

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

HÉLIO GUIMARÃES DA SILVA

**EXCESSO DE PRAZO COM RÉU PRESO, UMA ANÁLISE DAS MEDIDAS
CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO INTRODUZIDAS PELA LEI 12.403/2011**

Campina Grande – PB

2013

HÉLIO GUIMARÃES DA SILVA

**EXCESSO DE PRAZO COM RÉU PRESO, UMA ANÁLISE DAS MEDIDAS
CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO INTRODUZIDAS PELA LEI 12.403/2011**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR,
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito pela referida
instituição.

Orientador (a): Prof. Esp. Kelsen de
Mendonça Vasconcelos.

Campina Grande – PB

2013

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

S586e Silva, Hélio Guimarães da.
Excesso de prazo com réu preso, uma análise das medidas cautelares diversas da prisão introduzidas pela lei 12.403/2011 / Hélio Guimarães da Silva. – Campina Grande, 2013.
63 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR -
Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.
Orientador: Prof. Esp. Kelsen de Mendonça Vasconcelos.

1. Direitos Fundamentais. 2. Garantias Fundamentais – Preso. 3. Prisões Provisórias. 4. Medidas Cautelares. I. Título.

CDU 342.7(043)

HÉLIO GUIMARÃES DA SILVA

**EXCESSO DE PRAZO COM RÉU PRESO, UMA ANÁLISE DAS MEDIDAS
CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO INTRODUZIDAS PELA LEI 12.403/2011**

Aprovado em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Profº Esp. Kelsen de Mendonça Vasconcelos
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(Orientador)

Profº MSc. Rodrigo Araújo Reul
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(1º Examinador)

Profº Esp. Rogério da Silva Cabral
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(2º Examinador)

A meu pai, Francisco Paizinho Silva e Agripino Guimarães (in memorian), homens de empírico saber, cuja determinação e honestidade representam um exemplo a ser seguido. A minha mãe, Maria Salete Guimarães, minha adorável e inestimável esposa, Adveltania Pereira dos Santos, que muito me orgulham pela firmeza de caráter e desprendimento em prol do bem estar da família, por fim, aos meus amados filhos, Maria Hisabelly e Herick Matheus.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus, pelo dom da vida, da saúde por todas as glórias que tem realizado em minha vida.

A Nossa Senhora, por ter me protegido com seu manto sagrado todos os dias da minha vida.

A meu querido avô, Agripino Guimarães, Anizia Guimarães, Genilda Guimarães e Edson Guimarães (*in memoriam*), pelo exemplo de simplicidade e humildade, pelo que representaram e representam em minha vida e pelo que me ensinaram a ser.

A minha esposa e filhos, que de forma incondicional, tem me apoiado e comigo partilhado as angústias do percurso, momento em que somamos força, bem como dividido as alegrias das conquistas até aqui obtidas.

A toda minha família, que sempre acredita em minha capacidade e em minha vontade de crescer, cujo apoio, indubitavelmente foi determinante para a conclusão dessa jornada.

Aos meus antes colegas, agora amigos, Valdiney Henrique da Silva, Antonio Edvaldo da Silva e a Jose de Arimateia que, independente do momento, sempre estiveram comigo.

Aos professores da CESREI, pelos ensinamentos repassados com excelência.

Ao professor e orientador, Kelsen de Mendonça Vasconcelos, pelos ensinamentos passados, pela mão sempre estendida e pelo apoio ao longo não apenas deste trabalho, mas em momentos outros que figuramos enquanto docente/discente ao longo do curso.

“As pessoas costumam amar a verdade quando esta as ilumina, porém tendem a odiá-la quando as confrontam”

Santo Agostinho

RESUMO

Um dos motivos para o aumento de prisões no Brasil é a prisão provisória, onde pessoas aguardam meses para serem julgados. As medidas cautelares diversas à prisão foram criadas como parte de reformas que tiveram como objetivo aprimorar o processo penal e oferecer maior efetividade à realização e promoção da justiça. Com o intuito de tentar amenizar essa situação em julho de 2011, entrou em vigor a Lei nº 12.403/2011, que altera vários dispositivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689 de 1941), o principal objetivo da lei é reduzir a população carcerária; reduzir os custos com os presos; e reduzir o número de pessoas que não precisam de fato estar presas. Essa lei altera dispositivos do Código de Processo Penal e está prevista no artigo 282, do referido código sendo cláusula geral de todos os procedimentos cautelares. A nova lei baseia-se no princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, e estabelece que a prisão preventiva deve ser decretada em ultimo caso, quando as medidas cautelares forem insuficientes ou inadequadas para garantir a persecução penal. O princípio constitucional da presunção da não culpabilidade é fortificado pela adoção de medidas cautelares diversas da prisão. Para que essas medidas sejam de fato eficazes é preciso que o Estado forneça os instrumentos necessários a sua aplicabilidade, através de fiscalização mais enérgica, evitando que a nova lei não venha a consagrar os seus princípios. Sendo assim, o objeto deste estudo é fazer uma abordagem crítica das prisões processuais, sobretudo aquelas que extrapolam o limite temporal previsto em lei, analisando ainda as medidas cautelares previstas na Lei 12.403/2011, tomando como base o que prevê a Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal do Brasil; Prisões Provisórias; Medidas Cautelares; Lei nº 12.403/2011; Excesso de prazo.

