A tutela cautelar penal, especificamente, teria por máxima finalidade a garantia do resultado útil da ação penal. E é justamente essa relação que daria conta da *instrumentalidade* (ou da *acessoriedade*) das medidas cautelares penais frente à persecução penal; quiçá, a sua característica mais elementar.

Para Marcelo Guerra:

a característica da instrumentalidade consagra, por excelência, o elemento próprio da função da tutela cautelar, a saber, o de assegurar a eficácia na prestação de tutela jurisdicional, garantindo que o resultado por esta proporcionado à parte vitoriosa corresponda ao máximo, dentro do praticamente possível, ao que o ordenamento prescreve abstratamente que seja.⁴⁸

É, pois, nota distintiva e típica da tutela cautelar essa relação de instrumentalidade com o procedimento ulterior, de caráter definitivo. As medidas cautelares penais são, infalivelmente, predispostas ao asseguramento do resultado útil da persecução penal (processo penal). A doutrina costuma afirmar que a tutela cautelar penal se apresenta como instrumento do instrumento: as medidas cautelares estariam a serviço do provimento jurisdicional principal, o qual serviria à aplicação do direito material e, em última análise, à própria sociedade.⁴⁹

É consabido que as medidas cautelares se referem a uma circunstância de perigo a qual visam refutar, repelir. Nesse particular, a *referibilidade* da tutela cautelar deve ser entendida como a característica consistente na (necessária) relação de correspondência e de vinculação entre uma providência cautelar e determinada situação fática, em relação à qual se

⁴⁸ GUERRA, Marcelo Lima, op. cit., 1997, 18-19.

⁴⁹ POLASTRI, Marcellus Lima, op. cit., p. 58.

pretenda conferir alguma segurança, afastando-se o perigo (concreto).

A *provisoriidade* é característica típica da tutela cautelar, na medida em que se deve haver uma correspondência com uma situação fática em concreto (referibilidade), sendo que, uma vez desaparecido tal suporte fático que a legitima, a medida cautelar decretada deve ser cessada, revogada.⁵⁰

O seu caráter provisório implica na sua revogabilidade e/ou modificabilidade a qualquer tempo, a depender da ocorrência de algum evento que provoque o desaparecimento da situação acautelatória (à qual, necessariamente, deve-se referir a cautelar) – oportunidade em que não haveria razão para persistir uma medida naturalmente restritiva – ou mesmo em razão da superveniência de decisão definitiva proferida no processo principal.

Oportunamente, cabe distinguir o *provisório* do *temporário*, características que não devem ser confundidas. Para tanto, valem os apontamentos de Calamandrei:

o conceito de provisoriedade é um pouco diferente, e mais restrito, que aquele de temporaneidade. Temporâneo é, simplesmente, aquilo que não dura sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada; provisório é, por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de provisoriedade permanece no ínterim. Nesse sentido, provisório equivale a interino: ambas as expressões indicam aquilo que é estabelecido para durar somente aquele tempo intermediário que precede o evento esperado.⁵¹

A nota distintiva entre a qualidade de provisório e de temporário consiste basicamente no fato de que aquilo que é provisório deixa de vigorar tão logo ocorra um evento sucessivo; n'outro giro, por temporário deve-se entender aquilo que não é definitivo, independentemente da ocorrência de um evento futuro. A provisoriedade, portanto, implica o conceito de temporário, mas não pode com ele coincidir.⁵²

Destarte, as medidas cautelares penais – provisórias que são – devem ser revogadas ou modificadas pela superveniência de decisão no processo principal ou mesmo em razão de qualquer motivo que as tornem desnecessárias (eventos sucessivos). A qualquer tempo, pois, tais providências podem ser revogadas, para fins de adaptação às circunstâncias fáticas em concreto.

A *jurisdicionalidade*, por sua vez, corresponde à característica da tutela cautelar que demanda o seu controle jurisdicional. Com efeito, as medidas cautelares, de qualquer

⁵⁰ LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 726.

⁵¹ CALAMANDREI, Piero, op. cit., p. 25.

⁵² Para Foschini, "*la provisorietà, quindi, è una temporaneità condizionata al verificarsi di una futura situazione*" (FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1956, p. 450-451).

natureza (*pessoal, patrimonial ou probatória*), só podem ser decretadas por decisão judicial devidamente fundamentada, proferida por juízo competente para tanto.

O caráter restritivo da tutela cautelar penal demanda filtro e análise jurisdicionais para sua subsistência. Daí não haver falar em medida cautelar de ordem da autoridade policial ou do Ministério Público. Quem determina providência de natureza cautelar é o Poder Judiciário, a requerimento de alguém.⁵³

A *excepcionalidade* das medidas cautelares também decorre do seu caráter restritivo.

A despeito de possuir finalidades próprias, todas as medidas cautelares penais consistem em restrições a determinados direitos da pessoa do investigado ou do acusado (liberdade, propriedade, privacidade etc.). É dizer, a tutela cautelar dá ensejo a providências que, em variável grau, suprimem certos direitos individuais, se materializando – ordinariamente – antes de ser reconhecida a responsabilidade criminal da pessoa do investigado ou do acusado.⁵⁴

As medidas cautelares penais só devem ser decretadas quando indispensáveis para o alcance da finalidade pretendida. São, portanto, providências absolutamente excepcionais.

1.4 Pressupostos

Com efeito, uma das tarefas do processo penal, a considerar, por evidente, todas as limitações cognitivas inerentes à prestação jurisdicional, está em saber se determinado fato aconteceu ou não (ou, melhor, se determinada alegação de fato é verdadeira ou falsa), o que implica na esmerada verificação, por parte do julgador, da hipótese formulada pelo órgão de acusação, à luz dos elementos probatórios e argumentos apresentados e construídos no processo.

No âmbito das medidas cautelares penais, cuja instrumentalidade é voltada para o processo penal principal, a análise do julgador deve, igualmente, se dar mediante a verificação

⁵³ Registra-se, oportunamente, que remanesce no Código de Processo Penal vigente a autorização de o magistrado decretar, de ofício, as medidas de sequestro (art. 127, do CPP) e ordenar medidas cautelares probatórias, a exemplo da busca e apreensão (art. 242, do CPP) e da produção antecipada de provas (art. 225, do CPP). Nada obstante, à luz do sistema acusatório, sustentamos não ser possível o julgador decretar, de ofício, tais medidas cautelares, notadamente a medida de sequestro (ou outra providência assecuratória), a considerar a sua estrita finalidade reparatória.

⁵⁴ LEITE, Larissa. **Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 165.

de uma hipótese formulada (pelo Ministério Público, pela autoridade policial ou pela vítima ou outra parte interessada), a partir dos elementos de informação existentes, com a particularidade de que, por se tratar de uma análise cautelar e, portanto, provisória, a validação de tal hipótese, com o conseguinte deferimento da providência cautelar, não está condicionada à sua demonstração plena.

É dizer, o deferimento ou indeferimento de uma providência cautelar está condicionado a um juízo de probabilidade, de prognose, em nível de cognição sumária, o qual deve consignar o grau de plausibilidade de a hipótese suscitada corresponder à verdade (de acordo com o suporte probatório disponível) e, por conseguinte, da sua (futura) procedência.⁵⁵

Para o deferimento de uma medida cautelar penal, portanto, seria preciso que o julgador, a partir de um juízo prognóstico realizado sobre os elementos de informação postos à sua disposição, aferisse a probabilidade de haver, no âmbito do processo penal principal, a condenação da pessoa do investigado ou acusado, bem como a existência de ameaça à efetividade daquele processo, provocada por eventual demora na prestação da tutela requerida ou pela própria manutenção do estado de liberdade do indivíduo. Eis que se desvelam os pressupostos inerentes a toda e qualquer medida cautelar: *fumus comissi delicti* (correspondente ao *fumus bonis iuris*, no campo do processo civil) e *periculum in mora* (ou *periculum in libertatis*).

Por extremamente invasivas que são, todas as medidas adotadas no âmbito da tutela cautelar penal caracterizam-se como providências excepcionais que carecem da existência concreta de elementos probatórios mínimos que sustentem a prática delitiva, pressuposto sem o qual não seriam legítimas.

O *fumus comissi delicti*, pressuposto ora referido, se traduz na justificação da existência de elementos probatórios concretos em favor do cometimento do delito e da participação da pessoa do investigado ou acusado. Corresponde, portanto, ao suporte fático (concreto) que sustenta a autoria e a materialidade delitivas, requisito básico de toda e qualquer providência cautelar.

No caso das medidas cautelares pessoais, em específico, para além do *fumus comissi delicti*, exige-se a presença de elementos fáticos que deem conta de uma situação de perigo em concreto, a qual se identifica com um prognóstico de frustração dos fins do processo

⁵⁵ O juízo de probabilidade será objeto de minuciosa análise no 2º capítulo deste trabalho.

principal decorrente do próprio estado de liberdade da pessoa do investigado ou acusado (*periculum libertatis*). Isto é, o receio de frustração do resultado útil do procedimento principal decorre do natural estado de liberdade individual.

De outra banda, em relação às providências cautelares de outra natureza (*patrimonial e probatória*), o perigo de frustração decorre do fluxo natural do tempo, quando iminente a ocorrência de um dano derivado da demora de providência visando o seu impedimento.

O *periculum in mora* (ou perigo da demora), portanto, consiste no risco iminente de ocorrência de determinadas circunstâncias que impediriam a prestação efetiva da tutela jurisdicional penal.

Assim, seria cabível uma medida cautelar patrimonial desde que, para além do *fumus comissi delicti*, haja o *periculum in mora*, isto é, haja o fundado receio de que a demora no julgamento da ação penal possa comprometer a reparação do dano à vítima.⁵⁶ Quanto às medidas cautelares probatórias, por sua vez, afora a existência de indícios de autoria e materialidade delitivas, requer-se, por igual, a presença do *periculum in mora*, o qual, nesta hipótese, consistiria no perigo de desaparecimento, perecimento ou ocultação daquilo que interessar à prova da infração penal.

Em suma, toda e qualquer medida cautelar, para sua validade, carecerá da existência de elementos de informação em favor da autoria e da materialidade delitivas. O *fumus comissi delicti* tratar-se-ia de um pressuposto elementar e comum a todas as providências cautelares, portanto.

Sem embargo, se para as medidas cautelares pessoais exige-se o *periculum libertatis*, inerente ao natural estado de liberdade da pessoa do investigado ou acusado, para as medidas cautelares de outra natureza, faz-se necessário o *periculum in mora*, situação de perigo decorrente da própria demora.

Decidir sobre a existência de tais pressupostos elementares – a depender, evidentemente, da prova realizada em âmbito cautelar – consistiria no próprio “mérito” da tutela cautelar.⁵⁷

⁵⁶ NICOLITT, André Luiz, op. cit., p. 130.

⁵⁷ GUERRA, Marcelo Lima, op. cit., 1997, p. 79.

1.5 Princípios

Demais da configuração dos pressupostos acima referidos e da observância à finalidade e às características que lhe são próprias, certo é que a tutela cautelar – para alcançar a sua legitimidade – carece da esmerada demonstração da sua indispensabilidade, idoneidade e proporcionalidade; é dizer, a medida cautelar deve ser *necessária, adequada e proporcional* ao perigo que pretende neutralizar e às demais circunstâncias fáticas do caso concreto.

Ditas exigências decorrem do princípio da proporcionalidade, o qual deve ser compreendido como axioma máximo da atividade jurisdicional.

Com efeito, as medidas cautelares situam-se em ambiente de tensão entre direitos individuais e demais interesses (igualmente legítimos).⁵⁸ A proporcionalidade, portanto, deve servir como norte da atividade ponderativa empreendida pelo julgador, cuidando-se, acima de tudo, de exigência associada ao próprio exercício de poder.⁵⁹

Paulo Bonavides registra que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. E a ele não poderia ficar estranho o Direito Constitucional brasileiro.⁶⁰

A máxima da proporcionalidade, incorporada em nosso ordenamento jurídico sob forte influência da doutrina alemã, fragmenta-se e desenvolve-se nos subprincípios da *necessidade*, da *adequação* e da *proporcionalidade em sentido estrito*.⁶¹

Luís Roberto Barroso, nesse particular:

A doutrina – tanto lusitana quanto brasileira – que se abebera no conhecimento jurídico produzido na Alemanha reproduz e endossa essa tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade, como é mais comumente referido pelos autores alemães. Assim é que dele se extraem os requisitos (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o

⁵⁸ NICOLITT, André Luiz, op. cit., p. 52.

⁵⁹ TORTOSA, Virginia Pujadas. **Teoría general de medidas cautelares penales**. Peligrosidade del imputado y protección do proceso. Marcial Pons. Buenos Aires. 2008, p. 140.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 397.

⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 588.

benefício trazido para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.⁶²

Eis, pois, a base principiológica da tutela cautelar penal que aqui será tratada.

De logo, importa o registro de que são admissíveis, por certo, determinadas medidas restritivas a direitos, liberdades e garantias fundamentais, mas que, para tanto, não de se limitar ao estritamente necessário para alcançar sua finalidade, qual seja, a de salvaguardar outros direitos e interesses protegidos por nosso ordenamento jurídico.⁶³

A medida que enseja uma restrição a direito individual não basta ser admissível; é preciso que ela se mostre necessária no caso concreto, objetiva e subjetivamente.⁶⁴

A *necessidade*, portanto, implica que o julgador deve analisar, em primeiro plano, se há, realmente, a exigência de acautelamento. Se positiva sua conclusão, ato contínuo, deverá analisar a imprescindibilidade concreta do tipo de medida elegida, de modo que outra menos grave não se mostre suficiente para atingir a mesma finalidade.⁶⁵

Destarte, deve-se eleger aquela medida que melhor acautele a situação de perigo, reservando-se, sempre, por critérios de necessidade, as medidas mais gravosas para circunstâncias mais extremas, as quais, concretamente, demandem a sua incidência, isto é, situações que demonstrem a necessidade de uma medida mais restritiva para proceder-se a determinado acautelamento.

A exigência da necessidade, por evidente, deve condicionar a aplicação das medidas cautelares, mas não só: a manutenção, no tempo, das providências cautelares também deve observar os critérios de necessidade.

A *adequação* da medida pode ser aferida de acordo com a sua aptidão e idoneidade para neutralizar o receio/perigo a que se dirige.

A providência cautelar, portanto, demais de admissível – por sua tipicidade – e necessária, deve-se mostrar adequada, no sentido de ser apta aos seus motivos e fins.⁶⁶

Não atende à exigência de adequação, por exemplo, a medida de recolhimento domiciliar no período noturno (art. 319, V, do CPP) a pretexto de evitar a destruição de provas.

⁶² BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 209.

⁶³ SILVA, Germano Marques da, op. cit., p. 234-235.

⁶⁴ Ibid., p. 235.

⁶⁵ REBOUÇAS, Sérgio, op. cit., p. 840.

⁶⁶ LOPES JR. Aury, op. cit., 2019, p. 734.

Evidentemente que, em havendo mais de uma medida cautelar penal igualmente adequada, ao julgador cabe eleger a menos gravosa, sob pena de sua decisão faltar com a própria racionalidade.⁶⁷

A *proporcionalidade em sentido estrito*, por seu turno, implica no sopesamento dos bens jurídicos em testilha, no que o julgador deve se valer da lógica da ponderação.⁶⁸ Examinados os pós e os contras decorrentes da decretação ou não de determinada medida cautelar, a decisão deve procurar ser aquela que traga mais benefícios que malefícios.

De maneira mais direta: será proporcional a medida se as vantagens que trará superarem as desvantagens.⁶⁹

A título ilustrativo, não será proporcional o arresto de bens da pessoa do investigado ou acusado em valor superior àquele correspondente a eventual e futura responsabilidade civil, apurada ao cabo do processo principal. De igual sorte, não será proporcional a manutenção da prisão cautelar por tempo superior ao estritamente necessário ou em hipóteses as quais, de um razoável juízo de prognose, se consegue identificar a excessividade da medida cautelar (a depender da gravidade do delito, da quantidade de pena a ele atribuída, das condições pessoais do investigado/acusado etc.).

O excesso da medida faz com que ela se apresente desproporcional e, portanto, injustificável dentro do nosso ordenamento jurídico. O Estado só pode restringir direitos individuais (liberdade, propriedade, privacidade etc.), de modo legítimo, na medida em que tal limitação seja necessária (imprescindível), adequada (idônea) e proporcional (não excessiva, a considerar vantagens e desvantagens práticas).

1.6 Reflexões à luz do devido processo legal e da presunção de inocência

Dispõe o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Da redação constitucional, denota-se como regra a liberdade e a propriedade individuais, rechaçando-se intervenções estatais que não observem o *devido processo legal*. Mas no que, exatamente, consiste o devido processo legal?

⁶⁷ GUERRA, Marcelo Lima, op. cit., 1997, p. 31.

⁶⁸ LOPES JR. Aury, op. cit., 2019, p. 736.

⁶⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza, UFC – Imprensa Universitária, 1989, p. 75.

Entende-se por devido processo legal o processo desenvolvido em consonância com as formas e as garantias normativamente estabelecidas, ou seja, aquele que observa às formalidades e às garantias previamente preceituadas em nosso ordenamento jurídico, desvelando-se adequado sob o ponto de vista da ordem constitucional.

Nota característica de todo estado que se diz democrático e de direito, a instituição do devido processo legal visa, essencialmente, evitar abusos e excessos por parte dos órgãos estatais (no campo do processo penal, por parte das autoridades envolvidas na persecução penal), com vistas a condicionar os atos do Poder Público que têm o condão de restringir direitos individuais, de modo a acostumá-los aos preceitos constitucionais.

Sobre o devido processo legal no âmbito da persecução penal (denominado, por parte da doutrina, de “devido processo penal”), Antonio Magalhães Gomes Filho registra o seguinte:

Infere-se que a restrição ao direito de liberdade do acusado deve resultar não simplesmente de uma ordem judicial, mas de um provimento resultante de um procedimento qualificado por garantias mínimas, como a independência e imparcialidade do juiz, o contraditório e a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e, sobretudo nessa matéria, a obrigatoriedade de motivação.⁷⁰

No que diz respeito especificamente à tutela cautelar penal, já se fez registro de alguns requisitos e pressupostos elementares para legitimar decisões que decretam providências dessa natureza. Não se exige, como é de se esperar, o mesmo *iter* procedimental inerente à superveniência de um provimento jurisdicional de caráter definitivo, mas um procedimento que faça observar todas as formalidades legais e as garantias processuais.

A sumariedade da tutela cautelar, portanto, não deve implicar o abandono de um procedimento legítimo. A estrutura garantística inerente aos direitos individuais postos em testilha no âmbito da tutela cautelar penal deve ser rigorosamente acatada quando da superveniência de uma decisão que (in)deferre uma medida cautelar.

Atende ao preceito constitucional do devido processo legal a decisão cautelar devidamente fundamentada, por juiz natural, imparcial e competente, proferida após requerimento de parte legítima, que observa o contraditório e atende, por certo, a todos os pressupostos e requisitos inerentes às providências cautelares, sem olvidar da sua finalidade (em relação à qual está declaradamente atrelada a medida).

⁷⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais: comentários ao art. 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: RT, 2012, p. 29.

Ainda, certo é que a tutela cautelar deve ser compreendida dentro da estrutura básica do modelo acusatório instituído na ordem constitucional. Nesse particular, delimitada substancialmente a atuação do magistrado sem a provocação da autoridade responsável pela persecução penal, rechaça-se a possibilidade, como regra, de decretação de medidas cautelares *ex officio*.⁷¹

Oportunamente, cabe registrar que será considerada ilegítima toda e qualquer medida que não atenda à finalidade estritamente cautelar, a qual redundará em verdadeira antecipação de pena, a macular a regra da presunção de inocência, que, categoricamente, deve ser observada com o fito de atender à garantia do devido processo legal.

Ora, o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, prescreve que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Conforme anota Gustavo Badaró, trata-se de escolha política orientada pela preservação da liberdade como valor fundamental do ser humano. E arremata: não havendo certeza, mas dúvidas sobre os fatos, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente.⁷²

Com efeito, a presunção da inocência consiste em uma garantia constitucional que se desvela como regra processual probatória e como regra de tratamento. Por ser escolha constitucional, orienta todos os poderes públicos e agentes privados em seus atos, funções, atribuições, poderes e deveres.⁷³

Além de regra processual probatória, associada ao processo penal, consiste em uma regra de tratamento, que não se limita à esfera processual.

Na qualidade de regra probatória, estabelece que a pessoa do investigado ou acusado não está obrigada a fornecer provas da sua inocência, haja vista ser ela presumida. Daí

⁷¹ Novamente, é de se anotar que, em relação às medidas de sequestro e a outras tantas medidas cautelares probatórias, a normativa processual em vigência autoriza a sua ordenação, por parte do magistrado, de ofício, com o que temos algumas ressalvas.

⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 47. Nessa ordem de ideias, Diego Dei Vecchi e Juan Cumiz destacam que: “*el principio in ubio pro reo en materia de prueba es una derivación del principio de presunción de inocencia*” (DEI VECCHI, Diego; CUMIZ, Juan. **Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos**: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 127).

⁷³ MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 355-356.

o ônus da prova, no âmbito do processo penal, recair sobre a acusação.⁷⁴

Cabe, portanto, ao órgão responsável pela investigação e/ou acusação demonstrar efetivamente, com base em circunstâncias fáticas concretas, a existência do perigo e, bem assim, a estrita necessidade da medida requerida. Afinal, carece-se de suporte probatório minimamente suficiente para fazer jus ao fardo decorrente de uma providência cautelar.

Como regra de tratamento, por sua vez, o estado de inocência veda a antecipação dos efeitos finais da ação penal por parte do Estado, bem como a adoção de medidas restritivas antes do efetivo reconhecimento da culpabilidade do indivíduo, salvo as de natureza estritamente cautelar, aplicáveis excepcionalmente nas restritas hipóteses previstas em lei, conforme anteriormente anotado.

Seja na qualidade de regra processual probatória ou de regra de tratamento, certo é que a presunção de inocência se revela como garantia constitucional e deve balizar a tomada de decisões do Estado.

Nessa ordem de ideias, compreende-se não haver incompatibilidade das medidas cautelares com a presunção de inocência, se – e somente se – a consequência normativa se dirige a certas finalidades concretas (não punitivas), próprias à necessidade de acautelamento.⁷⁵

A prisão definitiva e a decretação da perda da propriedade, por exemplo, encontram-se no âmbito do exercício do direito de punir estatal, na medida em que se desvelam como pena. N'outro giro, as modalidades de prisão provisória e de restrições à propriedade individual (por meio das medidas assecuratórias ou propriamente através da busca e apreensão) revelam-se como providências legítimas para preservar o resultado último do processo principal, afastando-se os perigos, porventura, existentes, que possam comprometer o esboço desenrolar da investigação ou da ação penal.

Como esclarece Virginia Pujadas Tortosa: *“las medidas cautelares no tendrían como fundamento un juicio de culpabilidad ni, por tanto, vulnerarían per se la presunción de inocencia.”*⁷⁶

No mesmo sentido, sobre a compatibilidade da tutela cautelar penal com a

⁷⁴ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 693.

⁷⁵ DEI VECCHI, Diego. **La decisión de encarcelar preventivamente y otros peligros procesales**. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017, p. 61.

⁷⁶ TORTOSA, Virginia Pujadas, op. cit., p. 41.

presunção de inocência, valem as considerações tecidas por Larissa Leite:

Parece não haver dificuldade em conciliar a presunção de inocência com medidas processuais restritivas, como a busca e apreensão dos instrumentos do crime investigado ou a prisão preventiva do réu que empreende tentativa de fuga e, assim, coloca em risco a futura (embora eventual) aplicação da lei penal. Estando devidamente corroboradas por provas do *periculum in mora* e pelo *fumus comissi delicti*, tais medidas não decorrem da própria acusação, não representam uma antecipação da culpa e, portanto, são coerentes com a conjugação dos princípios constitucionais.⁷⁷

Por consectário lógico, as medidas cautelares não podem ter caráter satisfativo, sob pena de veemente violação à presunção de inocência e, conseqüentemente, ao devido processo legal. Entretanto, se devidamente respeitada a finalidade da tutela cautelar, bem como seus pressupostos e fundamentos, entende-se não haver qualquer incompatibilidade com a regra que impõe a presunção do estado de inocência do indivíduo objeto de investigação ou acusação criminais.

Final e oportunamente, é consabido que, por meio da Lei nº 13.964/2019 (o famigerado “pacote anticrime”), procedeu-se a uma série de alterações nas normativas atinentes ao sistema criminal brasileiro.

Calha, ainda neste tópico, o registro de algumas modificações provocadas no Código de Processo Penal que reafirmam as exigências inerentes ao devido processo legal no âmbito da tutela cautelar penal.

Conforme a nova redação conferida ao art. 282, § 2º, do CPP, tem-se que “as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”.

Em semelhante sentido, é o novo texto do art. 311, *caput*, do CPP, a saber: “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

Referidas modificações suprimiram, expressamente, a possibilidade de o julgador decretar medida cautelar de ofício, em encontro à essência do sistema acusatório, o qual delimita e cinge as funções de investigar e de acusar da função de julgar, com vistas, em última análise, a garantir a imparcialidade do magistrado.

⁷⁷ LEITE, Larissa, op. cit., p. 199-200.

A nova redação conferida ao art. 312, § 2º, do CPP, reforça o dever de motivação das decisões judiciais. Eis o texto do aludido dispositivo legal: “a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

Na mesma linha, e de forma ainda mais categórica e incisiva, é o art. 315, do CPP, que, além de dispor que “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada”, faz constar, no § 1º, os elementos que o juiz deve concretamente indicar na decisão, e, no § 2º, o que se entenderia por uma decisão não fundamentada:

Art. 315. [...]

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

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

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

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

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

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

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

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

A considerar que o dever de fundamentação das decisões judiciais será objeto de amplo estudo neste trabalho, importa, aqui, frisar a significativa preocupação do legislador para com o assunto, registrando que a necessidade de motivação da decisão que decreta uma medida cautelar é corolário do devido processo legal, ora ratificado pela novel legislação.

Da redação prestada ao art. 313, § 2º, do CPP, observa-se que “não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”.

Nesse particular, tem-se que o legislador demonstrou preocupação com a vinculação da medida prisional a uma finalidade estritamente cautelar, o que decorre,

naturalmente, da própria estrutura garantística do direito à liberdade individual, do devido processo legal e, mais representativamente, da presunção de inocência.

Do parágrafo único, do art. 316, do CPP, tem-se que, “decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”.

A imposição de revisão periódica da prisão preventiva, por parte do julgador, é novidade em nosso ordenamento jurídico. Atende ao caráter da provisoriedade e da referibilidade da tutela cautelar, notas típicas de toda e qualquer medida cautelar.

Por derradeiro, observa-se que, por meio do art. 282, § 3º, do CPP, o legislador ratificou a garantia do contraditório, na medida em que afirma que “ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional”.

Dita modificação trata-se de mais um reforço ao contraditório (prévio à decretação da medida cautelar, como regra), garantia inerente ao devido processo legal.

Pode-se observar que as alterações legislativas acima suscitadas – todas elas – cuidam-se de exigências que se agregam ao devido processo legal, o qual deve, por certo, ser categoricamente respeitado, ainda que em se tratando de tutela cautelar.

A despeito de os mencionados dispositivos legais discorrerem propriamente acerca da sistemática das medidas cautelares pessoais (notadamente, da prisão preventiva), entende-se que as exigências neles constantes são aplicáveis, por extensão, a todas as medidas cautelares, independentemente de sua natureza (dever de motivação, revisão periódica, contraditório prévio, proibição da atuação *ex officio* etc.).

2. O JUÍZO CAUTELAR E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Considerações preliminares

Como já anunciado, uma das tarefas do processo penal está em saber se determinado fato aconteceu ou não (ou, melhor, se determinada alegação de fato é verdadeira ou falsa), o que demanda a esmerada verificação, por parte do julgador, da hipótese formulada pela acusação, à luz da prova disponível.

No tocante à tutela cautelar penal, cuja instrumentalidade está voltada para a persecução penal principal, a análise do julgador deve, igualmente, se dar mediante a verificação de uma hipótese formulada pela parte interessada e legítima (Ministério Público, autoridade policial ou vítima), a partir dos elementos de informação existentes, com a particularidade de que, por se tratar de uma análise cautelar e, portanto, provisória, a validação de tal hipótese, com o consequente deferimento da providência cautelar, não está condicionada à sua demonstração plena (afinal, o nível de suficiência probatório é inferior àquele existente para subsidiar uma condenação definitiva).

É dizer, o (in)deferimento de uma providência cautelar está condicionado a um juízo de *probabilidade*, em nível de cognição sumária, o qual deve consignar o grau de plausibilidade de a hipótese suscitada corresponder à verdade (de acordo com o suporte probatório disponível) e, conseqüentemente, da sua (futura) procedência.

Para os fins do presente trabalho, pois, compreende-se por *juízo cautelar* o conjunto de raciocínios e exercícios valorativos desenvolvidos pelo julgador a fim de decidir pela procedência ou não de uma providência cautelar.⁷⁸ O juízo cautelar deve envolver, indiscutivelmente, uma análise de probabilidade, de prognose, desenvolvida sobre os elementos probatórios disponíveis no momento da decisão.⁷⁹

E isso porque a concessão de uma providência dessa natureza estaria condicionada à demonstração, em um grau de probabilidade: i) do perigo (concreto e objetivo), o qual poderia macular o resultado útil do processo principal; ii) e de situação fática que autorize uma previsão hipotética de que a tutela jurisdicional com determinado conteúdo será, futuramente, prestada.

O juízo de probabilidade, entendido aqui em seu conceito mais amplo, englobaria o juízo prognóstico, sem, porém, com ele se confundir. A prognose tratar-se-ia de uma análise probabilística direcionada, necessariamente, para um momento futuro. No dicionário, tem-se como definição de prognóstico a “previsão de fatos, baseada em dados reais” ou, ainda, o “sinal característico de alguma ocorrência futura”.⁸⁰

⁷⁸ TORTOSA, Virginia Pujadas, op. cit., p. 201.

⁷⁹ O processo é o típico ambiente do conhecimento incerto. Com a reconstrução dos fatos, permite-se alcançar apenas resultados a nível de probabilidade, e não de certeza. Vide IANCOVIELLO, Francesco Mauro. I critiri di valutazione della prova. In: BESSONE; Mario; GUASTINI, Ricardo (Coord.). **La regola del caso: materiali sul regionamento giuridico**. Padova: Cedam, 1995, p. 398.

⁸⁰ PROGNÓSTICO. **Michaelis Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2015. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/progn%C3%B3stico/>>. Acesso em: 22 maio. 2021.

Na tutela cautelar, deverá ser empreendido um juízo de probabilidade sobre os elementos probatórios disponíveis, tanto para aferir a existência dos pressupostos elementares e autorizativos de providências dessa natureza – de maneira circunstancial e concreta – como para aferir a chance de condenação, no processo principal, da pessoa do investigado (análise voltada para o futuro, prognóstica).

É possível que o julgador, em determinado caso, veja-se diante de provas suficientes que dão conta de situação concreta de perigo e, bem assim, da materialidade e da autoria delitivas, mas que, todavia, não autorize concluir no sentido de que a tutela jurisdicional principal, eventual e futura, será efetivamente prestada (no âmbito do processo penal), em virtude, por exemplo, da idade avançada da pessoa do investigado ou acusado, ou da existência de outra circunstância que não indique, a partir de um seguro juízo de prognose, que ela virá a ser condenada.

Para o deferimento de uma medida cautelar penal, portanto, seria preciso que o julgador, a partir de um juízo prognóstico realizado sobre os elementos de informação postos à sua disposição, aferisse a probabilidade de haver, no âmbito do processo penal principal, a condenação da pessoa do investigado ou acusado, bem como a existência – aferida a nível de probabilidade – de ameaça à efetividade daquele processo, provocada por eventual demora na prestação da tutela requerida ou pela própria manutenção do estado de liberdade do indivíduo.

Aqui, não se deve confundir probabilidade com possibilidade. O provável é algo mais plausível que o possível; a possibilidade daquilo que é provável ocorrer é maior que sua possibilidade contrária. Aury Lopes Jr. bem diferencia os dois conceitos:

Existe possibilidade em lugar de probabilidade quando as razões favoráveis ou contrárias a hipótese são equivalentes. O juízo de possibilidade prescinde da afirmação de um domínio das razões positivas sobre as razões negativas ou vice-versa. Para o indiciamento seria suficiente um juízo de possibilidade, posto que no curso do processo deve o Ministério Público provar de forma plena, absoluta, a culpabilidade do réu. A sentença deve sempre refletir um juízo de certeza para que possa o réu ser condenado. Caso contrário, a absolvição é imperativa.⁸¹

No âmbito da tutela cautelar penal é necessário mais do que mera possibilidade. A decretação de uma providência dessa natureza carece do predomínio de razões positivas em favor da hipótese formulada pela parte interessada (Ministério Público, autoridade policial ou vítima/ofendido).

Não se exige, por certo, prova plena do perigo, mas sim a presença de elementos

⁸¹ LOPES JR. Aury, op. cit., 2019, p. 779.

fáticos dos quais, segura e objetivamente, possa inferi-lo, a um nível de probabilidade. De igual sorte, não se exige prova plena para sustentar uma prognose quanto à condenação da pessoa do investigado ou acusado, mas, tão somente, a existência de elementos probatórios dos quais, a um nível hipotético seguro (e, então, preponderante), se possa inferir nesse sentido.

Parte da doutrina sugere que o juízo desenvolvido no âmbito da tutela cautelar tratar-se-ia de um juízo de verossimilhança, com o que se têm algumas ressalvas.

Ora, entende-se por verossímil a qualidade atribuída àquilo que corresponde à normalidade de certo tipo de conduta ou de acontecimentos⁸². A título exemplificativo, se um motorista de ônibus passa todos os dias e no mesmo horário, em determinado ponto da cidade, resulta verossímil considerar que, na semana seguinte, fará o mesmo.

Para empreender um juízo de verossimilhança sobre um enunciado de fato, faz-se preciso dispor de um conhecimento preliminar sobre a regularidade de sua ocorrência.⁸³

Com efeito, para concluir pela verossimilhança da alegação de que o motorista de ônibus, apresentado no exemplo acima consignado, passará amanhã, em determinado ponto da cidade, no horário que ordinariamente o faz, basta haver conhecimento do grau de normalidade desse evento. Isto é, de posse de informações básicas sobre o horário de trabalho do motorista, a linha do ônibus que conduz e o seu itinerário, poder-se-ia afirmar como verossímil referida alegação.

