

Prisões Cautelares: 50 Anos De Luta Na Efetivação Do Pacto De San Jose Da Costa Rica

Matheus Arcangelo Fedato

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

E-mail: matheus.fedato@outlook.com

Luiz Fernando Kazmierczak

Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

E-mail: lfkaz@uenp.edu.br

Resumo: O presente trabalho busca demonstrar que mesmo após 50 anos do Pacto de San Jose da Costa Rica ainda se busca resolver o problema do papel dos princípios orientadores das prisões cautelares. A hipótese elencada é de que os princípios orientadores das prisões cautelares devem possuir força vinculante quando da ocorrência de sua decretação ou manutenção, sempre no sentido de garantir a preservação de direitos fundamentais. Objetiva-se realizar uma análise crítica dos princípios orientadores das prisões cautelares tentando verificar seu conteúdo e abrangência, bem como seu nível de observância pela legislação. Para atingir o objetivo do estudo, foi empregado o método indutivo, além dos meios de pesquisa documental e bibliográfico. As pesquisas se deram por meio de doutrinas gerais e específicas sobre o assunto, bem como artigos científicos, tendo sido utilizado como base para a elaboração do trabalho o Pacto de San Jose da Costa Rica. Justifica-se a pesquisa pelas contribuições que pode proporcionar ao campo social a partir de uma análise teórica e prática. Toda prisão cautelar cerceia a liberdade do indivíduo, por isso a decisão que a decreta ou mantém exige observância a princípios. Conclui-se que os princípios orientadores das prisões são fundamentais à aplicação das mesmas. Os princípios devem possuir força normativa e, se necessário, sobrepor-se às disposições infraconstitucionais e às decisões inconstitucionais, que firam os direitos fundamentais de liberdade.

Palavras-chave: Prisão Cautelar. Princípios. Direitos Fundamentais. Presunção de Inocência. Pacto de San Jose da Costa Rica.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

Prisões Cautelares: 50 Anos De Luta Na Efetivação Do Pacto De San Jose Da Costa Rica

Matheus Arcangelo Fedato

Luiz Fernando Kazmierczak

1 INTRODUÇÃO

O Pacto de San Jose da Costa Rica, datado de 22 de novembro de 1969, teve sua incorporação na ordem jurídica interna apenas em 6 de novembro de 1992, por meio do Decreto nº 678/1992, assinado pelo então Presidente da República, Itamar Franco. De plano, verifica-se, em razão do período ditatorial atravessado pelo Brasil, um grande lapso entre a promulgação do Pacto e o seu reconhecimento na ordem interna.

O período de reconstrução democrática trouxe novos ares para a legislação interna, em especial, na previsão de direitos e garantias fundamentais do acusado. A Constituição Federal de 1988 nos brindou com um rol de postulados penais e processuais penais que tem por objetivo blindar qualquer ação abusiva do Estado em face do cidadão.

O ponto mais sensível do sistema jurídico-penal é a prisão do cidadão que ainda não foi definitivamente julgado. A necessidade do acautelamento provisório está no centro das discussões doutrinárias e jurisprudenciais do Brasil atual.

Assim, a indagação é inevitável: “como prender alguém que ainda não foi definitivamente condenado?” Talvez esse seja o principal dilema que circunda as prisões cautelares. O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise crítica dos princípios orientadores das prisões cautelares tentando verificar seu conteúdo e abrangência, bem como seu nível de observância pela legislação. Os princípios analisados são: presunção de inocência; motivação das decisões judiciais; contraditório; provisionalidade; provisoriedade; excepcionalidade; e proporcionalidade. Tais princípios são aqueles entendidos como basilares à temática das prisões cautelares, não se excluindo a existência e importância de outros.

O trabalho procura demonstrar que, mesmo após 50 anos da promulgação da Convenção Americana de Direitos Humanos, a questão da efetivação dos princípios básicos relacionados as prisões cautelares continuam atual e necessário seu debate. O problema proposto é apontar qual deve ser o papel dos princípios orientadores das prisões cautelares quando da ocorrência de sua decretação ou manutenção? A hipótese levantada para resolvê-lo é a de que os princípios orientadores das prisões cautelares devem possuir força vinculante quando da ocorrência de sua decretação ou manutenção, sempre no sentido de garantir a preservação de direitos fundamentais.

Justifica-se a pesquisa pelas contribuições que pode proporcionar ao campo social a partir de uma análise teórica e prática. A análise crítica dos princípios informadores das prisões cautelares permite verificar quais os pontos que exigem alterações ou complementos, com a finalidade da preservação de direitos fundamentais. É possível, assim, observar como se dá e como se deve dar seu cumprimento, propondo-se determinações sobre como este deve ocorrer. Toda prisão cautelar cerceia a liberdade do indivíduo, por isso a decisão que a decreta ou mantém exige observância a princípios.

Para atingir o objetivo do estudo, foi empregado o método indutivo, além dos meios de pesquisa eletrônico, documental e

bibliográficos. As pesquisas se deram por meio de doutrinas gerais e específicas sobre o assunto, bem como artigos científicos e leituras complementares.

2 PRINCIPIOLOGIA DAS PRISÕES CAUTELARES

As prisões cautelares, conhecidas também como prisões processuais, ocorrem antes de uma sentença penal transitar em julgado. São acessórias (accessoriedade) ao Processo Penal e seu provimento deve guiar-se pela satisfação da tutela jurisdicional. Por possuir essa característica, acaba contrariando a presunção de inocência, pois causa uma restrição à liberdade antes de eventual condenação. Isso leva a uma contraposição entre os objetivos das prisões cautelares (de modo geral, resguardar a segurança pública, e, de modo específico, assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal) e o direito à liberdade¹.

Nessa linha, como toda prisão cautelar viola a presunção de inocência e cerceia, de alguma forma, a liberdade do indivíduo, a decisão que a decreta ou mantém exige fundamentação e observância a princípios. Para sua utilização são necessárias várias condições, que podem ser elencadas em pressupostos (*fumus commissi delicti/periculum in libertatis*) e requisitos (Arts. 312 e 313 do CPP para prisão preventiva / Art. 1º, incisos I, II e III da Lei nº 7.960/89 para prisão temporária).