ABSTRACT

One reason for the increase in prisons in Brazil's provisional detention, where people wait months for trial. Precautionary measures several arrest were created as part of reforms aimed to enhance the criminal process and provide greater effectiveness to the organization and promotion of justice. In order to try to alleviate this situation in July 2011, Law No. 12.403/2011 amending various provisions of the Code of Criminal Procedure (Decree Law 3.689 of 1941) came into force main purpose of the law is to reduce the population prison; reduce costs with inmates, and reduce the number of people who do not actually need to be trapped. This bill amends provisions of the Code of Criminal Procedure and is provided for in Article 282 of the Code and general condition of all the precautionary procedures. The new law is based on the constitutional principle of presumption of no guilt, and establishes that such detention shall be ordered in the latter case, when precautionary measures are insufficient or inadequate to ensure prosecution. The constitutional principle of presumption of guilt is not fortified by adopting various precautionary measures from prison. For these measures to be effective is the fact that the State must provide the necessary tools their applicability through more vigorous enforcement, preventing the new law will not devote its principles. Thus, the object of this study is to critically approach the procedural prisons, especially those that go beyond the time limit provided by law, still analyzing the precautionary measures provided for in Law 12.403/2011, based on what provides the Federal Constitution.

KEYWORDS: Federal Constitution of Brazil; Provisional Prisons; Measures Precautionary; Law 12.403/2011; Excess term.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 ANÁLISE CONSTITUCIONAL PREVIA	16
Estado Democrático de Direito	16
Dignidade da Pessoa Humana	19
Direitos e Garantias Fundamentais	20
Direitos Fundamentais de 1ª Geração	23
Direitos Fundamentais de 2ª Geração	24
Direitos Fundamentais de 3ª Geração	24
Direitos Fundamentais de 4ª Geração	25
Direitos e Garantias Individuais Inerentes ao Tema.....	26
Devido Processo Legal.....	26
Ampla Defesa e Contraditório.....	29
Presunção de Inocência ou não-culpabilidade	29
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PRISÕES PROVISÓRIAS	33
3 O EXCESSO DE PRAZO NAS PRISÕES PROCESSUAIS E SUAS CONSEQUENCIAS FRENTE AS ALTERAÇÕES EFETIVADAS PELA LEI 12.403/2011	40
Principais Alterações da Lei 12.403/2011	42
Medidas Cautelares Diversas da Prisão	49
A posição da jurisprudência.....	56
CONCLUSÃO	59
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA	61

INTRODUÇÃO

Na esfera do direito Processual Penal, o encarceramento tomado no curso do inquérito policial ou do processo penal, quando não há sentença condenatória irrecorrível, reveste-se de excepcionalidade e só se legitima quando for efetivamente imprescindível para uma eficiente prestação jurisdicional.

Outrossim, a exacerbação dessa providência excepcional, notadamente mediante a manutenção do preso provisório encarcerado por mais tempo que o legalmente previsto, ou seja, o excesso de prazo na prisão processual, é afronta latente aos direitos e garantias fundamentais do acusado, manifesta violência à dignidade da pessoa humana.

Insta ressaltar, que a Constituição Federal de 1988 dispõe no art. 5º, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Também assegura que a prisão ilegal deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, bem como garante a razoável duração do processo e os meios que possibilitem a celeridade de sua tramitação.

Inobstante as garantias constitucionais supracitadas, é corriqueira a manutenção do encarceramento cautelar além do prazo legalmente previsto, retirando sumariamente o status de liberdade do acusado. Salienta-se que os presos provisórios presumem-se inocentes, uma vez que somente podem ser considerados culpados com trânsito em julgado da sentença penal condenatória, após o devido processo legal, com os meios de defesa que lhe são inerentes.

Nesse contexto fático, o Poder Público, por vezes, institucionaliza tal prisão ilegal, em flagrante ofensa à Dignidade da Pessoa Humana, que por razões de necessidade ou conveniência, obriga o cidadão, enquanto membro da comunidade, a se submeter a restrições individuais, para possibilitar ao Estado prover o bem comum e a instrução processual.

Em face de tal ilegalidade, toma-se imperiosa a abordagem da temática com o fito de propiciar uma melhor compreensão acerca dos danos civis, penais, sociais e psicológicos acarretados ao réu pelo excesso de prazo na prisão processual, prática corriqueira no ordenamento jurídico pátrio.

O sistema carcerário brasileiro, no final do ano de 2012, possui 512 mil presos segundo dados do Conselho Nacional de Justiça. Destes 56% já foram condenados e os outros 44% são presos provisórios, que ainda esperam por julgamento.

O que vemos hoje é que esse sistema prisional tem capacidade para cerca de 320 mil pessoas, portanto, faltando lugar para 190 mil presos, que se encontra em delegacias, penitenciárias e cadeiões superlotados, sem a menor condição de infraestrutura adequada.

Um dos motivos para o aumento de prisões no Brasil é a prisão provisória, onde pessoas aguardam meses para serem julgados. Com o intuito de tentar amenizar essa situação em julho de 2011, entrou em vigor a Lei nº 12.403/2011, que altera vários dispositivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689 de 1941), o principal objetivo da lei é reduzir a população carcerária; reduzir os custos com os presos; e reduzir o número de pessoas que não precisam de fato estar presas.

A nova lei baseia-se no princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, e estabelece que a prisão preventiva deve ser decretada em último caso, quando as medidas cautelares forem insuficientes ou inadequadas para garantir a presunção penal.

Com a recente reforma das medidas cautelares, o Código de Processo Penal passou a prevê, medidas alternativas: “comparecimento periódico em juízo” (art. 319, inc. I), “proibição de acesso ou frequência a determinados lugares” (art. 319, inc. II), “proibição de manter contato com pessoa determinada” (art. 319, inc. III), “proibição de ausentar-se da Comarca” (art. 319, inc. IV), “recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga” (art. 319, inc. V), “suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira” (art. 319, inc. VI), “internação provisória do acusado imputável ou semi-imputável” (art. 319, inc. VII), “fiança” (art. 319, inc. VIII), “monitoração eletrônica” (art. 319, IX) e “proibição de ausentar-se do País” (art. 320).