Nada obstante, se, dentro de um contexto, fosse apresentada documentação que desse conta de que o motorista se quedou determinado período adoentado, e não trabalhou naquela semana, ou mesmo de que a municipalidade procedeu à alteração temporária da rota do ônibus conduzido por ele, em razão de uma obra na cidade, a alegação de que o motorista passará com o ônibus amanhã no costumeiro horário – à luz das informações apresentadas – seguiria verossímil, coerente, porém (provavelmente) falsa.

Em se tratando de processo penal, repita-se, um dos objetivos institucionais está em saber se determinada alegação de fato é verdadeira ou falsa. Assim, a considerar que a verossimilhança indicaria mais propriamente a conformidade da alegação de fato em relação a

⁸² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o Juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2010, p. 111.

⁸³ Idem.; SÁNCHEZ-RUBIO, Ana. Los peligros de la probabilidad y la estadística como herramientas para la valoración jurídico-probatoria. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 4, n. 1, jan./abr. 2018, p. 190. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/118>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

uma ordem de normalidade e de frequência geral, a desvelar uma narrativa coerente, entende-se que o juízo cautelar consistiria mais corretamente em uma análise de probabilidade, desenvolvida – sempre – sobre as provas disponíveis no momento da decisão, de sorte que, somente diante delas, é possível, aferir, processualmente, a veracidade de um enunciado fático (independentemente de sua verossimilhança).⁸⁴

Nessa ordem de ideias, importa registrar que um fato se materializa no processo judicial a partir de um enunciado, de uma alegação. No processo penal, mais especificamente, o fato (principal) ingressa por meio de uma imputação individual, a qual encontra prévia repercussão na norma penal.⁸⁵ E o processo, naturalmente, comporta diversas alegações fáticas, consubstanciadas em verdadeiras hipóteses, que são justamente o objeto da atividade probatória.⁸⁶

Ordinariamente, costuma-se atribuir veracidade a fatos. Entretanto, a qualidade de verdadeiro ou falso só deve ser atribuída a enunciados de fato, e não propriamente a um fato – o qual existe ou não no mundo (não havendo espaço para discussões em torno de sua falsidade). Destarte, quando alguém se referir à verdade de um fato, no contexto processual, deve-se compreender, tal alusão, à veracidade da alegação, formulada por quaisquer das partes envolvidas na lide, que diz respeito à ocorrência ou não de um fato.

Assim, a verdade de um fato consistiria unicamente em uma fórmula elíptica para se referir à verdade do enunciado que tem ele por objeto.⁸⁷

Friedrich Stein considera uma imprecisão, tanto no campo legislativo quanto na linguagem ordinária dos juristas, a utilização dos termos “*hechos*” y “*afirmación fáctica*” *indistintamente y con igual valor para referirse al objeto de la prueba, así como declarar verdaderos tanto hechos como afirmaciones o bien hablar de hechos simulados o falsos, lo que nuestra misma legislación hace no raramente*”.⁸⁸

⁸⁴ Para os fins do presente trabalho, assume-se a distinção entre os conceitos de verossimilhança e de probabilidade oferecida por Michelle Taruffo (TARUFFO, Michele, op. cit., 2010), sem pretensões de avançar, neste momento, com maiores reflexões sobre o tema, dada a sua complexidade e a falta de consenso na doutrina. Na oportunidade, apenas deixa-se consignado que aquilo que é (in)verossímil pode ser provavelmente verdadeiro (ou falso), a depender da base empírica disponível no contexto processual.

⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2019, p. 72.

⁸⁶ Nesse sentido, Perfecto Ibáñez subscreve que: “*la hipótesis es una propuesta de explicación, que debe aparecer dotada de apariencia de verdad en lo que afirma. Pero ella misma no prueba, precisa ser probada*” (ALEXY, Robert; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Jueces e Ponderación Argumentativa**. 1. ed. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 28).

⁸⁷ LOPES, José António Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar** – (Teses de doutoramento). Almedina: Lisboa, 2019, p. 226.

⁸⁸ STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. Bogotá: Temis, 2018, p. 11.

A propósito, vale advertir que o presente trabalho não tem por objetivo discutir a noção de verdade (questão relevantíssima e, igualmente, complexa e controvertida), tampouco desenvolver uma análise própria sobre os conceitos e as espécies de prova.

Sem embargo, para um esboço estudo sobre o juízo cautelar, verdade e prova – questões que são absolutamente imbricadas – não podem ser completamente olvidadas e deixadas à margem.

Sendo assim, e especialmente diante das limitações cognitivas inerentes à prestação jurisdicional, a verdade (processual) será aqui defendida como um estado de correspondência com o mundo exterior.

E isso porque a verdade, no processo penal de índole acusatória, tem caráter aproximativo, condicionada à falibilidade da atividade probatória, precipuamente se consideradas as limitações legais e epistêmicas em torno da tarefa de reconstrução dos fatos.⁸⁹

Oportunos são os apontamentos de Jordi Ferrer Beltrán sobre o assunto:

El proceso judicial puede ofrecer sustento únicamente a verdades aproximadas; la información disponible en el mismo acerca de los hechos a probar es deficiente, tanto por su fiabilidad relativa como por su carácter necesariamente incompleto. Nunca el proceso judicial podrá ser un adecuado instrumento para la adquisición de información completa que pueda justificar una decisión sobre los hechos que vaya más allá del carácter aproximativo.⁹⁰

No âmbito processual, as informações disponíveis decorrem das provas, as quais podem fornecer um determinado grau de confirmação ao enunciado que diz respeito a um fato relevante. Será, provavelmente, verdadeiro tal enunciado, se as provas produzidas no processo fornecerem razões suficientes para tanto.⁹¹ A verdade, independentemente de sua concepção, é alcançada, portanto, por meio da prova.⁹²

O julgador, como é de se esperar, na grande maioria dos casos, não terá presenciado os fatos discutidos no processo. Nada obstante, conforme bem ilustra Francesco Carnelutti, ele (o julgador) tem de conhecer; portanto, “alguma coisa” terá de ver. Essa alguma coisa são as provas.⁹³

Como é consabido, *prova* é termo polissêmico.

⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2019, p. 67.

⁹⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 23.

⁹¹ TARUFFO, Michele, op. cit., 2010, p. 113.

⁹² Foi-se o tempo em que se buscava a verdade por exercícios de adivinhação, lançando-se à sorte, interpretando-se folhas de chá ou por qualquer outro meio irracional e sem possibilidade de controle.

⁹³ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000, p. 520.

Marina Gascón Abellán consigna que o termo pode ser utilizado para designar: “a) *las informaciones que sirven para averiguar o acreditar los hechos controvertidos relevantes para la causa; b) los medios de prueba, es decir, las actividades (la declaración testifical, la realización de una pericia, la aportación de un documento...)* mediante las que las tales informaciones se incorporan al proceso; c) *el procedimiento intelectual mediante el cual, a partir de esas informaciones aportadas al proceso, se averiguan o acreditan los hechos; y d) el resultado probatorio o conocimiento ya obtenido del hecho controvertido*”.⁹⁴

A doutrina brasileira, tradicionalmente, costuma identificar (03) três acepções básicas para o termo: a prova como *atividade, meio e resultado*.⁹⁵ Na primeira concepção, a prova resultaria na ação voltada à obtenção de elementos para alcançar um certo tipo de resultado (atividade probatória); na segunda concepção, designaria o meio (ou instrumento) a serviço de tal finalidade (meio probatório); em sua última clássica concepção, representaria o resultado propriamente dito (resultado probatório), obtido a partir dessa atividade desenvolvida sobre os instrumentais probatórios ou “meios de prova”.

A prova judicial, independentemente de sua acepção, se caracteriza por sua institucionalização.⁹⁶ Com efeito, prova judicial é prova construída sob regras, em ambiente próprio (jurisdicional), respeitadas as garantias processuais.

Por conseguinte, a doutrina costuma distinguir *prova* de *elemento informativo* (produzido no campo da investigação, extra e pré-processual), conforme indica Sérgio Rebouças:

Entende-se por prova o objeto informativo em regra (i) produzido em contraditório e (ii) caracterizado pela judicialidade, a menos que a natureza do meio ou a imprevisibilidade das circunstâncias justifiquem a atribuição normativa desse valor a elementos unilaterais e pré-processuais. Por outro lado, o elemento informativo da investigação caracteriza-se sempre pelo i) caráter unilateral e ii) pré-processual.⁹⁷

A despeito de, no âmbito da tutela cautelar, ser possível a decretação de uma medida dessa natureza sem a existência de processo penal propriamente dito, ainda assim, carece tal providência de jurisdicalização e de respeito às garantias processuais (a exemplo do

⁹⁴ ABELLÁN, Marina Gascón. **Cuestiones Probatorias**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 16.

⁹⁵ A insuficiência de tais definições, costumeiramente referidas pela doutrina brasileira, é destacada por Marcelo Guerra. Para o autor: “há que se reconhecer que tais noções deixam muito a desejar, posto que a doutrina tradicional não cuida em possibilitar a identificação clara de quais, dentre tantas atividades, meios e resultados possíveis, seriam aqueles designados por ‘prova’”. (GUERRA, Marcelo Lima. **Prova Judicial: Uma Introdução**. Fortaleza: Boulesis Editora, 2015, p. 8).

⁹⁶ ABELLÁN, Marina Gascón, op. cit., 2012, 52.

⁹⁷ REBOUÇAS, Sérgio, op. cit., p. 517-518.

contraditório), ao que também deve ser submetida a prova até então produzida.

Para os fins do presente trabalho, portanto, considerar-se-á prova, tomada em sua concepção de “meio de prova”, expressão sinonímia de *elemento de informação* ou *elemento de juízo*, correspondentes a quaisquer informações ou dados cognitivos a partir dos quais se poderá chegar à verdade de alguma hipótese fática.

Com isso, intenta-se conferir maior amplitude ao termo, que poderá ser utilizado para se referir a elementos probatórios produzidos tanto em sede de inquérito policial, como, por outro lado, no âmbito do processo penal, após o devido recebimento da denúncia. Como, necessariamente, as medidas cautelares carecem de jurisdicionalização e da observância ao devido processo legal, entende-se que tais elementos apresentados nos autos (da investigação ou do processo) têm contornos de prova judicial.

O objetivo da atividade probatória, ressalta-se outra vez, é a hipótese fática. Fatos existem ou não. A alegação de fato – no processo, consolidada como uma hipótese – é que pode ser verdadeira ou falsa, resposta que será obtida à luz dos elementos de informação disponíveis, compreendidos como quaisquer dados em favor da verdade do enunciado (ex.: testemunho que dê conta do risco de fuga da pessoa do investigado; documento que demonstre a materialidade e autoria delitivas etc.).

Diante da necessidade de conferir celeridade à atividade jurisdicional, os provimentos de natureza cautelar ganham destacada importância prática, na medida em que, para decidir, exigir-se-ia do julgador apenas o exercício de um juízo de probabilidade, em nível de cognição sumária, deixando-se, assim, para o futuro (final do processo), o provimento jurisdicional de caráter definitivo, que exigiria cognição plena sobre todas as nuances e circunstâncias em torno do fato punível (não raras as vezes, complexo).

Sem embargo, a celeridade ou a sumariedade do procedimento cautelar não pode, por certo, atropelar o devido processo legal, tampouco autorizar um estado de despreocupação para com a determinação dos fatos, que deverão ser tomados, assertivamente, pelo julgador, como (ir)relevantes e/ou (não) provados.

Ora, no âmbito da tutela cautelar, cabe ao julgador tanto uma escorreita investigação dos fatos passados, quanto uma eficiente e segura prognose dos eventos futuros, tarefas desenvolvidas sobre os elementos de informação constantes dos autos.

A atividade de determinação dos fatos, consistente na reconstrução ou elaboração dos fatos, deve ser eminentemente racional. Nesse particular, pode-se afirmar que a precisão do

jugador, ao determinar os fatos, será tanto melhor quanto maior for o seu campo de cognição; daí a importância de se observar o contraditório, garantia que só deve ser diferida em hipóteses excepcionais.

Na prática, todavia, a doutrina costuma reclamar da inobservância à garantia do contraditório, dando conta de que as decisões cautelares são, geralmente, provimentos emitidos *inaudita altera pars*, em ambiente de rarefeita publicidade.⁹⁸

Nesse contexto, deve-se ter uma significativa (e legítima) preocupação com as questões de fato tratadas na tutela cautelar penal. Gustavo Badaró já alertava que uma justiça sumária normalmente despreza a verdade ou, no mínimo, não tem preocupação com que os fatos sejam corretamente acertados⁹⁹.

Evidente é que não há espaço, em nosso ordenamento jurídico, para admitir-se provimentos jurisdicionais, especialmente aqueles emitidos na esfera processual penal, que desprezam, além de determinadas garantias processuais, a necessidade de corretamente fixar-se os fatos relevantes e provados, os quais devem ser suficientemente considerados na decisão. Em se tratando de tutela cautelar, a conclusão não é diferente. Eventual necessidade de celeridade no proferimento da decisão não deveria fazer com que o julgador descuidasse das questões de fato.

Nada obstante, na realidade forense, certo é que um bom número de problemas não nasce da interpretação dos enunciados normativos, senão da determinação dos fatos relevantes para a resolução do processo.¹⁰⁰ E é, justamente, na atividade de reconstrução dos fatos que o juiz é mais soberano e, não raramente, mais arbitrário.¹⁰¹

Sobre tais apontamentos, Antonio Magalhães Gomes Filho adverte que, quando do trato das questões de fato, se manifesta com maior amplitude a discricionariedade judicial, o que deve ensejar, em consequência, um cuidado maior em relação ao seu controle.¹⁰²

Com efeito, a escorreita determinação dos fatos, necessariamente, carece de uma

⁹⁸ PRADO, Geraldo. O dever de fundamentação reforçada das decisões no âmbito das medidas cautelares penais. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). **Verdade e prova no processo penal**: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo, 1. ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 110.

⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2019, p. 61.

¹⁰⁰ ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho**: bases argumentales de la prueba. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 38.

¹⁰¹ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Sobre a motivação dos fatos na sentença penal**: valoração da prova e sentença penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 67.

¹⁰² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 145.

acertada compreensão do material probatório, desde a sua admissibilidade até a sua justificação – o que deve ocorrer após a atividade valorativa empreendida pelo julgador e o devido confronto da(s) hipótese(s) com o *standard* probatório exigido para considerá-la(s) provada(s).

Dadas as particularidades e as preocupações em torno das questões de fato, passemos a analisar os contextos (ou momentos) em que é desenvolvida a atividade do julgador sobre o conteúdo probatório, sem olvidar, porém, que o juízo cautelar comporta, por certo, uma cadeia de raciocínios e operações lógicas em torno de questões estritamente de direito, as quais deverão ser, igualmente, consideradas.

2.2 Contextos (ou momentos probatórios)

No domínio científico, é clássica a distinção entre os contextos da *descoberta* e da *justificação*. Reichenbach, a quem se atribui a formulação de tal distinção, a justifica na diferença existente entre, de um lado, a produção científica e a formulação de uma teoria e, de outro lado, a sua conseguinte apresentação e validação.¹⁰³

Grosso modo, tem-se que o contexto da descoberta estaria mais relacionado às problemáticas em torno da formulação de uma hipótese, de uma teoria. N'outro giro, o contexto da justificação estaria associado às problemáticas em torno da sua convalidação. Realmente, uma coisa é o procedimento mediante o qual se estabelece determinada premissa; outra, completamente distinta, consiste na justificação dessa premissa.¹⁰⁴

Os contextos da descoberta e da justificação não raramente têm sido deslocados ao ambiente jurídico e, por assim, introduzidos em trabalhos elaborados pela doutrina, especialmente naqueles cujo objeto de estudo é a atividade desenvolvida sobre as questões de fato e o problema da fundamentação das decisões judiciais.¹⁰⁵

A interferência de vários atores (autoridade policial, Ministério Público, vítima/ofendido, investigado/acusado e julgador) e a sua própria dinâmica, sobretudo no tocante à atividade probatória – face às regras jurídicas e epistêmicas sobre ela incidentes – torna o processo penal um campo de conhecimento muito peculiar, um tanto distinto do tradicional

¹⁰³ REICHENBACH, Hans. **La nascita della filosofia scientifica**. Tradução de Dominico Parisi e Alberto Pasquinelli. Bologna: Il Molino, 1961, p. 235-237. Vide também ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 5.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2019, p. 137.

ambiente científico.

Daí a necessidade de refinamentos e incrementos da clássica distinção de Reichenbach, a fim de lhe conferir utilidade prática como modelo de análise do conhecimento obtido sobre os fatos no âmbito processual.¹⁰⁶

O juízo cautelar, como se viu, consistiria no conjunto de raciocínios e exercícios valorativos desenvolvidos pelo julgador, com vistas a decidir pela procedência ou não de uma providência acautelatória, o que, invariavelmente, dependerá da validação ou não da hipótese formulada pela parte interessada, à luz dos elementos de informação disponíveis nos autos.

Entre descobrir a hipótese e justificá-la, fazem-se imprescindíveis a análise e a valoração dos elementos de informação e, por conseguinte, o acertamento dos fatos, consistente na decisão sobre tais questões.

Poder-se-ia afirmar, de uma maneira abreviada, que o juízo cautelar inicia com a aceitação e a acumulação de elementos de informação; a isso se segue o processo de avaliação e, bem assim, de atribuição de um peso para cada elemento. Depois de avaliados e sopesados todos os elementos de juízo, deve-se decidir sobre a sua suficiência, consignando se a(s) hipótese(s) formulada(s) pela parte interessada restou(aram) ou não provada(s). Ao fim e ao cabo, deve-se demonstrar, clara e satisfatoriamente, as razões para decretar-se ou não a providência requerida.¹⁰⁷

O percurso da atividade transcorrida pelo julgador amolda-se, com algumas adequações, aos contextos sugeridos por Gustavo Badaró, que subdivide a sequência probatória do processo penal nos seguintes momentos: i) instrução; ii) valoração; iii) decisão; e iv) justificação¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Ibid., p. 139.

¹⁰⁷ ATIENZA, Manuel, op. cit., p. 7.

¹⁰⁸ Gustavo Badaró divide a sequência probatória do processo penal em cinco contextos, a saber: i) investigação; ii) instrução; iii) valoração; iv) decisão; v) e justificação (BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit. 2019). Para os fins do presente trabalho, conquanto, importam duas observações. A primeira delas concerne ao fato de que o contexto da investigação não pertence à atividade jurisdicional e, portanto, não diz respeito ao juízo desenvolvido pelo julgador. E isso porque o momento da investigação é propício para a formulação de hipóteses probatórias, de responsabilidade do investigador (notadamente do Ministério Público e da autoridade policial), mais identificado com o contexto da descoberta, formulado por Reichenbach. Em razão da sistemática acusatória e do modelo garantista empreendido no ordenamento jurídico brasileiro, o julgador nada descobre; antes, ele depara com a hipótese, a encontra. Daí não ser tarefa do julgador formular a(s) hipótese(s) que deverá(ão) ser objeto de prova e de seu conseguinte exame valorativo. Suprime-se, assim, da análise cautelar o contexto da investigação. A segunda e última observação diz respeito ao contexto da instrução, que merece alguns ajustes se utilizado para exame do juízo cautelar. Com efeito, a tutela cautelar penal não comporta plenamente a instrução probatória, até porque o nível de cognição exigido do julgador não é o mesmo demandado no processo penal. Sem dúvidas, é no processo principal que se efetiva a instrução em sua plenitude, com momentos e atos exclusivamente voltados para tanto.

Passemos, pois, à análise de tais contextos, um a um, registrando-se, de logo, que se dará destaque, no desfecho deste capítulo, ao momento da justificação, notadamente em decorrência da garantia constitucional de motivação das decisões judiciais, que apresenta contornos problemáticos, a demandar especial atenção.

2.2.1. Instrução

A atividade judicial de fixação dos fatos se dá mediante um procedimento institucionalizado, que começa efetivamente com uma pretensão formalizada perante o juízo, derivada de uma hipótese concreta e devidamente acompanhada de elementos de juízo em seu favor.

No contexto da instrução, cabe ao julgador realizar o controle da hipótese formulada pela parte interessada, por meio da análise em torno da admissão e da produção probatória.¹⁰⁹ Trata-se do momento no qual será propriamente submetida a hipótese ao controle judicial, bem como o conjunto de elementos de informação que a apoiam.

O contexto de instrução deve ser compreendido de acordo com a natureza dos procedimentos cautelares, os quais, diante de sumariedade e da limitação do nível de cognição, não permitem o exercício pleno da atividade de produção probatória, não se exigindo da parte interessada qualquer exaurimento nesse sentido, tampouco permitindo-se um debate exaustivo sobre as provas produzidas pelas partes (acaso oportunizado o contraditório).

Aqui, pois, o juízo cautelar é limitado; restrito à seleção do material probatório. Não é o momento de proceder à valoração de cada elemento de informação, mas apenas analisar a sua admissibilidade – que é, diga-se de passagem, mandamento de ordem geral, mas que comporta, contudo, limitações legais ou constitucionais.

O conjunto de elementos de informação que pode e deve ser analisado pelo julgador, para fins de adoção de uma decisão eminentemente racional, corresponde a todas as informações disponíveis e admissíveis, devidamente aportadas aos autos.¹¹⁰

A tutela cautelar penal, como já anunciado, não é incompatível com a garantia do

Feita essa ressalva, há de se concluir, nada obstante, que, no âmbito da tutela cautelar, ainda que não se exija o esgotamento da atividade probatória, nem se alcance com plenitude o direito à prova das partes, é evidente que cabe à parte interessada, quando do requerimento de uma providência de natureza cautelar, munir sua pretensão das provas que entender cabíveis e suficientes para o deferimento da medida. Ao julgador, por conseguinte, cabe efetivamente examinar a admissibilidade do material probatório.

¹⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2019, p. 143.

¹¹⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer, op. cit., 2007, p. 42.

contraditório, a qual deve ser devidamente observada se no caso concreto não se vislumbrar situação de perigo que indique a ineficácia da providência cautelar acaso decretada apenas depois de ouvida a pessoa do investigado ou acusado.

Insiste-se novamente nesse aspecto, na medida em que o contraditório teria uma função heurística importantíssima, a ampliar o campo de cognição do julgador.

É bem verdade que, para o estrito exame de admissibilidade do elemento de informação guarnecido pela parte interessada (ainda mais em âmbito cautelar), o julgador não precisaria, necessariamente, ouvir a outra parte; nada obstante, pode muito bem reservar o juízo de admissibilidade após devidamente oportunizado o contraditório, de modo a alargar o seu espaço de cognição com os elementos de informação trazidos pela pessoa do investigado ou acusado, juntamente com as hipóteses alternativas por ela formuladas.

Sendo assim, com o contraditório prévio estabelecido pelo julgador, pode a pessoa do investigado ou acusado municiar os autos de elementos que deem conta de fato que não autorize a admissão da prova apresentada pela parte interessada, porquanto obtida por meio ilícito, por exemplo. No caso de a integralidade do material probatório fornecido pela parte interessada ser inadmissível, o julgador não precisaria sequer proceder à sua valoração.¹¹¹

De toda sorte, certo é que, para avançar ao momento da valoração, os elementos de informação apresentados pela parte interessada devem ter parada obrigatória para o aferimento de sua admissibilidade.

2.2.1.1 Princípio geral de inclusão probatória

No processo penal brasileiro, vigora o princípio geral de inclusão probatória, o que implica, como mandamento diretivo, a admissão de qualquer elemento relevante, que possa, portanto, contribuir para a delimitação dos fatos.

Daí considerar a admissão, por decorrência lógica: i) das provas atípicas, quando silente norma em sentido proibitivo¹¹²; ii) e, de igual sorte, dos elementos de informação

¹¹¹ No tocante às questões de fato, pode haver casos em que o julgador não precise sequer valorar o material probatório, ante a sua manifesta inadmissibilidade. Nesse particular, decidirá, de forma justificada, no sentido de não decretar a medida cautelar pleiteada por tal motivo. N'outro giro, oportuno registrar que pode haver casos em que o julgador decida sem a necessidade de sequer adentrar nos contextos probatórios. Basta considerar a hipótese em que a parte requerente é ilegítima (questão absolutamente de direito, que deve ser categoricamente considerada pelo julgador).

¹¹² São típicas as provas catalogadas e reguladas em lei e, ao contrário, atípicas (ou inominadas) aquelas de que o legislador não cogitou. Vide GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos

guarnecidos pela parte interessada quando não constatada, *prima facie*, a ocorrência de hipótese que implique a sua restrição, sendo certo que, em havendo dúvidas quanto à admissibilidade da prova, deve-se prevalecer um critério positivo, receptivo, em consonância com o regime de inclusão.

Com nítido respaldo epistêmico – porquanto garante a maior probabilidade de que os enunciados porventura considerados provados coincidam, de fato, com a verdade –, o princípio geral de inclusão encontra respaldo no *direito à prova*, que representa o direito das partes de efetivamente influírem nas operações desenvolvidas para a constituição do material probatório que irá servir de suporte à decisão.¹¹³

O direito à prova asseguraria às partes: i) a busca por fontes de prova (direito à investigação); ii) a indicação/requisição de meios de prova que pretendem ver produzidos em juízo (direito à proposição); iii) a admissão judicial das provas pretendidas e a exclusão daquelas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes (direito à admissão); iv) a participação na instrução probatória (direito à produção); v) e a obtenção de apreciação valorativa por parte do julgador sobre os elementos de prova (avaliação).¹¹⁴

Antonio Scarance Fernandes, nesse particular, entende que:

Desdobra-se o direito à prova em vários direitos da parte: a) direito de requerer a produção da prova; b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova; c) direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para a sua produção; d) direito a participar da produção da prova; e) direito a que a produção da prova seja feita em contraditório; f) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz; g) direito de que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito; h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador.¹¹⁵

No âmbito da tutela cautelar penal, o direito à prova deve ser compreendido em uma concepção ampla, não se limitando à pessoa do investigado ou acusado, sendo certo que as partes interessadas na eventual decretação de providência cautelar (Ministério Público, autoridade policial e vítima/ofendido) também possuem um direito à produção da prova com vistas a corroborar a hipótese formulada perante o juízo.

Ora, quando uma autoridade policial representa pela prisão preventiva de uma

no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 314.

¹¹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 85.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 81.

¹¹⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 81.

pessoa, ela dispõe, evidentemente, do direito de apor nos autos da representação o material probatório que entender necessário e suficiente para alcançar a convicção do julgador naquele sentido, bem como de ter a chancela judicial sobre tais elementos de juízo, além da devida valoração, acaso admitidos.

O direito à prova, apesar de manifesto e com ampla incidência, não é absoluto.

Em nosso ordenamento jurídico, há limitações de várias ordens no tocante à admissão e à produção probatórias, que têm, por certo, como máxima finalidade, a definição de quais elementos de informação serão objeto de valoração e de decisão pelo julgador.

Em outras palavras: no processo penal, a busca pela verdade (mesmo aquela tomada em seu caráter aproximativo) encontra obstáculos, essencialmente por coexistir com outros ideais perseguidos e outros tantos valores protegidos pelo Estado; não pode, pois, ser empreendida a qualquer custo.

2.2.1.2 Limitações à admissibilidade da prova

Como mecanismo cognitivo, o processo está, invariavelmente, sujeito a restrições que afetam diretamente a atividade probatória, especialmente a admissão e a produção da prova.¹¹⁶

Tais restrições podem ter caráter *endoprocessual* ou *extraprocessual*.

De caráter *endoprocessual*, as limitações decorrem de critérios *lógicos* e *epistemológicos*, pelo que visam a evitar que determinados meios de prova, reputados inidôneos para a reconstrução dos fatos, sejam utilizados no processo, com a máxima finalidade de garantir a melhor correção possível da atividade probatória (especialmente no tocante à admissão e à produção do material probatório).¹¹⁷

De outra banda, as limitações de caráter *extraprocessual* sucedem por critérios *políticos*, decorrentes de escolhas legislativas no sentido de proscrever práticas probatórias que possam macular determinados valores ou bens jurídicos protegidos pelo Estado.

Será *ilegítima* a prova que infringir restrição de natureza processual, decorrente de razões lógicas ou epistemológicas; *ilícita*, por sua vez, a prova que resultar de uma violação a

¹¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2019, p. 21.

¹¹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., 2013, p. 151.

um direito material.¹¹⁸

Para os fins do presente trabalho, importa tem em mente que deverão ser inadmitidas tanto as provas ilegítimas quanto as ilícitas. É dizer, não poderá ser objeto de valoração do julgador a prova obtida por meios ilícitos, tampouco a prova produzida ilegitimamente.

Admitir ou não determinadas provas no processo trata-se de escolha eminentemente política.

Nesse particular, tem-se que o constituinte optou por, categoricamente, inadmitir, no processo, a utilização de provas obtidas ilicitamente (art. 5º, LVI, da CF)¹¹⁹. O mandamento constitucional teve, posteriormente, reflexo na legislação ordinária (art. 157, do CPP), no que se buscou definir legalmente as provas ilícitas, estender o caráter restritivo aos elementos de informação delas derivados e dispor sobre o seu tratamento consequente¹²⁰¹²¹.

Conforme Marina Gascón Abellán: *“la regla de exclusión de la prueba ilícita es una potente garantía ideológica cuyo fundamento reside en el compromiso en la preservación de los derechos como condición nuclear del Estado constitucional y, por consiguiente, como parte esencial del concepto del ‘debido proceso’”*.¹²²

A despeito de costumeiramente referir-se à ilicitude da prova, aquilo que é, na verdade, ilícito é o meio através do qual fora obtida. A prova é estática; o meio é dinâmico e

¹¹⁸ Nesse sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho: “daí a distinção, proposta por Nuvulone e acolhida na doutrina, entre provas ilícitas e provas ilegítimas: as primeiras constituem o resultado de uma violação do direito material, enquanto nas segundas o vício decorre da infringência de normas processuais. Outra diferença entre elas decorre do momento em que se configura a ilegalidade: nas ilícitas, ela ocorre quando da sua obtenção; nas ilegítimas na fase de produção. Também é diversa a consequência dos respectivos vícios: as ilícitas são inadmissíveis no processo (não podem ingressar e, se isso ocorrer, devem ser desentranhadas); as ilegítimas são nulas e, por isso, a sua produção pode ser renovada, atendendo-se então às regras processuais pertinentes”. Vide GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). **As reformas no processo penal**: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: RT, 2008, p. 265-266.

¹¹⁹ Art. 5º, LVI, da CF: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

¹²⁰ Art. 157, do CPP: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. § 4º vetado. § 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

¹²¹ Antonio Magalhães Gomes Filho, nessa ordem de ideias, arremata que: “não parece ter sido a melhor, assim, a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, que longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo”. Vide GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., 2008, p. 266.

¹²² ABELLÁN, Marina Gascón, op. cit. 2012, p. 68.

pode, então, ser lícito ou ilícito.¹²³

Destarte, a prova obtida mediante a violação de direitos fundamentais, a exemplo do segredo de correspondência (art. 5º, XII, da CF) ou da integridade física do cidadão (art. 5º, III, da CF), é inadmissível em decorrência da ilicitude do meio pelo qual foi adquirida, que implicou na violação de certos valores (direito materiais) devidamente albergados por nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, por categórica escolha ideológica, estampada no texto constitucional, não poderia, a título exemplificativo, ser decretada uma prisão preventiva fundada unicamente em testemunho obtido mediante tortura ou, ainda, o sequestro de bens da pessoa do investigado ou acusado com exclusivo sustento em elementos de informação advindos de interceptação telefônica (meio de obtenção de prova, com nítidas características cautelares) empreendida sem autorização judicial.

Além disso, refere-se, em geral, a uma “regra” de exclusão da prova obtida ilicitamente, sendo que, na verdade, tal mandamento tem verdadeiros contornos de princípio constitucional, na medida em que admite flexões, exceções, decorrentes da ponderação com outros vetores igualmente relevantes (p. ex.: há hipóteses em que a utilização da prova obtida ilicitamente pode se mostrar razoável e admissível, notadamente se em benefício da pessoa do investigado ou acusado, para comprovar a sua inocência).

2.2.2. Valoração

Superado o momento da seleção do material probatório que pode servir à formação do convencimento judicial, o juízo cautelar atraca no contexto da valoração, momento em que se deve desenvolver a verificação da(s) hipótese(s) formulada(s) pela parte interessada e o seu grau de corroboração frente aos elementos de informação disponíveis.

De acordo com Antonio Magalhães Gomes Filho, o passo inicial do procedimento da valoração consiste em uma nova seleção das provas já reputadas admissíveis, pertinentes e relevantes, agora com a finalidade de determinar-lhes a credibilidade racional.¹²⁴ É dizer, diante da pretensão da decretação de uma medida cautelar (pessoal, patrimonial ou probatória), qual valor deve o julgador atribuir a cada um dos elementos de juízo que sustentam tal postulação?

¹²³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal**: estudo sobre a valoração das provas penais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 38.

¹²⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., 2013, p. 154.

Destarte, valorar a prova consistiria na atividade jurisdicional de atribuir-se propriamente “valor” aos elementos de informação disponíveis nos autos.

Se preservado o contraditório prévio (que, como visto, deve ser a regra), a valoração representaria a tarefa do julgador, defronte aos elementos de juízo guarnecidos pela parte interessada e pela pessoa do investigado ou acusado, de sopesar todo o material, para, ao fim e ao cabo, decidir qual das hipóteses encontra mais respaldo, dada uma maior ou menor força probatória em seu favor.

Marcelo Guerra entende que “valorar uma prova”, quando referido à avaliação de um determinado meio de prova em sentido amplo, consiste, precisamente, em mensurar a força probatória deste meio de prova, enquanto justificção que tal meio de prova pode oferecer para uma crença judicial sobre a ocorrência ou não de fatos relevantes.¹²⁵

Para Marina Gascón Abellán, “*valorar consiste en evaluar el apoyo que el conjunto de pruebas presta a las hipótesis fácticas en consideración*”, para, então, decidir “*si tales hipótesis pueden aceptarse como verdaderas*” (momento imediatamente posterior – da decisão – ao qual aportará o juízo cautelar).¹²⁶

A atividade valorativa dá conta de um exame jurisdicional sobre o suporte empírico de um conjunto de elementos de informação que aportam à(s) hipótese(s) formulada(s) pelas partes envolvidas no processo. Não se desconhece a regência de critérios epistemológicos, malgrado a atividade valorativa seja eminentemente racional. Daí considerar-se que a valoração se sujeita, sobretudo, a critérios de lógica e de racionalidade, a afastar-se, assim, de concepções subjetivistas do julgador quando da tarefa de sopesamento do material probatório.