Divide-se as prisões cautelares em prisões preventivas e prisões temporárias. Entende-se ser a prisão em flagrante uma

¹Na lição de Odone Sanguiné (2014. p. 16): “O instituto da prisão provisória revela a irreduzível antinomia de duas ordens de legitimidade, dialeticamente em oposição e que historicamente oscilam de um polo a outro na busca de um difícil compromisso que satisfaça, ao mesmo tempo, as exigências da justiça individual e os imperativos da proteção social: o direito à liberdade e a presunção de inocência, de caráter individual, e o direito da sociedade de manter a ordem e a segurança para uma convivência pacífica”.

medida pré-cautelar (LOPES JUNIOR, 2015, p. 607), motivo pelo qual não será objeto desse estudo. As prisões preventivas vêm regradadas no Código de Processo Penal, notadamente no Título IX, Capítulo I, “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória” (Arts. 282 a 300), Capítulo III “Da Prisão Preventiva” (Arts. 311 a 316), Capítulo IV “Da Prisão Domiciliar” (Arts. 317 e 318), Capítulo V “Das outras Medidas Cautelares” (Arts. 319 e 320) e Capítulo VI “Da Liberdade Provisória, com ou sem fiança” (Arts. 321 a 350). A prisão temporária é regulada pela Lei nº 7.960/89 e é inerente às investigações realizadas no inquérito policial.

A Constituição de 1988, instituidora do Estado Democrático de Direito trouxe consigo, no artigo 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado sem sentença penal condenatória transitada em julgado. O que afirma a vigência da presunção de inocência no Brasil, incorrendo nisso a impossibilidade de se considerar alguém culpado, senão por meio de sentença transitada em julgado. Nessa linha, também prevê o Pacto de San Jose da Costa Rica que toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência (artigo 8.2) (OEA, 1969).

A disposição do artigo 5º, LVII, constitui, para Aury Lopes Junior (2013, p. 23), fundamento da civilidade, o qual advém da escolha de proteger o indivíduo mesmo que se tenha que pagar o preço da impunidade de alguém culpável”. Nos dizeres de Fauzi Hassan Choukr (2011, p. 34), no processo penal constitucional a prisão deve ser vista como exceção e a liberdade como regra, sendo condição imperativa para privação da liberdade anterior à sentença a fundamentação judicial e a finalidade cautelar”. O disposto no artigo 5º, LVII, é direito fundamental e sua observância é vital para que se atinja a dignidade da pessoa humana de forma mais ampla (PINTO; SANTIAGO, 2019, p. 6).

Emana o artigo 283 do Código de Processo Penal, refletindo o artigo 5º, LXI, da Constituição, que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença

condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Essa prescrição, além da necessidade de motivação, culmina na reserva jurisdicional, porque diferentemente do flagrante, que pode ser conduzido por qualquer do povo e sem ordem escrita, sua conversão para prisão preventiva ou temporária requer ordem fundamentada de autoridade competente. “Além de escrita, a ordem há de ser fundamentada, isto é, justificada na motivação fática e jurídica, devidamente racionalizada, vinculativa do suporte fático ao motivo legal (conveniência da instrução criminal, por exemplo)” (GIACOMOLLI, 2013, p. 14). Assim, a adoção de prisão cautelar passa pela reserva de jurisdicionalidade, sendo considerada ilegal sua utilização sem esse requisito, também entendido como princípio.

No que se refere à principiologia das prisões cautelares, os princípios elencados são: a) presunção de inocência; b) motivação das decisões judiciais; c) contraditório; d) provisionalidade; e) provisoriedade; f) excepcionalidade; g) proporcionalidade.

3 50 ANOS DE LUTA NA CONCRETIZAÇÃO DA PRINCIPIOLOGIA DAS PRISÕES CAUTELARES

Nesse ponto, serão abordados de forma específica os princípios anteriormente citados, expondo os contornos teóricos sobre cada um deles e os desafios na sua efetivação na ordem jurídica atual.

3.1 Presunção de Inocência

A presunção de inocência é garantia constitucionalmente prevista e se reveste de extrema importância não só para o Processo Penal, mas para o Estado Democrático de Direito. Está prevista no

artigo 5º, LVII do Constituição, o qual prescreve que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Face a consagração da presunção de inocência expressa pela Constituição, pode-se extrair, segundo Gustavo Badaró (2016, p. 1000), algumas consequências, como: a) a presunção de inocência não é incompatível com a prisão antes do trânsito em julgado, desde que a prisão tenha natureza cautelar; b) torna-se incompatível com a presunção de inocência qualquer forma de prisão antes do trânsito em julgado que se constitua como execução provisória ou antecipada de pena. Depreende-se, pois, que não se poderá considerar alguém culpado por um crime enquanto não houver trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É importante mencionar sobre a controvérsia existente sobre a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância. Depois de não a entender como possível no ano de 2009 pelo HC 84.078, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292, voltou atrás em seu posicionamento, passando a entender como permitida a prisão após condenação em segunda instância. Tal matéria foi novamente objeto de julgamento nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, tendo o Supremo Tribunal Federal modificado sua posição mais uma vez, passando a entender, a partir de 2019, que a prisão em 2ª instância só é possível após esgotados todos os recursos, sendo assegurada a presunção de inocência e a impossibilidade de prisão-pena (prisões cautelares continuam sendo possíveis) até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Há controvérsias também no que diz respeito a competência jurisdicional para decretar a ordem de prisão, uma vez que a jurisdição da segunda instância já se esgotou, o Tribunal recorrido ainda não julgou o processo e o juiz da execução penal não tem poderes para determinar ordem de tal natureza, criando assim um vácuo onde não existem legitimados para decretação da prisão. Aqui é necessário observar pelo disposto na Constituição, a qual não permite que se considere alguém culpado até o trânsito em julgado.

Assim, não se vislumbra como possível o encarceramento de condenados em segunda instância sem trânsito em julgado de sentença condenatória sob pena de violação do princípio de presunção de inocência.