No contexto hodierno, é latente o abuso aos direitos e garantias basilares do réu, caracterizado pela manutenção do encarceramento cautelar além do prazo legal, o que culmina na ilegalidade da prisão. Frise-se, que no estado democrático de direito, o processo penal, antes de punir, visa precipuamente proteger o réu de arbitrariedades estatais, garantindo-lhe o devido processo legal e a ampla defesa. Assim, o instituto da prisão processual corresponde à última *ratio*, medida excepcional, que não pode ser aplicada ao arrepio dos preceitos legais e constitucionais.

Inobstante a existência, ao menos no plano normativo, de garantias possivelmente idôneas a proteger o preso processual no plano concreto, é inegável a existência de prisões processuais ilegais. Seja pela desnecessidade da medida, ou pela manutenção do encarceramento cautelar além do prazo, por vezes, com o aval do Poder Público.

Nesse contexto fático, fomenta-se no seio jurídico, o debate acerca do desrespeito às garantias penais e processuais do réu, assim como a constatação da discrepância e entre a realidade normativa e o contexto fático. Ademais, discute-se no âmbito da doutrina e da jurisprudência, até que ponto o interesse público legitima a manutenção da prisão processual, em detrimento do *status* de liberdade e da presunção de inocência do réu.

Assim, a abordagem da presente temática possui relevo para a comunidade jurídica, tendo em vista que as garantias concedidas ao réu não podem se limitar ao plano normativo, sob pena de institucionalizar a prisão ilegal, fato que não se coaduna com o atual estágio da ordem constitucional vigente.

Ademais, os princípios constitucionais de proteção ao cidadão são garantidores de tratamento digno à pessoa humana, no que tange às liberdades individuais frente ao poder do Estado-juiz quando infringidas normas cogentes de proteção à sociedade, notadamente, aquelas de natureza penal e processual penal.

Nesse sentido, em que pese a imperioso uso do poder de punir do Estado ante as infrações penais eventualmente cometidas, há que se observar o devido processo legal e seus consectários de origem constitucional, a fim de que se alinhem devidamente a proteção da Carta Maior à dignidade da pessoa humana e os

preceitos constantes das órbitas penal e processual, com fito de garantir sua correta aplicação sem que se corra o risco de cometer injustiças, nem tampouco tolerar a impunidade.

Então, como referido anteriormente, o foco do presente estudo é analisar o instituto da prisão processual, com o fito de identificar possíveis afrontas aos direitos e garantias fundamentais do acusado, notadamente aquelas decorrentes da exacerbação de tal medida, consubstanciadas na manutenção do encarceramento cautelar em qualquer de suas formas, além do tempo estritamente necessário a que se destina.

Aqui analisaremos os Direitos e Garantias Fundamentais do réu à luz da Constituição Federal de 1988, apresentando o instituto da prisão, sob o prisma histórico e conceitual, bem como elucidando as espécies de prisões processuais existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Demonstraremos que o excesso de prazo na prisão processual é prática corriqueira no Brasil, o que culmina na ilegalidade da prisão e na indubitável afronta aos direitos e garantias fundamentais do acusado causando-lhe danos civis, penais, sociais e psicológicos, pois que, encarcerado além do prazo necessário da prisão processual.

Far-se-á ainda uma análise das medidas cautelares previstas na Lei 12.403/2011, tomando como base o que prevê a Constituição Federal.

É mister expor soluções aplicáveis no contexto jurídico pátrio, baseados na ponderação entre a necessidade da prisão processual e o respeito da Dignidade da pessoa humana, frente a díspar realidade existente entre o plano normativo e o contexto fático do sistema processual penal.

Para o desenvolvimento do trabalho, na natureza da vertente metodológica, foi utilizado um estudo qualitativo, haja vista que a intenção foi analisar doutrinariamente os conceitos e dogmas aplicados no Direito da Seguridade Social no que tange aos benefícios assistenciais criados para a ajuda dos mais necessitados e na análise, como um todo, do tema apresentado.

A presente pesquisa abordará a temática sob um enfoque teórico, analisando o instituto da prisão processual, sobretudo, o excesso de prazo no encarceramento cautelar, sob a ótica da Dignidade da Pessoa Humana e dos Direitos e garantias fundamentais do acusado.

Classificando-o com relação ao procedimento técnico utilizado na sua elaboração, temos uma pesquisa indireta e bibliográfica. No seu desenvolvimento, de modo exclusivo, foram efetuadas pesquisas através de livros, artigos e jurisprudências, de modo que pudessem ser observados os entendimentos doutrinários atuais acerca do tema e interpretados de acordo com o contexto geral da doutrina.

O método de pesquisa escolhido caracteriza-se por ser um estudo descritivo-dedutivo, norteado, predominantemente, por uma análise de acervo bibliográfico, normativo e jurisprudencial.

Como principais autores utilizados na elaboração da monografia, doutrinadores como Moraes, Bitencourt, Távora, Greco, Mirabete, Nucci, dentre outros, serviram como base durante todo o processo de construção de ideias, além da utilização de artigos e monografias acerca do tema a fim de construir uma conclusão coerente.

1. ANÁLISE CONSTITUCIONAL PRÉVIA

As sociedades que são politicamente organizadas possuem um conjunto de normas, um sistema de leis que garantem os direitos e estabelecem os deveres de seus cidadãos, essas leis são organizadas em uma constituição, conhecida com Lei Maior, Lei Fundamental, Lei Suprema ou Carta Magna.