A valoração dos elementos de informação disponíveis nos autos demanda do julgador uma atividade racional consistente na eleição da hipótese mais provável entre as diversas reconstruções possíveis sobre os fatos.¹²⁷

Do material probatório a ser valorado, podem-se extrair várias respostas. Quer dizer, os fatos anunciados podem ser explicados por hipóteses alternativas, os elementos de juízo apresentados podem levar a conclusões distintas etc. E isso fica evidente quando se trata da tutela cautelar, em que, geralmente, não se depara com o exaurimento da atividade probatória.

¹²⁵ GUERRA, Marcelo Lima, op. cit., 2015, p. 85.

¹²⁶ ABELLÁN, Marina Gascón, op. cit. 2012, p. 24.

¹²⁷ ABELLÁN, Marina Gascón, op. cit., 2010, p. 144.

Nesse particular, Toulmin já alertava: quando lidamos com qualquer espécie de problema, há um estágio inicial em que temos de admitir que uma série de diferentes sugestões merecem ser consideradas.¹²⁸

Na tutela cautelar penal, deve-se eleger, como provada, a hipótese mais provável, dentre todas as respostas existentes no mesmo contexto fático-probatório. Para tanto, o julgador deve apreciar todo o material probatório, com vistas a proceder ao acerto dos fatos relevantes para a decisão.

É pertinente a elucidação de Wróblewski no sentido de que “*todas las pruebas deben explicar la totalidad de las circunstancias de los hechos que tienen alguna importancia para la decisión*”, sendo este o critério empregado para a reconstrução dos fatos que servem de fundamento para a decisão.¹²⁹

O contraditório, ao ampliar o campo de conhecimento do julgador, permite que se disponha de um patrimônio cognitivo mais rico, a contribuir para o acerto dos fatos.

Afinal, nos mais variados contextos da vida, não é difícil nos depararmos com uma situação em que somos capazes de rejeitar alguma sugestão que, de início, fora considerada e disposta na “fila” de possível conclusão, tão logo nos seja apresentada uma informação nova, relevante e até então desconhecida, que tenha o condão de descartar a sugestão inicialmente considerada.¹³⁰ O mesmo, certamente, ocorre no contexto processual.

Não é racional, por óbvio, que o julgador se debruce apenas sobre as provas que confirmem uma conclusão pré-estabelecida, simplesmente desconsiderando outros tantos elementos de juízo que poderiam refutar um pretendido resultado. Deverá, pois, o julgador, valorar tanto as provas que dão suporte a determinada pretensão, sustentada em uma hipótese de fato, quanto as provas contrárias, que poderiam refutar aquele resultado.¹³¹

Nada obstante, mesmo em situações em que reste justificadamente diferido o contraditório, o contexto de valoração trata-se do momento para o sopesamento do material probatório de forma analítica e conjunta, no sentido de atribuir valor a cada elemento de informação para, posteriormente, decidir-se sobre a satisfação ou não do *standard* probatório

¹²⁸ TOULMIN, Stephen Edelston, op. cit., p. 25.

¹²⁹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho**. Tradução de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas e Juan Ugartua Salaverria. Santiago: Ediciones Oleknik, 2018, p. 90.

¹³⁰ TOULMIN, Stephen Edelston, op. cit., p. 29.

¹³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2019, p. 201. Vide também GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., 2013, p. 149.

exigido para considerar provada determinada hipótese fática.

A prova admitida, portanto, em todo caso, deve ser valorada conjunta e harmonicamente.¹³²

2.2.2.1 *Sistemas de valoração probatória*

Ao longo da história, o tratamento da atividade de valoração probatória passou por significativas mudanças no sentido de acostumar-se a determinados sistemas jurídicos e, bem assim, às concepções de certos regimes políticos.

A doutrina costuma se referir a 03 (três) sistemas de valoração probatória, a saber: i) sistema da íntima convicção; ii) sistema da prova legal ou tarifada; iii) sistema do livre convencimento motivado. Vejamo-los.

O *sistema da íntima convicção* não carece de motivação do julgador ao empreender sua análise valorativa. É caracterizado pela permissibilidade de o julgador se quedar convencido de determinada hipótese fática conforme a sua convicção, o seu estado mental, apenas exteriorizando sua decisão, de ordem manifestamente subjetiva.

No Brasil, reconhece-se, constitucionalmente, a figura do Tribunal do Júri, sendo certo que as decisões proferidas pelo Conselho de Sentença do tribunal são regidas pelo sistema da íntima convicção, na medida em que não carecem de motivação, proferidas, inclusive, sob sigilo (art. 5º, XXXVIII, b, da CF)¹³³.

No que diz respeito aos crimes dolosos contra a vida, de competência do Tribunal do Júri, a atividade valorativa encontraria arrimo no sistema da íntima convicção. Na realidade do sistema jurídico brasileiro, portanto, essa seria a única hipótese em que restaria autorizada, a quem detém a competência para decidir, a discricionária valoração da prova, sem balizas ou necessidade de qualquer justificação.

O *sistema da prova legal ou tarifada*, por seu turno, é caracterizado pela predeterminação de valores aos meios probatórios, restando pouca ou nenhuma discricionariade ao julgador nesse sentido.

Referido sistema supõe a existência de regras normativas que consignam previamente os valores aos meios de prova existentes. É na legislação que resta estabelecido o

¹³² DEI VECCHI, Diego; CUMIZ, Juan, op. cit., p. 104.

¹³³ Art. 5º, XXXVIII, b, da CF: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: (...) b) o sigilo das votações”.

valor dos meios probatórios, isto é, a “tarifação” de cada um deles.

É oportuna a crítica de Marina Gascón Abellán quando anota que “*el modelo de prueba legal o tasada, con la limitación de los medios probatorios y la atribución a cada uno de ellos de un peso o valor propio, y en conjunto todo el procedimiento inquisitivo, no sería sino una prolongación lógica y coherente de la prueba irracional o de ordalía*”.¹³⁴

Em muitos ordenamentos jurídicos, o sistema foi sendo paulatinamente abandonado, com a tomada de consciência em torno da inviabilidade da catalogação prévia dos valores atribuídos a cada meio probatório pela via legislativa.

Finalmente, tem-se o *sistema do livre convencimento motivado*, caracterizado pela discricionariedade na apreciação do conteúdo probatório, não sem a devida fundamentação.

Resulta do sistema do livre convencimento motivado, como regra, a ausência de normas que atribuam força probatória a determinados meios de prova, bem como a ausência de disposições que obriguem ao julgador a considerar um maior ou menor valor a determinado meio de prova.¹³⁵

Cabe ao julgador, portanto, determinar, de acordo com o caso concreto, o peso de cada elemento de informação, dando conta de seu apoio empírico (e objetivo) à(s) hipótese(s) formulada(s) pela(s) parte(s), cabendo-lhe, ainda, motivar a sua decisão.

Sobre a liberdade do julgador na atividade de valoração probatória, Taruffo:

O julgador não está mais vinculado a regras abstratas: deve determinar o valor probatório de cada meio de prova específico mediante uma apreciação livre e discricionária. Tal apreciação deve ser realizada caso a caso, de acordo com standards flexíveis e critérios racionais. A ideia básica é a de que esse tipo de julgamento conduza o julgador a descobrir a verdade empírica dos fatos em litígio, com base unicamente no apoio cognitivo e racional oferecido pelos elementos de prova disponíveis.¹³⁶

De acordo com Taruffo, pode-se afirmar que o sistema do livre convencimento motivado não traduz um critério positivo de valoração, alternativo àquele preceituado pelo sistema da prova legal ou tarifada, senão consiste em um princípio metodológico negativo, o qual rechaça a predeterminação de valores aos meios probatórios e a sua suficiência para fins de decisão sobre as questões de fato.

Afinal, no sistema da prova legal ou tarifada, o julgador haveria de reconhecer como

¹³⁴ FERRAJOLI, Luigi *apud* ABELLÁN, Marina Gascón, op. cit., 2010, p. 13.

¹³⁵ DAMASKA, Mirjan R. **El derecho probatorio a la deriva**. Tradução de Joan Picò i Junoy. Madrid: Marcial Pons. 2015, p. 34.

¹³⁶ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 133.

provada uma hipótese de fato que acreditasse estar insuficientemente comprovada, tão somente em virtude de uma norma taxativa nesse sentido.

Não é raro a doutrina falar sobre resquícios, no processo penal brasileiro, do sistema da prova legal ou tarifada. Nesse particular, costuma-se mencionar a previsão constante do art. 158, do CP, que dispõe que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Quanto a isso, duas observações mostram-se pertinentes.

A primeira delas diz respeito ao fato de que a regra constante do art. 158, do CPP, concerne à própria eficácia do meio da prova. Nos crimes que deixam vestígios, não deve ser objeto sequer de valoração a confissão do acusado. Assim sendo, para os fins de comprovar a materialidade delitiva, tal elemento de informação sequer ingressaria no contexto de valoração do julgador. Isso implica que, a despeito de devidamente admitida e produzida, a confissão do acusado não poderá servir de base para a decisão do julgador acerca da materialidade do crime que deixara vestígio. Não teria eficácia prática, pois.

Depois, é preciso considerar que os tribunais pátrios já vêm mitigando o caráter indispensável do exame de corpo e delito, conforme aponta a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.¹³⁷

Na mesma ordem de ideias, e com ainda mais pertinência no âmbito da tutela cautelar penal, poder-se-ia mencionar a disposição legal que proíbe ao julgador de se valer das declarações do agente colaborador, no âmbito de delação premiada, para fins de decretação de medidas cautelares reais ou pessoais (art. 4º, § 16, I, da Lei nº 12.850/2013)¹³⁸.

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.689.948/AL**. PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME PREVISTO NO ART. 297 DO CP. OFENSA AOS ARTS. 158 E 167 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. EXAME DE CORPO DE DELITO. PRESCINDIBILIDADE. MATERIALIDADE COMPROVADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. REEXAME DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESCABIMENTO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 09 de setembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000855827&dt_publicacao=09/09/2020. Acesso em 20 jan. 2021.

¹³⁸ Art. 4º, § 16, I, da Lei nº 12.850/2013: “o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (...) § 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I - medidas cautelares reais ou pessoais; (...)”

Novamente, vê-se diante de uma norma que retira a eficácia prática total de um fato com potencial probatório, com a particularidade, neste caso, de que a delação premiada se trata de meio de obtenção de prova, resultando, pois, *conditio sine qua non* a obtenção de outro elemento de informação para quaisquer fins persecutórios, inclusive para a decretação de qualquer medida cautelar que seja.

De mais a mais, certo é que o sistema de livre convencimento motivado não impõe nenhum critério positivo de valoração que possa conduzir o julgador a como proceder ao sopesamento do material probatório e, bem assim, determinar a verdade das hipóteses fáticas.

Nada obstante, considera-se livre a apreciação da prova pelo julgador, mas nem tanto. E isso porque os próprios elementos de informação limitam a atividade cognitiva do magistrado, que não pode ser jamais arbitrário e escapar das regras da racionalidade e da lógica.

Mirjan Damaška afirma que: *“la liberación del juez respecto de las normas jurídicas vinculantes sobre la valoración de la prueba. Ya no implicaba una dispensa para ignorar los cánones extralegales de inferencia válida”*.¹³⁹

A valoração empreendida pelo julgador, além de se desenvolver de forma intersubjetiva e verificável, submete-se a preceitos lógicos e a parâmetros eminentemente racionais.

Nesse mesmo sentido, Wróblewski: *“la ‘libre valoración de las pruebas’ no es, sin embargo, libre en relación con las reglas de la lógica. La lógica significa aquí el respeto del principio de no-contradicción y de racionalidad interna de la decisión probatoria”*.¹⁴⁰

O julgador, portanto, mesmo livre para apreciar o conteúdo probatório, não pode perder-se da racionalidade.

2.2.2.2 O raciocínio desenvolvido na atividade de valoração

O juízo cautelar, em todos os seus contextos ou momentos, deve ser eminentemente racional. Há pouco se afirmou ser livre e discricionária a tarefa de valoração do julgador. Sem embargo, tal liberdade é subordinada a critérios que atendem à racionalidade e, por assim, à lógica.

A atividade de valoração envolve raciocínio um tanto complexo, condicionado à

¹³⁹ DAMASKA, Mirjan R., op. cit., p. 37.

¹⁴⁰ WRÓBLEWSKI, Jerzy, op. cit., p. 189.

qualidade e à quantidade de elementos de informação e das hipóteses fáticas a serem confirmadas.

Demanda um raciocínio inteligível do julgador, empreendido por meio de operações mentais discursivas e lógicas, intersubjetivamente verificáveis, no sentido de alcançar um conhecimento aferível, que, no processo, corresponderia à verdade (compreendida em seu sentido aproximativo) de determinada alegação de fato.

Para serem lógicas e racionais, as operações desenvolvidas pelo julgador devem ser coerentes e, posteriormente, precisarão ser justificadas. Na atividade valorativa, chega-se a conclusões por meio de inferências, que traduzem um raciocínio consistente em operações intelectuais que conectam determinadas premissas a determinadas conclusões.

As inferências probatórias, portanto, consistiriam em operações intelectuais, desenvolvidas conforme padrões lógicos, em que as premissas que dão suporte à conclusão referem-se aos elementos de informação e, nessa ordem, a conclusão constitui a hipótese fática a ser confirmada (ou não).¹⁴¹

Os elementos de informação constituem a base para as inferências (lógicas) cujo objetivo é dar suporte a conclusões acerca dos fatos. Se positivo for o resultado da inferência probatória, implica concluir que determinada hipótese fática está provada (ou, ainda, que determinada hipótese fática é – processualmente – verdadeira, porquanto encontra apoio nos elementos de informação).¹⁴²

A racionalidade demanda cautela no desenvolvimento das inferências probatórias, de modo a evitar conclusões precipitadas que possam vir a ser desconexas dos elementos de informação, os quais servem, invariavelmente, de premissa e, portanto, de limite para o raciocínio do julgador quando de sua atividade valorativa.

Em se tratando de um sistema em que a garantia do contraditório é inerente ao devido processo legal, não só a cautela intelectual do julgador é fator importante para furtar-se de (evitáveis) equívocos; a dialética processual, compreendida aqui na participação ativa de todas as partes envolvidas na demanda, também contribui em muito para o exercício da atividade valorativa do julgador, resultando no aumento de seu campo de cognição, com o

¹⁴¹ MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: José Eduardo Cunha (Org.). **Epistemologias críticas do direito**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016, p. 243.

¹⁴² TARUFFO, Michele, op. cit., 2014, p. 34.

incremento de elementos de informação e/ou hipóteses alternativas.

Ora, imaginemos a seguinte situação hipotética: a autoridade policial, responsável pela investigação de um sequestro ocorrido na cidade de Fortaleza/CE, representa pela prisão preventiva de Maria de Deus. Para tanto, tem-se como fundamento o fato de que os contatos realizados entre João da Penha e Antônio Lampião – supostos mandante e executor do crime – se deram a partir do número de telefone vinculado à conta de propriedade de Maria de Deus.

Munida de elementos de informação que dão conta, com certa suficiência, de que a comunicação do grupo ocorria exatamente por meio daquele número telefônico, a representação formulada pela autoridade policial fora devidamente recebida e processada pelo juízo competente, que deixou para apreciar o pedido cautelar após a manifestação da investigada.

Com a sua resposta nos autos, Maria de Deus esclareceu ao juízo que, meses antes da ocorrência do crime, teve seu aparelho celular roubado, e o fez colacionando aos autos todos os elementos de informação aptos a comprovar a sua hipótese (notadamente, sua nova linha e aparelho telefônicos e o Boletim de Ocorrência em que reporta à autoridade policial o crime envolvendo o bem que era de sua propriedade).

Ademais, Maria de Deus, que à época do crime objeto de investigação contava com 62 (sessenta e dois) anos, apresentou aos autos da representação provas que dão conta não só da sua ocupação (Maria de Deus há décadas trabalhava na condição de auxiliar de serviços gerais de um renomado hospital particular de Fortaleza/CE), mas também – e principalmente – do fato de que, na semana em que teria ocorrido o sequestro, estava em pleno gozo de férias, visitando sua família na cidade de Quixadá, interior do estado do Ceará.

Finalmente, sustentou não ter qualquer envolvimento com o crime objeto de apuração, admitindo, nada obstante, que não procedeu ao bloqueio do número de seu celular que havia sido roubado, por se tratar de uma conta vinculada a um cartão pré-pago, não considerando, desta feita, a possibilidade de lhe ocorrer qualquer prejuízo.

O julgador responsável pelo feito, diante de todos os elementos de informação disponíveis nos autos, indefere o pedido de prisão preventiva de Maria de Deus.

Com o exemplo acima anunciado (extremado, por certo, mas não inconcebível na prática forense), parece não ser difícil imaginar o quão importante é um racional e cauteloso juízo probatório e, por igual, a oportunização do contraditório no processo penal. No âmbito da tutela cautelar, igualmente – senão ainda mais importante – na medida em que se impõem medidas de caráter absolutamente restritivo, que limitam direitos individuais, sem as exigências

legais e processuais naturais de uma pena.

Além disso, é preciso compreender que o julgador, na atividade probatória, empreende geralmente um raciocínio indutivo, já que a passagem das premissas (elementos de informação) à conclusão (confirmação da hipótese fática) não é necessária, mas apenas provável, diferentemente do que se vislumbra em um raciocínio dedutivo¹⁴³. Fundamenta-se melhor.

Conforme Marina Gascón Abellán, deve-se compreender por indução, em seu sentido amplo: *“todo aquel tipo de razonamiento en que las premisas, aun siendo verdaderas, no ofrecen fundamentos concluyentes para la verdad de su resultado, sino que éste se sigue de aquéllas sólo con alguna probabilidad. Y este es justamente el tipo de razonamiento prevalente en la averiguación judicial de hechos pasados”*.¹⁴⁴

Quando diante de um raciocínio indutivo, portanto, por mais fortes que sejam os elementos de informação, no sentido de indicar a validação de determinado enunciado de fato, sempre será possível negar a sua validade, isto é, sempre será possível contrariar a conclusão naquele sentido, que nunca será absolutamente certa, senão provável. O raciocínio probatório e, mais assertivamente, o juízo desenvolvido sobre os elementos de prova são, sempre, incertos¹⁴⁵.

N’outro giro, um raciocínio ou argumento dedutivo representa um verdadeiro automatismo lógico na passagem da premissa à conclusão. Tratar-se-ia de uma argumentação perfeita, sob o ponto de vista da lógica inferencial. Na dedução, a conclusão será necessariamente verdadeira, se a premissa também o for¹⁴⁶.

Consideremos o clássico exemplo de argumento dedutivo formulado por Sócrates:

<p>Todo ser humano é mortal.</p> <p>Sócrates é humano.</p> <hr/> <p>Logo, Sócrates é mortal.</p>
--

A conclusão a ser adotada no raciocínio desenvolvido no exemplo acima descrito é

¹⁴³ ATIENZA, Manuel, op. cit., p. 22.

¹⁴⁴ ABELLÁN, Marina Gascón, op. cit., 2012, p. 17.

¹⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit. 2019, p. 102

¹⁴⁶ Ibid., p. 96.

necessariamente no sentido de que “Sócrates é mortal”, desde que verdadeiras as premissas. Ainda, tal e qual ocorre no exemplo de Sócrates, é preciso anotar que um argumento dedutivo já tem embutido em suas premissas a sua própria conclusão, carecendo-lhe apenas sua explicitação.

Diferentemente é o raciocínio indutivo. Vejamos o exemplo a seguir:

<p>O jardim do condomínio está molhado.</p> <hr/> <p>Logo, choveu.</p>
--

Aqui, a conclusão “choveu” não é uma operação lógica automática. Trata-se apenas de uma conclusão provável, alternativa. Pode ser até mais provável que tenha, realmente, chovido, mas disso não decorre qualquer certeza.

Em sendo a premissa verdadeira (o jardim do condomínio, realmente, está molhado), outras conclusões se mostram possíveis (p. ex.: o jardineiro pode ter regado o jardim) ou, não só possíveis, até mais prováveis (basta acrescentar no argumento o fato de que o jardineiro, desde que foi contratado pelo condomínio, não deixou de regar o jardim um dia sequer e/ou que, segundo as autoridades meteorológicas, a condição climática da região não indicava chuva para aquele período).

Conforme se observa da estrutura do argumento indutivo, diferentemente do dedutivo, a conclusão apresenta informação não constante da premissa. A conexão entre premissa e conclusão, pois, não é irrefutável ou automática.

Em síntese, nenhuma conclusão decorrente de um argumento indutivo teria o direito que invocar necessidade¹⁴⁷.

Apesar de ser comum que os argumentos jurídicos sejam apresentados como se dedutivos fossem, o raciocínio desenvolvido pelo julgador no processo mais se assemelha ao contexto de incerteza inerente às conclusões de natureza indutiva¹⁴⁸.

O raciocínio probatório, pese sua aparência, por vezes, dedutiva, é rigorosamente indutivo. Daí decorre que, em sendo verdadeiras as premissas (elementos de informação), é

¹⁴⁷ TOULMIN, Stephen Edelston, op. cit., p. 240.

¹⁴⁸ NETO, Nagibe de Mello Jorge. **Uma teoria da Decisão Judicial**: Fundamentação, Legitimidade e Justiça. Salvador, Juspodivm, 2017, p. 156.

provável (mas não necessário) que também sejam as hipóteses que suportam.

A considerar que a relação entre a premissa e a conclusão de um raciocínio indutivo reside em uma relação de probabilidade, sempre haverá a possibilidade de o conhecimento obtido por indução ser falso.¹⁴⁹

Nesse sentido, dizer que um enunciado fático está provado é afirmar que ele é provavelmente verdadeiro (a um nível que deverá ser determinado), dadas as provas disponíveis.¹⁵⁰

Nos ordenamentos jurídicos em que opera com maior rigor o sistema do livre convencimento motivado do julgador, a atenção de parte da doutrina, em dado momento da história, voltou-se para as teorias das probabilidades, no ensejo de suprir o vazio decorrente da ausência de critérios positivos de valoração, inerente a tal sistema¹⁵¹.

No contexto processual, essencialmente no campo da prova judicial, a probabilidade deve ser compreendida em seu sentido lógico, a representar o grau de suporte que um conjunto de elementos de informação oferece a uma hipótese¹⁵².

A probabilidade lógica faria contraponto à probabilidade matemática, a qual se valeria da frequência relativa de determinada classe de eventos e de métodos estatísticos para avaliá-los. Contando com a probabilidade matemática, pois, as inferências empreendidas pelo julgador teriam fundamento em dados estatísticos acerca da frequência de eventos em geral¹⁵³.

O apoio indutivo (ou o “grau de confirmação”) que os elementos de informação disponíveis nos autos conferem à(s) hipótese(s) fática(s) deve ser o critério elementar para a atividade de valoração empreendida pelo julgador.

Assim sendo, cabe ao julgador aferir o suporte (apoio indutivo ou grau de confirmação) dos elementos de juízo, disponíveis quando da decisão, sobre um enunciado fático

¹⁴⁹ DEI VECCHI, Diego, op. cit., p. 180.

¹⁵⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O *test case* da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea. Tradução de Daniel de Resende Salgado e Luís Felipe Schneider Kircher. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro; KIRCHER, Luís Felipe Schneider (coord.). **Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 778.

¹⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n.1, jan./abr. 2018, p. 62.

¹⁵² A probabilidade representa, em sua conceituação lógica, o grau de suporte que um conjunto de indícios oferece a uma hipótese. Vide TOULMIN, Stephen Edelston, op. cit., p. 110.

¹⁵³ Não é o objetivo do presente trabalho discorrer acerca do desenvolvimento e da aplicabilidade prática da probabilidade matemática no raciocínio probatório. Sem embargos, por oportuno, registra-se que a validade de dados puramente matemáticos e estatísticos no âmbito do processo, para fins de orientar a tarefa valorativa do julgador, é um tanto criticada pela doutrina. Vide SÁNCHEZ-RUBIO, Ana, op. cit., p. 207; ABELLÁN, Marina Gascón, op. cit., 2012, p. 28-29.

que dá conta de um evento particular.

São os elementos de informação que servem de base para o raciocínio valorativo do julgador, orientando-o e limitando-o. Daí considerar que a probabilidade lógica (ou indutiva) depende, invariavelmente, do contexto probatório.

É pertinente, na ocasião, a análise de Ana Sánchez-Rubio:

Ha de tenerse presente que la probabilidad lógica no busca la determinación cuantitativa de las frecuencias correspondientes a clases de eventos, sino que intenta racionalizar la incertidumbre correspondiente a la hipótesis sobre un hecho, reconduciendo su grado de fundamentación al ámbito de los elementos de confirmación o de prueba disponibles con relación a esa hipótesis¹⁵⁴.

Com efeito, uma hipótese fática poderá ser tida como verdadeira se confirmada por elementos de informação com a qual tenha um nexo causal ou lógico, de modo que a existência de tal elemento constitua uma razão para aceitar – racionalmente – tal hipótese¹⁵⁵.

Calham por demais algumas explicações de Marina Gascón Abellán sobre a variação da probabilidade lógica de uma hipótese. Segundo a autora, sendo expressão do grau de confirmação conferido pelos elementos de informação disponíveis nos autos, a probabilidade lógica de uma hipótese pode variar, dentre outros tantos aspectos, conforme: i) a qualidade epistemológica das provas que a confirmam; ii) a quantidade e a variedade de meios probatórios; iii) o número de passos inferenciais que compõe a cadeia do raciocínio probatório; iv) o fundamento cognoscitivo das máximas de experiência utilizadas pelo julgador.¹⁵⁶ Vejamos.

Diz-se maior a probabilidade lógica de uma hipótese se maior for a credibilidade (a nível de qualidade epistemológica) da prova em seu favor. Tomemos a situação hipotética de um homicídio, em que a vítima recebeu vários golpes de faca, que resultaram na sua morte. Em relação à autoria do crime, suspeita-se de João. Questiona-se: há uma maior probabilidade lógica da hipótese de João ter cometido o crime diante de um cenário em que exista prova pericial, técnica, que o coloca na cena e em contato com o instrumento do crime ou, n'outro giro, diante de um cenário em que a única prova existente consiste no testemunho de um ébrio habitual, que afirma ter ouvido, em um bar, João ter mencionado a outrem sobre o “mau caráter” da vítima?

Neste caso hipotético, parece (ao menos, tendencialmente) que o grau de

¹⁵⁴ SÁNCHEZ-RUBIO, Ana, op. cit., p. 195.

¹⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2019, p. 226.

¹⁵⁶ ABELLÁN, Marina Gascón, op. cit., 2010, p. 160.

corroboração conferido pela prova técnica à hipótese de que João foi o autor do crime é maior do que aquele conferido pela prova testemunhal, de sorte que, a depender da qualidade da prova existente, a probabilidade de determinada hipótese fática ser confirmada é maior ou menor.¹⁵⁷

De outra banda, não é ingênua a conclusão de que, sob o ponto de vista lógico, a probabilidade de uma hipótese fática ser verdadeira é maior conforme a variedade e a quantidade de elementos de informação em seu favor. Nesse particular, a considerar o grau de confirmação conferido pelos elementos de informação sendo o fundamento para aferir a probabilidade lógica (ou indutiva) de uma hipótese, quanto maior for a variedade (numérica e tipológica) do conjunto probatório, tanto maior será a probabilidade da hipótese¹⁵⁸.

No tocante ao número de passos inferenciais constantes do raciocínio probatório, tem-se o seguinte: imaginemos a situação hipotética de que Antônio esteja sendo investigado pela participação em um furto coletivo a um supermercado na cidade de Recife/PE.

Em um cenário A, a autoridade policial tem à sua disposição o testemunho de uma pessoa que diz ter avistado Antônio subtraindo furtivamente vários objetos do supermercado. Em um cenário B, tem-se o testemunho de outra pessoa que diz ter avistado Antônio no supermercado, no dia e na hora do crime, sem ter presenciado, porém, a ação de subtração de qualquer objeto do local.

A considerar que ambas as testemunhas merecem credibilidade, pode-se afirmar que a hipótese de Antônio ter praticado o crime de furto tem uma probabilidade lógica, tendencialmente, maior no cenário A, em comparação com o cenário B. E isso em razão do número de passos inferenciais que separam os elementos de informação (testemunhos) da hipótese fática a ser provada (furto praticado por Antônio).

Por seu turno, o fundamento das máximas da experiência utilizadas no raciocínio probatório influi no grau de confirmação que fornece o conjunto probatório e, por assim, na probabilidade atribuída à hipótese.

Por “máximas da experiência” deve-se compreender as regras fundadas na observação do mundo e nas conclusões gerais obtidas através do senso comum.

No raciocínio probatório, é inafastável o emprego de noções derivadas da

¹⁵⁷ Por certo, concluir nesse sentido demandaria do julgador uma análise detida do caso concreto. Afinal, não se pode desconsiderar a hipótese de inconsistências quando da colheita da prova pericial e/ou, de outro lado, a existência de uma correlação lógica entre aquilo testemunhado pelo consumidor assíduo do bar e a prática delitiva.

¹⁵⁸ ABELLÁN, Marina Gascón, op. cit., 2010, p. 163.

experiência comunitária vivenciada pelo julgador, o qual, não raramente, recorre a regras gerais, derivadas do senso comum, que se conecta a uma premissa de caráter particular, para chegar-se a uma conclusão igualmente particular.¹⁵⁹

É a partir de uma regra de experiência que o julgador conclui que o agressor é, dentre todos os suspeitos, o sujeito que possui o material genético da vítima sob as unhas, porquanto consabido (de um modo “geral”) que nos casos de lesão corporal a vítima costuma resistir e lutar fisicamente.¹⁶⁰ Para chegar-se a tal conclusão (particular), o julgador valeu-se de uma regra geral, decorrente da experiência, do senso comum.

Janaina Matida, sobre exemplos de máximas da experiência, incrementa:

Como quando se está numa partida de futebol e se vê alguém muito contente no momento do gol, infere-se que se trata de um torcedor daquele time; quando alguém numa mesa de bar passa a falar um pouco enrolado, infere-se que tenha bebido mais do que devia; quando se depara com uma pessoa muito bronzeada, infere-se que tenha passado o dia na praia. Ou que a gestação humana tem a duração de mais ou menos nove meses, que o átomo é a partícula indivisível, que a água ferve a 100 graus centígrados etc. Percebe-se, pela diversidade de exemplos que elas podem ter origens as mais distintas.¹⁶¹

As máximas decorrentes da experiência devem ser utilizadas com cautela, na medida em que são inseridas no raciocínio probatório, o qual, naturalmente, tem como finalidade chegar a conclusões particulares, próprias de um determinado contexto.

Final, conforme Friedrich Stein, as máximas da experiência são *“definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”*.¹⁶²

Com efeito, é temerário sustentar operações inferenciais unicamente em generalizações, para chegar-se a conclusões individuais. O raciocínio probatório deve, necessariamente, dispor de elementos de juízo particulares sobre hipóteses fáticas também particulares.

Nesse sentido, Gustavo Badaró alerta que é pouco seguro confiar no senso comum ou na “cultura média” da coletividade, não só porque é muito difícil saber exatamente no que

¹⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2019, p. 113.

¹⁶⁰ MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel, op. cit., p. 221.

¹⁶¹ MATIDA, Janaina Roland. **O Problema da Verdade no Processo: A Relação entre o Fato e Prova**. Rio de Janeiro, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2009, p. 82.

¹⁶² STEIN, Friedrich, op. cit., p. 23.

ela consiste, mas, também, porque, muitas vezes, ela contém um repertório muito amplo e variado de generalizações erradas. Com efeito, quando for imprescindível ao juiz se valer de tais conhecimentos, ele deverá justificar qual a máxima de experiência ou noção de senso comum empregada.¹⁶³

Por evidente, existem máximas, a depender do contexto, que merecem maior ou menor credibilidade, em decorrência de seu fundamento. Aqui, é preciso compreender que certas regras decorrentes do senso comum podem incluir conceitos vagos, mutáveis, ambíguos, além de – muitas vezes – representarem verdadeiros preconceitos e vulgarizações¹⁶⁴. Daí considerar que a probabilidade lógica de uma hipótese fática pode ser maior ou menor a depender do fundamento cognoscitivo de uma regra dessa natureza, utilizada no raciocínio indutivo.

Demais disso, importa registrar que as máximas da experiência comportam nítidas exceções. Cabe ao julgador averiguar, diante do caso concreto e, essencialmente, dos elementos de informação disponíveis nos autos, a regular interferência da regra, que deve ser deixada de lado toda vez que se deparar com um possível caso de exceção (consequência irremediável da possibilidade de falseamento de uma regra decorrente do senso comum)¹⁶⁵.

Finalmente, devidamente consideradas as máximas da experiência no contexto do raciocínio probatório, tem-se ainda, por certo, que a força probatória de uma inferência é tanto maior quanto maior for a sua capacidade de resistência.

Como já exposto, poder-se-ia falar em uma probabilidade maior de uma hipótese particular que se vê confirmada por elementos de informação (quanto mais elementos a seu favor, mais logicamente provável é a hipótese). De igual modo, considera-se forte uma hipótese que resiste a elementos divergentes, sendo maior a sua probabilidade tanto maior for a sua resistência a meios de prova dispostos para invalidá-la ou para confirmar hipótese alternativa.

Ainda que não haja propriamente elementos de informação contrários à hipótese a ser validada, impende ao julgador proceder a um “filtro” epistêmico e racional, no sentido de testar a hipótese suscitada e as respostas possíveis decorrentes de cada elemento de informação. Afinal, os elementos de juízo podem levar a diversas conclusões, alternativas entre si.

Nos dizeres de Taruffo, quanto mais aprofundada a análise crítica das noções que o

¹⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2019, p. 121.

¹⁶⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., 2013, p. 165.

¹⁶⁵ DEI VECCHI, Diego; CUMIZ, Juan, op. cit., p. 135.

juiz emprega, mais confiáveis são as inferências probatórias que levam à confirmação das hipóteses sobre os fatos.¹⁶⁶

Na tutela cautelar penal, o julgador deve analisar o material probatório e, com base em uma probabilidade lógica (e indutiva), concluir pela confirmação ou não da hipótese suscitada pela parte interessada. Cabe ao julgador consignar se a hipótese fática discorrida pela parte interessada provavelmente ocorreu ou, se estiver concorrendo com outras hipóteses alternativas (suscitadas pela pessoa do investigado ou acusado), consignar quais delas, à luz do conjunto probatório, é a mais provável.

Não se trata de aferir a probabilidade genérica (ou, ainda, a verossimilhança) de determinada hipótese ter ou não ocorrido, mesmo porque uma hipótese genericamente improvável (ou inverossímil) pode, diante dos elementos de informação dispostos nos autos, apresentar-se aceitável e até preponderar em relação a hipóteses alternativas.