Roberto Delmanto Junior (2001, p. 58) remonta as origens do princípio de presunção de inocência à Roma Antiga, mais especificamente ao *Corpus Juris Civilis* (533 D.C) de Justiniano, sendo chamado à época de *favor libertatis* pelas decisões e pareceres dos juristas, como Décio, que disse: “É preferível absolver um culpado do que condenar um inocente”; e Ulpiano, para quem: “É preferível deixar impune o delito de um culpado do que condenar um inocente”. Sobre o assunto, Antonio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 9) aponta que, diferentemente do princípio *in dubio pro reo*, que possui origem no direito romano, o princípio da presunção de inocência tem suas raízes calcadas no sistema *common law*, inserido como postulado fundamental das revoluções liberais do século XVIII, como a Revolução Francesa, estando presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

No período inquisitório a presunção de inocência foi completamente deixada de lado, podendo a prisão preventiva ser decretada pelo juiz sob qualquer pretexto, o que culminava em uma antecipação de pena. Era tida na Idade Média como condição indispensável para tortura e confissão (GOMES FILHO, 1991, p. 58). No século XVII as práticas criminosas consideravam-se como ofensa ao próprio soberano, motivo pelo qual ele e a igreja detinham o direito de punir. Não se exigia a completa formação da culpa para o Processo Penal e execução da pena, sendo suficientes apenas sua admissão e a existência de indícios de autoria (FERNANDES, 2013, p. 34). Esse cenário só mudou após o surgimento do movimento iluminista. Autor clássico desse novo período foi Cesare Beccaria, que buscava, com seus escritos, expressar ideais de liberdade, dentre os quais está a presunção de inocência. Assim,

A um homem não se pode chamar de culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode negar-lhe a sua proteção pública, senão a partir do momento em que for decidido que ele violou os pactos por intermédio dos quais ela lhe foi concedida. Qual é, pois, o direito, se não o da força que dá poder ao juiz para impor uma pena a um cidadão enquanto há dúvidas se é réu inocente? (BECCARIA, 1999, p. 61)

A relação entre as prisões cautelares e a presunção de inocência é ampla. Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 48), é o estado, e não a presunção de inocência, que afasta a antecipação dos resultados do processo, proibindo a prisão quando não estiver fundada em na necessidade de tutelar a efetividade do processo. Entende-se haver não apenas a presunção de inocência (circunstância passageira, relativa ao caso), mas sim um estado de inocência, que é duradouro e absoluto (FERNANDES, 2013, p. 31).

Cuida, portanto, a presunção de inocência, nas palavras de Rogério Schietti Cruz (2006, p. 73), de garantir que não haverá tratamento de alguém já considerado culpado por decisão transitada em julgado a um acusado no Processo Penal. Para que esteja consolidada a culpa, é imperioso que exista prova cabalmente demonstrada em face do acusado, cabendo ao titular da ação penal, com fundamento no sistema acusatório, o ônus de provar a culpa, e com isso retirar a presunção de inocência. Nestes termos pode-se se asseverar que:

A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas consequências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena será por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença (LOPES JUNIOR, 1998).

A acusação deve estar calcada em uma prova para poder afastar a inocência do acusado em uma persecução penal. Tal característica reforça o caráter garantista que deve ser seguido pelo Processo Penal. Nessa linha, “o princípio do ônus da prova no

processo penal tem forte influência garantista na medida em que reconhece o acusado como inocente até que transite em julgado a acusação imputada contra ele” (BENTO, 2013, p. 30). É garantida, dessa maneira, a inviolabilidade daquele que é acusado penalmente, o qual será considerado inocente e terá liberdade assegurada até prova em contrário e condenação transitada em julgado.

Pelo exposto, é estendido ao titular da ação penal, com fundamento no sistema acusatório, o ônus de provar a culpa daquele a quem acusa. A presunção de inocência, conforme Rogério Schietti Cruz (2006, p. 70), exige o ônus de comprovar a responsabilidade penal à acusação, de modo que, em havendo incerteza sobre o objeto de prova, deve-se decidir em favor da defesa (*in dubio pro reo*). Assegura, então, ao indivíduo, enquanto não houver prova apresentada pela acusação capaz de demonstrar sua culpa, todas as liberdades possíveis. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 128) entendem que:

[...] é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocar limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas.

O “estado de inocência” para Nereu Giacomolli (2014, p. 94) é caracterizado como um princípio de grande potencial político e jurídico, o qual indica as bases e ideologias de um modelo processual penal, modelo este que quando aplicado, deve observar os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Destaca-se a imprescindibilidade do respeito a inocência do acusado enquanto não caracterizada sua culpabilidade. Isso se deve ao respeito que se deve conceder a dignidade humana, a qual deve ser estendida aos acusados em um Processo Penal e aos reclusos do sistema carcerário.

Para Antonio Scarance Fernandes (2013, p. 36), a evolução do direito fundamental ao estado de inocência precisa ser compreendida como fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

A presunção de inocência vem justamente para privilegiar os ideais inscritos no chamado princípio da dignidade da pessoa humana. “Tendo em vista a dignidade do direito fundamental à liberdade [...], bem com a intensidade com que a perseguição e a sanção penal estão aptas a atingi-la, o processo penal vem hoje encerrar notável arcabouço de garantias” (FLACH, 2000, p. 55). A Convenção Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), em seu artigo 11, versando sobre a presunção de inocência, determina que nenhuma pessoa deve ser considerada culpada até sua culpabilidade estar provada em um processo público com respeito a todas as garantias previstas para a defesa. A determinação é adotada por vários ordenamentos do mundo.

Em consonância com a Convenção Universal dos Direitos Humanos, a presunção de inocência também está inscrita na Convenção Americana de Direitos Humanos, que diz: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (OEA, 1969). Portanto, os documentos preveem que toda a pessoa tem o direito de que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

A Convenção Americana (Pacto de São Jose da Costa Rica) estabelece ainda várias garantias mínimas aos acusados em processo judicial (artigo 8), dentre as principais, podem-se citar o direito irrenunciável de ser assistido por defensor proporcionado pelo Estado, de não produzir provas contra si mesmo, de recorrer para um juiz ou tribunal superior (duplo grau de jurisdição) e a impossibilidade de confissão obtida por meio de coação e a necessidade da publicidade do processo (OEA, 1969). Nas palavras de César Barros Leal (1994, p. 65), a Convenção Americana de Direitos Humanos demonstra a preocupação em oferecer ao preso, tanto ao condenado quanto o provisório, um tratamento baseado no máximo

respeito à sua integridade física e moral. No sentido de que deve haver uma presunção de não-culpabilidade, Ferrajoli (2002, p. 441) leciona que “a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa ao invés da de inocência, presumida desde o início que forma o objeto do juízo”. Nas palavras de Roberto Delmanto Junior (2001, p. 66), a presunção de inocência diz respeito a questões processuais a materiais, asseverando ainda que:

O direito à presunção de inocência afeta não só o mérito acerca da culpabilidade do acusado, mas, também, o modelo pelo qual ele é tratado durante o processo, como deve ser tutelada a sua liberdade, integridade física e psíquica, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com seu *status*, mesmo que presumido, de inocente

Quer dizer isso que a presunção de inocência visa frear a atividade punitiva do estado, garantindo o direito fundamental de liberdade do indivíduo. Na lição de Antonio Magalhes Gomes Filho (1991, p. 65), “à luz da presunção de inocência, não se concebem quaisquer formas de encarceramento ordenadas como antecipação de punição, ou que constituam corolário automático da imputação”. Dessa forma, a prisão cautelar não pode encerrar-se como uma antecipação de pena.