A partir da constituição a sociedade se estabelece e se organiza, disciplinam a criação do Estado, a formação de seus poderes, as atribuições de seus órgãos, e a convivência em grupo.

Através da constituição é que são criadas as demais normas e leis que regem o país, todas as normas têm que ter o seu conteúdo baseado na constituição, condicionando o seu texto às suas determinações.

Estado Democrático de Direito

O estado democrático de direito baseia-se no princípio de garantir a proteção da coletividade, ou seja, da sociedade como um todo, bem como, das liberdades individuais (KELSEN, 2003). Existem direitos que são naturais aos homens e que são fundamentais para que os mesmos vivam com dignidade. O Jus naturalismo é a corrente de pensamento que defende a ideia de Direito baseado na natureza humana, o chamado direito natural é válido para todos os povos e em todos os tempos, é um direito universal. Nesse sentido, alguns filósofos defenderam teorias sobre quais seriam esses direitos e como deveriam ser aplicados na sociedade.

Para COMPARATO (2001), na época do Liberalismo, John Locke destacou três direitos naturais inerentes aos seres humanos: o direito a liberdade; o direito a propriedade; e o direito a vida.

Seguindo essa corrente, Jean Jacques Rousseau no final do século XVIII, defendia que todos os homens nascem livres, sendo, portanto a liberdade um direito natural do homem. Para Rousseau os direitos naturais do homem são inalienáveis e devem ser garantidos a partir do equilíbrio entre a igualdade e a liberdade. (COMPARATO, 2001).

Segundo AQUINO (2006), a transição das sociedades medievais para as sociedades modernas representa um período da história marcado por uma sucessão de acontecimentos que culminaram com a queda dos Estados absolutistas e a criação de Estados democráticos. Esses acontecimentos contribuíram para a consolidação dos direitos naturais e na formulação dos direitos humanos. Além disso, produziram documentos que servem de base e fundamentam os direitos humanos até hoje.

É o caso, por exemplo, da Revolução Puritana de 1628, que ocorreu na Inglaterra e que se consolidou como um movimento em defesa das liberdades individuais e contra as arbitrariedades do Estado absolutista. Ainda na Inglaterra, em 1689, aconteceu a Revolução Gloriosa, da qual culminou o documento conhecido como *Bill of Rights*, que previa a obrigatoriedade de aprovação das leis pelo Parlamento, garantia de liberdade religiosa. No entender de COMPARATO:

“O *Bill of Rights* criava, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma *garantia institucional*, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função [...] é proteger os Direitos Fundamentais da pessoa humana. (2001, p. 88-9)

Outro fato marcante da história da humanidade e que foi essencial para a consolidação da democratização dos direitos humanos foi à independência dos Estados Unidos em 1776, que afirmou em sua Carta de Independência valores como a igualdade de todos os homens, e a existência de direitos inalienáveis como a vida, a busca pela felicidade e a liberdade.

Em 1789 aconteceu o fato mais importante para a consolidação dos direitos humanos, a Revolução Francesa, da qual derivou a Declaração dos Direitos Humanos, na qual assegurava que “todos os homens são iguais pela natureza e perante a lei” e que “a finalidade da sociedade é a felicidade comum – o governo é instituído para garantir a fruição de seus direitos naturais e imprescritíveis. Esses direitos são a liberdade, a segurança e a propriedade” (AQUINO, 2006)

Todos esses acontecimentos contribuíram para a consolidação do Estado de Direito, a partir da concepção de que a lei passa a ser um instrumento por meio do qual o poder do povo se manifesta e que vincula a todos de forma

igualitária, tanto os governantes quanto os governados são igualmente submetidos às determinações das leis. Esse fato tem um papel importante no desenvolvimento das sociedades, pois é um fundamento essencial na organização das sociedades políticas.

No que concerne ao Estado Democrático de Direito no Brasil, a Constituição Federal de 1988, estabelece em seus artigos 1º ao 4º que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional; II – prevalência dos direitos humanos; III – autodeterminação dos povos; IV – não-intervenção; V – igualdade entre os Estados; VI – defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos; VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X – concessão de asilo político. Parágrafo Único: A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

O Estado de Direito é aquele que impõe a todos os cidadãos o respeito às leis, sejam cidadãos comuns ou os que detêm o poder, no caso daqueles que compõem os poderes executivos, legislativos e judiciários.

A concepção de Estado Democrático está mais associada às concepções de soberania, cidadania, e dignidade da pessoa humana, o pluralismo

político, entre outros valores que efetiva a participação da sociedade e que estão descritos na Constituição Federal.

O que torna um Estado Democrático e de Direito é a consolidação do ideal de que todos devem ter a sua atuação controlada e limitada dentro dos princípios de supremacia constitucional.

Para que isso ocorra na prática diversos órgãos estatais foram criados com o intuito de garantir a preservação dos preceitos constitucionais, como o Ministério Público, que está incumbido de defender a ordem jurídica, e os interesses sociais e individuais indisponíveis; a Advocacia Pública que representa judicialmente e faz a consultoria jurídica do Estado; e a Defensoria Pública que orienta e defende as pessoas que não tem condições financeiras de arcar com as despesas em sua defesa.

São essas instituições que de fato garantem a efetivação do Estado Democrático de Direito a partir da realização e garantia da justiça, e na preservação da cidadania previsto na constituição de 1988.

Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é um princípio e está consagrada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal que visa proteger o ser humano contra ações que possam lhe levar ao menosprezo. Constitui-se como um critério unificador de todos os direitos fundamentais dispostos na constituição. A esse respeito MORAES afirma que:

“Ao Estado cabe o dever de garantir a justiça e direitos de liberdade individual. A dignidade da Pessoa Humana atribui unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerente às personalidades humanas afastando a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em função da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral intrínseco da pessoa, que se manifesta singularmente na sua autodeterminação consciente e responsável, trazendo consigo a pretensão ao respeito das demais pessoas, edificando um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, todavia sem menosprezar o merecimento das pessoas enquanto seres humanos.” (2009, p. 16).

Todos os seres humanos merecem respeito e consideração no que se refere a sua condição de pessoa, em outras palavras, podemos dizer que a sua dignidade não poderá ser violada. SARLET defende que:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2007, p. 61).

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana abrange os valores sociais e deve-se adequar-se as realidades inerentes a cada sociedade, devendo esse conceito acompanhar as evolução e transformações sociais.

Por ser inerente a pessoa humana, esse princípio constitucional não faz distinção de raça, cor, sexo, condição social, etc. sendo que todos devem ser tratados com dignidade, não se pode fazer distinção de quem é mais ou menos merecedor de ser tratado com dignidade, devendo ser concebido de forma ampla e que contemple os vários aspectos da vida social dos indivíduos.

Direitos e Garantias Fundamentais

Os direitos e garantias fundamentais dos seres humanos são garantidos no âmbito internacional. Em 1945, durante a segunda guerra mundial, foi institucionalizada a Organizações das Nações Unidas (ONU), que tem como finalidade responsabilizar o Estado quando esse mostrar falhas ou omissão no que concerne a proteção dos direitos humanos.

Segundo MORAES (2009) “[...] surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”.

Na concepção de TRINDADE (2000), a proteção dos Direitos Fundamentais não se esgota na ação do Estado, e quando as vias internas ou nacionais se mostram incapazes para resguardar tais direitos é que são acionados os instrumentos internacionais de proteção.

Os propósitos das Nações Unidas aparecem explícitos em seu artigo 1º:

3. Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. (CNU, 1945).

Os direitos fundamentais é um conjunto de valores, direitos e liberdade que tem como finalidade proteger os indivíduos da atuação do Estado, a partir da limitação normativa dos poderes do Estado. Na concepção de COMPARATO.

“Os Direitos Fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos Tratados Internacionais”. (2001, p. 56).

Para PIOVESSAN:

A Carta das Nações Unidas de 1945 consolida, assim, o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas. Definitivamente, a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do Direito Internacional. (2000, p. 139).

Dentro dessa mesma perspectiva, em 1948 foi assinada em Paris a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi elaborada com a finalidade de fazer cessar a guerra. Em seu preâmbulo ressalta "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo." (DUDH, 1948).

A Declaração Universal foi aprovada com a participação de 48 Estados, e apenas oito abstenções, esse fato para PIOVESAN a torna um documento universal “ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados.” (PIOVESAN, 2000, p. 142).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 instituiu as garantias dos Direitos Fundamentais, não só em seu artigo 5º, como em todo o seu texto. Para TRINDADE o Brasil.

[...] já nos primórdios da fase legislativa de elaboração dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, e mesmo antes deles, se formara no Brasil uma corrente de pensamento entre jus internacionalistas aos quais corresponderam em diferentes graus, contribuições para iniciativas de outrora do governo brasileiro, no sentido de que a noção de soberania, em sua acepção absoluta, mostrava-se inadequada ao plano das relações internacionais, devendo ceder terreno à noção de solidariedade. (2000, p. 35)

O processo de democratização no Brasil seguiu os preceitos internacionais de preservação dos direitos fundamentais, "aceitando expressamente a legitimidade das preocupações internacionais e dispondo-se a um diálogo com as instâncias internacionais sobre o cumprimento conferido pelo país às obrigações internacionalmente assumidas." (PIOVESAN, 2000, p. 232).

Os direitos fundamentais têm a função de proteger os cidadãos de ações arbitrárias por parte do Estado. Além disso, faz com que o Estado adote um conjunto de medidas que impliquem em melhorias sociais para os cidadãos. Para ARAÚJO e NUNES,

“Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade)”. (2005, p. 109-110)

Os direitos fundamentais foram instituídos com o objetivo de proteger os direitos à dignidade, à liberdade, à propriedade e à igualdade de todos os cidadãos. Tais direitos são imprescindíveis ao convívio social e à condição humana.

Os direitos fundamentais expressos na constituição fazem um diálogo entre o que está nela explícito e a realidade social, acompanhando as mudanças sociais. Nesse sentido, a consolidação dos direitos fundamentais passou por um processo de evolução dos direitos humanos, a partir de ações políticas e estatais, que culminou em quatro gerações.

Direitos Fundamentais da 1ª Geração

Os direitos fundamentais de primeira geração estão presentes em todas as constituições democráticas, são os direitos civis e políticos, como o direito à vida, à inviolabilidade de domicílio, à propriedade, à igualdade perante a lei e etc.

Para BONAVIDES:

“Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. [...] Os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam na subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. (2008, p. 563-564).

Partindo desse pressuposto, podemos dizer que os direitos de primeira geração aparecem como uma esfera limitadora da atuação do Estado no que concerne em garantir a liberdade dos indivíduos. Segundo SILVA.