Com efeito, mesmo diante de um juízo de probabilidade, pode-se afirmar, racionalmente, que uma hipótese é preferível a outra com ela incompatível ou mesmo apenas divergente, diante de sua maior corroboração à luz dos elementos de informação.¹⁶⁷

Após a atividade valorativa, em que o julgador afere o grau de corroboração que os elementos de informação fornecem às hipóteses fáticas, cabe-lhe confrontá-las com o *standard* probatório erigido pelo legislador para, então, considerá-las provadas.

2.2.2.3 A inferência probatória à luz do modelo Toulmin

Com vistas a proporcionar uma melhor compreensão do raciocínio inferencial desenvolvido no âmbito da atividade probatória, vem a calhar uma abordagem reflexiva dos estudos desenvolvidos por Stephen Toulmin acerca dos esquemas de argumentação.

Toulmin propôs-se a criar um modelo racional de argumentação, de alcance universal (“modelo Toulmin”). Para tanto, parte da premissa de que em toda e qualquer área do conhecimento humano, seria possível produzir argumentos dotados de uma mesma estrutura.¹⁶⁸

¹⁶⁶ TARUFFO, Michele, op. cit., 2010, p. 244.

¹⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2019, p. 124.

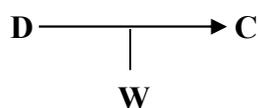
¹⁶⁸ GUERRA, Marcelo Lima. **Interpretação e Argumentação: O modelo Toulmin e a fundamentação racional de atribuição de sentido a textos normativos.** Fortaleza: Boulesis (no prelo), p. 60.

Nesse particular, Toulmin analisa argumentos utilizados em variadas áreas de conhecimento ou campos (“*fields*”), tais como a Física, a Ética e o Direito, pelo que chega à conclusão de que, essencialmente, todos eles têm a mesma forma¹⁶⁹.

Daí decorre o seu modelo de argumento racional, sustentado em um diagrama (ou *layout*), constituído, basicamente, por dados, conclusão e garantia, representados, respectivamente, pelas letras D, C e W¹⁷⁰. Em síntese, Toulmin deduz que a partir de determinado dado (D), escorado a uma garantia (W), podemos chegar a uma conclusão (C).

O famoso exemplo utilizado por Toulmin para explicitar a sua ideia traduz-se na seguinte situação: a partir do dado (D) “Harry nasceu nas Bermudas”, podemos chegar à conclusão (C) de que “Harry é súdito britânico”, já que se tem como garantia (W) o fato de que “um homem nascido nas Bermudas é súdito britânico”. A garantia (W), aqui, seria uma regra de inferência que permite se chegar a partir do dado (D) à conclusão (C), cuja finalidade seria, não outra, a de justificar o salto de (D) para (C).

O núcleo-base do *layout* elaborado por Toulmin constitui-se, portanto, de um dado (D), uma garantia (W) e uma conclusão (C), a ver:



Eis, pois, os elementos fulcrais que todo e qualquer argumento deveria possuir, a partir dos quais se poderia analisar e avaliar um discurso argumentativo, independentemente da área de conhecimento humano.

Além dos dados (D), conclusão (C) e garantia (W), Toulmin se vale do que usualmente tratou de chamar de qualificadores (Q)¹⁷¹ e de condições de refutação (R)¹⁷² como elementos que compõem o seu modelo de argumentação racional. Os qualificadores (Q) corresponderiam à “força conferida pela garantia (W)”, ao passo que as condições de refutação (R) indicariam “as circunstâncias nas quais se tem de deixar de lado a autoridade geral da garantia”.¹⁷³

¹⁶⁹ ALEXY, Robert, op. cit., p. 96.

¹⁷⁰ Do inglês *Data, Claim e Warrant*, respectivamente.

¹⁷¹ Do inglês *Qualifiers*.

¹⁷² Do inglês *Rebuttals*.

¹⁷³ TOULMIN, Stephen Edelston, op. cit., p. 145.

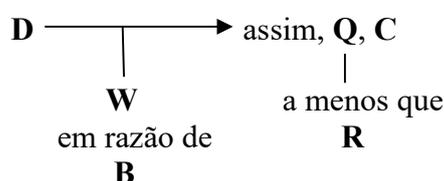
Valendo-se ainda do exemplo utilizado pelo autor em sua obra, tem-se que a partir da garantia (W) de que “um homem que nasceu nas Bermudas é súdito britânico”, pode-se chegar à conclusão (C) de que, presumivelmente, “Harry é súdito britânico” (na hipótese, o elemento qualificador Q estaria representado pela palavra presumivelmente, que expressaria o grau de confiança e de legitimidade da conclusão). De outra banda, “a menos que o pai ou a mãe de Harry sejam estrangeiros ou que ele tenha adotado a cidadania americana” expressaria a condição de refutação (R), o que desautorizaria a conclusão (C), por afastar a autoridade da garantia apresentada (W).

Finalmente, como último elemento que compõe o *layout* do modelo de Toulmin, tem-se o que se denominou por apoio às garantias (B)¹⁷⁴, que seriam aqueles dados que dão suporte à regra inferencial. O “apoio” seria o fundamento cognoscitivo de uma regra inferencial (garantia), que confere um grau maior ou menor de confiabilidade à conclusão¹⁷⁵.

Fiel ao famoso exemplo exposto pelo autor, serviria de apoio à regra de inferência (ou à garantia) algum dispositivo legal (Constituição, Estatuto etc.), por exemplo, que regulamentasse a nacionalidade britânica, dando sustentação, por conseguinte, à garantia de que “um homem que nasceu nas Bermudas é súdito britânico”.

Os últimos elementos acima mencionados, após o registro daqueles que compõem o núcleo-base do *layout*, se justificam pela impossibilidade de avaliar a legitimidade e a confiabilidade da autorização conferida pela garantia (W). Quer dizer, nem sempre o salto de D para C é algo simples ou óbvio, carecendo o modelo – assim pensou Toulmin – de elementos que pudessem servir de indicadores de confiabilidade, legitimidade e justificação à regra de inferência (ou garantia).

Completa, a estrutura do argumento se apresentaria assim:



Dito isso, pode-se concluir que o *layout* proposto por Toulmin representa um instrumento útil, e com uma função lógica, para avaliar e criticar determinado argumento no âmbito de um discurso racional. O modelo Toulmin, todavia, não se apresenta como uma forma

¹⁷⁴ Do inglês *Backings*.

¹⁷⁵ TOULMIN, Stephen Edelston, op. cit., p. 241.

rígida de argumentação. Quer dizer, o raciocínio empreendido pelo julgador na atividade de valoração probatória ou mesmo o juízo externalizado e formalizado em sua decisão podem ser examinados e criticados a partir do modelo Toulmin, mas não se pode apontar à sua falta de racionalidade, caso não sigam com exatidão o *layout*.¹⁷⁶

No campo da prova judicial, o modelo Toulmin tem inegável utilidade prática, a servir de parâmetro para a inferência probatória e, bem assim, para a sua posterior fundamentação.

No processo, a garantia (W), consistente em uma regra de inferência, autorizaria o julgador a percorrer o caminho lógico dos elementos de informação (premissa do raciocínio) à hipótese fática (conclusão)¹⁷⁷.

Nesse particular, importa registrar que as conclusões obtidas em um raciocínio lógico-inferencial, por mais fundamentadas que sejam as garantias, jamais podem ser mais do que muitíssimo prováveis – lembrança um tanto pertinente para a análise cautelar penal, a qual, como já anunciado, retrata não mais que um juízo de mera probabilidade¹⁷⁸.

Os qualificadores (Q) do diagrama formulado por Toulmin representariam, justamente, a força ou o grau de confiança da conclusão adotada pelo julgador. Em sede de tutela cautelar, a considerar a (in)existência dos pressupostos exigidos por nosso ordenamento jurídico, à luz dos elementos de informação disponíveis no caso concreto, ao julgador caberia decidir, a partir de um juízo de probabilidade, se a hipótese formulada pela parte interessada tem ou não procedência (ex.: a materialidade do delito está comprovada e há relevantes indícios de que o crime, *provavelmente*, tenha sido cometido pela pessoa do acusado, com respaldo nos elementos probatórios X, Y e Z, que autorizam, em certa medida, concluir pelo deferimento da prisão preventiva requerida pelo Ministério Público, que é necessária em virtude das circunstâncias fáticas A e B, as quais, por sua vez, conduzem logicamente à conclusão de que, provavelmente, a pessoa do acusado empreenderá fuga)¹⁷⁹.

Típico da tutela cautelar, o elemento qualificador se expressaria no exemplo acima suscitado, pelo termo “provavelmente”, que indica o nível de confiança e legitimidade da conclusão adotada pelo julgador.

¹⁷⁶ NETO, Nagibe de Mello Jorge, op. cit., p. 205.

¹⁷⁷ MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel, op. cit., p. 215.

¹⁷⁸ TOULMIN, Stephen Edelston, op. cit., p. 198.

¹⁷⁹ O contexto da justificação será desenvolvido no item 2.3 adiante.

Finalmente, a considerar a estrutura dialética do processo, tem-se, por certo, que a análise judicial não deve ignorar argumentos ou fatos relevantes.

Eis que as condições de refutação (R) constante do *layout* de Toulmin ganham destaque prático, porquanto não se pode considerar racional (o juízo) e fundamentada (a decisão) que ignora uma prova ou um argumento suficientemente forte que nega a ocorrência de um fato, mas com base nele se justifica. De igual forma, seria o juízo que ignora uma prova ou um argumento suscitado por uma das partes, que dão conta de que determinado fato efetivamente ocorreu, e se justifica como se ele não tivesse ocorrido. Ditos argumentos e elementos de informação teriam a aptidão de dismantelar a lógica inferencial do raciocínio empreendido pelo julgador e, uma vez ignorados, estar-se-ia diante de uma decisão equivocada, injustificada sob o ponto de vista lógica e racional.

O cotejo analítico das hipóteses prováveis, pois, mostra-se imprescindível, mesmo nas hipóteses em que o contraditório é diferido. E, para tanto, a estrutura de argumentação racional sugestionada por Stephen Toulmin se mostra útil.

2.2.3. Decisão

Antonio Magalhães Gomes Filho afirma que o ponto nevrálgico do julgamento sobre os fatos é constituído pelo procedimento intelectual que o juiz realiza, a partir dos elementos probatórios, para chegar à conclusão sobre a verdade (ou a probabilidade de) da hipótese fática discutida no processo.¹⁸⁰

Com efeito, tem-se por certo que as hipóteses precisam ser provadas, na medida em que, por si mesmas, nada provam.

Na tutela cautelar penal, a hipótese *H* restará provada – podendo-se considerá-la verdadeira, em nível de probabilidade e de correspondência – se nos autos existirem elementos de informação suficientes em seu favor. De outra banda, deverá ser considerada falsa (no sentido de não provada), se insuficientes forem tais elementos.

A problemática resulta em como concluir pela (in)suficiência probatória de determina hipótese fática. Afinal, como alertara Marcelo Guerra, algo pode ser provável em diferentes e inúmeros graus.¹⁸¹

¹⁸⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., 2013, p. 159.

¹⁸¹ GUERRA, Marcelo Lima, op. cit., p. 24.

Nesse particular, a probabilidade lógico-inferencial de que se vale o raciocínio probatório nada diz a respeito do grau de corroboração exigido para afirmar se a hipótese está ou não provada.

A resposta, para tanto, encontra-se nos standards probatórios legalmente previstos.

São eles que determinarão o grau de suficiência exigido para aceitar como provada determinada hipótese fática, a qual só será validada depois de alcançar um “êxito” cognoscitivo, à luz dos elementos de informação disponíveis dos autos e em face do nível de prova exigido pelo legislador.

O standard probatório, qualquer que seja ele, aplica-se às hipóteses já valoradas pelo julgador.¹⁸² Por isso, após a livre (mas racional) valoração empreendida pelo julgador, sobre o material probatório, é preciso que haja uma conclusão, uma definição, acerca da suficiência probatória conferida (ou não) às hipóteses fáticas. Em outras palavras, o julgador deve decidir se determinada hipótese pode ou não ser declarada provada de acordo com o grau de confirmação em seu favor.

Eis, pois, o contexto da decisão.

2.2.3.1 *Standards probatórios*

Um standard (estândar, na língua portuguesa) aplicado ao campo probatório trata-se de uma regra de decisão que indica o nível mínimo de corroboração de uma hipótese fática para que ela possa ser considerada provada¹⁸³. É justamente tal regra que estabelece o grau de suporte que os elementos de informação devem fornecer às alegações de fato, para, justificadamente, concluir-se no sentido de sua verdade (na concepção já consignada neste trabalho)¹⁸⁴.

Os standards probatórios, pois, nada mais são do que critérios que estabelecem o grau de confirmação probatório necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado.¹⁸⁵

Para os fins do presente trabalho, deve-se considerar provada a hipótese *H* (no sentido de “*está provado que H*”) quando o suporte corroborativo conferido pelos elementos

¹⁸² MATIDA, Janaina. Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; Rios, Lucas Carapiá (Org). **Arquivos da Resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP 2018**, Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 101.

¹⁸³ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdad em el Derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 82.

¹⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2019, p. 239.

¹⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2018, p. 70-71.

de informação disponíveis nos autos alcançar o nível de suficiência estabelecido no standard aplicável.

As regras de suficiência são estabelecidas previamente pelo legislador, sendo certo que o nível de suficiência exigido para considerar provada determinada hipótese fática decorre de uma escolha eminentemente política, ideológica.

Os standards probatórios, naturalmente, variam de acordo com o tipo de tutela jurisdicional ou mesmo em razão da fase do processo ou da natureza da decisão. No âmbito do processo penal, por exemplo, o nível de suficiência probatória exigido para considerar-se provada uma hipótese fática no caso de condenação definitiva da pessoa do réu é um tanto maior se comparado ao nível exigido para considerar provada uma hipótese fática da qual decorreria a decretação de uma medida cautelar de natureza probatória.

Demais, pode-se afirmar que o nível de suficiência probatória exigido pelo ordenamento jurídico se dá em função de um juízo valorativo em torno da ponderação dos interesses tutelados no processo e o perigo da ocorrência de erros.

Nesse contexto, Diego Dei Vecchi e Juan Cumiz:

la visión global que se tenga sobre el fenómeno penal y procesal penal, la finalidad político criminal/político moral que se le asigne al proceso y a casa decisión procesal específica que haya de adoptar, influirán directamente en el nivel de exigencia requerido por sus estándares de prueba y, en consecuencia, en la forma en que se distribuye el error entre las partes involucradas en el proceso.¹⁸⁶

Afinal, no campo processual, uma hipótese fática, ainda que falsa (porquanto inexistente no plano dos fatos), pode ser considerada provada. N'outro giro, um enunciado fático verdadeiro (porquanto correspondente sua existência no plano dos fatos) pode não resultar provado. Trata-se de um risco inerente à prestação jurisdicional, que pode, por vezes, não alcançar a realidade do mundo.

Conforme estabelecido anteriormente, as respostas processualmente conferidas sempre se dão a nível de probabilidade, comportando e admitindo o risco de equívocos na determinação dos fatos.

Mirjan Damaška arremata: *“aunque la verdad es valorada por igual en todo tipo de proceso judicial, se afirma que el error en la determinación de los hechos es menos*

¹⁸⁶ DEI VECCHI, Diego; CUMIZ, Juan, op. cit., p. 50.

preocupante en el proceso civil que en el penal, ya que en el primero solo está en juego la propiedad – en lugar de la vida o la libertad”.¹⁸⁷

Identificados o conceito e o fundamento ético-axiológico dos standards probatórios, passemos a analisá-los no contexto da tutela cautelar penal.

Adverte-se, de logo, que, para a decretação de uma medida cautelar, exige-se prova sobre as mais variadas hipóteses, pelo que se deve alcançar certo grau de suficiência probatória acerca dos fatos que dão conta i) da materialidade delitiva; ii) da autoria delitiva; iii) e de um perigo concreto e específico.

A exata definição do suporte probatório que exige determinado standard é um tanto problemática, especialmente se considerar que as regras de suficiência dispostas no ordenamento jurídico brasileiro apresentam um grau de imprecisão incompatível com a sua função¹⁸⁸.

Não bastasse, a doutrina comumente faz referência ao grau de “certeza” para avaliar os standards probatórios em torno da tutela cautelar penal, o que torna ainda mais difícil a instrumentalização de um juízo axiológico, sem dubiedades no texto normativo, replicáveis pela jurisprudência e doutrina pátrias.

A título exemplificativo, vê-se a definição clássica de Hélio Tornaghi para “indícios veementes”, nível de suficiência exigido pelo legislador para decretar-se a medida cautelar de sequestro (art. 126, do CPP)¹⁸⁹:

“indícios veementes são os que levam a grave suspeita, os que eloquentemente apontam um fato, gerando uma suposição bem vizinha da certeza”.¹⁹⁰

Sem embargo, vincular a suficiência probatória à presença de certos estados mentais do julgador não considera a possibilidade de a suficiência variar de um contexto para outro, independentemente da crença do magistrado a respeito de determinada hipótese fática.¹⁹¹

A decisão acerca da suficiência probatória, e do efetivo alcance do patamar exigido pelo legislador para considerar determinada hipótese fática provada, deve ocorrer de maneira objetiva, a considerar o resultado probatório e o grau de confirmação que dele decorre.

¹⁸⁷ DAMASKA, Mirjan R, op. cit., p. 124.

¹⁸⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer, op. cit., 2020, p. 780.

¹⁸⁹ E, conforme dispõe o art. 239, do CPP: “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

¹⁹⁰ TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, Vol. 1, p. 216.

¹⁹¹ DEI VECCHI, Diego; CUMIZ, Juan, op. cit., p. 42.

Oportuna é a avaliação de Robert Burton, quando afirma que “a certeza funciona independentemente da razão”, porquanto corresponde a um estado mental obtido sem qualquer raciocínio ou pensamento consciente associado.¹⁹² A sensação de que algo está certo (ou de que uma hipótese fática é verdadeira ou falsa) não é o mesmo que fornecer razões, baseadas em evidências, para concluir nesse sentido.¹⁹³

A crença é um estado mental que nos sucede involuntariamente. Acreditar na ocorrência ou não de um fato (ou, melhor, na verdade ou não de uma hipótese fática) pode decorrer das informações obtidas através dos elementos de juízo, mas isso não passa de uma simples causalidade, no sentido de que, se há elementos de informação em favor da veracidade de determinado enunciado de fato, tais elementos podem, realmente, provocar a crença do julgador na ocorrência daquele fato.¹⁹⁴ Mas essa crença, é certo, não depende – necessariamente – de qualquer raciocínio lógico operacionalizado pelo julgador ou até mesmo da sua vontade.

Desse modo, decidir pela existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens, exigida para a decretação do sequestro, demanda a análise (objetiva) do caso concreto, no sentido de aferir se há elementos de informação que sustentam com veemência (ou elevada probabilidade) a origem ilícita dos bens da pessoa do investigado ou acusado.

A partir de um raciocínio de probabilidade lógica, deve-se identificar no material probatório a existência de elementos que corroborem, em um nível suficientemente elevado (qualificado, veemente) a ilicitude dos bens a serem constritos.

Realmente, algo é inequívoco: aferir se o apoio empírico derivado dos elementos de informação constantes dos autos é suficiente ou não para alcançar o standard probatório exigido em lei para autorizar a decretação da aludida medida assecuratória é tarefa que adentra à discricionariedade do julgador, mas que não deve fugir da objetividade do caso concreto, e tampouco diz com sua crença subjetiva na ocorrência ou não de determinados fatos.

Conforme indica Câmara Leal, em havendo alguma outra hipótese também provável, não afastadas pelos indícios, estes deixam de ser veementes e não autorizam o sequestro.¹⁹⁵

¹⁹² BURTON, Robert. A. **Sobre ter certeza: como a neurociência explica a convicção**. Tradução de Marcelo Barbão. São Paulo: Blucher, 2017, p. 11.

¹⁹³ Ibid., p. 188.

¹⁹⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer, op. cit., 2005, p. 97.

¹⁹⁵ CÂMARA LEAL, Antônio Luiz. **Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. Vol. 1, p. 365.

No que diz respeito à prisão preventiva, a lei exige prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e do perigo decorrente da liberdade do investigado ou acusado, em relação ao qual deve ser rigorosamente necessária para dirimir (art. 312, do CPP).

A decisão que decreta a prisão cautelar carece, portanto, da análise (objetiva) do material probatório existente nos autos, no sentido de examinar se há elementos de informação que deem conta: i) da materialidade delitiva; ii) da autoria delitiva; iii) e da situação de perigo decorrente da manutenção da liberdade da pessoa do investigado ou acusado.

Para restar provada a hipótese da materialidade delitiva, reivindica-se categórico apoio empírico dos elementos de informação em seu favor, devendo, para tanto, inexistir indícios que contrariem com certa suficiência a ocorrência do delito (aqui, faz-se necessária uma probabilidade muitíssimo elevada, quase exime de contrariedades no plano fático).

Quanto à autoria do crime e à situação de perigo, a lei exige “indícios suficientes”, nível de suficiência bem característico da tutela cautelar penal.

Ao passo em que os “indícios veementes” apontam para uma probabilidade qualificada, do ponto de vista terminológico, pode-se afirmar que os “indícios suficientes” indicam a mera probabilidade (no caso, a mera probabilidade de a pessoa do investigado ou acusado ser a autora do crime e de, realmente, vir a ocorrer a situação de perigo prevista).

Não se confundindo com a só “possibilidade” de sua veracidade, a hipótese fática que dá conta da autoridade delitiva e do *periculum libertatis* exige – à luz dos elementos de informação disponíveis dos autos e, bem assim, do grau de corroboração de que cada um fornece – sua preponderância frente a hipóteses alternativas.

A análise do julgador, consistente na confrontação do resultado da valoração probatória com o nível de suficiência exigido para considerar provada a situação de perigo decorrente da liberdade da pessoa do investigado ou acusado, carece de um juízo prognóstico, voltado, pois, ao futuro, o qual deve expressar um nível de perigo apreciável, concreto e, sobretudo, atual.¹⁹⁶

Nessa perspectiva, o standard probatório pode se ver satisfeito mesmo quando existirem outras hipóteses alternativas, incompatíveis com a situação de perigo suscitada e/ou com a alegação de que o autor do crime é, de fato, a pessoa do investigado ou acusado. Para

¹⁹⁶ DEI VECCHI, Diego, op. cit., p. 138.

tanto, basta que os elementos de informação constantes dos autos indiquem – objetivamente – uma preponderância da hipótese suscitada pela parte interessada.

Em razão da estrutura conferida pela legislação às regras de suficiência probatória, decidir se o apoio empírico derivado dos elementos de informação constantes dos autos é suficiente ou não para alcançar o standard probatório exigido em lei é, invariavelmente, tarefa que adentra à discricionariedade do julgador. Todavia, a decisão deve se ater à objetividade do caso concreto, em que o material probatório, necessariamente, deve condicionar o juízo empreendido pelo magistrado.

Por evidente, pode-se afirmar que, em nível de probabilidade, o apoio empírico do material probatório disponível nos autos, exigido para justificar uma medida cautelar, é menor do que aquele exigido para justificar uma decisão condenatória definitiva. Em qualquer situação, entretanto, deve prevalecer uma decisão que se atenha aos elementos de informação disponíveis nos autos, sem se valer de subjetivismos que prejudiquem a sua sindicabilidade.

Deve-se considerar provada a hipótese fática, se, e somente se, após uma análise holística e a esmerada valoração do material probatório, o suporte conferido pelos elementos de informação disponíveis nos autos alcançar – objetivamente – o nível de suficiência estabelecido no standard aplicável, independentemente da crença do julgador.

2.2.3.2 *Ônus da prova*

Ainda no primeiro capítulo deste trabalho, viu-se que a inocência do cidadão brasileiro deve ser presumida, porquanto decorrente de uma garantia constitucional que assim prescreve (art. 5º, LVII, da CF).

Daí considerar que recai sobre os ombros da parte interessada na decretação da medida cautelar a incumbência de provar, com suficiência, as hipóteses que dariam conta da ocorrência dos pressupostos cautelares.

Fernando Tourinho Filho adverte que o ônus da prova, a bem da verdade, não deveria resultar propriamente em um dever jurídico da parte, na medida em que “não há, para as partes, obrigação de provar, mesmo porque nenhuma sanção lhes poderá ser imposta pelo seu não-cumprimento”.¹⁹⁷ Certamente, pode haver um prejuízo para os interesses da parte quando suas alegações não se fizerem suficientemente provadas, mas não uma sanção

¹⁹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p. 240.

decorrente do descumprimento de um dever legal.

A função do ônus da prova, nada obstante, seria viabilizar a resolução da controvérsia posta ao juízo quando as hipóteses fáticas relevantes não restarem devidamente provadas.¹⁹⁸ Desta feita, no caso de o standard probatório exigido para a decretação de determinada medida cautelar não ser alcançado, deve o julgador aplicar o preceito constitucional da presunção de inocência, decidindo-se em favor da pessoa do investigado ou acusado.¹⁹⁹

Importante registrar que pode haver casos, inclusive, em que o julgador acredita ser verdadeira a hipótese fática que dá conta, por exemplo, da autoria delitiva, mas que, em razão da insuficiência probatória, decida em favor do investigado/acusado, à revelia de sua crença.

Em havendo duas hipóteses igualmente equivalentes, sem preponderância de uma delas, cabe decidir, ainda, em favor da pessoa do investigado ou acusado; isto é, em última análise, deve-se decidir em favor do estado de liberdade, da manutenção do exercício da propriedade, da preservação da intimidade etc.

A garantia do estado de inocência desloca, ao domínio da parte interessada, a necessidade de comprovar suficientemente a hipótese que desconstitua tal presunção. O Ministério Público, a autoridade policial ou a vítima do crime devem, desta feita, demonstrar o alcance do standard de prova exigido em lei e, bem assim, a preponderância de suas alegações frente a hipóteses alternativas.

Não cabem presunções contrárias, importante anotar.

Para que haja a legítima restrição dos direitos individuais (liberdade, propriedade etc.), faz-se imperioso que a parte nela interessada se desincumba do ônus de provar a ocorrência de hipótese autorizativa. Assim, rechaça-se categoricamente toda e qualquer alegação no sentido de que, no âmbito da tutela cautelar penal, poderia haver a inversão do ônus probatório, demandando da pessoa do investigado ou acusado a prova da necessidade de manutenção dos seus direitos.

2.3 O dever de fundamentação das decisões judiciais

Fundamentar significa justificar; oferecer razões. Uma decisão fundamentada é uma decisão da qual se consegue extrair sua justificação, isto é, as razões sobre as quais se

¹⁹⁸ TARUFFO, Michele, op. cit., 2014, p. 143.

¹⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2019, p. 245.

sustenta, por meio de um discurso argumentativo, externalizado, que dá conta das escolhas operacionalizadas pelo julgador, tanto no âmbito normativo, quanto no tocante às questões fático-probatórias.

Conforme Alexy, “*el juez debe actuar sin arbitrariedad; su decisión debe descansar en una argumentación racional*”²⁰⁰. Com efeito, a racionalidade das decisões é demonstrada, justamente, através de sua justificação. É nesse contexto (da justificação) que o julgador deve explicitar as escolhas efetuadas, num quadro de possibilidades limitadas e condicionadas pelos elementos de informação disponíveis nos autos.²⁰¹

A atividade empreendida pelo julgador sobre o conteúdo probatório deve ser corporizada na fundamentação de sua decisão. Aqui, os elementos de informação assumiriam a função de verdadeiros elementos de justificação da decisão sobre os fatos (e sobre a sua reconstrução), fornecendo suporte racional à conclusão adotada pelo julgador.²⁰²

Com efeito, a exigência de fundamentação das decisões judiciais é imposição que vem acompanhando a própria evolução histórica do Estado, a representar globalmente um forte avanço na superação de sistemas autoritários.

Para Geraldo Prado:

o poder de impor restrições no âmbito dos direitos individuais reivindica legitimação por meio da fundamentação do ato de poder e isso a tal ponto é consensual que mesmo ordens jurídicas que textualmente não incorporaram às suas Constituições o dever de motivar extraem de outros princípios constitucionais.²⁰³

No âmbito do processo penal, em que, naturalmente, as restrições a direitos individuais podem ter implicações severas, a fundamentação da decisão judicial (verdadeiro ato de poder) adquire máxima importância no combate ao arbítrio.

No Brasil, a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais vê-se consagrada no texto da Constituição Federal (art. 93, IX), que dispõe que todas as decisões do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade.²⁰⁴

Trata-se, pois, de uma norma imperativa, consubstanciada em verdadeira garantia

²⁰⁰ ALEXY, Robert, op. cit., p. 44.

²⁰¹ LOPES, José António Mouraz, op. cit., p. 139.

²⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2018, p. 74.

²⁰³ PRADO, Geraldo, op. cit., p. 116.

²⁰⁴ Art. 93, IX, da CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

individual, a qual, ao lado do dever de publicidade dos atos estatais, desvela um direito fundamental do indivíduo, inerente ao devido processo legal, a viabilizar a controlabilidade geral dos provimentos jurisdicionais.

O preceito constitucional do qual se extrai a exigência de justificação tem natureza de regra, e não de princípio. E, como regra, o dever de fundamentação das decisões judiciais adquire feições de um comando constitucional pronto, perfeito, acabado; daí não caber ponderações.²⁰⁵

Com efeito, a exigência de fundamentação não é maior ou menor a depender do caso concreto, nem pode ser ponderada com outros princípios, a suscitar a hipótese de sua excepcionalidade. O dever de fundamentação é imposição elementar de todo estado que se assume democrático e de direito, não cabendo concessões, pois, em prejuízo do indivíduo.

2.3.1 Função

Pode-se afirmar que a função do dever de fundamentação é permitir o controle da racionalidade das decisões judiciais e, em última análise, evitar o arbítrio.

Com a obrigatoriedade de o julgador expor as razões que fundamentam a sua decisão, sua discricionariedade passa a ser objeto de controle, que se viabiliza tanto no âmbito do próprio processo judicial, numa compreensão *endoprocessual*, a ser exercido, portanto, pelos sujeitos processuais, como em uma perspectiva *extraprocessual*, sendo que, aqui, o controle é exercido pela via difusa da democracia participativa, ou seja, pelo povo em cujo nome é proferida a decisão.

Luis Felipe Scheneider Kircher aduz que a controlabilidade do discurso argumentativo é indispensável para a concretização da segurança jurídica, e a fundamentação das decisões opera justamente no sentido de dar transparência e cognoscibilidade ao discurso argumentativo, visando a garantir, com isso, o controle e a racionalidade na aplicação do Direito.²⁰⁶

Uma vez externalizadas as razões de decidir, o julgador permitiria a sindicabilidade da atividade probatória por ele empreendida (quanto à admissibilidade, à valoração e, bem

²⁰⁵ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 89.

²⁰⁶ KIRCHER, Luis Felipe Scheiner. A fundamentação normativa e fático-probatória da decisão penal no paradigma contemporâneo. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro; KIRCHER, Luís Felipe Schneider (coord.). **Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 731.

assim, à decisão propriamente dita acerca da suficiência probatória). Desta feita, diante de uma decisão devidamente fundamentada, poder-se-ia controlar satisfatoriamente os elementos probatórios admitidos ou mesmo as inferências de que se valeu o julgador no seu raciocínio valorativo.

A título exemplificativo, pode o julgador ter considerado provada a hipótese fática *H*, a despeito de inexistir quaisquer elementos de informação em seu favor (ou ao contrário, considerar não provada hipótese que dispunha de elementos suficientes a seu favor). A falibilidade do raciocínio empreendido pelo julgador é posta à lume a partir da exposição das razões de assim decidir.²⁰⁷

Nessa ordem de ideias, a ratificar ainda mais a importância da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, oportunos são os apontamentos de Taruffo, no tocante à falibilidade do próprio discurso justificativo consolidado pelo julgador, o qual, muitas vezes, poderá se mostrar incoerente (e, aqui, a exigência de justificação terá cumprido o seu papel, a permitir a sindicabilidade das razões oferecidas pelo magistrado):

O discurso justificativo pode ser incoerente (e, portanto, inidôneo a desempenhar sua função) de muitas outras formas: podem haver pseudoinferências em que as conclusões não sejam retiradas das premissas, enunciados verdadeiros tomados por falsos e enunciados falsos tomados por verdadeiros, enunciados incompatíveis sobre o mesmo fato inseridos no mesmo contexto, termos usados sem razão em significados diferentes, acontecimentos narrados de modo que resultem em contraste recíproco, lacunas narrativas, mudanças injustificadas nos papéis dos personagens, provas consideradas confiáveis e não confiáveis no mesmo contexto, juízos de valor não justificados ou não coerentes com outros juízos de valor, e assim por diante, nas infinitas armadilhas e possibilidade de patologia das argumentações racionais.²⁰⁸

É bem verdade que a ausência de motivação não conduz, *a priori* e fatalmente, à incorreção do provimento jurisdicional, essencialmente sob o ponto de vista de sua justeza e adequação. Tomemos como exemplo uma decisão que autoriza a realização da medida de busca e apreensão requerida pela autoridade policial na sede de uma empresa envolvida na prática organizada de delitos fiscais. Aludida decisão teria observado rigorosamente os pressupostos cautelares da medida pleiteada, sendo certo que o contexto fático realmente suportava (e demandava) a realização de tal medida restritiva. Todavia, o julgador não expôs, em sua decisão, as razões que o levou a decidir naquele sentido.

Na hipótese suscitada, os motivos para a decisão realmente existiam, a despeito de não terem sido externalizados. A questão é que, sem a sua exposição, não há como aferir a

²⁰⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer, op. cit., 2005, p. 97.

²⁰⁸ TARUFFO, Michele, op. cit., 2010, p. 277.

racionalidade do provimento jurisdicional e, assim, cai por terra o próprio fundamento da existência do dever de motivação da decisão judicial.

Destarte, sem a exposição das razões (existentes), não se atende ao devido processo legal; não se observa à garantia processual decorrente da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, compreendida aqui como a exigência de manifestação explícita daquilo que as justifica, do ponto de vista fático e jurídico.

Final e oportunamente, cabe consignar o seguinte: aquilo que é tido pelo julgador como razão de decidir pode, realmente, não corresponder ao que efetivamente foi relevante para a formação do seu convencimento em determinado caso concreto. Quer dizer, as razões apresentadas pelo julgador, não raramente, podem representar justificativas que não condizem com os reais motivos por detrás da sua decisão.