De toda forma, a utilização das prisões cautelares é prevista legalmente e poderá ocorrer, na lição de Odone Sanguiné (2014, p. 185), quando forem obedecidas as garantias e direitos fundamentais, devendo haver harmonização de tais prisões com a presunção de inocência, proporcionalidade e devido processo legal. Nesse sentido, a decretação ou a manutenção da prisão cautelar (preventiva ou temporária) precisa levar em conta os princípios que regem a matéria e os direitos fundamentais envolvidos, para que, a partir daí, se possa construir uma decisão baseada na proporcionalidade de forma argumentativa.

3.2 Motivação das decisões judiciais

O princípio a ser trabalhado agora é o da motivação das decisões judiciais, pelo qual cabe mencionar o artigo 315 do CPP, que diz: “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”. Aliado a tal dispositivo está o artigo 93, IX da Constituição Federal que determina a fundamentação das decisões judiciais sob pena de nulidade, bem como o artigo 5º, LXI. Destaca-se, ainda, a previsão do artigo 66 do Pacto de San Jose da Costa Rica, o qual determina que a sentença da Corte deve ser fundamentada (OEA, 1969).

Dessa forma, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 498), as prisões e medidas cautelares deve partir de ordem judicial escrita e fundamentada em razão das premissas constitucionais que orientam e vinculam a atuação estatal. Nada mais natural de que, em um Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais sejam, por exigência, fundamentadas. Se assim não fosse, aos julgadores seria dada uma carta em branco, liberando-se arbítrios e discricionariedades antidemocráticas.

Alguns dispositivos do CPP vinculam de certa forma a fundamentação das decisões judiciais. Assim, deve-se seguir os critérios estabelecidos pelos artigos 282 (necessidade e adequação), 283 (obrigatoriedade de fundamentação), 312 (requisitos abstratos) e 313 (requisitos especiais), para a decretação da prisão preventiva. Há ainda os artigos 317 e 413, que tratam da sobre a necessidade de motivação da prisão preventiva após decisão de pronúncia e de sentença condenatória, respectivamente.²

² Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: § 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

Art. 413, § 3º. O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

Destacando a importância da fundamentação e de sua distinção da motivação, Nereu Giacomolli (2014, p. 212) leciona que: “Fundamentar uma decisão é explicar e justificar, racionalmente, a motivação fática e jurídica do convencimento [...] a motivação se constitui na ação determinante da razão de ser da decisão [...] é o motivo que direciona a ação (decidir) num sentido ou no outro”. Portanto, motivar seria expor as bases de fato e de direito que vão ensejar a fundamentação. Fundamentar é a explicação racional dos motivos. Não pode o julgador apenas colacionar os motivos que ensejam a prisão sem demonstrar fundamentadamente sua aplicação no caso concreto. Há a necessidade de fundamentação específica e não genérica.

Apenas mencionar fórmulas indefinidas como garantia da ordem pública ou gravidade abstrata do crime não cumpre o dever constitucional de fundamentação. Para Rogério Schietti Cruz (2006, p. 90), o julgador tem o dever de explicitar seu convencimento sobre a necessidade de medida cautelar. Justamente por isso, “só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder” (LOPES JUNIOR, 1998), quer dizer, a exigência de expor a decisão publicamente possibilita absorver se esta possui legitimidade e fundamento (saber) ou se só apenas uma escolha do julgador (poder). Portanto, deve-se entender como inadmissível a motivação *per relationem*, genérica ou abstrata, fundada em argumentos *extra legem*, fundada na gravidade abstrata ou na hediondez do crime (SANGUINÉ, 2014, p. 452-462).

Além de se constituir com garantia para as partes dentro do processo, o dever de motivação atinge também toda a sociedade, que pode fiscalizar a atuação jurisdicional. Na lição de Antonio Scarance Fernandes (2012, p. 134), os destinatários da motivação das decisões são, além das partes e dos julgadores, a própria comunidade que, a partir da fundamentação, tem condições de verificar a atuação do magistrado e da realização da Justiça. Demonstra-se, assim, o caráter duplo da motivação, qual seja o processual e o democrático.

A fundamentação das decisões judiciais é um dever previsto pela Constituição Federal como garantia fundamental e seu não cumprimento enseja ofensa ao Estado Democrático de Direito (JORGE JUNIOR, 2008, p. 4-5). A motivação das decisões judiciais possui grande importância tanto para o “desenvolvimento da própria sociedade quanto ao respaldo do Estado na proteção dos direitos do cidadão. A motivação das decisões judiciais assume caráter de garantia da própria jurisdição”, servindo às partes, aos juízes e a comunidade (BERNARDES, 2013. p. 198). Em vista disso, assevera Scheid (2009, p. 61) que a motivação das decisões deve ser sempre destinada a proteger direitos fundamentais, tendo em vista que a sujeição do julgador à Constituição é fundamento da jurisdição. Entendida a importância do dever de fundamentação, cumpre dizer que sua construção se dá pelo discurso argumentativo.

Para tanto, é preciso que a decisão parta de uma premissa válida e chegue a uma conclusão igualmente válida por meio de uma inferência adequadamente justificada. Além do raciocínio silogístico, deve-se levar em conta a correção material dos argumentos, bem como a edificação dialética da decisão. Aponta José Frederico Marques (1997, p. 49) que “a motivação revela como o juiz interpretou a lei e os fatos, pelo que deve vir exposta com clareza, lógica e precisão, a fim de que as partes tenham perfeito conhecimento da solução dada ao litígio e às controvérsias surgidas na discussão deste”. Importante, então, o uso da lógica, da semântica e da dialética no percurso do discurso.

Pode-se compreender que a motivação das decisões penais se constitui como “condição de legitimidade para a imposição de qualquer medida punitiva no Estado Democrático de Direito” (MAZON, 2012, p. 25), devendo uma decisão não fundamentada, ou não adequadamente fundamentada, padecer de nulidade, pois estará contrariando disposições constitucionais e infraconstitucionais.

3.3 Contraditório

O contraditório está insculpido no artigo 5º, LV da Constituição de 1988 e assegura, aos acusados, o contraditório e a ampla defesa, bem como os meios e recursos a ela inerentes. Tal instituto “é uma nota característica do processo, uma exigência política, e mais do que isso, se confunde com a própria essência do processo” (LOPES JUNIOR, 2015, p. 370). Expressa a democratização do processo, no qual as partes podem atuar em igualdade de forças, propiciando a construção dialética da sentença. O Pacto de San Jose da Costa Rica, em seu artigo 8, determina que deve ser garantido ao acusado comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada, a concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa e o direito de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor (OEA, 1969).

Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 43-44) ressalta a relevância do contraditório no Processo Penal, considerando-o como um requisito de validade. Para o autor, trata-se de um dos mais importantes princípios do Processo Penal, caracterizando-se como requisito de validade do processo na medida em que sua inobservância pode gerar nulidade absoluta. Continua dizendo que juntamente com a ampla defesa, o contraditório institui-se como pedra fundamental de qualquer processo, principalmente do Processo Penal. Uma das bases de sustentação do Processo Penal é o contraditório, não havendo processo sem ele.

O instituto significa o dever de a parte contrária ter acesso e ser informada de todos os atos processuais, bem como o poder de interferir no processo, de ser ouvida. O princípio supõe igualdade entre acusação e defesa. O conhecimento do processo pelas partes deve ser considerado como fundamental. A possibilidade conhecer os elementos e contradizer a parte contrária constitui elemento fundamental do Processo Penal. A importância do contraditório pode

ser observada na teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Está expresso no axioma “*nulla probatio sine defesione*” (FERRAJOLI, 2002, p. 74), que implica a nulidade da prova se não houver participação efetiva da defesa.

Atrelada ao contraditório está a ampla defesa, a qual reflete a possibilidade de atuar ativamente no processo, não apenas tendo a oportunidade de conhecer dos atos e peças processuais, mas de nele influir utilizando-se de todos os meios legais disponíveis. Esse é o pensamento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 75).

[...] defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.

O contraditório e a ampla defesa são pilares do Processo Penal e devem ser estudados em conjunto. A ampla defesa realiza-se quando permite demonstrar a inocência do acusado (OLIVEIRA, 2014, p. 47). Muito se questionou a possibilidade de contraditório em sede de medida cautelar, devido ao caráter de urgência da medida. Entretanto, é inegável a importância do instituto para a garantia dos direitos fundamentais do acusado.

Dispõe o artigo 282, §3º, 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”. Assim, em casos de evidente risco de fuga por exemplo, o contraditório sofrerá restrição. Todavia, o dispositivo processual penal prevê a possibilidade de intimação da parte contrária. “Tal contraditório dependerá das circunstâncias do caso concreto, sendo delimitado pela urgência ou risco concreto de ineficácia da medida” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 35). A aferição da urgência deve ser realizada caso a caso, observando-se todos os elementos constantes

no momento da decretação. A motivação para que o instituto seja diferido deve ser forte e conter os fatores determinantes para a adoção da medida.

3.4 Provisionalidade

Quanto a provisionalidade da medida cautelar, tem-se que esta só deverá subsistir enquanto se manter a situação fática que a ensejou, não devendo permanecer após o desaparecimento de seu substrato decretador. Nessa linha está o artigo 282, §5º do CPP: “O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. De tal modo, não mais existindo o substrato fático que lhe deu origem, a prisão deve ser revogada.

Este princípio veda a manutenção da prisão sem causa. Sua existência está atrelada a uma condição provisória, que é a existência de motivos legais que a ensejem, aponta para a transitoriedade da medida cautelar utilizada, de modo que, não mais subsistindo as razões que a determinaram, deve ser revogada imediatamente (BRANCO JUNIOR, 2010, p. 124). Se neutralizado o perigo para a instrução criminal ou aplicação da lei penal, não há mais razões para a restrição cautelar da liberdade.

No sentido de ilegalidade da prisão por falta de fundamentos está Rogério Schietti Cruz (2006, p. 88), que diz que a prisão cautelar legítima pode se tornar ilegal desde o momento em que passe a não existir requisito imprescindível à sua validade. Nesse ponto, é importante observar as medidas cautelares diversas da prisão, que podem ter a mesma eficácia da prisão provisória, mas com menor restrição de liberdade. Por exemplo, a entrega do passaporte impossibilita a fuga do acusado, sendo medida menos gravosa do que a prisão. Existindo hipótese de cautelar diversa, falta motivo para que a cautelar subsista. Assim, “uma vez desaparecida a motivação fática

que serviu de supedâneo à medida cautelar, essa perde a sua funcionalidade e o sujeito retoma o *status quo ante*, ou seja, o do gozo irrestrito da liberdade” (GIACOMOLLI, 2013, p. 32). Além disso, inexistindo necessidade cautelar, seja de prisão, seja de medida alternativa, deve-se conceder a liberdade.

3.5 Provisoriedade

Ponto de extrema importância acerca das prisões preventivas é a provisoriedade das prisões cautelares. Distingue-se da provisionalidade porque se refere à questão do tempo, da duração da medida, que deve ser sempre temporária, não podendo assumir características de prisão antecipada (LOPES JUNIOR, 2013, p. 37). É importante destacar que dentre as modalidades de prisões cautelares, a prisão preventiva diferencia-se da prisão temporária, pois aquela permanece enquanto o juízo entender a necessidade de sua manutenção, não possuindo previsão legal de duração máxima, como esta.

A Convenção Americana dos Direitos do Homem proíbe a prisão preventiva de duração indeterminada. A Comissão Interamericana declarou que o facto de não se fixar um prazo limite para a libertação de um detido que não tenha sido acusado ou para a comunicação do objecto da acusação, constitui uma violação dos direitos dos detidos. Por outro lado, se a duração da detenção de uma pessoa antes do julgamento ultrapassa a duração da pena que é susceptível de lhe ser aplicada na eventualidade de vir a ser considerada culpada e condenada, tal detenção constitui uma violação grave do direito a ser acusado e condenado com anterioridade à execução de uma pena (ONU, 1994, p. 28).

Conforme o artigo 7 do Pacto de San Jose da Costa Rica, ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários, bem como toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser

julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade (OEA, 1969). Esse ponto do Pacto nos remete à realização de audiências de custódia, as quais foram regulamentadas pela Resolução 213/2013 do Conselho Nacional de Justiça, após determinação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro (BRASIL, 2015).

A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura (PAIVA, 2015).

As audiências de custódia devem ser interpretadas junto com o artigo 310 do Código de Processo Penal, o qual determina que o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante deverá relaxar a prisão ilegal, convertê-la em preventiva ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. “A principal e mais elementar finalidade da implementação da audiência de custódia no Brasil é ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos” (PAIVA, 2015).