“[...] direitos fundamentais do *homem-indivíduo*, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado; por isso são reconhecidos como *direitos individuais*, como é de tradição do Direito Constitucional brasileiro (art. 5º), e ainda por liberdades civis e liberdades-autonomia (França)”; [...] (2001, p. 182-83)

Segundo MORAES são os direitos individuais e coletivos, “[...] correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de

sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. (2009, p. 43)

Podemos dizer então que os direitos de primeira geração são considerados direitos de resistência frente ao Estado, que exige que o mesmo se abstenha em desfavor da garantia dos direitos individuais.

Direitos Fundamentais de 2ª Geração

A segunda geração dos direitos fundamentais surge com os avanços sociais ocorridos no início do século XX, como o avanço do liberalismo político e econômico, numa era marcada por ideologias e revoluções. Essa fase do direito, cobra do Estado condições mínimas para se viver com dignidade, são os direitos sociais, culturais e econômicos. MORAES classifica os direitos de segunda geração como:

[...] direitos sociais – caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, como preleciona o art. 1º, IV. [...]. A constituição consagra os direitos sociais a partir do art. 6º. (2009, p. 43)

Nos direitos de segunda geração o Estado é convocado a propiciar aos indivíduos o direito ao bem estar social. Com a prestação de serviços a sociedade como assistência a saúde, a educação, a cultura e ao lazer, entre outros. Para ARAÚJO e NUNES, por reclamarem pela presença do Estado em ações voltadas à minoração dos problemas sociais, os direitos fundamentais de segunda dimensão são também denominados de direitos positivos. (2005, p. 116)

Direitos Fundamentais de 3ª Geração

Com o surgimento da Organização das Nações Unidas em 1945, após a Segunda Guerra Mundial, começa o movimento de preocupação em garantir os direitos humanos a todas as nações. Os direitos fundamentais da terceira geração são aqueles “voltados para a essência do ser humano, ao destino da

humanidade, pensando o ser humano como gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada”. (ARAÚJO, NUNES, 2005, p. 116)

Há uma tendência em expandir a noção de sujeito de direito e o conceito de dignidade humana, passando a reafirmar o caráter universal do indivíduo, diante de regimes políticos ou ideológicos, que possam colocar a vida em risco. BONAVIDES, afirma que os direitos de terceira geração são,

“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”. (2008, p. 571)

Esses direitos emanam da proteção a pessoa humana, e o direito pela vida passam a ser analisados como algo propício a ser lesado de maneira coletiva, onde a agressão pode ser voltada para um indivíduo ou mesmo a toda uma sociedade. Sendo assim, a essência desses direitos baseia-se em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade. “Enfoca-se o ser humano relacional, em conjunção com o próximo, sem fronteiras físicas ou econômicas”. (ARAÚJO, NUNES, 2005, p. 116)

Direitos Fundamentais de 4ª Geração

Quando se fala em direitos de quarta geração poucos autores discorrem sobre esse tema, por essa razão, nos baseamos nos preceitos de BONAVIDES, BASTOS e TAVARES. BONAVIDES afirma que:

“São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”. (2008, p. 571)

Para BONAVIDES, a quarta geração tem por base o direito das três primeiras gerações, sendo esses a base de uma “pirâmide cujo ápice é o direito à democracia”, direitos estes que, juntos, possibilitarão a construção de uma “sociedade aberta para o futuro” (2008, p. 572)

Na concepção de BASTOS e TAVARES,

“[...] trata-se de um rol de direitos que decorrem, em primeiro lugar, da superação de um mundo bipolar, dividido entre os que se alinhavam com o capitalismo e aqueles que se alinhavam com o comunismo [...] também o fenômeno da globalização e os avanços tecnológicos são responsáveis pela ascensão dessa nova categoria de direitos humanos”. (2000, p. 389)

A globalização colocou um novo patamar na vida em sociedade. Com o avanço de novas tecnologias e o desenvolvimento de pesquisas biológicas, fez-se necessário a abordagem de direitos que garantam a democracia e o respeito à vida. Conforme ALARCON,

“O passo dos direitos fundamentais a essa nova dimensão de reconhecimento de direitos se deve a que, se já há algum tempo é perfeitamente possível observar a manipulação de animais e vegetais, hoje a manipulação é sobre o ser humano diretamente, colocando-se no mundo uma discussão inicial sobre as possibilidades de se dispor do patrimônio genético individual, evitando a manipulação sobre os genes e ao mesmo tempo, mantendo-se a garantia de gozar das contemporâneas técnicas de engenharia genética”. (2004, p. 90)

Os avanços biotecnológicos apresentam novas exigências no campo do direito, uma vez que se interferem na proteção a vida a partir da abordagem genética e suas decorrências.

Direitos e Garantias Individuais Inerentes ao Tema

Devido Processo Legal

O Princípio do Devido Processo Legal é a garantia de um direito fundamental do homem, a liberdade, que aparece expressamente no artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

“Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.” (DUDH, 1948)

A Constituição Federal do Brasil é constituída de direitos e garantias aos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, e tem como finalidade preservar a cidadania e a democracia. Apesar de estar devidamente implícito nas constituições anteriores a de 1988, foi somente a partir desta que o Princípio do Devido Processo Legal, surgiu expressamente no Brasil. Em seu artigo 5º, inciso LIV:

Art.5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Segundo MENDES (2011), por meio de uma interpretação dos direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988 em consonância com as disposições da Convenção Europeia, tem-se hoje uma efetiva ampliação do significado dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Segundo DIDIER JUNIOR (2011), a expressão “devido processo legal” é a tradução da expressão inglesa para o português de “due process of law”. Law, porém, significa Direito, e não lei. A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei.