A respeito dessa problemática, George Marmerstein:

Compreenda que aquilo que é apresentado como “razões de decidir” nem sempre corresponde àquilo que, de fato, influenciou a tomada de decisão. A argumentação é sempre uma exteriorização posterior de uma decisão previamente tomada por razões que nem sempre são ditas. Aliás, há razões que são até mesmo inconscientes, o que aumenta ainda mais a distância entre os fatores reais da decisão e o que é explícito em sua justificação. Perceba que a argumentação jurídica é apenas a parte que o decisor quer que seja vista. E como a argumentação exerce, hoje, um papel central no processo de legitimação da atividade jurídica, aquilo que é dito e mostrado pelo argumentador muitas vezes representa apenas o que pode agradar ou convencer o auditório.²⁰⁹

Com efeito, o ato de decidir envolve um processo íntimo de intelecção, capitaneado, muitas vezes, por pré-compreensões das quais sequer percebemos a existência. Assim é que não se pode descartar a (real) possibilidade de uma decisão ser fruto de preconceitos e os argumentos expostos como razão de decidir serem de todos incompatíveis com os motivos que verdadeiramente levaram o julgador àquela definição. Isso, no entanto, não deveria contestar a necessidade de justificação de uma decisão.

O dever de fundamentação, sob o aspecto de controle da decisão, no âmbito de um Estado Democrático e de Direito, certamente contribui para conter posturas radicais e discricionárias por parte dos julgadores, evitando-se justificativas de caráter eminentemente ideológico e político ou aquelas completamente dissociadas dos elementos constantes do processo (pedidos das partes, provas etc.).

²⁰⁹ LIMA, George Marmelstein. **O Direito fora da caixa**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 21.

Manuel Atienza entende ser possível, realmente, que o processo mental do julgador vá da conclusão às premissas e, inclusive, que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos. Nada obstante, considera o autor que “isso não anula a necessidade de justificar a decisão e tampouco converte essa tarefa em algo impossível”.²¹⁰

Afinal, o dever de fundamentação impõe a necessidade de o julgador apresentar uma argumentação racional para justificar a sua decisão, isto é, de seguir, em última análise, critérios estritamente racionais, limitados e condicionados pela ordem jurídica e, principalmente, pelos elementos de informação disponíveis.

Sendo assim, o preconceito no qual se basearia exclusivamente uma decisão, por exemplo, ou vai restar explicitado, ou – o que pode ser mais comum – vai se quedar escondido por detrás de outras “justificativas”, insuficientes, porquanto desprovidas de fundamento. Em ambas as hipóteses, a irracionalidade da justificação estará às claras e poderá ser objeto de controle.²¹¹

Por outro lado, se as justificativas que serviriam para “maquiar” o preconceito do julgador apresentarem-se suficientemente autônomas, coerentes e racionais, não estaríamos propriamente diante de um problema, na medida em que as razões explicitadas já serviriam para conferir legitimidade à decisão adotada (aqui, no fim das contas, o fator “preconceito” – embora repugnante – pouco importaria para fins de aferir a legitimidade da decisão).

Sobre a questão, Marina Gascón Abellán discorre que *“en el contexto jurídico (y particularmente en la ideología del Estado de derecho) no interesa saber cuales han sido los motivos reales que han llevado al juez adoptar una decisión, y que pueden ser políticos, psicológicos, ideológicos etc. Lo que interesa es garantizar – y la motivación es un instrumento para ello – que esa decisión no sea arbitraria, o sea que el poder discrecional que posee el juez*

²¹⁰ ATIENZA, Manuel, op. cit., p. 9. Nessa mesma ordem de ideias, entende Nagibe de Mello Jorge Neto o seguinte: “ainda que seja inegável que os juízes são, de fato, influenciados por seus preconceitos e prejuízos, por suas concepções político-ideológicas, por sua história de vida, e, até mesmo, pela hora do dia ou nível da fome em que a decisão foi tomada, disso não se pode concluir que a argumentação e a justificação das decisões judiciais são carentes de utilidade. Pelo contrário. O que ocorre, muitas vezes, é um diálogo entre a primeira intuição do julgador e as razões que são possíveis para justificar a decisão. Esse diálogo se processa diversas vezes até que o juiz chegue à conclusão a partir da resposta adequada aos argumentos apresentados pelas partes. Como se, ao se deparar com o caso concreto, o juiz tivesse a primeira intuição da decisão e mirasse um alvo a ser atingido, mas procedesse a diversos ajustes no alvo e na trajetória da flecha a partir da justificação que se dá na argumentação jurídica”. E, ainda, segue o autor: “a argumentação não é apenas um disfarce para os reais motivos da decisão. Mais que isso, a argumentação jurídica é um verdadeiro limitador, um filtro de racionalidade contra a influência indevida desses fatores” (NETO, Nagibe de Mello Jorge, op. cit., p. 168-169).

²¹¹ Em hipóteses como essa, geralmente, o julgador terá de deixar de lado argumentos e elementos de informação que vão de encontro à sua decisão, a qual, invariavelmente, faltará com critérios de racionalidade.

*para interpretar y aplicar el Derecho se haya ejercido racionalmente. Por ello la concepción de la motivación exigible es la que entiende que motivar una decisión consiste en justificarla, o sea en consignar las razones que permitan entenderla como correcta o aceptable”.*²¹²

Em toda e qualquer hipótese, pois, sobrevive a necessidade de fundamentação da decisão judicial, sem a qual seria absolutamente incontrolável.

2.3.2 Objeto

De logo, é preciso registrar a ausência, em nosso ordenamento jurídico, de um modelo prescritivo com indicações mínimas daquilo que exatamente deveria apresentar uma decisão para ser considerada devidamente fundamentada.

O código de processo penal pouco diz sobre a solidez e a suficiência do conteúdo da sentença, em que pese a importância da questão. Sem embargo, dispõe o art. 381, III, do CPP, que a decisão deverá conter “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.

De outra banda, o legislador ordinário, quando da elaboração do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), inovou ao preceituar critérios para identificação de uma decisão (interlocutória, sentença ou acórdão) não fundamentada. Eis o disposto no art. 489, § 1º, do CPC/2015:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

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

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

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

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

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

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

²¹² ABELLÁN, Marina Gascón, op. cit., 2012, p. 72.

A norma descreve o que seria uma decisão não fundamentada, a partir de critérios mais ou menos objetivos.²¹³ Com efeito, a opção do legislador de adotar tais critérios demonstra a sua preocupação para com o problema da fundamentação das decisões judiciais e reafirma, ainda mais, a necessidade de justificação dos provimentos jurisdicionais no âmbito de um Estado Democrático e de Direito.²¹⁴

Ante o vazio legislativo na esfera criminal, a aplicação subsidiária do art. 489, do CPC, no processo penal, encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência. E não poderia ser diferente; afinal, no âmbito do processo penal, a obrigatoriedade de fundamentação da decisão judicial adquire máxima importância, a considerar os valores jurídicos envolvidos.

Mais recentemente, a nova redação do art. 315, do CPP, conferida pela Lei nº 13.964/2019, passou a dispor, de forma mais categórica, sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais que envolvem, especificamente, hipóteses de prisão preventiva.

O art. 315, § 1º, faz constar elementos que o julgador deve concretamente indicar na decisão, a saber: “o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

Na mesma linha traçada pelo Código de Processo Civil, o art. 315, § 2º, por sua vez, traz em sua redação o que se entenderia por uma decisão não fundamentada:

Art. 315. [...]

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

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

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

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

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

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

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

²¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: volume único. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 474.

²¹⁴ BRAGA, Matheus Andrade. O problema da fundamentação das decisões judiciais e o ônus argumentativo do julgador: na prática, o que mudou com o art. 489, § 1º, do CPC? In: VIANA, Juvêncio Vasconcelos (Org.). **O novo CPC**: processo de conhecimento. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2019, p. 265.

Nada obstante as recentíssimas alterações legislativas que reforçam o dever de fundamentação, a considerar a obrigatoriedade constitucionalmente imposta e a própria garantia do devido processo legal, poder-se-ia afirmar, de uma maneira um tanto sintética, que o conteúdo da fundamentação de uma decisão judicial envolveria todas as questões, de fato e de direito, nela apreciadas, mesmo que ausente qualquer disposição na legislação infraconstitucional nesse sentido. Exigir a exposição dos motivos de fato e de direito que sustentam a conclusão adotada pelo julgador é nada mais do que desdobramento natural do dever constitucional de motivação.

No tocante à matéria fático-probatória, está em causa a reconstrução dos fatos, à luz dos elementos de informação disponíveis nos autos. A fundamentação deve representar o processo argumentativo consistente na exposição das razões que levam à hipótese fática aceita pelo julgador.

Daí considerar que o conteúdo da fundamentação deve expor detalhadamente a análise probatória empreendida pelo julgador, desde a admissão dos elementos de informação até efetivamente o juízo desenvolvido em torno do alcance do standard probatório pela hipótese fática tomada como provada (e, ainda, sobre aquelas hipóteses que não alcançaram o nível de suficiência legalmente exigido).

Na fundamentação, exige-se, pois, que o julgador demonstre as razões probatórias que sustentaram a fixação dos fatos provados e não provados.²¹⁵ Naturalmente, todo o processo de valoração da prova deve ser objeto de motivação, rechaçando-se, assim, qualquer dimensão arbitrária na apreciação probatória.

Para Marina Gascón Abellán, “*la motivación es la analítica, es decir, la exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas*”.²¹⁶ Assim, todos os meios de prova admitidos, os critérios de valoração considerados e o resultado propriamente obtido da atividade valorativa, com o devido confronto das hipóteses fáticas e os standards probatórios em lei exigidos, devem ser levados em consideração na fundamentação da decisão judicial.

Por certo, o conteúdo da fundamentação não deve se ater ao processo intelectual-psicológico desenvolvido pelo julgador; quanto a isso, não carece justificações externalizadas. Taruffo explica que:

À parte o fato de que isso seria impossível (por razões óbvias), não interessa a dinâmica das sinapses ocorridas nos neurônios do juiz, e nem mesmo importam seus humores, sentimentos e tudo mais que pode ter ocorrido *in interiore homine*. Para dar-

²¹⁵ LOPES, José António Mouraz, op. cit., p. 259.

²¹⁶ ABELLÁN, Marina Gascón, op. cit., 2010, p. 201.

se um só exemplo, entre ao infinitos possíveis: não interessa saber se o juiz intuiu eu certa testemunha era confiável às 4 da manhã saindo de um bar depois de abundantes libações.²¹⁷

No âmbito da tutela cautelar penal não se vê diferente. A decisão judicial deve estar devidamente fundamentada nas questões normativas e fático-probatórias que envolvem o caso concreto, com a particularidade decorrente, apenas, do grau de cognição (sumária) e do juízo empreendido pelo magistrado (juízo de probabilidade).

Na decisão cautelar, cabe demonstrar o atendimento aos critérios legais e principiológicos das medidas cautelares (previsão legal, pressupostos, necessidade, proporcionalidade etc.).

A nova redação conferida ao art. 312, § 2º, do CPP, vem a reforçar o dever de motivação das decisões judiciais nesse sentido: “a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

A despeito de o referido dispositivo legal discorrer propriamente acerca da sistemática das medidas cautelares pessoais (notadamente, da prisão preventiva), entende-se que as exigências nele constantes são aplicáveis, por extensão, a todas as medidas cautelares, independentemente de sua natureza, sendo que a decisão cautelar, em todos os seus aspectos, deve se apresentar racional e suficientemente justificada.

2.3.3 O ônus argumentativo do julgador

A decisão judicial compreende-se como um ato que se define no âmbito do contexto argumentativo-pragmático em que é produzida, a partir do qual, ressalta-se, pode ser compreendida e criticada. É necessário ter em mente, pois, que a decisão não pode ser tomada como um ato intelectual isolado do julgador.²¹⁸

Demais disso, precisa – a decisão judicial – alcançar um discurso racional-argumentativo, sendo que essa argumentação, a cargo da jurisdição, é o que, de fato, pode demonstrar a racionalidade e, em última análise, a correção da decisão.

Assim, na construção das decisões judiciais, o ônus argumentativo do julgador é pressuposto do devido processo legal.²¹⁹

²¹⁷ TARUFFO, Michele, op. cit., 2010, p. 271.

²¹⁸ NETO, Nagibe de Mello Jorge, op. cit., p. 205.

²¹⁹ TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do Direito e decisão judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 371.

Cabe ao julgador indicar os elementos de informação que sustentam a hipótese fática confirmada na decisão e, bem assim, os elementos de informação que o levaram a excluir hipóteses antagônicas. O julgador pode muito bem considerar maior a probabilidade lógica da hipótese fática X (e, por isso, considerá-la provada), por encontrar respaldo e confirmação nos elementos de informação A, B e C, mas isso não diz nada a respeito das razões pelas quais descarta a probabilidade da hipótese Y, antagônica de X.

Da decisão judicial, por certo, devem constar as razões que dão conta da insuficiência probatória em torno da hipótese fática não considerada provada.

Ao julgador cabe indicar os motivos pelos quais não dá credibilidade àqueles elementos de informação que estribariam hipótese diversa daquela considerada verdadeira na decisão. E, ao assim proceder, deve indicar as razões para tanto, ou, se este não for o caso, deve esclarecer como compatibilizá-los com a hipótese fática tida por verdadeira na decisão.²²⁰

Caso não se desincumba de tal ônus argumentativo, a motivação será considerada deficiente e, por conseguinte, nula será a decisão.

De igual modo, entende-se que uma decisão que não analisa aqueles argumentos que, ao menos em tese, teriam aptidão de infirmar o convencimento do julgador é nula de pleno direito por contrariar a garantia do contraditório e ignorar a regra da motivação da decisão judicial consubstanciada no art. 93, IX, da CF.

Nesse particular, para que uma decisão que defere uma providência cautelar seja considerada devidamente fundamentada é preciso que eventual hipótese igualmente provável àquela considerada no provimento judicial seja objeto de consideração e análise por parte do julgador, com a exposição das razões de sua desconsideração, em proveito da hipótese “vencedora”.

Da redação conferida ao art. 315, § 2º, do CPP, transcrita no tópico acima, percebe-se um esforço legislativo no que diz respeito à imposição de uma maior carga argumentativa ao magistrado. Ora, todos os incisos constantes do parágrafo segundo do aludido dispositivo legal, em maior ou menor medida, têm relação direta com o ônus argumentativo do julgador e ratificam o caráter dialético do processo. Repercutem, pois, frontalmente no *modus operandi*

²²⁰ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Algumas notas sobre a fundamentação de decisões que apreciam questões de fato à luz do novo CPC. In: Juvênio Vasconcelos Viana; Janaína Soares Noleto Castelo Branco; Ana Cecília Bezerra de Aguiar. (Org.). **O novo CPC**. 1. ed. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2016, p. 274.

do magistrado, na medida em que se tratam de imposições ao julgador cuja inobservância pode comprometer a validade da decisão judicial, produto da atividade jurisdicional.

Para fins de atender à exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais, cabe ao julgador, pois, se desincumbir do ônus argumentativo que lhe é inerente. É preciso que demonstre detalhadamente o seu processo de admissão, valoração e decisão probatórias, de forma racional, a considerar analiticamente o conjunto de elementos de juízo e de argumentos oferecidos pelas partes envolvidas no processo.

Com todo o exposto, parece evidente a proibição de expressões vagas, genéricas, que serviriam a toda e qualquer decisão (não servindo, por derradeiro, a qualquer uma delas).²²¹ Não basta, portanto, como sucede com frequência na prática forense, referir que a materialidade delitiva está provada e que há risco de fuga do investigado; é preciso que sejam indicados os elementos de informação que dão conta do crime e quais os fatos objetivos que fazem temer pelo perigo de fuga, consignando a razão do afastamento de elementos e/ou argumentos que infirmariam tal conclusão, se existentes nos autos.²²²

José Carlos Barbosa Moreira, sobre a suficiência do juízo de fato e de sua motivação, costumava referir o seguinte:

deveriam ser evitadas referências genéricas e não justificadas do tipo: ‘a prova produzida pelo autor não convence’. Com isso o juiz de maneira alguma se desincumbiu do dever de motivar: ele tem de explicar por que não lhe pareceu convincente a prova produzida pelo autor. Analogamente, quando o juiz afirma ‘as alegações do réu não ficaram comprovadas’, ele precisa demonstrar que isso realmente aconteceu; se as provas produzidas pelo réu não o convenceram, que ele exponha os motivos pelos quais não ficou convencido.²²³

Nessa ordem de ideias, vale o apontamento de Hélio Tornaghi:

não basta de maneira alguma, não é fundamentação, fraudar a finalidade da lei e iludir as garantias de liberdade, o fato de o juiz dizer apenas ‘considerando-se que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública...’ ou então ‘as provas dos autos revelam que a prisão é conveniente para a instrução criminal...’, fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão’.²²⁴

As elucidações de José Carlos Barbosa Moreira e Hélio Tornaghi devem-se aplicar – sem quaisquer ressalvas – ao campo das cautelares penais, em geral.

É nula a decisão que defere ou indefere medida cautelar sem desincumbir-se da carga argumentativa em torno da compreensão e da justificação dos elementos de informação

²²¹ PRADO, Geraldo, op. cit., p. 135.

²²² SILVA, Germano Marques da, op. cit., p. 256.

²²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença. **Temas de direito processual civil**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121.

²²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p. 495.

e dos argumentos constantes dos autos. É nula a decisão que defere ou indefere medida cautelar, valendo-se de expressões genéricas, vagas, alheias ao caso concreto. É nula a decisão que defere ou indefere medida cautelar externalizando apenas o grau de convencimento do julgador, sem demonstrar sua base empírica, isto é, o sustento conferido pelos elementos de juízo.

A construção de respostas constitucionalmente adequadas pressupõe ônus argumentativos, não só das partes, mas, principalmente, do julgador.²²⁵

2.3.4 O dever de fundamentação e a duração razoável do processo

À época de sua tramitação no Congresso Nacional, o projeto de lei que viria a se tornar o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) foi alvo de várias críticas, especialmente, por parte de componentes da magistratura.²²⁶ Dentre as inúmeras alterações trazidas pela norma, aquelas constantes do parágrafo primeiro, do art. 489, transcrito no tópico anterior, que traduzem um dever de argumentação mais robusto ao julgador, sofreram duras objeções por supostamente representarem um impacto negativo na independência funcional dos magistrados, bem como na razoável duração do processo.

Com efeito, muito ainda se questiona sobre a aplicabilidade prática das disposições constantes do art. 489 diante do grande número de processos tramitando no judiciário brasileiro.²²⁷

As críticas podem ser estendidas ao art. 315, § 2º, do CPP, dispositivo mais recente que, sob influência da legislação processual cível, passou a dispor acerca dos elementos essenciais mínimos da decisão e, por conseguinte, da carga argumentativa do magistrado.

Com isso, tem-se o seguinte questionamento: ambos os dispositivos legais (art. 489, § 1º, do CPC, e art. 315, § 2º, do CPP) tratar-se-iam de normas impróprias por objetivarem a imposição de algo que não pode ser alcançado? A resposta para tal pergunta deve ser necessariamente negativa!

²²⁵ TOVAR, Leonardo Zehuri, op. cit., p. 371.

²²⁶ Antes da sanção do texto do novo Código de Processo Civil, a Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) solicitaram à então presidente Dilma Rousseff que fosse vetado o art. 489, §§ 1º, 2º e 3º, por considerar que os dispositivos legais trariam grande impacto negativo à independência funcional e pessoal do magistrado, bem como à gestão do acervo de processos e à razoável duração. Vide LOURENCINI, Antônio Rogério; COSTA, Yvete Flávio da. **O conteúdo mínimo da fundamentação das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito UFPR: Curitiba, v. 63, n. 1, abr. 2018, p. 162. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/56981>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

²²⁷ LIMA, George Marmelstein, op. cit., p. 250.

Ora, o grande número de processos tramitando no judiciário e, conseqüentemente, o volume excessivo de trabalho dos magistrados, ao lado da necessidade de atender-se às exigências da celeridade processual, não são óbices à efetiva aplicação do art. 315, § 2º, do CPP, e do 489, § 1º, do CPC/2015, este último aplicado por analogia no âmbito do processo penal. E isso porque as normativas não exigem do magistrado decisões prolixas a partir da exposição de argumentações exaustivas, que poderiam demandar mais tempo e infinitamente mais trabalho.

Decisões concisas não correspondem, necessariamente, a decisões não fundamentadas. A exposição circunstanciada, mesmo que sucinta, dos elementos de informação e do processo de valoração sobre eles desenvolvidos para se chegar à conclusão de que há materialidade delitiva, por exemplo, já bastaria para suprir a carga argumentativa inerente ao dever de fundamentação nesse particular.

A exigência constitucional de fundamentação não demanda justificações prolixas, extensas. Uma decisão sintética, concisa, pode – ainda assim – ser uma decisão completa, sob o aspecto de sua justificação.

É pertinente observar que algumas motivações prolixas, extensas, repletas de malabarismos argumentativos e reviravoltas dialéticos, não só resultam pouco compreensíveis e pouco racionais, senão podem se desvelar como uma verdadeira cortina para encobrir alguma arbitrariedade.²²⁸

Daí considerar que as críticas em torno do dever de fundamentação decorram de uma equivocada compreensão das exigências constitucionais e infraconstitucionais nesse sentido.

²²⁸ ABELLÁN, Marina Gascón, op. cit., 2010, p. 203. Pode-se comparar a fundamentação da decisão judicial com a escovação dental. Não é o tempo de escovação nem a quantidade de creme dental que determina a suficiência e o melhor resultado da atividade. Com efeito, é preciso considerar que o excesso de tempo pode resultar no desgaste do esmalte do dente e comprometer a saúde da gengiva. Demais disso, se utilizado em grande quantidade, o creme dental pode provocar a abundância de espuma, capaz de nos enganar, por vezes, com uma falsa sensação de limpeza, e até gerar doenças (em decorrência do excesso do produto). Os fatores “tempo” e “creme dental” devem, portanto, ser dosados, sob pena de prejudicar a saúde bucal. Por sua vez, a exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais não demanda demasiado tempo (ao menos, não mais do que o tempo suficiente e necessário para expor as razões da decisão, ainda que de maneira concisa e sintética), tampouco carece de fartas e profusas argumentações. Se o magistrado despender excessivo tempo para justificar sua decisão pode acabar desatendendo a critérios de urgência e de celeridade processual. N’outro giro, a motivação que se vale de argumentos prolixos e extensos pode gerar confusão e, por vezes, mascarar incoerências e arbitrariedades. Tanto na escovação, como na fundamentação da decisão judicial, exige-se o emprego de uma atividade “cautelosa”, que segue um “método”, isto é, uma atividade desenvolvida por meio de um procedimento, a evitar-se um revés que dela possa decorrer. Ambas são tarefas que não podem ser empreendidas de qualquer jeito, sem rumo.

Não há conflito entre o dever de fundamentação das decisões judiciais e a celeridade processual. Ambos preceituados pelo nosso ordenamento jurídico, o dever de fundamentação da decisão judicial, a partir do estabelecimento de um ônus argumentativo mais robusto ao julgador, e, por outro lado, a imposição de celeridade e de duração razoável do processo podem ser igualmente atingidos e contemplados, sem que, para tanto, tenha-se de renunciar a um deles.

A racionalidade demanda cautela do magistrado. No âmbito do processo penal, isso se faz ainda mais evidente, mas não significa suplantar a exigência de urgência decorrente de alguma situação em concreto. O magistrado pode se valer de uma decisão racional e, por isso, suficientemente justificada, sem desatender à celeridade processual. O magistrado pode atuar com a prudência e a cautela necessárias, sem que isso afaste a necessidade de conferir eventual celeridade à demanda. Não há contrastes necessários.

Ainda que assim não fosse, as exigências constantes da nova redação conferida ao art. 315, § 2º, do CPP, aplicáveis a todas as medidas cautelares penais, parecem ser o mínimo exigido para que o julgador se desincumba do seu ônus argumentativo, dever este que é absolutamente inerente ao devido processo legal. Eventual preocupação com o atendimento à celeridade processual, portanto, jamais poderia mitigar a regra da fundamentação das decisões judiciais, a qual se desvela, na prática, como máxima garantia individual.

2.3.5 A tutela cautelar penal e o dever de fundamentação (reforçada?)

A decisão que decretar, denegar, substituir, prorrogar ou revogar providência cautelar penal deve ser sempre fundamentada.

Com efeito, no âmbito da tutela cautelar penal, está em causa a possibilidade de concretização de um provimento jurisdicional com um forte conteúdo restritivo, frente aos direitos fundamentais da pessoa do investigado ou acusado.

É certo que a tutela cautelar penal demanda um juízo de mera probabilidade para fins de análise da (in)aplicação de quaisquer das medidas cautelares penais. Nada obstante, não é porque a tutela cautelar envolve juízos probabilísticos, desenvolvidos em nível de cognição sumária, que as decisões judiciais que deferem ou indeferem providências cautelares não carecem da devida fundamentação.

Para os fins do presente trabalho, portanto, deve-se consignar que o dever de fundamentação dos provimentos jurisdicionais de modo algum é mitigado em relação à tutela cautelar penal.

É bem verdade que, na prática forense, não é incomum deparar com decisões cautelares desprovidas da devida fundamentação.²²⁹ Ainda, reconhece-se que parte da doutrina (mesmo que minoritária) considera a possibilidade de mitigação do dever de fundamentação, quando da decisão cautelar, ante a urgência decorrente de eventual situação em concreto.²³⁰

Contudo, só uma decisão explicitamente motivada, com sustento em razões jurídicas e de fato, pode justificar a restrição de direitos inerente às providências cautelares.²³¹

O especial conteúdo das decisões cautelares não as exime de um quadro de justificação comum às demais decisões judiciais. A sindicabilidade do juízo empreendido pelo julgador só é possível mediante a fundamentação. E, como se viu, a função do dever de fundamentação é permitir o controle da racionalidade das decisões judiciais e, em última análise, evitar o arbítrio. Por que, então, haveria de ser diferente quanto às decisões cautelares penais?

Há quem defenda, de outra banda, a existência de um dever de fundamentação “reforçada”, ou “qualificada”, no âmbito da tutela cautelar penal. Para tanto, considera-se justamente o caráter eminentemente restritivo das providências cautelares e o ambiente em que elas são decretadas, geralmente desprovido de contraditório.

Nas palavras de Geraldo Prado:

Neste contexto, por exemplo, decisões judiciais de decretação das interceptações telefônicas e as de prorrogação da extensão da medida orientam-se por um princípio de fundamentação reforçada. A fundamentação reforçada inerente às decisões do gênero, como justificativa da resolução adotada, necessariamente deve mencionar os elementos probatórios em sentido lato que estabeleçam o vínculo entre a medida excepcional e um caso concreto, além da pertinência subjetiva e o caráter subsidiário da providência cautelar.²³²

A despeito de compartilhar das premissas estabelecidas pelo autor, entende-se não haver propriamente a exigência de uma fundamentação “reforçada” no âmbito da tutela cautelar penal. E isso porque não há se falar em decisão mais ou menos fundamentada. Ou a decisão se desvela fundamentada, ou não. O preceito constitucional demanda uma fundamentação suficiente, nem mais, nem menos, independentemente do conteúdo da decisão.

O reforço, a nosso entender, seria em relação à atenção e à cautela do magistrado, quando do juízo cautelar. Partindo-se do pressuposto de que, em razão da urgência, muitas

²²⁹ Essa problemática será devidamente abordada no capítulo seguinte.

²³⁰ Conforme anotação de Larissa Leite: “tratando-se de provimentos de emergência, em primeiro lugar, a decisão cautelar é produto de justificada diminuição do contraditório, da ampla defesa, do dever de fundamentação e de outras garantias processuais” (LEITE, Larissa, op. cit., p. 115).

²³¹ LOPES, José Antônio Mouraz, op. cit., p. 294.

²³² PRADO, Geraldo, op. cit., p. 146.

decisões são proferidas sem oportunizar o contraditório prévio, com limitação, pois, do campo de cognição, exige-se do julgador uma maior precaução na sua análise, especialmente quanto à delimitação dos fatos e às prognoses desenvolvidas em seu juízo. Sem falar do conteúdo restritivo de tais decisões, a demandar, por igual, uma cautela “qualificada” do julgador. E isso com a máxima finalidade de evitar erros, especialmente aqueles que envolvem às questões fático-probatórias, que, naturalmente, têm efeitos nefastos.

Invariavelmente, será absolutamente nula a decisão que deferir medida cautelar sem a devida motivação.

3. PROPOSTA DE MODELO LÓGICO-RACIONAL PARA A ESTRUTURAÇÃO DE UMA DECISÃO CAUTELAR

3.1 Pressupostos necessários

Fez-se até aqui uma exposição sintetizada, porém sistemática, da tutela cautelar penal, perpassando por sua definição e, após, pelas características, pressupostos e princípios comuns a toda e qualquer medida cautelar penal.

Ainda, expôs-se criticamente o juízo empreendido no âmbito da tutela cautelar, especialmente no tocante à matéria de fato, analisando-se todos os contextos probatórios (da instrução, valoração, decisão e justificação), com ênfase neste último, notadamente por encontrar correspondência na garantia constitucional de motivação das decisões judiciais, a qual, por sua vez, apresenta particulares contornos e problemáticas, que demandam especial atenção.

Neste capítulo, apresentar-se-á uma proposta de modelo lógico-racional para a estruturação de uma decisão cautelar penal. Antes, porém, cabe estabelecer alguns pressupostos necessários para o seu desenvolvimento. Vejamos.

(i) Lógica e racionalidade.

Com efeito, a decisão cautelar comporta uma cadeia de raciocínios e operações lógicas em torno das questões de direito e, especialmente, das questões fático-probatórias.

No tocante à matéria de fato, especificamente, a atividade de julgar envolve raciocínios um tanto complexos, condicionados à qualidade e à quantidade de elementos de informação e das hipóteses fáticas a serem confirmadas. Decidir demanda um raciocínio inteligível, empreendido por meio de operações mentais discursivas e lógicas, intersubjetivamente verificáveis, no sentido de alcançar um conhecimento aferível, que, no

processo, corresponderia à verdade (compreendida em seu sentido aproximativo) de determinada alegação de fato.

Para Toulmin, “a lógica não diz respeito ao modo como inferimos, nem às questões de técnica; ela se move, em primeiro lugar, por um interesse retrospectivo, justificativo – com os argumentos que podemos apresentar depois, provamos que são aceitáveis as conclusões a que já chegamos, porque nos mostramos capazes de justificar nossas conclusões”.²³³

A lógica ocupar-se ia da solidez dos fundamentos empregados na decisão, em caráter eminentemente justificativo, a sustentar as alegações e as conclusões adotadas pelo julgador, tornando-as aceitáveis por parte da sociedade e, principalmente, pelas partes envolvidas no processo.²³⁴

Assim, o raciocínio do julgador deve ser coerente e intersubjetivamente justificável. É dizer, as operações intelectuais desenvolvidas pelo julgador devem demonstrar coerência e, posteriormente, precisarão ser motivadas (para fins de viabilizar o seu controle).

Na atividade probatória, pois, as inferências – consistentes em operações intelectuais que conectam determinados elementos de juízo a determinadas hipóteses de fato – devem ser desenvolvidas conforme padrões lógicos.

A racionalidade, por sua vez, demanda cautela no desenvolvimento do raciocínio empreendido pelo magistrado, precipuamente quanto às inferências probatórias, de modo a evitar conclusões precipitadas que possam vir a ser desconexas dos elementos de informação, os quais servem, invariavelmente, de premissa e, portanto, de limite para o raciocínio do julgador quando de sua atividade valorativa.

Afirmou-se, anteriormente, ser livre e discricionária a tarefa de valoração do julgador. Nada obstante, tal liberdade é subordinada a critérios que atendem à lógica e, por assim, à racionalidade, a afastar-se, desta feita, de concepções unicamente subjetivistas do julgador quando de sua decisão.

Com efeito, a decisão deve sobrevir colada à prova disponível nos autos, que se apresenta como verdadeiro limite à atuação do magistrado. E a sua construção deve respeitar um método racional (ainda que não normativo), o qual viabiliza o controle do raciocínio empreendido pelo julgador e, bem assim, dos motivos expostos como razões de decidir.

²³³ TOULMIN, Stephen Edelston, op. cit., p. 8.

²³⁴ Ibid., p. 9.

O modelo a ser proposto tem por escopo a decisão cautelar penal, porquanto ato de poder que pode resultar, naturalmente, na restrição de direitos fundamentais da pessoa do investigado ou acusado. Daí exigir-se a observância de critérios lógicos e racionais.

Nesse particular, insistir na logicidade e na racionalidade da decisão judicial não significa renunciar à necessidade de atendimento a critérios lógicos e racionais por parte das manifestações produzidas pelos demais envolvidos no processo (que não o julgador).

Todas as partes interessadas no processo têm responsabilidades discursivas. A natureza dialética do processo não permite monólogos ou manifestações genéricas, completamente alheias às particularidades do caso concreto. Demais, as partes precisam se fazer entender, a partir de argumentos coerentes e discursos lógicos, racionais, sob pena de ver prejudicada a esmerada análise de suas pretensões.

A considerar a inércia do Poder Judiciário, a regra é haver um requerimento formal a partir do qual se dá início ao procedimento cautelar. Assim, uma decisão judicial só pode ser analisada e criticada dentro de um contexto específico, à luz dos pedidos e dos argumentos apresentados pelas partes envolvidas no processo, e, ainda, do material probatório existente nos autos.

A título exemplificativo, não é lógico, tampouco racional, o Ministério Público sustentar – em suas argumentações – a inexistência de indícios de materialidade e de autoria delitivas e requerer a prisão preventiva da pessoa do investigado ou acusado.

No ambiente processual, as partes (Ministério Público, autoridade policial, vítima e investigado/acusado) devem respeitar as regras do discurso racional, valendo-se de argumentos lógicos e de pedidos possíveis, a fim de evitar ruídos de comunicação que, em última análise, podem prejudicar o esmerado desenvolvimento do procedimento cautelar.

A decisão judicial é fruto de uma construção dialética, dialogal, sustentada e limitada pelos pedidos e argumentos lançados nos autos e, essencialmente, pelos elementos de juízos disponíveis. Nesse contexto, a lógica e a racionalidade teriam alcance sobre todas as manifestações processuais.

(ii) A problemática em torno do raciocínio probatório e da determinação dos fatos.

Na tutela cautelar penal, cuja instrumentalidade está voltada para a persecução penal principal, a decisão judicial carece da verificação de uma ou mais hipóteses formuladas pela parte interessada (Ministério Público, autoridade policial ou vítima), à luz da prova disponível.