O artigo 1º da Resolução 213/2015 do CNJ determina que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão (BRASIL, 2015). Pode-se observar que a intenção estabelecida no Pacto de San Jose da Costa Rica e na implantação das audiências de custódia é dar cumprimento aos princípios da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do contraditório, da não autoincriminação e do devido processo legal,

colocando a pessoa presa perante um juiz tão logo seja recolhida à prisão.

A mudança cultural é necessária para atender às exigências dos arts. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também para atender, por via reflexa, a garantia do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5.º, LXXVIII da CF), a garantia da defesa pessoal e técnica (art. 5.º, LV da CF) e também do próprio contraditório recentemente inserido no âmbito das medidas cautelares pessoais pelo art. 282, § 3.º, do CPP. Em relação a essa última garantia – contraditório – é de extrema utilidade no momento em que o juiz, tendo contato direto com o detido, poderá decidir qual a medida cautelar diversa mais adequada (art. 319) para atender a necessidade processual (LOPES JUNIOR; PAIVA, 2014, p. 16).

Os dados mostram a importância da realização das audiências de custódia no Brasil. Segundo o CNJ, até o ano de 2017 tinham sido realizadas 258.485 mil audiências, das quais 115.497 (44,68%) resultaram em liberdade. Ainda, dentro desse universo, em 12.665 mil (4,90%), houve alegação de violência no ato da prisão e em 27.669 mil (10,70%) houve encaminhamento social/assistencial (CNJ, 2017).

A provisoriedade deve ser entendida como caracterizadora da prisão ou medida cautelar, pois essas não devem durar mais do que o imprescindível para a instrução processual. Caso tal princípio não seja respeitado, a prisão pode vir a tornar-se uma punição antecipada e acabar por violar os dispositivos constitucionais, nomeadamente a presunção de inocência.

Houve tentativa de limitação temporal da prisão preventiva pela inclusão do artigo 315-A no CPP por meio do Projeto de Lei 4.208/2001, o qual determinava o prazo máximo de 180 dias de prisão em cada grau de jurisdição, exceto se o acusado tivesse dado causa a demora. Referido dispositivo foi vetado e não integrou o rol de modificações trazidos pela Lei 12.403/2011. A jurisprudência tentou construir um critério temporal para as prisões preventivas, chegando a um prazo de 81 dias, contudo, a prática acabou não se consolidando (LOPES JUNIOR, 2013, p. 38). Existe ainda o Projeto

de Lei 8.045/2010, que constitui o projeto do novo Código de Processo Penal e estabelece prazos para a duração da prisão preventiva³.

No sentido de que a prisão provisória, justamente por essa definição, não pode ser perene, está Gustavo Badaró (2016, p. 990), para quem a provisoriedade deve ser considerada como o “antônimo de definitividade”, ou seja, que não deve ser uma solução definitiva, apta a durar para sempre. Para o autor, “toda medida cautelar deve guardar conexão com o provimento futuro que a irá substituir. [...] a medida cautelar sempre deve ter em vista uma medida satisfativa e definitiva, resultado do reconhecimento do direito debatido no processo principal” (BADARÓ, 2008, p. 392). A Convenção Americana (OEA, 1969) sobre direitos humanos, nos seus artigos 7º e 8º determina que toda pessoa tem o direito de ser julgada, com as devidas garantias, dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade.

A limitação temporal máxima da prisão cautelar tem como fundamento sua natureza de medida cautelar instrumental e excepcional em virtude da presunção de inocência, do princípio da proporcionalidade e do Estado de Direito e atual como um reforço efetivo para todas aquelas garantias concernentes à liberdade física da pessoa humana (SANGUINÉ, 2014, p. 463).

³ Art. 558. Quanto ao período máximo de duração da prisão preventiva, observar-se-ão, obrigatoriamente, os seguintes prazos: I – 180 (cento e oitenta) dias, se decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível, observado o disposto nos arts. 14, VIII e parágrafo único, e 31, §§ 3º e 4º. II – 360 (trezentos e sessenta) dias, se decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível, não se computando, no caso de prorrogação, o período anterior cumprido na forma do inciso I do capuz deste artigo. § 1º Não sendo decretada a prisão preventiva no momento da sentença condenatória recorrível de primeira instância, o tribunal poderá fazê-lo no exercício de sua competência recursal, hipótese em que deverá ser observado o prazo previsto no inciso II do capuz deste artigo. § 2º Acrescentam-se 180 (cento e oitenta) dias ao prazo previsto no inciso II do capuz deste artigo, incluindo a hipótese do § 1º, se houver interposição, pela defesa, dos recursos especial e/ou extraordinário. § 3º Acrescentam-se, ainda, 60 (sessenta) dias aos prazos previstos nos incisos I e II do capuz deste artigo, bem como nos §§ 1º e 2º, no caso de investigação ou processo de crimes cujo limite máximo da pena privativa de liberdade cominada seja igual ou superior a 12 (doze) anos. § 4º Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o prazo a que se refere o inciso I do capuz deste artigo terá como termo final a decisão de pronúncia, contando-se, a partir daí, mais 180 (cento e oitenta) dias até a sentença condenatória recorrível proferida pelo juiz presidente. 5º Os prazos previstos neste artigo também se aplicam à investigação, processo e julgamento de crimes de competência originária dos tribunais.

Portanto, é a observância de quanto a medida é importante para o processo, juntamente com o tempo de prisão provisória já passado que deve determinar sua conservação. “A palavra chave para o uso e a manutenção de qualquer prisão cautelar é a sua efetiva necessidade” (CRUZ, 2006, p. 108). Conforme Nereu Giacomolli (2013, p. 35), precisa-se levar em conta a complexidade da causa, as dificuldades da instrução (necessidade de realização de complexas diligências probatórias), a média de duração dos processos que envolvem o mesmo delito, a duração da pena privativa de liberdade para o crime imputado ao sujeito, bem como a previsão de provável pena em caso de condenação. Deve-se evitar que o acusado permaneça preso preventivamente, em regime fechado, por tempo aproximativo do cumprimento da pena total.

A indeterminação temporal da prisão preventiva prejudica muito aqueles afetados pela medida, porque ficam à mercê do juízo que a decretou, tendo que aguardar no cárcere por tempo indeterminado. Não parece razoável a inexistência de marcos temporais máximos para a prisão preventiva. A restrição da liberdade pode perpetrar por meses, resultando em uma pena antecipada. A ausência de sanção para o excesso de prazo também se mostra um problema. A maior duração da prisão provisória do que a pena máxima cominada ao crime investigado constitui-se como grave ofensa aos direitos fundamentais, constituindo constrangimento ilegal.