Desta feita, saber se determinada alegação de fato é verdadeira ou falsa demanda a esmerada análise e valoração dos elementos de informação constantes dos autos. É a partir da prova, portanto, que o magistrado realizará o julgamento sobre os fatos, chegando-se à conclusão sobre a verdade ou não de determinada hipótese.²³⁵

Nada obstante, a atividade probatória e, bem assim, de determinação dos fatos pode se desvelar um tanto problemática. E isso decorre de uma série de motivos. A uma, porque não há nada (ou quase nada) no ordenamento jurídico que dê conta de como o magistrado deve valorar a prova. A duas, porque prova é um tema pouquíssimo estudado nos cursos de direito Brasil afora; o magistrado brasileiro não raras as vezes não teve suficiente contato com as atividades de instrução e de valoração probatórias até a oportunidade em que se vê investido no cargo. A três, porque se vê poucos esforços sistemáticos despendidos pela doutrina pátria no sentido de oferecer um método normativo para o raciocínio probatório. A quatro, e finalmente, porque é no raciocínio probatório que o magistrado alcança o ápice de sua discricionariedade, sendo livre a sua atividade de valoração.

Para a formulação do modelo de decisão cautelar, parte-se, pois, do pressuposto de que a determinação dos fatos, (ir)relevantes e/ou (não) provados, não é tarefa simplória, intuitiva, e que desmerece maiores atenções por parte da doutrina; ao contrário, o raciocínio probatório, que desemboca na fixação dos fatos, é um raciocínio um tanto complexo, e de suma importância para a correção da decisão. Para concluir-se nesse sentido, basta considerar que não há consequência jurídica sem fato determinado. E que – por consectário lógico – a incorreção na determinação dos fatos implica na incorreção na aplicação da consequência jurídica. O componente fático (e o seu devido acertamento) é deveras importante para a aplicação do direito, e não poderia ser diferente.

Toda e qualquer decisão judicial demanda correção não só quanto à determinação normativa, mas, por igual, quanto à determinação dos fatos.

Daí o modelo não se restringir, mas dar especial ênfase à particular questão fático-probatória, a considerar que a racional valoração dos elementos probatórios apresentados ao caso concreto mostra-se atividade fundamental para a esmerada determinação dos fatos e, conseqüentemente, para o correto embasamento de uma decisão que defere ou indefere o requerimento de uma medida cautelar penal.

²³⁵ Sobre a “verdade”, ver considerações tecidas no item 2.1 *supra*.

(iii) Possibilidade de treinamento do raciocínio.

Para a proposição do modelo de decisão cautelar penal, parte-se do pressuposto de que a atividade cognitiva desenvolvida pelo julgador pode ser objeto de aprimoramento em decorrência de treinamento.

Nesse particular, Erica Beecher-Monas entende que:

“Training in reasoning dramatically improves performance. People can be taught to think correctly and to retain this knowledge. People are capable of sound reasoning if the information is presented to them correctly”.²³⁶

Intenta-se, pois, com o modelo, disponibilizar um método, um procedimento, que permita condicionar logicamente o raciocínio que deve ser empreendido pelo magistrado, evitando-se decisões atalhadas e/ou distantes dos elementos de informação que limitam e dão sustento ao campo de cognição do julgador. E isso porque compreende-se ser possível treinar o raciocínio, ajustando e aprimorando o processo de aquisição e de uso de determinados conhecimentos.

Condicionado a um procedimento racional-argumentativo, o julgador pode diminuir em muito a incidência de decisões enviesadas, no mais das vezes tomadas de forma açodada. Munido de um ferramental metodológico, o julgador poderia se ver mais preparado para, em virtude das informações à sua disposição, tomar uma decisão correta, sob o ponto de vista racional.

Afinal, a decisão não é um ato intelectual isolado e tampouco arbitrário. Insiste-se: as operações inferenciais empreendidas pelo julgador devem ser pautadas na lógica e, sempre, justificáveis.

(iv) O sistema jurídico vigente.

A proposta de modelo de decisão cautelar penal considera o ordenamento jurídico brasileiro em vigência, sem pretensões de alterá-lo. Para tanto, considerar-se-ão todas as normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes que estabelecem: i) o dever de fundamentação; ii) os direitos fundamentais do cidadão (direito à liberdade e à propriedade, por exemplo); iii) os pressupostos cautelares; iv) os níveis de suficiência probatória; v) a regra da presunção de inocência etc.

Não há, pois, com o presente trabalho, qualquer pretensão de alterar o sistema normativo em vigor. Parte-se da premissa de que os objetivos almejados com a proposição do

²³⁶ BEECHER-MONAS, Erica. **Evaluating scientific evidence: an interdisciplinary framework for intellectual due process.** New York: Cambridge University Press, 2007, p. 22.

modelo podem ser alcançados sem a modificação do ordenamento jurídico (o que não significa dizer, conquanto, que não haja a necessidade de ajustes na esfera legislativa).

Oportunamente, convém chamar a atenção para duas recentes normativas que têm implicação direta nas decisões cautelares penais.

A primeira delas diz respeito às disposições constantes da Lei Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), mais precisamente no bojo dos arts. 9º e 36:

Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:

I - relaxar a prisão manifestamente ilegal;

II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;

Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

De ambos os dispositivos legais, observa-se hipóteses de crime de abuso de autoridade, puníveis com pena de detenção de 01 (um) a 04 (quatro) anos e multa, cujo sujeito ativo é o próprio magistrado.

O art. 9º estabelece situações em torno das medidas cautelares de natureza pessoal; se a decisão do julgador se apresentar em desconformidade com o ordenamento jurídico, poderá insurgir hipótese de punição pelo cometimento do crime de abuso de autoridade. N'outro giro, o art. 36 faz referência às medidas constritivas patrimoniais, aplicáveis no campo da tutela cautelar penal, sendo que, se decretadas em excesso (ou não reconsideradas, quando identificado o excesso), o magistrado poderia incorrer no crime de abuso de autoridade. Em todo caso, por certo, para restar configurado o delito, far-se-ia imprescindível a presença do dolo.

Com a Lei de Abuso de Autoridade, reformou-se, ainda, o art. 10, da Lei de nº 9.296/1996, cuja redação ora se transcreve:

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no caput deste artigo com objetivo não autorizado em lei.

A norma dispõe ser crime a autorização, por parte do magistrado, de interceptação telefônica com objetivos não autorizados em lei. Eis mais uma hipótese legal que condiciona explicitamente a atuação da autoridade judicial no âmbito da tutela cautelar penal (afinal, a interceptação telefônica trata-se de meio de obtenção de prova com nítidos contornos cautelares) – inclusive com a previsão de tipo penal em caso de eventuais desajustes e arbitrariedades.

De outra banda, tem-se que a famigerada Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019) alterou o Código de Processo Penal brasileiro para fazer constar a figura do juiz das garantias, autoridade judicial que seria responsável pelo controle da legalidade e pela salvaguarda dos direitos individuais no âmbito da investigação criminal.

Nos termos do art. 3º-B, do CPP, caberia ao juiz das garantias decidir sobre: i) o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar (art. 3º-B, V); ii) a prorrogação da prisão provisória ou de outra medida cautelar, ou a sua substituição ou revogação (art. 3º-B, VI); iii) o requerimento interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação (art. 3º-B, XI, a); iv) o requerimento de afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico (art. 3º-B, XI, b); v) o requerimento de busca e apreensão domiciliar (art. 3º-B, XI, c); vi) o requerimento de acesso a informações sigilosas (art. 3º-B, XI, d); vii) o requerimento de outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado (art. 3º-B, XI, e).

O art. 3º-C, *caput* e § 2º, do CPP, dispõe que a competência do juiz das garantias cessa com o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sendo que as decisões cautelares adotadas por ele não vinculam o juiz da instrução e julgamento, a quem caberá reexaminar a necessidade das providências decretadas.

Com implicação direta na atuação do julgador no âmbito da tutela cautelar penal, ambos os dispositivos inseridos no texto do Código de Processo Penal (arts. 3º-B e 3º-C), dentre outros que dispõem sobre a implantação do juiz das garantias, estão com sua eficácia suspensa, todavia, por força de decisão liminar proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, nos autos da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de nº 6299.

(v) A imparcialidade e a responsabilidade do julgador.

Para a proposta de um modelo racional de decisão, deve-se presumir a

imparcialidade e a responsabilidade do julgador. Quer dizer, pressupõe-se que a autoridade judicial decidirá sobre o deferimento ou indeferimento de uma medida cautelar penal com a imparcialidade e a isenção necessárias, bem como com a responsabilidade e o comprometimento do ponto de vista da correção e da justiça de sua atuação.

Não há nada que autorize partir de premissa diversa, ainda que se possa considerar a existência de julgadores que desprezam as “regras do jogo”, desonestos e sem qualquer comprometimento com a correção e a justiça de suas decisões.

Ora, aquele que despreza as diretrizes e as orientações normativas (constitucionais e infraconstitucionais) simplesmente desconsiderará qualquer regramento e condição sugestivos no seu agir, no sentido de dele exigir um compromisso de coerência e racionalidade. Esse magistrado já, naturalmente, destoa do comportamento que deveria assumir diante do seu cargo, sendo certo que de nada adiantaria sugeri-lo um modelo racional de decisão, se por ele seria peremptoriamente ignorado.

(vi) A sobrecarga do Poder Judiciário brasileiro.

Reconhece-se o grande número de processos tramitando no judiciário brasileiro e, conseqüentemente, o volume excessivo de trabalho dos magistrados.

Despeito de tais fatos não serem motivos para autorizar atropelamentos a quaisquer garantias individuais, tem-se, por outro lado, que não desvelam problemática diminuta, irrelevante.

Assim, para a proposição de modelo racional de decisão cautelar, a qual, naturalmente, demanda uma atuação mais célere do Poder Judiciário, parte-se do pressuposto de que os magistrados brasileiros têm um acervo elevado de processos; uns mais que os outros, evidentemente, mas todos com significativa carga de trabalho.

(vii) O fenômeno da cautelarização do processo penal.

Já fora anunciado no início deste trabalho que, em todas as áreas de jurisdição, cada vez mais, vem despontando a necessidade de antecipação dos pronunciamentos judiciais.

Com o resultado definitivo do processo distante no tempo, e diante das exigências de imprimir razoável celeridade processual, é natural que a tutela antecipada (na esfera cível) e a tutela cautelar (nas esferas cível e penal) ganhassem maior prestígio.

No campo do processo cível, é bastante comum nos depararmos com ações que comportam pleitos de antecipação da tutela jurisdicional (o mais raro, quiçá, seja realmente a

ausência de qualquer pretensão antecipatória). No processo penal, por sua vez, a antecipação das respostas processuais se dá por meio da tutela cautelar.

O fenômeno da “cautelarização” do processo penal, portanto, é uma realidade inevitável. E é preciso que se parta desse pressuposto para melhor compreender e criticar o sistema penal brasileiro.

As medidas cautelares têm, sem sombra de dúvidas, utilidade ímpar para o processo penal, porquanto permitem compatibilizar o necessário acautelamento de determinados riscos, com a conseguinte garantia do resultado útil do processo, sem que, para tanto, haja a antecipação do seu mérito. Nada obstante, o encantamento com tal discurso é preciso ser contido diante do fato de que a valoração da urgência, no processo penal, não raramente conduz a uma tendência de derrogação dos direitos e das garantias individuais.²³⁷

É, justamente, sob a égide do discurso fácil da celeridade que o processo penal, especialmente no campo da tutela cautelar, adquire feição por demais perigosa aos direitos fundamentais da pessoa do investigado ou acusado.²³⁸

(viii) O caráter restritivo das medidas cautelares penais.

As medidas cautelares penais, em maior ou menor grau, representam uma invasão, do Estado, à esfera particular do investigado ou acusado. Quanto a isso não se pode ter quaisquer dúvidas. É bem verdade que a providência cautelar pode ser justificada e, então, legítima, mas, ainda assim, corresponderia a uma restrição a direitos individuais, com a agravante particularidade de que é materializada, por vezes, de forma prematura (sem a necessidade de aguardar-se o desfecho do processo penal principal).

André Nicolitt, em posicionamento mais extremado, aponta que:

É no campo das medidas cautelares penais que encontramos a mais agressiva forma de intervenção do Estado na esfera individual, pois nesta seara encontramos a prisão cautelar que é, sem sombra de dúvida, mais agressiva que a própria prisão pena.

Isso porque a pena pressupõe o desenvolvimento do devido processo legal que conduziu a uma análise de mérito coberta pela coisa julgada. Por outro lado, a prisão cautelar, submete a pessoa humana ao mesmo sofrimento, em caráter provisório, sumário, sem um juízo de certeza, sem que tenha havido o esgotamento do devido processo legal.

Da mesma forma, as demais medidas cautelares também afetam severamente a esfera individual, agredindo o direito de ir e vir e até mesmo o patrimônio do indiciado ou acusado, sem que haja a consumação de todas as etapas que legitimam a privação da

²³⁷ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 341.

²³⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 16, n. 188, jun. 2008, p. 11.

liberdade ou dos bens.²³⁹

Certo é que as consequências das decisões cautelares, na esfera individual, são, invariavelmente, restritivas, aflitivas. Essa afirmação deve servir de premissa para o desenvolvimento do modelo racional de decisão cautelar, mas, igualmente, de norte para o ato de decisão, a exigir cautela por parte do magistrado. O caráter restritivo das providências cautelares deve sempre guiar o julgador.

Crítérios de urgência e de celeridade, somados às próprias particularidades da tutela cautelar penal, dão ensejo a um ambiente propício à vulneração a direitos e a garantias fundamentais. Uma prognose errada pode ter um efeito nefasto na vida do cidadão envolvido no processo. A gravidade das consequências jurídicas não permite que o julgador decida sem uma cautela mínima devida (sem que tal exigência, porém, comprometa o alcance da celeridade).

3.2 Objetivo

De proêmio, é preciso consignar que o modelo de decisão cautelar a ser proposto não é exaustivo e, por evidente, não é vinculativo, senão meramente sugestivo.

Essencialmente, o objetivo do modelo é auxiliar no alcance e na verificação da racionalidade do juízo empreendido pelo julgador no âmbito da tutela cautelar penal, quando do deferimento ou do indeferimento de providência dessa natureza. A racionalidade demanda justificação e, por isso, o modelo também poderá ser útil para alcançar e aferir a suficiência da fundamentação da decisão judicial.

A justificação, interna e externa, da decisão judicial é o que lhe confere, realmente, legitimidade. Demais, além de legítimo, espera-se, decerto, que o pronunciamento judicial também seja justo.

Nesse particular, traz-se à baila os ensinamentos de Gustavo Badaró, quando afirma que o resultado do processo penal, para ser legítimo e justo, deve observar três fatores concorrentes, quais sejam: “um correto juízo fático, com vistas à reconstrução histórica dos fatos imputados; um correto juízo de direito, com uma acertada interpretação da lei e aplicação da norma aos fatos; e, por fim, o funcionamento do instrumento processual, respeitando direitos e garantias das partes, com estrita observância do rito legal”.²⁴⁰

²³⁹ NICOLITT, André Luiz, op. cit., p. 37.

²⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2018, p. 45-46.

Sendo assim, pode-se afirmar que o presente trabalho, ao sugerir modelo propositivo de decisão cautelar, também almeja, em última análise, contribuir de alguma maneira para a redução de erros judiciais, conduzindo a pronunciamentos (mais) justos, na medida em que visa à correção dos juízos de fato e de direito e, bem assim, à observância absoluta de todas as garantias processuais da pessoa do investigado ou acusado.

É certo que inexiste uma forma-padrão de racionalidade e de argumentação da decisão judicial. Sem embargo, entende-se que o modelo poderá se revelar um ferramental útil para o controle das decisões judiciais proferidas no âmbito da tutela cautelar penal. E, para viabilizar tal controle, estima-se adequado um modelo que permita a construção de prescrições sobre o conhecimento adquirido no âmbito processual e a sua devida justificação.

É dizer, a partir do modelo de decisão cautelar penal, deve-se estabelecer um procedimento ordenado, previsível e confiável para garantir minimamente a racionalidade do pronunciamento judicial, especialmente no tocante às questões de fato, desde o ingresso dos elementos de informação no processo até a sua posterior justificação, de modo a permitir o exame de todas as inferências lógicas empreendidas pelo julgador.

O modelo deve permitir a análise dos critérios de admissão probatória, da solidez das inferências, da interpretação e da aplicação dos standards de prova e da justificação de todas as conclusões obtidas ao cabo do juízo. Com efeito, a atividade probatória carece de um procedimento que permita a racionalização *a posteriori* da decisão.

Para Gustavo Badaró, se os juízes têm feito um mau uso do seu “livre convencimento”, o remédio não será eliminar esse princípio de valoração livre, mas estabelecer e aplicar mecanismos racionais e procedimentais que possam assegurar um bom uso da discricionariedade das escolhas feitas na valoração da prova.²⁴¹ E a necessidade de estabelecer e aplicar mecanismos racionais e procedimentais se estende a todos os contextos e momentos probatórios.

O julgador, portanto, deve seguir um roteiro mínimo de justificação. O modelo permite-lhe isso, além de partir de uma perspectiva de proteção aos direitos fundamentais do indivíduo, que apregoa a cautela, a precaução, antes da decretação de uma medida veementemente restritiva.

A cautela empregada no modelo é implícita. Assim, observando-se o modelo, o

²⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2019, p. 84.

pronunciamento judicial haverá de ter sido obtido a partir de um filtro metodológico e, portanto, cauteloso. Se adequado ao modelo, não poderá ser considerado açodado ou imprudente o juízo empreendido pelo julgador.

Os elementos de informação e as percepções cognitivas deles decorrentes devem ser submetidos a um procedimento, a um filtro de racionalidade. Para Robert Burton, “processar leva tempo. Uma palavra talvez não seja decifrada de início; só o avanço do discurso a esclarece”.²⁴² Intuições e compreensões absolutamente subjetivas do julgador, sob o aspecto racional, e no ambiente do processo penal, por si só, não têm valor. Claro, uma hipótese que sobreveio de uma intuição ou de um mero palpite do julgador pode ser confirmada racionalmente se, após o devido crivo procedimental, sobreviver. As conclusões devem, em todo caso, ser submetidas e enfrentadas dentro dessa moldura de corroboração lógica (à luz dos elementos de informação constantes dos autos) e de racionalidade.

No raciocínio probatório desenvolvido no âmbito do processo penal (não só na esfera cautelar, mas sobretudo), convém manter uma atitude cautelosa, pois as premissas das quais partem as inferências podem ser falsas e levar o julgador a adotar, por consectário lógico, conclusões igualmente falsas. E tal postura não corresponde a uma atitude despreocupada com as exigências de celeridade processual; apenas não se pode, por critérios de urgência, aceitar-se o desenvolvimento de um raciocínio descompromissado com o escoreito acertamento dos fatos e complacente com eventuais desajustes à luz da normativa aplicável.

A considerar o exposto, o modelo a ser proposto pode ter serventia para todos os operadores de direito como instrumental útil para o controle da racionalidade da decisão judicial, na medida em que auxilia a compreender, a reconstruir e a criticar o juízo empreendido pelo magistrado.

3.3 Justificativa

Apresentados os pressupostos necessários para o desenvolvimento do modelo de decisão cautelar penal, bem como o seu objetivo, faz-se imperioso justificá-lo. É saber, o que, exatamente, fundamenta o modelo a ser apresentado? E quais os verdadeiros motivos para a sua proposição?

Em linhas gerais, pode-se dizer que o que justifica a proposição de um modelo de decisão cautelar penal são as problemáticas práticas que dão conta do não raro desrespeito à

²⁴² BURTON, Robert. A, op. cit., p. 100.

estrutura garantística estabelecida em nosso ordenamento jurídico, seja em razão: i) da inobservância dos pressupostos cautelares; ii) da falta de racionalidade na determinação dos fatos e no juízo prognóstico; iii) da despreocupação com as garantias processuais; iv) ou, final e precipuamente, da deficiência na fundamentação das decisões judiciais que deferem ou indeferem medidas cautelares.

Mas o que nos autoriza a concluir pela existência de tais problemas?

Bem. A resposta encontra-se nos campos doutrinário, legislativo e jurisprudencial. Vejamos.

A despeito do caráter excepcional das medidas cautelares, por representarem verdadeira invasão a direitos fundamentais do indivíduo (liberdade, propriedade, privacidade etc.), não raras são as decisões que decretam medidas de natureza cautelar sem a esmerada observância dos pressupostos e requisitos constantes de nosso ordenamento jurídico, o que se atribui, em significativa medida, a dificuldades na esmerada determinação dos fatos e, bem assim, na valoração do conteúdo probatório, cumuladas, por outro lado, com a aparente ânsia de boa parte dos magistrados de, através do processo penal, dar respostas rápidas e efetivas a problemas atinentes à criminalidade.

O desrespeito à estrutura de garantias constitucional – que protege a liberdade, os direitos à propriedade e à privacidade, e preceitua o devido processo legal, conforme já explicitado alhures – pode ser identificado, a título exemplificativo, em decisões judiciais que: i) decretam prisão provisória, quando suficientes, para alcançar a finalidade perseguida, medidas outras menos gravosas; ii) decretam prisão provisória em casos de investigação de delito que, a partir de um razoável juízo de prognose, sequer comportaria pena prisional em regime fechado; iii) decretam prisão provisória em hipóteses nas quais, nitidamente, a pessoa do investigado ou acusado faria jus à medida alternativa menos gravosa (ex.: mulher gestante investigada pela prática de furto simples em um supermercado da sua cidade); iv) decretam a medida cautelar patrimonial de sequestro sobre bens adquiridos em data anterior ao cometimento do crime objeto de investigação; v) determinam a constrição patrimonial total e genérica da propriedade da pessoa do investigado ou acusado; vi) deixam de revogar a medida (ou substituí-la por uma menos gravosa), quando diante de circunstâncias que assim autorizam, ou o fazem de maneira tardia; vii) decretam medidas cautelares quando não presentes os pressupostos para tanto; viii) desconsideram o contraditório prévio, mesmo quando viável; ix) não apresentam fundamentação adequada etc.

Oportunamente, registra-se que não se ignora a possibilidade de decisões que indeferem requerimentos de medidas cautelares penais apresentarem-se defeituosas, sob o ponto de vista racional, ou mesmo equivocadas. Apenas considera-se mais preocupante a inadequação de decisões judiciais que deferem medidas cautelares, à luz da dogmática constitucional, que emprega uma série de garantias individuais e, por conseguinte, limita a atuação do Estado, e naturalmente em virtude do caráter restritivo de tais medidas.

Aury Lopes Jr. ratifica a problemática ora apresentada, ao tratar dos requisitos e dos pressupostos legais das medidas cautelares patrimoniais:

Incumbe ao acusador demonstrar, efetivamente, o risco de dilapidação do patrimônio do imputado, com a intenção de fraudar o pagamento da indenização decorrente de eventual sentença condenatória. Essa prova, em geral, não é feita, e os juízes e tribunais, desprezando o imenso custo que representa tal medida, a decretam sem o necessário rigor na análise do *fumus commissi delicti* e do *periculum in mora*.²⁴³

Nefi Cordeiro e Antonio Carlos Alves Linhares, na mesma linha, criticam o fato de frequentemente serem decretadas prisões cautelares, sob a justificativa de receio de fuga, porém, “sem vinculação fática, ou por qualquer fundamento imaginável que ao magistrado possa justificar riscos às investigações”.²⁴⁴

Para Larissa Leite, haveria uma forte recorrência à decretação da medida cautelar sem a audiência da parte atingida, assim como uma considerável leniência quanto à imprescindibilidade da demonstração concreta da necessidade de restrições de ordem patrimonial.²⁴⁵ Aqui, pois, a autora não só critica o descrédito da garantia do contraditório, como traz à baila a não rara condescendência do Poder Judiciário para com a exigência da presença dos pressupostos cautelares.

Finalmente, a reconhecer a supervalorização do fator “urgência” e, por assim, da utilização de medidas de caráter antecipatório no âmbito do processo civil, Marcelo Guerra já há algum tempo registrava a concessão de tais medidas sem a devida observância de seus pressupostos legais (constatação absolutamente transponível ao campo do processo penal):

Têm sido concedidas liminares sem um controle efetivo quanto ao atendimento de seus requisitos específicos. Assim, por exemplo, são concedidas liminares em processo cautelar sem que se manifeste aquela máxima urgência e iminência dos fatos supostamente portadores do alegado *periculum in mora*.²⁴⁶

²⁴³ LOPES JR. Aury, op. cit., 2019, p. 889.

²⁴⁴ CORDEIRO, Nefi; LINHARES, Antonio Carlos Alves. Prisões cautelares e presunção de culpa: notas históricas sobre esta dialética no direito processual penal brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 3, n. 1, jan./jun. 2017, p. 7.

²⁴⁵ LEITE, Larissa, op. cit., p. 59.

²⁴⁶ GUERRA, Marcelo Lima, op. cit., 1997, p. 89.

As problemáticas práticas em torno da decisão cautelar penal ganham especial relevância não só em razão do caráter eminentemente restritivo das medidas cautelares, mas, igualmente, ante a falta de sistematização da tutela cautelar penal.

É que, no Brasil, observa-se, sem maiores dificuldades, a ausência de sistematização das medidas cautelares penais e, ainda, a carência de maiores digressões acerca da natureza jurídica de tais providências, não raramente sendo absorvidas normativas atinentes ao campo do processo cível.

Nesse particular, Ricardo J. Gloeckner entende que o reflexo dessa lacuna pode ser sentido em dois pontos nevrálgicos: “a) em primeiro plano, a transposição dos institutos e categorias processuais civis para o processo penal – o que apenas configura um cenário mais amplo, de ocupação do processo penal por conceitos importados processo civil; b) a utilização, especialmente pela prática forense, das cautelares processuais penais de forma cega, sem se preocupar realmente com a necessária adequação – sobretudo constitucional – do instituto”.²⁴⁷

Ainda, é preciso considerar a inexistência de regramentos procedimentais satisfatórios quanto ao embasamento das decisões cautelares penais, especialmente no tocante às questões de fato. Aliás, são um tanto esporádicos, na dogmática jurídica, critérios para a orientação de decisões em matéria de fato.

No que diz respeito, especificamente, à exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais, a realidade não se mostra diferente. A doutrina há muito vem se queixando da inobservância prática ao dever de fundamentação, o que, pode-se dizer, ocorre com tamanha frequência no âmbito da tutela cautelar penal.

E o problema parece não ser uma particularidade da prática forense brasileira. José António M. Lopes, de forma categórica, afirma que “a evidência histórica da existência de decisões judiciais sem fundamentação é um facto”.²⁴⁸ Para Taruffo, por sua vez, não são infrequentes casos em que o juiz em realidade não exprime as razões da decisão, não se referindo às provas que a fundamentam.²⁴⁹

De outra banda, Marina Gascón Abellán já anunciava há tempos que “*las exigencias de motivación se relajan en exceso*”.²⁵⁰ Na mesma linha, Jordi Ferrer Beltrán,

²⁴⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, op. cit., p. 264.

²⁴⁸ LOPES, José António Mouraz, op. cit., p. 159.

²⁴⁹ TARUFFO, Michele, op. cit., 2010, p. 274.

²⁵⁰ ABELLÁN, Marina Gascón, op. cit., 2012, p. 179.

retoricamente: “¿por qué es habitual la débil o nula exigencia de motivación respecto de la decisión sobre los hechos?”.²⁵¹

Marina Gascón Abellán vai ainda mais além, ao chamar a atenção para o fato de que, mais recentemente, ganhara corpo o movimento de vários sistemas jurídicos no sentido de através de suas normativas constitucionais, estender, expressamente, a exigência de motivação ao particular da atividade probatória, o que dá conta, em certa medida, da deficiência em torno do raciocínio probatório e, por conseguinte, da determinação dos fatos:

No puede negarse que en los últimos años la mayoría de los sistemas jurídicos, particularmente a través de la jurisdicción constitucional, han ido extendiendo la necesidad de motivar las sentencias también al ámbito de la prueba, y en concreto a lo que constituye su núcleo esencial: la valoración.²⁵²

Não bastasse se tratar de um problema enfrentado em nível mundial, a inobservância da obrigatoriedade de fundamentação é recorrente em decisões judiciais proferidas no âmbito da tutela cautelar penal. Não é raro encontrar decisões que deferem medidas cautelares valendo-se, a título de motivação, apenas de razões genéricas, do tipo “presentes os pressupostos legais” ou “configurado o *periculum in mora*”.

A doutrina pátria corrobora tal problemática no campo da tutela cautelar penal e, oportunamente, se queixa. Geraldo Prado reconhece que, na atualidade, detecta-se a violação do dever de fundamentação com mais frequência em decisões não definitivas.²⁵³

André Nicolitt afirma que, na prática forense, “é possível vermos prisões sendo decretadas com motivação genérica, que pode ser usada em qualquer processo, por não terem nenhum elemento individualizador”.²⁵⁴

Para Aury Lopes Jr., “infelizmente, na prática, o que se constata é a existência de ordens de prisão amparadas em decisões formulárias e sem a menor fundamentação”.²⁵⁵

Em relação ao desprestígio do dever de fundamentação das decisões judiciais, a crítica doutrinária é, portanto, contundente, constante e atual.

N’outro giro, parece ser assente o entendimento de que a obrigatoriedade de justificação, a partir de uma argumentação suficiente e racional, condiciona o julgador a decidir

²⁵¹ BELTRÁN, Jordi Ferrer, op. cit., 2007, p. 63.

²⁵² ABELLÁN, Marina Gascón, op. cit., 2012, p. 82.

²⁵³ PRADO, Geraldo, op. cit., p. 112.

²⁵⁴ NICOLITT, André Luiz, op. cit., p. 51.

²⁵⁵ LOPES JR. Aury. Fundamentos, Requisito e Princípios Gerais das Prisões Cautelares. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 748, fev. 1998, p. 464.

segundo métodos racionais. Nesse particular, Erica Beecher-Monas, simplesmente, afirma que: *“people who know that they will have to justify their decisions ahead of time, as judges do, perform better cognitively”*.²⁵⁶

No mesmo sentido, Marina Gascón Abellán:

No resulta descabellado pensar que la exigencia de motivar ‘retroactúe’ sobre el propio iter decisonal reforzando su racionalidad; o más exactamente, provocando la expulsión de los elementos de convicción no susceptibles de justificación; propiciando, en fin, que la adopción de la decisión se efectúe conforme a criterios aptos para ser comunicados, en detrimento de la corazonada, que resultará más difícil de justificar”.²⁵⁷

Em que pese o natural fator condicionante da obrigatoriedade de motivação, resta que a tão só imposição, ainda que em nível constitucional, não parece suficiente para reprimir decisões carentes da devida fundamentação.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a discussão acerca do problema da fundamentação das decisões judiciais costuma recair – como há de se esperar – sobre o exame do cumprimento ou não do disposto no art. 93, IX, da CF, que impõe o dever de motivação da decisão. Pode-se dizer que, quando da abordagem do tema, o STF vem aplicando o entendimento da corte firmado ainda no ano de 2010, qual seja: “o art. 93, IX, da CF/1988, exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas” (Tema 339, Rel. Gilmar Mendes).

Aqui, observa-se que o entendimento da Suprema Corte se mantém o mesmo desde há muito, mesmo com o advento do CPC/2015, que, a partir do art. 489, § 1º, dispôs de critérios para a identificação de uma decisão (interlocutória, sentença ou acórdão) não fundamentada²⁵⁸

A jurisprudência (um tanto defensiva) dos tribunais superiores acaba por, não raras as vezes, ratificar o desprestígio do dever constitucional de motivação das decisões judiciais. Na prática, não há maiores esforços dos tribunais superiores no sentido de controlar efetiva e constantemente a fundamentação das decisões judiciais objeto de recursos e, por conseguinte,

²⁵⁶ BEECHER-MONAS, Erica, op. cit., p. 34-35.

²⁵⁷ ABELLÁN, Marina Gascón, op. cit., 2012, p. 74; BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2019, p. 266; TARUFFO, Michele, op. cit., 2010, p. 272.

²⁵⁸ O Superior Tribunal de Justiça tem forte jurisprudência no sentido de que não há violação do disposto no art. 489, § 1º, do CPC/2015, quando a decisão apresentar fundamentação suficiente para a resolução da lide, não estando obrigado o julgador a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, se já encontrado suficiente motivo para proferir a decisão. Dita tese, cumpre esclarecer, é aplicada desde a vigência do antigo Código de Processo Civil (CPC/1973).

aplicar sanções àquele que desrespeita a exigência constitucional (ainda que a nível de anulação do julgado).

Certo é que, como já atestara Nagibe de Melo Jorge Neto, no Brasil, são poucos os casos de nulidade de decisões judiciais em razão da ausência de fundamentação.²⁵⁹

Ao lado das observações críticas da doutrina pátria, especialmente frente à prática forense e à jurisprudência consolidada no âmbito dos tribunais superiores, é possível extrair suporte fundamental à proposição de um modelo prescritivo de decisão cautelar penal da própria legislação.

Mais recentemente, por meio da Lei nº 13.964/2019, o legislador ordinário brasileiro conferiu nova redação ao art. 315, do CPP, passando a dispor, de forma mais categórica, sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais que envolvem, especificamente, hipóteses de prisão preventiva, mas que cujo conteúdo deve ser aplicado a todas as medidas cautelares penais, conforme já outrora defendido.

O art. 315, § 1º, faz constar elementos que o julgador deve concretamente indicar na decisão, a saber: “o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”.

Na mesma linha traçada pelo Código de Processo Civil (art. 489, § 1º, do CPC), o art. 315, § 2º, por seu turno, traz em sua redação o que se entenderia por uma decisão não fundamentada, minudenciando tais hipóteses.

Com efeito, a opção do legislador ao adotar tais critérios demonstra a sua preocupação para com o problema da fundamentação das decisões judiciais e reafirma a necessidade de justificação dos provimentos jurisdicionais no âmbito de um Estado Democrático de Direito. Fosse, na prática, suficiente apenas a exigência em nível constitucional (art. 93, IX, da CF), despiciendo seria descer-se à lei ordinária para corroborar e circunstanciar a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.

Ainda, pode-se dizer o mesmo em relação à redação conferida ao parágrafo único, do art. 316, do CPP: “decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”.

²⁵⁹ NETO, Nagibe de Mello Jorge, op. cit., p. 169.

A imposição de revisão periódica da prisão preventiva, por parte do julgador, é inovação em nosso ordenamento jurídico. E não só atende ao caráter de provisoriedade e de referibilidade da tutela cautelar – notas características de toda e qualquer medida cautelar – como, também, e principalmente, visa a evitar situações em que pessoas se quedem reclusas, por força de prisão cautelar, de maneira absolutamente indeterminada e muitas vezes desnecessária.

Com a superveniência da Lei nº 13.964/2019, por vezes, fora preciso dispor o óbvio, conforme se observa da redação conferida ao art. 313, § 2º, do CPP: “não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”. Aqui, o legislador ratificou a impossibilidade de se valer da prisão provisória com a finalidade de antecipação de pena. Afinal, prisão ou qualquer outra medida cautelar que seja não tem – nem poderia ter – caráter punitivo; à aplicação da pena, deve-se aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória (art. 5º, LVII, da CF).