3.6 Excepcionalidade

A prisão preventiva deve ser decretada em caráter excepcional, apenas quando as outras medidas cautelares não se mostrarem suficientes. É o que determina o artigo 282, §6º do CPP: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Nesse sentido, diz o artigo 310, II que, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá

convertê-la em preventiva, se presente os requisitos, ou se as medidas cautelares diversas da prisão se mostrarem inadequadas.

Seguindo o disposto pelo artigo, o magistrado pode: a) relaxar a prisão, quando esta for ilegal, restituindo a liberdade ao flagrado; b) conceder a liberdade provisória, sem fiança; c) conceder a liberdade provisória mediante termo de compromisso, quando o delito tiver ocorrido nas condições do art. 23 do CP; d) conceder a liberdade provisória mediante fiança; d) aplicar uma medida cautelar diversa do da prisão, conforme o artigo 319 do CP; e) converter a prisão em flagrante em preventiva, nos termos dos artigos. 310, II, e 312 do CPP.

Para a decretação das medidas cautelares deve-se levar em conta o contido nos incisos artigo 282, I e II do CPP, que orientam a utilização da necessidade e da adequação na aplicação das medidas cautelares. Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 498) “toda e qualquer prisão deverá se pautar na necessidade ou na indispensabilidade da providência, a ser aferida em decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, segundo determinada e relevante finalidade”. O artigo 282 do CPP é mais bem compreendido quando estudado junto com o princípio da proporcionalidade. Aury Lopes Junior (2013, p. 23) critica o disposto no inciso I do artigo 282, que possibilita a utilização de medida cautelar para evitar a prática de infrações penais:

No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Além do mais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, e somente após, prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

As prisões preventivas não devem ser banalizadas em referência à presunção de inocência. Sua finalidade não deve ser invertida. Os abusos na decretação das prisões cautelares acabam por

prejudicar ainda mais o sistema carcerário brasileiro, que já sofre com o excesso de detentos. A excepcionalidade da prisão se dá pela valorização da liberdade.

3.7 Proporcionalidade

Tido como um dos principais princípios dentro das prisões cautelares e em vários ramos do Direito, o princípio da proporcionalidade é referencial quando existem interesses em conflito no caso concreto. É um dos princípios regentes das prisões cautelares, notadamente pela proibição do excesso. Conforme Gustavo Badaró (2008, p. 393), “há, pois, um princípio de proporcionalidade que governa as medidas cautelares e, em especial, a prisão cautelar”. Tal princípio busca controlar a atividade estatal para que esta não viole direitos fundamentais. Também deve ser observado sob o viés da proibição da proteção deficiente, pelo amparo a liberdade dos acusados no Processo Penal, que merecem assistência na afirmação de seus direitos.

Na concepção de Alexy (2012, p. 593), “[q]uanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. Busca-se estabelecer limites entre os fins almejados e os meios escolhidos. A escolha da medida não deve ser mais grave do que a finalidade da norma. Basicamente, é preciso que haja proporção entre a provável pena a ser imposta em caso de condenação e a gravidade da medida cautelar a ser utilizada (BADARÓ, 2008, p. 397). Sobre a afinidade entre proporcionalidade e Processo Penal, Eugênio Pacelli de Oliveira (2012, p. 133) discorre da seguinte maneira:

Em relação a um possível confronto entre o princípio da inocência (estado ou situação jurídica de inocência) e o da efetividade da jurisdição penal [...] pode ser que se apresente a possibilidade de uma ponderação feita nesses moldes, desde que a pressuposta fundamentação cautelar da prisão em determinado caso concreto. A ponderação, então, far-se-ia pelo exame da *adequação* da medida,

quando a prisão deveria ser justificada com relação aos escopos do processo; de sua *necessidade*, pela apreciação da relação entre a prisão e sua motivação (risco de fuga, intimidação de testemunhas etc.), e de sua proporcionalidade em sentido estrito, isto é, pelo exame da gravidade da prisão cautelar em relação à pena abstratamente cominada ao tipo penal, bem como a viabilidade de sua aplicação no caso concreto (condições pessoais do agente, natureza da infração, análise da culpabilidade etc.).

Para orientar a decretação das prisões cautelares, o artigo 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal determina que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se: I) a *necessidade* para aplicação da lei penal, para investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais; II) a *adequação* da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do acusado ou investigado. Os referenciais de necessidade e adequação são entendidos como referenciais fundamentais na utilização de medidas cautelares no Processo Penal (OLIVEIRA, 2014, p. 504).

Nesse sentido, o artigo 282, §6º, do CPP determina que a prisão preventiva somente será utilizada quando sua substituição não for cabível por nenhuma outra medida cautelar. Portanto, para Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 504), a prisão preventiva deve ser deixada para os casos de maior gravidade, constituindo-se como regra a imposição preferencial de medidas cautelares diversas de prisão. No caso das prisões cautelares, o princípio procura balizar a divergência que ocorre entre a garantia da segurança pública ou eficácia na repressão dos delitos e a liberdade dos indivíduos.

Tem previsão expressa no Código de Processo Penal Alemão (StPO § 112), que determina que a prisão não pode ser ordenada se resultar desproporcional em relação a sua causa ou a pena prevista a ser aplicada (ALEMANHA, 1950). Visando a busca da adequação e da necessidade das medidas adotadas, o princípio da proporcionalidade deve levar em conta as características pessoais dos indivíduos e o crime cometido no caso concreto. Busca um modo de realizar os

interesses pretendidos da maneira menos gravosa, ou seja, a medida que menos prejudique o acusado, mas que cumpra a finalidade cautelar deve ser a utilizada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo após 50 anos de sua promulgação e de 27 anos de incorporação na ordem jurídica interna, muitos dos preceitos esculpidos no Pacto de San Jose da Costa Rica ainda carecem de efetivação plena, efetiva e irrestrita por parte dos tribunais brasileiros.

Conforme se pode depreender, a Constituição faz prevalecer a presunção de inocência, não podendo ser considerado culpado aquele que ainda não tiver condenação penal transitada em julgado. Dispõe o Código de Processo Penal que as prisões preventivas serão medidas últimas a serem tomadas durante a instrução, sendo preciso ainda demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta.

É preciso, tanto para a decretação quanto para a manutenção das prisões preventivas o uso da proporcionalidade, notadamente a proibição do excesso, de modo a não tornar a medida imposta excessivamente penosa. Necessário, então, balizar os interesses postos sempre com vistas a proporcionalidade da medida e à preservação dos direitos fundamentais.

A prisão preventiva deve ser decretada em caráter excepcional, apenas quando as outras medidas cautelares não se mostrarem suficientes, sempre em decisão fundamentada e precedida de contraditório. O Código de Processo Penal prevê alternativas ao binômio prisão-liberdade, com as medidas diversas da prisão.

É preciso pautar-se pela necessidade da medida para fins processuais e pela importância da adequação da medida às

especificidades do caso concreto, como por exemplo à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado. As medidas alternativas à prisão trazidas pela lei se mostram de grande relevância, permitindo a adoção de meios mais brandos, mas que consigam realizar a finalidade pretendida com seu uso.

A indeterminação temporal da prisão preventiva prejudica muito aqueles afetados pela medida, posto que ficam à mercê do juízo que a decretou, tendo que aguardar no cárcere por tempo indeterminado. A restrição da liberdade pode perpetrar por meses a fio, culminando em uma pena antecipada. A ausência de sanção para o excesso de prazo e a própria falta de um prazo estabelecido acabam ferindo os direitos fundamentais previstos na Constituição.

Conclui-se que os princípios orientadores das prisões são fundamentais à aplicação das mesmas. As análises mostraram que é necessária a observação do disposto pelos princípios quando da decretação ou manutenção de prisões cautelares. Os princípios devem possuir força normativa e, se necessário, sobrepor-se às disposições infraconstitucionais e às decisões inconstitucionais, que firam os direitos fundamentais de liberdade.

Data de Submissão: 31/10/2019

Data de Aprovação: 06/02/2020

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Alana Ramos Araújo

Assistente Editorial: Maria Aurora Medeiros Lucena Costa

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. Código de Processo Penal de 12 de Setembro de 1950. *Strafprozeßordnung*. Disponível em: <https://www.juris.de/jportal/index.jsp> . Acesso em: 20 out. 2019.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PROPOSTA DE MUDANÇAS LEGISLATIVAS. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 103, p. 381 - 408, jan./dez. 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BENTO, Patricia Stucchi. *O garantismo como vetor humanista ao Processo Penal*. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação da PUC/SP. São Paulo: 2013.
- BERNARDES, Marcelo Di Rezende. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. *FRAGMENTOS DE CULTURA – Revista Interdisciplinar de Ciências Humanas da PUC-GO, Goiânia*, v. 23, n. 2, p. 195-206, abr./jun. 2013. ISSN 1983-7828.
- BRANCO JUNIOR, Luiz Carlos. *A liberdade e os fundamentos da prisão cautelar*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da PUC-SP para obtenção do título de Mestre em Filosofia. São Paulo, 2010.
- BRASIL. *Constituição da República Federal do Brasil*. Brasília, DF: Senado. 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689/41. *Código de Processo Penal*. Brasília, Distrito Federal: Senado. 1941.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão. DJ: 09/09/2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 29 out. 19.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 28 out. 19.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Mapa de Implantação das Audiências de Custódia*. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/mapa-audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 31 out. 19.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas cautelares e prisão processual: Comentários à lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Patrícia Vieira dos Santos. *A (I)legitimidade das prisões cautelares à luz do princípio do estado de inocência*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público. Uberlândia, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FLACH, Norberto. *Prisão Processual Penal: Discussão à Luz dos Princípios Constitucionais da Proporcionalidade e da Segurança Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GIACOMOLLI, Nereu. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e Prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

JORGE JUNIOR, Nelson. O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. *Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*. v.1, 2008.

LEAL, César Barros. A prisão em uma perspectiva histórica e o desafio atual dos direitos humanos dos presos. In: *O Alferes*, Belo Horizonte, 12(42), p. 49-66, jul/set 1994. ISSN: 0103-8125 Disponível em:
<https://revista.policiamilitar.mg.gov.br/periodicos/index.php/alferes/article/view/637>. Acesso em: 31 jan. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. *O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista*. 1998. Disponível em:
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10657-10657-1-PB.htm>. Acesso em: 11 out. 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 4.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Liberdades* - nº 17 – setembro/dezembro de 2014. Disponível em:
http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209. Acesso em: 27 out. 19.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. V. III, 1. ed. São Paulo: Bookseller, 1997.

MAZON, Cassiano. *A Fundamentação das decisões judiciais e a Prisão Preventiva*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da PUC-SP para obtenção do título de Mestre em Direito. São Paulo, 2012.

OEA – Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em:
https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_american_a.htm . Acesso em: 07 out. 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

ONU – Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em:

www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 07 out. 2019.

ONU. *Direitos Humanos e Prisão Preventiva*: Manual de normas internacionais sobre prisão preventiva. Série de Formação Profissional n.º 03 [ACNUDH]. 1994.

PAIVA, Caio. *Na Série “Audiência de Custódia”*: conceito, previsão normativa e finalidades. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-decustodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>. Acesso em: 31 out. 19.

PINTO, H. C.; DIAS, E. R.; SANTIAGO, N. E. A. *Hermenêutica, Garantismo e Presunção do Estado de Inocência Relativizado: o Posicionamento do Supremo Tribunal Federal a partir do Habeas Corpus n. 126.292-sp. Prim@ Facie - Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, UFPB, v. 18, n. 37, p. 01-38, 23 maio 2019.*

SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHEID, Carlos Eduardo. *A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

50 Years Of Pact Of San Jose – Costa Rica: Reflexions About Social Justice In Brazil

Matheus Arcangelo Fedato

Luiz Fernando Kazmierczak

Abstract: The present paper seeks to demonstrate that even after 50 years of the Pact of San Jose of Costa Rica, the problem of the role of the guiding principles of precautionary prisons is still being solved. The hypothesis is that the guiding principles of the pretrial detentions must have binding force when the occurrence of its decree or maintenance, always in the sense of guaranteeing the preservation of fundamental rights. The objective is to carry out a critical analysis of the guiding principles of the pretrial detentions, trying to verify their content and scope, as well as their level of compliance with the legislation. In order to reach the objective of the study, the inductive method was used, in addition to the documentary and bibliographic research resources. The researches were made through general and specific doctrines on the subject, as well as scientific articles, being used as the basis for the elaboration of the work the Pact of San Jose of Costa Rica. The research is justified by the contributions it can provide to the social field from a theoretical and practical analysis. Every pretrial detention restricts the freedom of the individual, so the decision that decrees or maintains it requires observance of principles. It is concluded that the guiding principles of pretrial detentions are fundamental to their application. Principles must have normative force and, if necessary, overlap with infra-constitutional provisions and unconstitutional decisions, which jeopardize the fundamental rights of freedom.

Keywords: Pretrial Detention. Principles. Fundamental Rights. Presumption of Innocence. Pact San Jose of Costa Rica.