Finalmente, seguindo essa linha exemplificativa, é possível extrair da Lei nº 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade) várias hipóteses de crime de abuso de autoridade, atribuídas à autoridade judicial que destoam dos limites legais quando da decretação de medidas cautelares penais (notadamente, dos arts. 9º e 36).

Ora, por qual razão o legislador ordinário haveria de tipificar tais condutas? Ainda, por que ratificar e minudenciar o ônus argumentativo do julgador, quando da tutela cautelar penal? Por que exigir do magistrado a revisão periódica da prisão preventiva? Por que, finalmente, dispor na legislação ordinária acerca da proibição da aplicação de medida cautelar com a finalidade de antecipação de pena, se se trata de garantia já evidenciada porquanto estampada no texto constitucional?

A resposta para todas as perguntas encontra-se, invariavelmente, na prática forense, que, não raramente, anda na contramão das normativas constitucionais, a contrariar a estrutura garantística estabelecida em nosso ordenamento jurídico.

A extrema valorização da tutela cautelar, a pretexto de conferir celeridade à atividade jurisdicional, colide muitas vezes com a necessidade de justificação das restrições em matéria de garantia processual.²⁶⁰ Entretanto, a celeridade não pode ser alcançada a todo custo.

²⁶⁰ MARTINS, Rui Cunha, op. cit., p. 10. Vide também OST, François, op. cit., p. 343.

A ambição de garantir o resultado útil do processo penal, por igual, encontra limites nos direitos individuais e nas garantias processuais.

Na prática forense, entretanto, sob o argumento da urgência, não é raro deparar com atropelamentos a garantias processuais e inobservâncias a pressupostos normativos. E, exatamente sob o argumento da urgência e da celeridade, decisões com essas notas características são, frequentemente, convalidadas pelos tribunais pátrios.

Final e oportunamente, é preciso trazer à baila alguns dados estatísticos que não poderiam escapar de nosso registro, porquanto potencialmente reveladores de comportamento bastante sintomático do sistema penal brasileiro.

De acordo com o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP, implementado pelo Conselho Nacional de Justiça, há, atualmente, 904.168 (novecentas e quatro mil, cento e sessenta e oito) pessoas reclusas em unidades prisionais brasileiras, sendo que 409.339 (quatrocentos e nove mil, trezentos e trinta e nove) é o número correspondente a presos provisórios.²⁶¹

Além de alarmante o número de presos no Brasil, sobretudo em caráter provisório (mais de quatrocentas mil pessoas reclusas em decorrência de decisões cautelares), tem-se que os dados extraídos do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões não contemplam informações atinentes às medidas cautelares diversas da prisão e/ou mesmo a prisões domiciliares (conforme se vislumbra da redação do art. 3º, § 2º, da Resolução de nº 251/2018, do CNJ, que institui e regulamenta o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões)²⁶². Daí concluir que o número de pessoas submetidas a medidas cautelares pessoais (a considerar prisões provisórias e medidas cautelares diversas da prisão) alcança um patamar um tanto mais elevado do que aquele continuamente disponibilizado pelo sistema do BNMP.

Realmente, a considerar as constantes reclamações da doutrina e, bem assim, as recentes alterações legislativas, não seria desarrazoado cogitar que parcela das decisões judiciais que decretaram prisões provisórias Brasil afora pode ter se dado de maneira infundada, sem a devida motivação ou sem a observância dos pressupostos legais e/ou mesmo qualquer cuidado para com a escorreita determinação dos fatos. De igual forma, pode-se considerar que boa parte dessas decisões foram convalidadas pelos tribunais superiores, perdurando seus

²⁶¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Portal BNMP**. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em 12 mai. 2021.

²⁶² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 251 de 04/09/2018**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2666>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

efeitos.²⁶³

Não se olvida que os dados oficiais relativos ao número de presos provisórios dão conta de uma problemática um tanto complexa, cuja discussão ultrapassaria em muito o objeto desta pesquisa. Assim, não seria possível concluir, seguramente, pela existência de uma relação de causalidade necessária entre o grande número de presos provisórios e os problemas narrados no presente trabalho, que permeiam propriamente o juízo e a decisão cautelares no âmbito do processo penal.

Nada obstante, há, no mínimo, uma correlação lógica, que nos autoriza a reafirmar as problemáticas alcançadas por esta pesquisa. Ora, se levados em consideração os reclamos doutrinários, a mais recente legislação e o comportamento da jurisprudência pátria há pouco anunciados, pode-se concluir que por detrás das (numerosas) prisões provisórias decretadas no país tem-se – em alguma parcela dos casos – decisões cautelares que não observaram o dever constitucional de motivação, os pressupostos legais etc., sendo que – também em alguma parcela dos casos – tais provimentos foram convalidados pelos tribunais quando da oportuna análise de *Habeas Corpus* e de recursos manejados pela parte interessada, a perdurar os efeitos da medida restritiva no tempo.

A questão é que o reconhecimento da produção de efeitos jurídicos por parte de uma decisão não deve acarretar, necessariamente, na negativa de sua falibilidade. Ante essa particular constatação, Jordi Ferrer Beltrán tem a razão: *“resulta perfectamente compatible decir que el juez se ha equivocado en la determinación de los hechos probados (de acuerdo con los elementos de juicio presentes en el expediente) y, a la vez, que la decisión judicial produce efectos jurídicos e, incluso, que no cabe ningún tipo de recurso para corregir el error producido”*.²⁶⁴

Certo é que, se confrontada com os dados estatísticos acerca das prisões provisórias no país, a problemática prática ora esposada desvela-se ainda mais preocupante.

²⁶³ Apenas a título informativo, de 373.741 (trezentos e setenta e três mil, setecentos e quarenta e um) processos julgados pelo STJ no ano de 2020, 79.450 (setenta e nove mil, quatrocentos e cinquenta) foram julgados relativos, tão somente, a *Habeas Corpus* impetrados diretamente no tribunal, sendo que em 76,3% (setenta e seis vírgula três por cento) dos casos apreciados e julgados pelo tribunal, por via de HC, foram proferidas decisões negando-lhe seguimento ou não conhecendo da ordem. Ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Relatório Estatístico 2020**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=357>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

²⁶⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer, op. cit., 2005, p. 22.

3.4 Um modelo de estruturação da decisão cautelar penal

Nos tópicos antecedentes (3.1, 3.2 e 3.3), foram expostos os pressupostos, o objetivo e a justificativa do modelo de decisão cautelar penal a ser proposto no presente trabalho.

Conforme consignado, o modelo de estruturação da decisão cautelar penal a ser desenvolvido leva em consideração: i) a necessidade de lógica e de racionalidade dos provimentos jurisdicionais; ii) a particular problemática em torno do raciocínio probatório e da determinação dos fatos; iii) a possibilidade de melhoria do raciocínio em decorrência do treinamento; iv) o sistema jurídico vigente; v) a (presunção de) imparcialidade e responsabilidade do julgador; vi) a sobrecarga do Poder Judiciário brasileiro; vii) o fenômeno da “cautelarização” do processo penal; viii) e, finalmente, o caráter restritivo das medidas cautelares penais.

Substancialmente, tem-se que a finalidade última do modelo é auxiliar o julgador e os demais operadores do direito, respectivamente, no alcance e na verificação da racionalidade do juízo empreendido no âmbito da tutela cautelar penal, quando do deferimento ou do indeferimento de providência dessa natureza.

Com o modelo, permitir-se-ia uma análise crítica das decisões cautelares penais, proferidas em qualquer grau de jurisdição, na medida em que se disporia de um instrumental simples e objetivo, mas, sobretudo, racional, pautado em um procedimento que se importa com a esmerada determinação dos fatos, com o dever de fundamentação imposto pelo texto constitucional, e com a plena observância aos pressupostos cautelares.

Viu-se, ainda, que o que justifica, essencialmente, a proposição de um modelo racional de decisão cautelar penal são as problemáticas práticas que desvelam o não raro desrespeito à estrutura garantística estabelecida em nosso ordenamento jurídico, situação um tanto preocupante, corroborada pela doutrina (nacional e internacional), pela jurisprudência dos tribunais pátrios, pelas mais recentes alterações legislativas e, em última análise, reforçada pelos dados estatísticos inerentes ao sistema penal brasileiro referenciados no presente trabalho.

Tudo isso posto e esclarecido, avança-se ao desenvolvimento do modelo.

De proêmio, é preciso ter-se em mente que uma decisão judicial só pode ser seguramente analisada e criticada dentro de um contexto específico, à luz dos pedidos e dos argumentos apresentados pelas partes envolvidas no processo, e, ainda, do material probatório existente nos autos.

A considerar o princípio da inércia da jurisdição, a regra, no cotidiano forense, é que o magistrado depare com um requerimento formal, formulado pela parte interessada (Ministério Público, autoridade policial ou vítima), no sentido de implementar-se alguma medida cautelar (de natureza pessoal, assecuratória ou probatória), a partir do que se dará início a um procedimento próprio dessa natureza.²⁶⁵

Destarte, o julgador receberá um pedido, na forma de uma representação oriunda da autoridade policial ou de um requerimento da parte interessada (Ministério Público ou vítima), munido de elementos de informação que sustentam as hipóteses fáticas formuladas perante o juízo.

Logo de pronto, cumpriria ao magistrado examinar, pois, a legitimidade da parte requerente e a competência do juízo para análise do pleito atinente à decretação da medida cautelar penal. Eis questões preliminares e prejudiciais, que têm o condão de comprometer o delongamento do juízo empreendido pelo magistrado (afinal, se a parte for ilegítima, e em sendo ordinariamente vedada a atuação *ex officio* do magistrado, o juízo cautelar findaria precocemente, cabendo ao magistrado apenas a devida exposição dos motivos que o levou a considerar a ilegitimidade da parte requerente).

Nesse particular, faz-se imprescindível o devido destacamento do(s) crime(s) objeto de imputação e de sua(s) pena(s) prevista(s), sendo certo que a natureza do delito e o montante de pena disposto em lei são determinantes para assentar a (in)competência do juízo para análise do caso.

Se legítima a parte requerente e competente o juízo por ela acionado, deve-se avançar à circunscrita análise do pedido formalizado nos autos e dos elementos de informação que o sustentam.

Com efeito, o pedido e a prova são verdadeiros limitadores do raciocínio do julgador. O juízo cautelar deve operar colado aos elementos de informação disponíveis nos autos, sempre conformado às pretensões formalizadas pelas partes. Se o Ministério Público requereu a decretação de prisão preventiva, não poderá o magistrado decretar prisão temporária; se a vítima requereu a decretação de sequestro, não poderá o magistrado decretar a medida de arresto. A pretensão formalizada, portanto, condiciona o campo de atuação do julgador; e os

²⁶⁵ Ainda que se considere a autorização, por parte da normativa processual em vigência, da decretação, de ofício, das medidas de sequestro e outras tantas providências cautelares probatórias, a regra é que haja um requerimento da parte interessada nesse sentido.

elementos de informação disponibilizados nos autos condicionam o seu campo de cognição.

Além de possível, o pedido precisa ostentar condições de cabimento. A pretensão, no sentido de decretação de uma medida cautelar penal, deve atender ao critério da tipicidade de tais providências, não havendo de se cogitar na existência de um “poder geral de cautela”, no âmbito da tutela cautelar penal, suficiente para albergar hipóteses de medidas não previstas em lei. Não só o elenco de medidas cautelares é taxativo, mas, igualmente, o rol de seus pressupostos estabelecido normativamente.

A medida cautelar penal pleiteada deve ser cabível, nos exatos termos da legislação e de acordo com as particularidades do caso em concreto. Com isso, não é admissível a decretação de prisão preventiva se a imputação delitiva corresponder à prática de crime culposos, ou, ainda, se a imputação delitiva corresponder à prática de crime doloso, mas com previsão de pena privativa de liberdade máxima igual ou inferior a 04 (quatro) anos.

O art. 313, I, do CPP, nesse particular, é categórico ao afirmar que só cabe prisão preventiva em crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos.²⁶⁶ De outra banda, considera-se absolutamente vedada – por preceitos lógicos e principiológicos – a aplicação de medida cautelar mais gravosa do que a pena decorrente de eventual e futura condenação.

Destarte, malgrado a existência de elementos de juízo que indiquem, com alguma suficiência, o *periculum in libertatis*, a decisão cautelar deve, antes, examinar o cabimento da medida requerida, sendo que, conforme consignado na norma processual, não se desvela cabível prisão preventiva quando a hipótese suscitada pelo Ministério Público (ou pela autoridade policial, em via de representação) indicar crime supostamente cometido na modalidade culposa ou com pena privativa de liberdade prevista igual ou inferior a 04 (quatro) anos.²⁶⁷

N’outro giro, não é cabível a decretação de prisão temporária após o recebimento da denúncia criminal. É que a prisão, nesta modalidade, tem como finalidade última – à qual está estritamente vinculada – assegurar a integridade da investigação. Daí considerar que, tão logo encerrada a fase de investigação, fulmina-se a possibilidade de decretação de prisão temporária. Esse, inclusive, é o entendimento de há muito consolidado no âmbito do Superior

²⁶⁶ À exceção do disposto nos incisos I e III, e no parágrafo 1º, do art. 313, do CPP, os quais autorizam, respectivamente, a decretação de prisão preventiva nas hipóteses de reincidência, violência doméstica e dúvida quanto à identidade civil da pessoa do investigado ou acusado, ou, ainda, do disposto no art. 282, § 4º, do CPP, que autoriza a decretação de prisão preventiva, em caráter excepcional, quando descumpridas as obrigações impostas por decorrência da implementação de medidas cautelares outras.

²⁶⁷ Sem prejuízo da possibilidade de decretação de medida cautelar diversa.

Tribunal de Justiça.²⁶⁸

Ainda nessa ordem de ideias, é consabido não ter cabimento a medida de interceptação telefônica (meio de obtenção de prova, com nítidas características cautelares) nas hipóteses em que o fato a ser investigado constitui infração penal punível com, no máximo, pena de detenção (art. 2º, III, da Lei nº 9.296/1996).

Aqui, deram-se 03 (três) exemplos de situações em que o próprio sistema jurídico afasta o cabimento da medida cautelar. Desse modo, procedendo-se à identificação e ao cotejo analítico da pretensão e da imputação penal formalizadas nos autos, pode-se chegar a uma conclusão prefacial em torno do (não) cabimento de determinada providência cautelar, sem a necessidade, pois, de avançar-se à averiguação das hipóteses de fato que dariam conta da autoria e da materialidade delitivas e, bem assim, do perigo a ser acautelado pela medida cautelar requerida.

Com o devido destacamento do pedido e da imputação formalizados nos autos, e em não havendo conclusões proemiais e prejudiciais à viabilidade da providência requerida, o juízo cautelar deve avançar à análise das hipóteses fáticas erguidas pela parte interessada, a fim de aferir a sua corroboração diante dos elementos de informação disponíveis nos autos.

Alerta-se, oportunamente, que o modelo metodológico de decisão cautelar ora desenvolvido não se prestará a discorrer especificamente sobre cada uma das medidas cautelares existentes em nosso ordenamento jurídico. Não serão elencados, pois, roteiros específicos à decisão em torno de cada providência cautelar, mas sim procedimentos gerais no ensejo de conferir racionalidade ao juízo desenvolvido pelo magistrado, quando da análise de requerimentos de quaisquer dessas medidas.

A título ilustrativo, uma decisão que examina requerimento de prisão preventiva e/ou requerimento de hipoteca legal carece da análise (objetiva) do material probatório existente nos autos, no sentido de aferir se há elementos de informação que dão conta: i) da materialidade

²⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Habeas Corpus nº 78.437/SP**. HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. ART. 12 DA LEI 6.368/76. PRISÃO TEMPORÁRIA. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. INSUBSISTÊNCIA DO DECRETO. 1. Uma vez oferecida a denúncia não mais subsiste o decreto de prisão temporária, que visa resguardar, tão somente, a integridade das investigações. 2. Ordem concedida para revogar a prisão temporária decretada nos autos do processo n.º 274/2006, em trâmite na Vara Única da Comarca de Ipaçu/SP. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 13 de agosto de 2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700500779&dt_publicacao=13/08/2007. Acesso em: 20 jan. 2021.

delitiva; ii) da autoria delitiva; iii) e da situação de perigo (*periculum libertatis*, no caso da prisão preventiva, e *periculum in mora*, no caso da hipoteca legal).

Para restar provada a hipótese da materialidade delitiva, reivindica-se categórico apoio empírico dos elementos de informação em seu favor, devendo, para tanto, e inclusive, inexistir indícios que contrariem com certa suficiência a ocorrência do delito (no que diz respeito à materialidade, faz-se necessária uma probabilidade muitíssimo elevada, quase exime de contrariedades no plano fático).

Quanto à autoria do crime e à situação de perigo, a lei exige “indícios suficientes”, nível de suficiência bem característico da tutela cautelar penal.

Quer dizer, tanto para a decretação de prisão preventiva, como para a decretação de hipoteca legal, exige-se a presença de indícios suficientes de autoria delitiva e da situação de perigo decorrente i) da manutenção da liberdade da pessoa do investigado ou acusado; ou ii) da demora inerente ao curso do processo penal, a indicar a possibilidade de comprometimento da reparação da vítima.

Em um primeiro momento, o juízo cautelar deve concentrar-se no grau de corroboração que os elementos de informação conferem à hipótese de fato que dá conta da materialidade delitiva. Se suficientes, segue-se para a análise do suporte probatório frente à hipótese de fato que dá conta da autoria delitiva. Empós, e tão somente, é que o magistrado examinará a (in)suficiência probatória acerca da existência ou não de situação de risco a ser acautelada. Afinal, não comprovadas as hipóteses de materialidade e de autoria delitivas, resta prejudicada a análise do *periculum libertatis* e do *periculum in mora*.

Ainda, se da análise dos elementos de informação constantes dos autos chegar-se à conclusão, naquela altura, com o mínimo grau de segurança, de que há a incidência de alguma das causas de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade, ou mesmo de extinção de punibilidade, em favor da pessoa do investigado ou do acusado, entende-se não ser cabível a decretação da medida cautelar.

A ocorrência de tais circunstâncias, que mitigam a admissibilidade das providências cautelares, deve ser objetivamente aferida de acordo com os elementos de informação disponibilizados nos autos.

As causas de exclusão de ilicitude vêm previstas no art. 23, do Código Penal, ao qual faz referência expressa o art. 314, do CPP, ao determinar que: “a prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente

praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal”.²⁶⁹

Simplesmente não há crime se a pessoa do investigado ou do acusado tiver praticado o fato objeto de imputação acobertado, por exemplo, pela excludente da legítima defesa (art. 23, II, do CP). Neste caso, se dos autos já se puder concluir pela ocorrência de circunstância que afasta a própria antijuridicidade da conduta imputada, não há falar, por consectário lógico, em aplicação de qualquer providência cautelar.

Demais, mesmo caracterizada a antijuridicidade da conduta imputada, sabe-se que, para a imposição de pena, é necessária a presença dos elementos que compõem a reprovabilidade da conduta, isto é, dos elementos que compõem a culpabilidade do agente a que se imputa a prática delitiva.

Para que a prática ilícita seja punível, portanto, faz-se imprescindível que o autor do delito, à época do fato, apresente condições de imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do seu comportamento, e, ainda, que lhe pudesse ser exigível conduta diversa.

O Código Penal prevê as causas excludentes de culpabilidade em razão da ausência de um de seus elementos (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa). São exemplos de hipóteses que excluem a culpabilidade e, por conseguinte, não autorizam a imposição de pena: i) doença mental (art. 26, do CP); ii) embriaguez fortuita completa (art. 28, § 1º, do CP); iii) erro inevitável sobre a ilicitude do fato (art. 21, do CP); iv) inexigibilidade de conduta diversa decorrente de coação irresistível (art. 22, do CP); dentre outras.

Ocorrendo uma destas causas, o autor do fato está isento de pena. Desta feita, se inviável a imposição de pena, inviável, por igual, a imposição de qualquer providência cautelar.

O mesmo se dá quando configurada uma das hipóteses de extinção da punibilidade, ordinariamente previstas no art. 107, do CP.²⁷⁰ Trata-se de causas que afastam a possibilidade de punir do Estado (*ius puniendis*). Ocorrendo uma das causas de extinção da punibilidade,

²⁶⁹ Art. 23, do CP: “não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

²⁷⁰ Art. 107, do CP: “extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; II - pela anistia, graça ou indulto; III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV - pela prescrição, decadência ou preempção; V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; VII - revogado; VIII - revogado; IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei”.

portanto, o Estado fica impossibilitado de punir o agente infrator diante de uma prática delitiva. E se resta, o Estado, impossibilitado de aplicar a sanção penal, naturalmente, resta impossibilitado, também, de se valer das medidas cautelares penais.

É exatamente o caso da prescrição (art. 107, IV, do CP). Se prescrito o crime objeto de apuração, quando da oportunidade de análise do requerimento de alguma medida cautelar penal, a decisão judicial, invariavelmente, deve ser no sentido do seu indeferimento. Ora, se de pronto já se pode concluir pela impossibilidade de aplicação de pena, não há, pois, qualquer espaço para a insurgência de providência cautelar.

No âmbito dos crimes tributários, há ainda uma particularidade. É que o ordenamento jurídico vigente permite a suspensão e a extinção da punibilidade do agente infrator, em decorrência, respectivamente, do parcelamento e do pagamento da dívida tributária (art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003, e art. 83, §§ 2º e 4º, da Lei nº 9.430/1996, alterada pela Lei nº 12.382/2011).²⁷¹

Destarte, enquanto suspensa ou extinta a pretensão punitiva do Estado, não há falar em decretação de medida cautelar. Se, portanto, quando da análise do requerimento da medida cautelar penal, houver elementos de informação que deem conta do pagamento ou mesmo do parcelamento da dívida tributária diretamente relacionada à prática delitiva, cabe ao magistrado indeferir o pleito de decretação de providência cautelar.

Firme no exemplo consignado anteriormente, se, quando do requerimento de decretação de prisão preventiva ou de hipoteca legal, restarem comprovadas as hipóteses relativas à materialidade e à autoridade delitivas, e não sendo o caso de incidência de quaisquer hipóteses de excludentes (de ilicitude ou de culpabilidade) ou de extinção de punibilidade, deve-

²⁷¹ Art. 9º, *caput* e § 2º, da Lei nº 10.684/2003: “é suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. (...) § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”.

Art. 83, *caput* e §§ 2º e 4º, da Lei nº 9.430/1996: “a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (...) § 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no *caput*, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. (...) § 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no *caput* quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento”.

se passar ao exame da situação de perigo.

Por evidente, a conclusão a ser adotada pelo julgador, no sentido de considerar ou não configuradas a autoria e a materialidade delitivas, carece da esmerada e objetiva análise do material probatório. E, aqui, cabe ao julgador percorrer todos os contextos probatórios elencados no 2º capítulo deste trabalho (contextos da instrução, da valoração, da decisão e, finalmente, da justificação).

É dizer, no juízo cautelar, importa examinar os elementos de informação desde a sua admissão nos autos para, então, proceder-se à sua valoração e, por conseguinte, à decisão condizente ao alcance ou não do nível de suficiência probatória exigido em lei. Ao fim e ao cabo, faz-se imprescindível que sejam justificados os elementos de informação que sustentam o juízo empreendido pelo julgador.

No particular atinente às medidas probatórias, notadamente à medida de busca e apreensão, é certo que já não se exige prova da autoria e da materialidade delitivas com o mesmo rigor exigido nas hipóteses das medidas cautelares pessoais e assecuratórias (afinal, tais providências visam, essencialmente, à obtenção de material probatório para subsidiar a investigação criminal).

Conforme anteriormente estabelecido (v. tópico 1.2.3, “*medidas cautelares probatórias*”), proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem (art. 240, § 1º, do CPP), e à pessoal, quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida, coisas obtidas por meios criminosos, objetos necessários à prova de infração ou quaisquer elementos de convicção (art. 240, § 2º, do CPP).

Tais exigências legais (“fundadas” razões e suspeita) reportam à necessidade de demonstração do *fumus comissi delicti*, consistente na existência de indícios mínimos de autoria e de materialidade delitivas – ainda que em um nível de suficiência inferior ao consignado para a decretação de medidas cautelares outras. Demais disso, exigir-se-ia a presença do *periculum in mora*, consistente no risco de perecimento da prova devido ao natural transcurso do tempo. E não poderia ser diferente, na medida em que a busca e apreensão revela-se providência um tanto restritiva à esfera de direitos da pessoa do investigado, carecendo de situação fática que efetivamente legitime a sua realização.

Em todo caso, contudo, o juízo cautelar deve ser desenvolvido, em um primeiro plano, em torno da presença ou não do *fumus comissi delicti*, para, após, debruçar-se sobre o cumprimento da exigência atinente à situação de perigo (*periculum libertatis* ou *periculum in*

mora). Insiste-se nessa ordem lógica e cronológica, porquanto, se inexistentes elementos de informação (ou se existentes, mas insuficientes) que corroborem a autoria e a materialidade delitivas, resta prejudicada a análise da situação de perigo.

De nada (ou pouco) importa a existência da situação de risco (*periculum libertatis* ou *periculum in mora*), se inexistente o *fumus comissi delicti*. A bem da verdade, restaria, em sua essência, prejudicado o “estado de perigo”. Ora, mesmo diante de situação fática que autorize uma prognose segura acerca do desfazimento de bens por parte de uma pessoa investigada ou acusada, não poderia ser decretado o sequestro sobre seu patrimônio se insuficientes os elementos de informação que sustentam o *fumus comissi delicti*. Quer dizer, sem a presença de “indícios veementes” da proveniência ilícita dos bens (art. 132, do CPP), não há que se falar na decretação da medida cautelar de sequestro, malgrado configurada situação fática que poderia representar um estado de risco (*fumus comissi delicti*).

A pretensão de decretação de providência cautelar deve vir acompanhada de alegações fáticas que revelem alguma situação de perigo, as quais carecem do devido suporte probatório. Em linhas gerais, requer-se a decretação das medidas cautelares penais com respaldo: i) no risco de fuga, de reiteração delitiva ou de comprometimento da integridade da investigação (*medidas de natureza pessoal*); ii) no risco de dilapidação patrimonial (*medidas de natureza assecuratória*); e iii) no risco de perecimento da prova (*medidas de natureza probatória*).

Nesse momento, será preciso avaliar a existência (e a suficiência) de elementos de informação que indiquem, a partir de um juízo prognóstico, a probabilidade da ocorrência futura de situações as quais se pretende impedir com o manejo da providência cautelar. Isto é, cabe examinar se, nos autos, há elementos de juízo que, com o mínimo grau de segurança, autorizam concluir no sentido de que, provavelmente, a alegada situação de perigo virá a se concretizar. As alegações fáticas relativas ao *periculum libertatis* ou ao *periculum in mora* devem encontrar respaldo concreto nos elementos de juízo disponíveis nos autos, os quais merecem específico e analítico exame da parte do magistrado, devendo-se observar, rigorosamente, todos os contextos da prova.

A avaliação da situação de perigo envolve, naturalmente, um juízo prognóstico, eminentemente hipotético, sendo que a conclusão pela (in)existência de um risco a ser acautelado está estritamente vinculada aos elementos de informação disponíveis nos autos. Aqui, não há espaço para quaisquer presunções. Em havendo elementos de informação que indiquem, concreta e suficientemente, a ocorrência de uma situação de perigo, restará

autorizada a decretação da medida cautelar;²⁷² do contrário, não.

Imaginemos a hipótese de o Ministério Público justificar o pedido de decretação de prisão preventiva no risco de fuga da pessoa do investigado a considerar unicamente, para tanto, a sua condição de estrangeiro. Em não havendo qualquer elemento de informação adicional, que aponte, concretamente, para o risco (real) de fuga acaso mantida a liberdade da pessoa do investigado, não poderia ser decretada a providência cautelar com fulcro apenas na condição de estrangeiro do investigado.

Realmente, há de se convir: sustentar a situação de perigo no fato de a pessoa do investigado ser estrangeiro é uma alegação deveras abstrata num perigo que se espera concreto. E isso porque o fato de ser estrangeiro, por si só, não autoriza a decretação de prisão preventiva, medida por demais gravosa, que demanda, necessariamente, suporte fático concreto e suficiente para lhe conferir legitimidade. Sem falar que jamais seria legítimo valer-se dessa condição subjetiva para justificar a restrição a direitos da pessoa do investigado.

Diferentemente seria se a alegação de risco de fuga, por exemplo, tivesse sustento em elementos de informação que indicassem, objetivamente, a ausência de residência fixa, de emprego formal e de qualquer laço familiar no país por parte do investigado, e, ainda, algum comportamento que pudesse gerar uma fundada suspeita de preparação para uma iminente fuga. Exige-se, pois, suporte fático concreto para concluir pela existência do *periculum libertatis*. Suposições e ilações não têm espaço no juízo cautelar.

São os elementos de informação que devem constituir a base para as inferências (lógicas) desenvolvidas pelo magistrado, as quais, por sua vez, decorrem de juízos de probabilidade (e não de mera possibilidade). E a racionalidade, nesse particular, demanda alguma cautela no desenvolvimento das inferências probatórias, de modo a evitar conclusões precipitadas que possam vir a ser desconexas dos elementos de informação, os quais servem, invariavelmente, de premissa e, portanto, de limite para o raciocínio do julgador quando de sua atividade valorativa.

A decretação de uma providência cautelar penal exige o predomínio de razões positivas em favor da hipótese formulada pela parte interessada (notadamente, as alegações que sustentam o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* ou o *periculum in mora*). O grau de confirmação de uma hipótese decorre do apoio indutivo que os elementos de informação

²⁷² Evidentemente que desde que preenchidos os outros pressupostos exigidos para a decretação da medida.

disponíveis nos autos lhe conferem, sendo equivalente à sua probabilidade.

As hipóteses formuladas pela parte interessada na decretação da medida cautelar precisam encontrar suficiente sustento nos elementos de informação existentes e resistir, em termos de probabilidade, a hipóteses contrárias. É preciso que resultem mais prováveis que outras hipóteses disponíveis acerca da mesma situação fática.

Nesse particular, cabe ao julgador considerar todas as hipóteses alternativas e subjacentes, a partir do exame analítico de todos os elementos de informação disponíveis nos autos, cabendo-lhe atender a cada um dos contextos probatórios pertinentes ao juízo cautelar (instrução, valoração, decisão e, finalmente, justificação).

O nível de suficiência exigido em lei para que determinada hipótese seja considerada provada pode se ver satisfeito mesmo quando existirem outras hipóteses alternativas, incompatíveis, por exemplo, com a situação de perigo alegada pela parte interessada. Para tanto, basta que os elementos de informação constantes dos autos indiquem – objetivamente – uma preponderância da hipótese suscitada pela parte interessada.

A decisão cautelar precisa demonstrar o predomínio de razões positivas em favor das hipóteses condizentes ao *fumus comissi delicti* e ao *periculum libertatis* (ou ao *periculum in mora*). Afinal, não restaria alcançado o standard probatório para fins de decretação de uma prisão preventiva se a hipótese de risco de fuga desvelar-se só uma dentre as várias conclusões possíveis de acordo com os elementos de informação disponíveis nos autos.

Cabe ao julgador eleger a hipótese mais provável dentre as diversas reconstruções possíveis sobre os fatos. E, para tanto, convém manter uma postura cautelosa e desobstruída a explicações alternativas, sem assunção de qualquer compromisso cognitivo rigoroso com determinadas hipóteses suscitadas por quaisquer das partes envolvidas no processo.

Para chegar-se a conclusões minimamente seguras, obtidas a partir de um juízo manifestamente hipotético, devem ser consideradas, no exame dos pressupostos cautelares, todas as hipóteses razoáveis para a reconstrução dos fatos, as quais devem ser confrontadas entre si e submetidas à verificação do grau de confirmação que cada uma delas encontra nos elementos de informação.²⁷³

O exame dos pressupostos cautelares exige a eleição da hipótese, racional e

²⁷³ Erica Beecher-Monas entende que: “as a corollary to the idea of falsification, the hypothesis being tested must have precise logical consequences that are incompatible with alternative hypotheses” (BEECHER-MONAS, Erica, op. cit., p. 44).

logicamente, mais aceitável, entre as distintas reconstruções possíveis sobre os fatos discutidos no caso concreto.²⁷⁴ Destarte, em havendo duas hipóteses igualmente equivalentes, sem preponderância de uma delas em detrimento da outra, cabe decidir em favor da pessoa do investigado ou acusado, ou seja, cabe decidir em favor da manutenção do estado de liberdade, da propriedade, da intimidade etc.

O juízo cautelar, como se viu, pressupõe uma série de raciocínios escalonados, em que o anterior serve de antecedente lógico do seguinte.²⁷⁵ Daí considerar que o exame dos pressupostos inerentes às providências cautelares penais carece de uma ordem (crono)lógica, que ora vem sendo sugerida.

Por conseguinte, a decisão que defere ou indefere providência cautelar carece da esmerada análise e demonstração em torno de sua indispensabilidade, idoneidade e proporcionalidade.

Em todo caso, a medida cautelar precisa se mostrar necessária (imprescindível), adequada (idônea) e proporcional (não excessiva, a considerar vantagens e desvantagens práticas dela derivadas). Tais exigências decorrem do princípio da proporcionalidade.

Nessa altura do juízo cautelar, convém destacar o rol de medidas dispostas pelo ordenamento jurídico, idôneas para alcançar o fim perseguido. Isto feito, deve-se eleger a menos gravosa, dentre o grupo de providências idôneas.

Assim é que, a considerar o rol (taxativo) de medidas cautelares de natureza pessoal, somente se as medidas alternativas à prisão se mostrarem insuficientes para impedir a turbação da prova, a fuga do réu ou a prática de novos crimes, o julgador poderá decretar a medida restritiva mais extrema.

Nesse particular, certo é que todas as medidas cautelares são providências restritivas, com diferenças apenas de grau. Portanto, se diante de circunstâncias fáticas que demandem o necessário acautelamento – por força do princípio da proporcionalidade, axioma máximo de orientação da atividade jurisdicional – cabe a eleição daquela medida menos gravosa, apta a alcançar o fim almejado, mas que, ao mesmo tempo, cause menos prejuízos à pessoa do investigado ou do acusado.

²⁷⁴ ABELLÁN, Marina Gascón, op. cit., 2010, p. 43.

²⁷⁵ TORTOSA, Virginia Pujadas, op. cit., p. 212-213. Na oportunidade, consigna-se que o *layout* proposto por Toulmin (v. tópico 2.2.2.3 deste trabalho) representa um instrumento útil, e com uma função lógica, para avaliar e criticar determinado argumento no âmbito de um discurso racional.

Quer dizer, invariavelmente, a neutralização da situação de risco deve ocorrer por meio de providência cautelar que se mostre apta para tanto e que, igualmente, se revele como sendo a menos onerosa dentre as distintas medidas idôneas.

Destarte, dispendo do rol de medidas cautelares previstas em nosso ordenamento jurídico, convém questionar acerca da suficiência e da aptidão de cada uma delas, a começar pela menos gravosa. Não há justificativa para a decretação de medida mais onerosa, se suficiente para mitigar a situação de risco medida outra, menos gravosa.

Além de estritamente necessária e idônea, a medida cautelar requerida pela parte interessada precisa, ainda, se revelar proporcional (exigência decorrente do princípio da proporcionalidade *stricto sensu*). Aqui, deve-se considerar evitar excessos na decretação/manutenção da medida, em vista do seu nível de restrição, da sua duração, das circunstâncias em torno do crime, das condições pessoais do investigado ou acusado etc.

A título ilustrativo, não será proporcional o sequestro total dos bens da pessoa do investigado ou acusado, em valor consideravelmente superior àquele correspondente a eventual e futura responsabilidade civil, a ser apurada ao cabo do processo principal. Neste caso hipotético, no ensejo de garantir a reparação futura do dano decorrente da prática delitiva, a medida constritiva patrimonial (genérica e absoluta) se revela excessiva, desproporcional e, por isso, injustificada.

De igual sorte, não é proporcional a manutenção da prisão cautelar em hipóteses nas quais se consegue identificar a excessividade da medida se realizado o devido confronto com outros objetivos e valores assumidos por nosso ordenamento jurídico (p. ex.: sujeito preso há anos sem sequer ter havido o oferecimento de denúncia)²⁷⁶.

Há situações em que o próprio ordenamento jurídico baliza a adoção de certas medidas cautelares, as quais, caso decretadas fossem, se revelariam providências desproporcionais, haja vista darem ensejo a situações por demais excessivas. É o caso da prisão preventiva da mulher gestante ou responsável por criança, que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça, e que o crime pelo qual está sendo investigada não tenha sido cometido contra o seu próprio filho ou dependente (art. 318-A, do CPP)²⁷⁷. Nesta hipótese, o

²⁷⁶ Afinal, se não há sequer elementos suficientes para o oferecimento da denúncia criminal, mesmo após o transcurso de significativo lapso temporal, como sustentar a manutenção da prisão provisória? O fardo da inoperância dos órgãos de investigação e de acusação jamais poderia ser suportado pela pessoa do investigado, sobretudo com a restrição desmedida da sua liberdade.

²⁷⁷ Art. 318-A, do CPP: “a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I - não tenha cometido crime com

ordenamento jurídico impõe a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, medida mais proporcional às circunstâncias fáticas em torno da prática delitiva (a considerar a situação pessoal da mulher investigada, a natureza do crime e, em última análise, os valores constitucionais em atrito).

Assim, as medidas cautelares somente serão admitidas como meio absolutamente indispensável para assegurar os fins da persecução criminal. E, em qualquer caso, a sua duração estará condicionada à subsistência dos motivos que justificaram a sua aplicação, sempre respeitados os limites decorrentes do princípio da proporcionalidade.

Chegando-se à conclusão de que há elementos que sustentam os pressupostos cautelares e de que a medida requerida se desvela, realmente, necessária, adequada e proporcional ao caso concreto, aporta-se, no curso do juízo cautelar, ao momento em que cabe ao julgador justificar a sua decisão.

Para fins de atender à exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais, cabe ao julgador, pois, se desincumbir do ônus argumentativo que lhe é inerente. É preciso que demonstre detalhadamente o seu processo de admissão, valoração e decisão probatórias, de forma racional, a considerar analiticamente o conjunto de elementos de juízo e de argumentos oferecidos pelas partes envolvidas no processo.

Com a fundamentação da decisão judicial, deve-se concretizar uma análise racional sobre como se justificaram as escolhas empreendidas pelo julgador, e não exatamente sobre o modo como, psicologicamente, se chegou à decisão.²⁷⁸ Lógica e argumentação são imprescindíveis na tarefa de justificação, a qual se perfectibiliza com a apresentação de argumentos pautados por regras (lógicas) que guiam o raciocínio desenvolvido na decisão.²⁷⁹

Para tanto, convém seguir um roteiro mínimo de fundamentação.

Na decisão que defere ou indefere pedido de medida cautelar penal, deve haver referência específica e expressa: i) ao fundamento legal da medida requerida; ii) aos elementos de informação que dão conta da autoria e da materialidade delitivas (*fumus comissi delicti*) e àqueles que apoiam hipótese(s) contrária(s); iii) aos elementos de informação que sustentam a

violência ou grave ameaça a pessoa; II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente”.

²⁷⁸ LOPES, José António Mouraz, op. cit., p. 153-154. Ainda sobre esse particular, Marina Gascón Abellán expõe que: “*seguramente es también esta confusión entre justificación e iter decisonal lo que hace que algunos sigan viendo imposible, o al menos muy difícil, una rigurosa motivación de los hechos, porque imposible, o al menos muy difícil, resulta la explicitación y subsiguiente control de todo el proceso mental que ha llevado a la decisión*” (ABELLÁN, Marina Gascón, op. cit., 2010, p. 188).

²⁷⁹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. **The judicial application of Law**. Dordrecht: Springer, 1992, p. 209.

hipótese de perigo alegada (*periculum libertatis* ou *periculum in mora*) e àqueles que apoiam hipótese(s) contrária(s); iv) às circunstâncias fáticas que justificam ou não a adoção da medida, à luz do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*), com ênfase, no caso de deferimento do pleito formulado pela parte interessada, às razões para escolha daquela medida, em detrimento de outra igualmente idônea e menos gravosa; v) e, finalmente, ao raciocínio probatório desenvolvido pelo magistrado (no tocante à admissibilidade, à valoração e, bem assim, à decisão propriamente dita acerca do nível de suficiência de cada elemento de informação considerado no juízo cautelar).

Cabe, ainda, ao julgador, quando da análise de todo e qualquer pedido de decretação de medida cautelar penal, observar as diretrizes constantes do art. 315, do CPP, já referenciadas neste trabalho.

A despeito de o aludido dispositivo legal discorrer propriamente acerca da sistemática das medidas cautelares pessoais (notadamente, da prisão preventiva), entende-se que as exigências nele constantes são aplicáveis, por extensão, a todas as medidas cautelares, independentemente de sua natureza, sendo que a decisão cautelar, em todos os seus aspectos, deve se apresentar racional e suficientemente justificada, não o sendo aquela que: i) limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (art. 315, I, do CPP); ii) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (art. 315, II, do CPP); iii) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (art. 315, III, do CPP); iv) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 315, IV, do CPP); v) limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 315, V, do CPP); vi) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 315, VI, do CPP).

Toda e qualquer providência cautelar denota uma restrição individual; em maior ou menor grau, representam, as medidas cautelares, uma invasão à esfera particular da pessoa do investigado ou acusado. Liberdade, privacidade, intimidade, propriedade e honra são costumeiramente os direitos que entram em disputa com os interesses da persecução penal, sobretudo quando da fase de investigação.

Nessa ordem de ideias, especialmente em decorrência da supremacia da dignidade da pessoa humana, a pessoa do investigado ou acusado não poderia figurar como mero objeto

de qualquer atividade ou procedimento estatal que pudesse culminar com a restrição de seus direitos.²⁸⁰ A sua participação, quando da análise cautelar, tem grandíssima relevância, notadamente por viabilizar o aumento do campo de conhecimento processual e conferir maior capacidade cognitiva ao julgador²⁸¹. Por tudo isso, insiste-se na observância do contraditório, que, como regra, deve ser oportunizado previamente à decisão.

Uma vez perfectibilizado o contraditório prévio, devem ser considerados, na decisão, todos os argumentos e os elementos de informação apresentados pela pessoa do investigado ou acusado, que dão conta de hipóteses diversas daquelas erigidas pela parte interessada na decretação da providência cautelar. Assim não sendo, e restando diferido o contraditório, devem ser explicitados os motivos que dão conta de que o caso comporta urgência tamanha, a ponto de comprometer a eficácia da medida cautelar se oportunizada a manifestação prévia da pessoa do investigado ou acusado.

De toda sorte, com ou sem contraditório, o raciocínio desenvolvido no juízo cautelar é analítico e dialético. Daí considerar a necessidade de demonstração da convergência dos elementos de informação para a decretação ou não da medida cautelar pleiteada, a tomar em consideração todo o material probatório constante dos autos e as hipóteses fáticas subjacentes. Nessa altura, mesmo em casos de urgência que demandam o diferimento do contraditório, é preciso que os elementos de informação já constantes dos autos permitam assentar, racionalmente, a probabilidade de procedência da hipótese formulada pela parte interessada. Se insuficientes forem os elementos de informação disponibilizados pela parte interessada, não há de se falar na decretação da medida restritiva (conclusão que independe do contraditório).

Assim, para que uma decisão que (in)deferir uma providência cautelar seja considerada devidamente fundamentada, é preciso que eventual hipótese igualmente provável àquela considerada no provimento judicial seja objeto de consideração e análise por parte do julgador, com a exposição das razões de seu detrimento, em proveito da hipótese “vencedora”. De igual modo, cabe ao julgador indicar os elementos de informação que sustentam a hipótese

²⁸⁰ DAMASCENO, Fernando Braga. A (in)viabilidade de uma limitação qualitativa para a cognição realizada na investigação criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 176. ano 29. São Paulo: Ed. RT, fevereiro/2021, p. 143.

²⁸¹ Para Gustavo Badaró: “o contraditório, além de ser fundamental como elemento integrador do processo, ao permitir o funcionamento de uma estrutura dialética no desenvolvimento do rito processual, também tem uma relevante função heurística, sendo um potente mecanismo para a descoberta da verdade” (BADARÓ, Gustavo Henrique, op. cit., 2019, p. 23).

fática confirmada na decisão e, bem assim, os elementos de informação que o levaram a excluir hipóteses antagônicas (exigências que remanescem mesmo quando diferido o contraditório).

Impõe-se, na justificação, o reconhecimento explícito das premissas usadas no raciocínio desenvolvido pelo magistrado, e daquelas rejeitadas. Deve prevalecer uma decisão que se atenha aos elementos de informação disponíveis nos autos, sem subjetivismos que prejudiquem a sua sindicabilidade. Todas as provas, portanto, requerem a devida justificação.

É nula a decisão que defere ou indefere medida cautelar, valendo-se de expressões genéricas, vagas, alheias ao caso concreto. A decisão deve expor o raciocínio desenvolvido pelo julgador, a considerar, precisamente, os elementos de informação constantes dos autos e as alegações suscitadas pelas partes envolvidas no processo.

Ainda, não é possível justificar a decretação de uma medida restritiva com base na gravidade abstrata do delito objeto de imputação. É necessário demonstrar, com suficiência, as circunstâncias fáticas (concretas, pois) que autorizam a decretação de determinada providência cautelar, para além das particularidades inerentes ao próprio tipo penal supostamente praticado.

N'outro giro, é nula a decisão que defere ou indefere medida cautelar externalizando apenas o grau de convencimento do julgador, sem demonstrar a sua base empírica, isto é, o sustento conferido pelos elementos de juízo. Aqui, restaria veementemente prejudicada a sindicabilidade da decisão, em manifesta desobediência à garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais.

De igual modo, é nula a decisão que defere ou indefere medida cautelar sem desincumbir-se da carga argumentativa em torno da compreensão e da justificação dos elementos de informação e dos argumentos constantes dos autos (exigência inerente ao dever de fundamentação), sendo que, realmente, a construção de respostas constitucionalmente adequadas pressupõe um ônus argumentativo.

Com a devida exposição das razões que justificam a decisão, chega-se ao fim do juízo cautelar. E a ordem cronológica elegida no modelo propositivo de decisão não é à toa. Deixou-se o momento da justificação para o final, porquanto consistente em ato posterior do magistrado, que se manifesta após a efetiva tomada de decisão.

Toda e qualquer decisão deve ser justificada. Se o juízo for incompetente ou a parte for ilegítima, por exemplo, encerra-se a decisão cautelar antecipadamente (sem a necessidade de avançar para a análise dos pressupostos cautelares, isto é, para o “mérito” da tutela cautelar), mas não sem a devida justificação. Neste caso, cabe ao magistrado expor as razões que o levou

a reconhecer a incompetência do juízo ou a ilegitimidade da parte requerente, explicitando o desenvolvimento de seu raciocínio. Em todo e qualquer caso, carece de justificação a decisão judicial.

O procedimento lógico e cronológico ora sugerido para tanto também se aplica às hipóteses de pedidos de reconsideração, de revisão por decorrência do tempo (art. 316, do CPP) ou, ainda, de recursos interpostos por quaisquer das partes envolvidas no processo (desde que com a devida capacidade postulatória para tanto).

Como outrora anunciado, os pressupostos cautelares são condição necessária não só para a decretação das medidas dessa natureza, mas, igualmente, para a sua manutenção no tempo. Nesse particular, importa a anotação de Virginia Pujadas Tortosa:

En este efecto consiste precisamente la transposición, en lo ámbito cautelar, de la regla *rebus sic stantibus*, mientras no se altere el estado de cosas que justificó una situación no ha de modificarse dicha situación y a la inversa. En tanto los presupuestos de las medidas cautelares penales se encuentran enunciados en la ley y, para acordar una de estas, aquellos han de verificarse en la realidad, la revisión del régimen cautelar vigente en un concreto proceso puede deberse, bien a la modificación de esa realidad, bien a la modificación de la ley que se aplicó.²⁸²

Invariavelmente, a manutenção da providência cautelar no tempo está condicionada a permanência da situação fática que efetivamente a autoriza.

Em face de pedidos de reconsideração e da própria necessidade de reanálise da providência cautelar ante o transcurso do tempo, cabe ao magistrado, pois, analisar a manutenção das circunstâncias fáticas que dão conta da situação de risco e, em última análise, da necessidade da medida, com a esmerada demonstração das razões que o levaram a decidir por sua manutenção ou não.

As mesmas exigências se aplicam às decisões proferidas pelos tribunais, por força da interposição de recurso (neste caso, com o natural aumento do espectro de análise do julgador)²⁸³, ou mesmo nas hipóteses de prerrogativa de foro.

Sendo assim, tem-se que as decisões que decretam, denegam, substituem, prorrogam ou revogam providências cautelares, proferidas em todos os graus de jurisdição, carecem da devida justificação, em observância à garantia fundamental da fundamentação das decisões judiciais.

²⁸² TORTOSA, Virginia Pujadas, op. cit., p. 239.

²⁸³ Na hipótese de interposição de recurso, o tribunal terá à sua disposição os argumentos utilizados por todas as partes envolvidas no processo, além das razões expostas na decisão recorrida.

Em síntese, eis a estrutura básica do esquema metodológico e orientativo sugestionado para o desenvolvimento do juízo cautelar e a sua justificação, que obedece aos seguintes passos:

- (1) Destacar a pretensão formalizada nos autos e o crime objeto de imputação. Invariavelmente, esse deve ser o ponto de partida da análise cautelar.
- (2) Analisar questões preliminares e prejudiciais à análise meritória da tutela cautelar (competência do juízo, legitimidade da parte requerente etc.).
- (3) Examinar o cabimento da medida requerida à luz da legislação aplicável (a depender da providência requerida, e em sendo vedada a atuação de ofício por parte do magistrado, já se poderia concluir, de pronto, acerca do descabimento de certas medidas cautelares para o caso concreto).
- (4) Analisar o grau de corroboração das hipóteses suscitadas pela parte interessada que dariam conta do preenchimento dos pressupostos cautelares (autoria e materialidade delitivas e situação de perigo), de acordo com os elementos de informação disponíveis nos autos (os quais devem ser objeto de suficiente avaliação, desde a sua admissibilidade até a sua posterior justificação).
 - (4.i) Nessa altura, reitera-se a importância – sobretudo sob o aspecto cognitivo – do contraditório, que, como regra, deve ser oportunizado previamente à decisão.
- (5) Observar a ocorrência de uma das causas de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade, ou, ainda, de extinção de punibilidade, em favor da pessoa do investigado ou do acusado.
- (6) Em não sendo o caso da ocorrência de quaisquer das causas que mitigam a admissibilidade das providências cautelares, observar os níveis de suficiência estampados na norma aplicável e decidir pelo seu alcance, no sentido de determinar se as hipóteses fáticas que sustentam a aplicação da medida requerida são, em um grau de probabilidade, verdadeiras ou não.
- (7) Alcançado o nível de suficiência exigido para considerar provadas as hipóteses autorizativas da medida cautelar pleiteada, cabe observar os critérios de proporcionalidade da medida (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto*

sensu). Das medidas idôneas para alcançar o fim perseguido, aplicar, sempre, a de menor gravidade.

(8) Finalmente, justificar a decisão, observando-se o disposto no art. 315, do CPP, e com expressa referência:²⁸⁴

(8.i) ao fundamento legal da medida requerida;

(8.ii) aos elementos de informação que dão conta da autoria e da materialidade delitivas (*fumus comissi delicti*) e àqueles que apoiam hipótese(s) contrária(s);

(8.iii) aos elementos de informação que sustentam a hipótese de perigo alegada (*periculum libertatis* ou *periculum in mora*) e àqueles que apoiam hipótese(s) contrária(s);

(8.iv) às circunstâncias fáticas que justificam ou não a adoção da medida, à luz do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*), com ênfase, no caso de deferimento do pleito formulado pela parte interessada, às razões para escolha daquela medida, em detrimento de outra igualmente idônea e menos gravosa; e

(8.v) ao raciocínio probatório desenvolvido (no tocante à admissibilidade, à valoração e, bem assim, à decisão propriamente dita acerca do nível de suficiência de cada elemento de informação considerado no juízo cautelar).

²⁸⁴ Independentemente da sua conclusão e do momento em que tenha sido adotada (a considerar as etapas e o faseamento do raciocínio ora sugestionado), a decisão cautelar careça da devida fundamentação.

CONCLUSÃO

Atualmente, o Poder Judiciário vê-se em um cenário em que precisa dar respostas, cada vez mais, urgentes à sociedade. Com efeito, é inegável a ânsia coletiva pela pronta solução das demandas sociais, notadamente se depositada no Poder Judiciário toda (ou quase toda) a esperança para tanto.

A morosidade da Justiça, todavia, acaba pondo em xeque a eficácia dos mecanismos formais de resolução das controvérsias processuais, destacando-se, pois, em todas as áreas de jurisdição, a necessidade de antecipação dos pronunciamentos judiciais.

Na esfera penal, a antecipação das respostas processuais se materializa por meio da tutela cautelar, à qual se pode referir como sendo aquela forma de tutela jurisdicional cuja finalidade precípua seria a de assegurar o resultado útil de outro processo (principal), evitando ou neutralizando a ocorrência de determinadas circunstâncias fáticas, as quais, uma vez verificadas, obstariam a efetividade de tal prestação.

São grandes os desafios emergentes da sociedade contemporânea, marcada pela complexidade e pela variedade das relações jurídicas e, por conseguinte, pelo aperfeiçoamento das estruturas criminosas, as quais se apresentam cada vez mais organizadas e sofisticadas.

Daí se justificar, ainda mais, a utilidade de provimentos de natureza cautelar, na medida em que se exige do julgador apenas um juízo de probabilidade, em nível de cognição sumária, justamente porque se espera a célere superveniência de uma decisão, deixando-se para o final o provimento jurisdicional de caráter definitivo, que exige cognição plena do julgador sobre todas as nuances e circunstâncias em torno do fato punível, não raramente de difícil apreensão, compreensão.

Nesse contexto, a sintomática duração do processo com estrutura própria de um Estado de Direito já representaria, por si só, uma fonte de obstáculos à efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que o mero decurso processual pode dar ensejo à ocorrência de eventos que impeçam o alcance da tutela perseguida, a prejudicar a sua efetividade.

A considerar, pois, a inelutável duração processual, o fenômeno da “cautelarização” do processo penal vem se mostrando uma realidade não só brasileira, mas mundial, como forma de compatibilizar o necessário acautelamento de determinados riscos, com a conseguinte garantia do seu resultado útil, sem que, para tanto, haja a antecipação do seu mérito.

Eis que, nesse cenário, insurgem as medidas cautelares penais, com inegável

importância prática para fins de garantia do resultado útil do processo penal.

Nada obstante, a estrutura garantística deliberadamente assumida por nosso ordenamento jurídico – derivada, sobretudo, do devido processo legal e de direitos fundamentais devidamente albergados por nosso texto constitucional – condiciona os atos do Poder Público. Assim, no tocante à tutela cautelar penal, tal estrutura não só impede a antecipação de juízos de mérito, como, por igual, demanda a rigorosa observância das prescrições normativas (previsão legal, pressupostos cautelares, estrita necessidade, proporcionalidade etc.), para fins de decretação de toda e qualquer providência cautelar.

Ora, a liberdade, a privacidade, a intimidade, a propriedade e a honra são, sempre, a regra. É o que determina o nosso arcabouço constitucional. É o que determina o desenho constitucional do processo penal brasileiro. E as medidas cautelares penais, por sua vez, independentemente de sua natureza (pessoal, assecuratória ou probatória), em maior ou menor grau, desvelam-se providências manifestamente restritivas, pelo que devem ser excepcionais.

Dispõe o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, sendo que a tão só necessidade de proferir-se algum provimento jurisdicional em caráter de urgência – notadamente por meio das medidas cautelares, em se tratando da tutela cautelar penal – não deve implicar no abandono de um procedimento legítimo.

A estrutura garantística inerente aos direitos individuais postos em testilha no âmbito da tutela cautelar penal deve ser rigorosamente acatada quando da superveniência de uma decisão que decreta uma medida cautelar.

É dizer, tal estrutura, simplesmente, não pode ser mitigada, a pretexto de qualquer urgência. O fato de haver uma necessidade de proferir-se uma decisão emergencial no âmbito do processo penal não há de autorizar o atropelamento de certas garantias e direitos individuais da pessoa do investigado ou acusado.

Ocorre que, como anunciado no decorrer do presente trabalho, a prática forense dá conta do não raro desrespeito à estrutura de garantias estabelecida em nosso ordenamento jurídico, seja em razão: i) da inobservância dos pressupostos cautelares; ii) da falta de racionalidade na determinação dos fatos e no juízo prognóstico; iii) da despreocupação com as garantias processuais; iv) ou, finalmente, da deficiência na fundamentação das decisões judiciais que deferem ou indeferem medidas cautelares.

Nesse particular, entende-se que a necessidade de o direito acompanhar a

velocidade inerente aos anseios, às inquietações e às problemáticas da sociedade contemporânea, que demandam urgência na tomada de decisões para fins de garantir o resultado útil do processo, não poderia permitir o menosprezo a certas garantias individuais.

É preciso ter em mente, afinal, o caráter excepcional das medidas cautelares, por representarem medidas fortemente restritivas a direitos fundamentais, as quais, uma vez decretadas, notadamente sem a cautela e a devida observância à estrutura de garantias do processo penal brasileiro, podem ter efeitos nefastos à esfera particular do investigado/acusado, a comprometer a própria legitimidade do sistema de justiça criminal.

A não rara superveniência de decisões judiciais proferidas no âmbito da tutela cautelar penal que simplesmente desatendem, em alguma medida, garantias processuais (dever de fundamentação, contraditório etc.), ou mesmo ignoram os pressupostos cautelares, é sobremaneira preocupante, a revelar verdadeiro desalinho observado na experiência forense, sob o ponto de vista constitucional.

Em razão das problemáticas práticas anunciadas nesta pesquisa, corroboradas pela doutrina, pela jurisprudência e pelas mais recentes alterações legislativas, julgou-se conveniente lançar mão de um modelo para a estruturação de uma decisão a ser proferida no âmbito da tutela cautelar penal, com o objetivo último de auxiliar no alcance e na verificação da racionalidade do juízo empreendido pelo julgador.

Procurou-se deixar evidenciado, no decorrer do trabalho, que não há qualquer espaço, em nosso ordenamento jurídico, para a admissão de provimentos jurisdicionais, especialmente aqueles emitidos na esfera processual penal, que desprezam, além de determinadas garantias processuais, a necessidade de corretamente fixar-se os fatos relevantes e provados, os quais devem ser suficientemente considerados na decisão. E, em se tratando de tutela cautelar, a conclusão não poderia ser diferente. Eventual celeridade no proferimento da decisão não deveria fazer com que o julgador descuidasse das questões de fato.

Realmente, a escorreita determinação dos fatos, necessariamente, carece de uma acertada compreensão do material probatório, desde a sua admissibilidade até a sua justificação – o que deve ocorrer após a atividade valorativa empreendida pelo julgador e o devido confronto da(s) hipótese(s) com o *standard* probatório exigido para considerá-la(s) provada(s).

Dadas as particularidades e as preocupações em torno das questões de fato, todos os contextos (ou momentos) em que é desenvolvida a atividade do julgador sobre o conteúdo probatório são considerados no modelo proposto neste trabalho, com o qual se permite uma

análise crítica das decisões cautelares penais, proferidas em qualquer grau de jurisdição, na medida em que se passaria a dispor de um instrumental simples e objetivo, mas, sobretudo, racional, pautado em um procedimento que se importa com a esmerada determinação dos fatos, com o dever de fundamentação imposto pelo texto constitucional, e com a plena observância aos pressupostos cautelares.

Esclareça-se que o modelo de estruturação da decisão cautelar penal desenvolvido no presente trabalho, de caráter meramente sugestivo, leva em consideração: i) a necessidade de lógica e de racionalidade dos provimentos jurisdicionais; ii) a particular problemática em torno do raciocínio probatório e da determinação dos fatos; iii) a possibilidade de melhoria do raciocínio em decorrência do treinamento; iv) o sistema jurídico vigente; v) a (presunção de) imparcialidade e responsabilidade do julgador; vi) a sobrecarga do Poder Judiciário brasileiro; vii) o fenômeno da “cautelarização” do processo penal; viii) e, finalmente, o caráter restritivo das medidas cautelares penais.

Daí considerar que a proposição não é alheia à realidade do nosso sistema jurídico, porquanto considera as suas particularidades.

Com o presente trabalho, não se pretendeu propor um modelo absolutamente estático, rígido ou mesmo exaustivo. Também não se pretendeu simplificar algo excessivamente complexo como é o raciocínio jurídico, em suas diversas facetas. Apenas se dispôs de um método de raciocínio, que segue critérios lógicos e racionais e que apregoa, sobretudo, a cautela na tomada da decisão.

O juízo cautelar, como se viu, pressupõe uma série de raciocínios escalonados, em que o anterior serve de antecedente lógico do seguinte, tendo importância a disposição de um procedimento previsível, ordenado e minimamente confiável para nortear a análise cautelar a partir de esquemas argumentativos e um método (crono)lógico.

O modelo metodológico de decisão cautelar comporta procedimentos gerais no ensejo de conferir racionalidade ao juízo desenvolvido pelo magistrado, quando da análise de requerimentos para decretação de quaisquer das medidas cautelares. A pretensão deste trabalho é – e sempre foi – a de contribuir para a racionalização da análise da tutela cautelar penal, pressupondo uma cautela, que não é incompatível com a celeridade exigida por determinado contexto de urgência.

É comum advertir que justiça lenta não é justiça. Por outro lado, ainda que célere, a justiça que desatende o devido processo legal e a estrutura de garantias estabelecida por nosso

ordenamento jurídico, também não é justiça. Em um estado que se diz democrático e de direito, não há espaços para esse tipo de “justiça”.

A racionalidade esperada nas decisões judiciais demanda, naturalmente, alguma cautela no desenvolvimento do juízo cautelar, para não se incorrer no risco de adotar-se conclusões precipitadas que possam vir a ser desconexas dos elementos de informação e/ou alheias às garantias processuais, a pretexto de atender a critérios de celeridade processual.

Aqui, espera-se resultar minimamente útil o modelo de estruturação da decisão cautelar sugerido neste trabalho, na condição de instrumental metodológico para alcançar e aferir a racionalidade quando do deferimento ou do indeferimento da pretensão consistente na decretação de quaisquer das medidas cautelares previstas em nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

_____. **Cuestiones Probatorias**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

_____; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Jueces e Ponderación Argumentativa**. 1. ed. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n.1, jan./abr. 2018.

_____. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BEECHER-MONAS, Erica. **Evaluating scientific evidence: an interdisciplinary framework for intellectual due process**. New York: Cambridge University Press, 2007.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdad em el Derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O *test case* da responsabilidade do estado por prisão preventiva errônea. Tradução de Daniel de Resende Salgado e Luís Felipe Schneider Kircher. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro; KIRCHER, Luís Felipe Schneider (coord.). **Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (lei 12.403/11): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. In: **Revista Eletrônica de Direito Penal**, v. 1, n. 1, jun. 2013.

BRAGA, Matheus Andrade. O problema da fundamentação das decisões judiciais e o ônus argumentativo do julgador: na prática, o que mudou com o art. 489, § 1º, do CPC? In: VIANA, Juvêncio Vasconcelos (Org.). **O novo CPC: processo de conhecimento**. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: volume único**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BURTON, Robert. A. **Sobre ter certeza: como a neurociência explica a convicção**. Tradução de Marcelo Barbão. São Paulo: Blucher, 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução de Carla Roberto Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CÂMARA LEAL, Antônio Luiz. **Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro**. vol. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000.

CORDEIRO, Nefi; LINHARES, Antonio Carlos Alves. Prisões cautelares e presunção de culpa: notas históricas sobre esta dialética no direito processual penal brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 3, n. 1, jan./jun. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ano 16, n. 188, jun. 2008.

CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DAMASCENO, Fernando Braga. A (in)viabilidade de uma limitação qualitativa para a cognição realizada na investigação criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 176. ano 29. São Paulo: Ed. RT, fevereiro/2021.

DAMASKA, Mirjan R. **El derecho probatorio a la deriva**. Tradução de Joan Picò i Junoy. Madrid: Marcial Pons, 2015.

DEI VECCHI, Diego. **La decisión de encarcelar preventivamente y otros peligros procesales**. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017.

_____ ; CUMIZ, Juan. **Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional**. Madrid: Marcial Pons, 2019.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ESSADO, Tiago Cintra. **A perda de bens e o novo paradigma para o processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FOSCHINI, Gaetano. **Sistema del diritto processuale penale**. vol. I. Milano: Giuffrè, 1956.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. In: **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Flávio Cardoso Pereira (coord.), 1. ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Prova Judicial: Uma Introdução**. Fortaleza: Boulesis Editora, 2015.

_____. **Interpretação e Argumentação: O modelo Toulmin e a fundamentação racional de atribuição de sentido a textos normativos**. Fortaleza: Boulesis (no prelo).

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza, UFC – Imprensa Universitária, 1989.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. Provas. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: RT, 2008.

_____. Medidas cautelares e princípios constitucionais: comentários ao art. 282 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og (coord). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: RT, 2012.

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

IANCOVIELLO, Francesco Mauro. I critiri di valutazione della prova. In: BESSONE; Mario; GUASTINI, Ricardo (Coord.). **La regola del caso: materiali sul regionamento giuridico**. Padova: Cedam, 1995.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Sobre a motivação dos fatos na sentença penal: valorção da prova e sentença penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KIRCHER, Luis Felipe Scheiner. A fundamentação normativa e fático-probatória da decisão penal no paradigma contemporâneo. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro; KIRCHER, Luís Felipe Schneider (coord.). **Altos Estudos Sobre a Prova no Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2020.

LEITE, Larissa. **Medidas patrimoniais de urgência no processo penal: implicações teóricas e práticas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

LIMA, George Marmelstein. **O Direito fora da caixa**. Salvador: JusPodivm, 2018.

LOPES, José António Mouraz. **A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar – (Teses de doutoramento)**. Almedina: Lisboa, 2019.

LOPES JR. Aury. Fundamentos, Requisito e Princípios Gerais das Prisões Cautelares. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 748, fev. 1998.

_____. **Prisões cautelares**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOURENCINI, Antônio Rogério; COSTA, Yvete Flávio da. **O conteúdo mínimo da fundamentação das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito UFPR: Curitiba, v. 63, n. 1, abr. 2018. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/56981>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Algumas notas sobre a fundamentação de decisões que apreciam questões de fato à luz do novo CPC. In: VIANA, Juvênio Vasconcelos; CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto; AGUIAR, Ana Cecília Bezerra. (Org.). **O novo CPC**. 1. ed. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2016.

MATIDA, Janaina Roland. **O Problema da Verdade no Processo**: A Relação entre o Fato e Prova. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2009.

_____. Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas Carapiá (Org.). **Arquivos da Resistência**: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP 2018, Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

_____; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: José Eduardo Cunha (Org.). **Epistemologias críticas do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal**: estudo sobre a valoração das provas penais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença. **Temas de direito processual civil: oitava série.** São Paulo: Saraiva, 2004.

NETO, Nagibe de Mello Jorge. **Uma teoria da Decisão Judicial: Fundamentação, Legitimidade e Justiça.** Salvador, Juspodivm, 2017.

NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Serra. Impugnação da medida cautelar de sequestro por meio dos embargos de terceiro no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 117, nov./dez. 2015.

OST, François. **O tempo do direito.** Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

POLASTRI, Marcellus Lima. **A tutela cautelar no processo penal.** 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Geraldo. O dever de fundamentação reforçada das decisões no âmbito das medidas cautelares penais. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). **Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**, 1. ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PROGNÓSTICO. **Michaelis Moderno dicionário da língua portuguesa.** São Paulo: Melhoramentos, 2015. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/progn%C3%B3stico/>>. Acesso em: 22 maio. 2021.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

REICHENBACH, Hans. **La nascita della filosofia scientifica**. Tradução de Dominico Parisi e Alberto Pasquinelli. Bologna: Il Molino, 1961.

SÁNCHEZ-RUBIO, Ana. Los peligros de la probabilidad y la estadística como herramientas para la valoración jurídico-probatoria. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 4, n. 1, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/118>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de Estudos Criminais**, v. 3, n. 10, 2003.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal II**. 2. ed. rev. e actual. Lisboa: Verbo, 1999.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. Bogotá: Temis, 2018.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o Juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2010.

_____. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1017.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, vol. 1.

TORTOSA, Virginia Pujadas. **Teoria general de medidas cautelares penales**. Peligrosidade del imputado y protección do proceso. Marcial Pons. Buenos Aires, 2008.

TOULMIN, Stephen Edelston. **Os usos do argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000, vol. 3.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria da decisão judicial**: elementos para a compreensão de uma resposta adequada. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **The judicial application of Law**. Dordrecht: Springer, 1992.

_____. **Sentido y hecho en el derecho**. Tradução de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas e Juan Ugartua Salaverria. Santiago: Ediciones Oleknik, 2018.