Esse princípio serve de embasamento para os demais princípios e garantias previstos na constituição, além de ser a base para todos os ramos do direito processual. Como o princípio do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); a Publicidade do Processo (art. 5º, LX); a Proibição da produção de provas ilícitas (art. 5º, LVI); a imparcialidade do julgador, bem como a garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); a motivação das decisões (art. 93, IX); a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), etc.

Sendo assim, o princípio do devido processo legal aparece como uma forma de garantir a eficácia dos direitos dos cidadãos, expressos na Constituição Federal, sendo de fato o que regulamenta a prática nos atos processuais.

Para SILVA (2005), garante-se o processo, com as formas instrumentais adequadas, de forma que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um, o que é seu.

Nesse sentido, BARACHO, afirma que “o direito de ação e o direito de defesa judicial são assegurados aos indivíduos, de modo completo, por toda uma série de normas constitucionais que configuram o que se denomina de ‘due process of law’, processo que deve ser justo e leal”.

Esse princípio também possibilita o controle de atos tanto no âmbito jurídico, como no estatal, ampliando a eficácia do Estado e garantindo aos indivíduos um processo justo, com segurança durante os tramites legais do processo, e proibindo decisões arbitrárias. LUCON afirma que:

“A cláusula genérica do devido processo legal tutela os direitos e as garantias típicas ou atípicas que emergem da ordem jurídica, desde que fundadas nas colunas democráticas eleitas pela nação e com o fim último de oferecer oportunidades efetivas e equilibradas no processo. Aliás, essa salutar atipicidade vem também corroborada pelo art. 5^o, § 2^o, da Constituição Federal, que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Por não estar sujeito a conceituações apriorísticas, o devido processo legal revela-se na sua aplicação casuística, de acordo com o método de ‘inclusão’ e ‘exclusão’ característico do case system norte-americano, cuja projeção já se vê na experiência jurisprudencial pátria. Significa verificar in concreto se determinado ato normativo ou decisão administrativa ou judicial está em consonância com o devido processo legal.” (LUCON, 1999)

Partindo dessa premissa, o princípio do devido processo legal, resguarda o direito dos indivíduos a um processo cujo julgamento seja justo e igualitário, baseando-se na defesa das garantias constitucionais.

Ampla Defesa e Contraditório

Os princípios do contraditório e da ampla defesa aparecem juntos na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 1988)

O princípio do contraditório consiste no direito que ambas as partes de serem ouvidas durante o processo, sendo o exercício da dialética processual. GRECO FILHO sintetiza esse princípio da seguinte maneira:

"O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável." (1996, p. 90)

Usando as palavras de CUNHA (2011), o princípio do contraditório é “entendido como a ciência bilateral dos atos do processo com a possibilidade de contrariá-los, é composto por dois elementos: informação e reação, sendo esta meramente possibilitada em se tratando de direitos disponíveis”.

Já o princípio da ampla defesa, que é fundamentado no direito do contraditório, ninguém poderá ser condenado sem ser ouvido.

Nota-se que há uma correlação entre esses dois princípios e que não é possível falar de um sem conceber a existência do outro, por essa razão é que os dois aparecem no mesmo dispositivo na constituição. Esses princípios ajudam a garantir os direitos e interesses individuais e coletivos.

Presunção de Inocência ou não-culpabilidade

A constituição em seu artigo 5º, inciso LVII diz que “ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Esse princípio é conhecido como inocência presumida e em conformidade com as demais garantias

constitucionais, garante ao acusado de cometer uma infração penal que o mesmo terá um julgamento justo.

De acordo com MORAES (2009), o princípio da presunção da inocência é um dos princípios basilares do Estado de Direito. E como garantia processual penal, visa à tutela da liberdade pessoal, salientando a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é de forma constitucional presumido inocente, sob pena de retrocedermos ao estado de total arbítrio estatal.

Destarte que esse princípio não declara a inocência do acusado, mas garante que o mesmo não seja necessariamente possuidor de culpa pela prática do fato do qual está sendo acusado.

Encerra que a imputação condenatória que reconheça a autoria de uma infração penal, deve expressar-se por sentença com trânsito em julgado. Antes disso, em regra, somos inocentes. No caso de condenação criminal, em regra haverá a imposição da sanção penal correspondente à infração praticada.

Abordar a presente temática requer uma prévia compreensão da Dignidade da pessoa Humana, Fundamento da República Federativa do Brasil e núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais do acusado.

Nesse espectro, são precisas as lições do constitucionalista Alexandre de Moraes:

A dignidade humana se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as 5- as enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. (Moraes, 2000, pág. 60).

Ademais, dentre os direitos e garantias fundamentais do réu, o Princípio da presunção de inocência revela o caráter excepcional do instituto da prisão cautelar. Nessa toada, são relevantes os dizeres dos autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, veja-se:

O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, LVII, CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o cerceamento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção. (ALENCAR; TÁVORA, 2013, p. 54)

No mesmo sentido, preconiza o ilustre doutrinador Antônio Magalhães Gomes Filho:

As prisões decretadas anteriormente à condenação, que numa visão mais radical do princípio nem sequer poderiam ser admitidas, encontram justificção apenas na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual. (GOMES, 1991, p. 65)

De outra parte, o ilustre doutrinador Aury Lopes Jr, discorrendo acerca da necessidade do processo para a imposição da pena, assim preceitua:

O Estado, ao se fortalecer, passou a exigir a utilização de estrutura preestabelecida - o Poder Judiciário e o respectivo processo judicial - em que seria solucionado o conflito e sancionado o autor da violação ao bem penalmente protegido. O processo tomou-se, então, a única estrutura legítima para a imposição de uma pena. (LOPES, 2003, p.3)

Em sequência, assevera que:

O direito penal e processual penal têm por fins principais a realização efetiva do Estado Democrático de Direito e do respeito aos direitos e garantias individuais arrolados na Constituição e, como fundamento histórico-filosófico, a primazia do indivíduo em face do Estado e da sociedade. As funções daqueles não podem ser incompatíveis com os fins e o modelo de Estado elencados na Constituição Federal. (LOPES, 2003, p.6-7)

Assim, é inconteste que a imposição da pena requer a garantia do devido processo legal, no qual se assegura ao réu a duração razoável do processo. Nesse sentido, cumpre trazer à colação os dizeres de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

A justiça como tal, não pode ser tardia. A Emenda à Constituição de nº 45, de 30 de dezembro de 2004, dispôs que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". (art. 5º, LXXIII, CF11988)

Para a edição da mencionada Emenda, foram considerados os efeitos deletérios do processo e que o direito à celeridade pertence tanto à vítima quanto ao réu. Objetiva-se assim evitar procrastinação do feito indeterminada de uma persecução estigmatizadora e cruel, que simboliza, no mais das vezes, verdadeira antecipação da pena. (ALENCAR; TÁVORA, 2013, p. 71).

Percebe-se, pois, que o nosso ordenamento jurídico, através de sua Lei Maior, consagra os valores do indivíduo enquanto sujeito de direitos e obrigações, erigindo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ao mais alto patamar. Trata-se, portanto, de elemento basilar para análise qualquer outra espécie de direito que possui o cidadão.

No que tange ao processo penal, é clara a lição de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

O processo penal deve estar pautado e ter por vetor principal a Constituição Federal. O processo, enquanto tal, deve ser sinônimo de garantia aos imputados contra as arbitrariedades estatais, sem perder de vista a necessidade de efetividade da prestação jurisdicional. (ALENCAR; TÁVORA, 2012, p. 54).

É cediço que a Constituição Federal elencou expressamente uma série de princípios clássicos, aplicáveis a disciplina processual penal, tais princípios são de fundamental importância, não devendo deixar de serem observados em toda a atividade jurisdicional pertinente, por constituir fundamento nuclear do sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais incerto no artigo 5º da Carta Magna.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PRISÕES PROVISÓRIAS

Para analisarmos a evolução das prisões provisórias, ou medidas cautelares, nos limitaremos ao âmbito penal, que está ligado à prisão cautelar. Os primeiros relatos sobre prisão como medida cautelar surge em Roma durante o período da inquisição e só abrangia os servos, os homens livres só eram presos quando confessavam o crime e mesmo assim com ressalva, pois ninguém poderia ser preso sem antes ser condenado (SZNICK, 1995, p. 299). Os Romanos eram sensíveis a liberdade do cidadão e a prisão era um meio de coação para garantir o interrogatório do réu usado pelo império.

Nas sociedades antigas a privação da liberdade era vista como uma sanção penal, e mesmo quando o indivíduo era preso o intuito era garantir a sua proteção até o julgamento. Esse período da história as punições de caráter penal iam desde a pena de morte até as penas corporais como forma punitiva, a prisão servia apenas de contenção, era o lugar onde o indivíduo ficava custodiado e muitas vezes eram torturados. A esse respeito BITENCOURT refere que:

“Até fins do século XVIII a prisão serviu somente aos fins de contenção e guarda de réus para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados. Recorria-se, durante esse longo período histórico, fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes. Por isso, a prisão era uma espécie de ante-sala de suplícios. Usava-se a tortura, frequentemente, para descobrir a verdade.” (2001, p. 14)

A prisão era um lugar onde a tortura estava bem presente e antecipava a extinção física por que muitas vezes os presos sucumbiam e não resistiam, chegavam a morrer antes mesmo de terem um julgamento.

Como ainda não havia um sistema prisional definido, os acusados de cometerem algum crime, nas sociedades antigas, ficavam custodiados em calabouços, nas ruínas dos castelos, em conventos abandonados, em palácios e outros edifícios, lugares muitas vezes sujos e insalubres, onde os presos simplesmente eram jogados a sua própria mercê. (BITENCOURT, 2001, p. 16).

Durante a Idade Média as sanções penais estavam submetidas à vontade dos reis, que tornavam o momento de punição em um verdadeiro teatro de horror. Era comum a punição através do uso da força e da guilhotina, a extirpação

das vísceras do réu, amputação de membros como braços e pernas usando instrumentos como a roda da tortura. Tudo isso acontecia em praça pública e era usado como exemplo para coagir e intimidar os demais cidadãos, além de demonstrar o poder do soberano.

BITENCOURT, sobre o tema, afirma que:

“A noção de liberdade e respeito à individualidade humana não existia e as pessoas ficavam ao arbítrio e a mercê dos detentores do poder que, por sua vez, debatiam-se na instabilidade reinante, típica, por outra parte, dos Estados que procuravam organizar-se institucionalmente. Não importa a pessoa do réu, sua sorte, a forma em que ficam encarcerados. Loucos, delinquentes de toda ordem, mulheres, velhos e crianças esperam, espremidos entre si em horrendos encarceramentos subterrâneos, ou em calabouços de palácios e fortalezas, o suplício e a morte”. (2011, p. 8)

Durante esse período não aparece à pena de privação da liberdade, que continua com o sistema de custódia aplicável aos que cometiam um crime, com o intuito de punir o condenado, através de um sistema desumano.

Durante a Idade moderna, mais precisamente nos séculos XVI e XVII, a pobreza se espalhou por todo o continente europeu, o que culminou em guerras, expedições militares, invasão e devastação de muitos países, crise no sistema feudal e nas instituições religiosas. Tudo isso culminou com o aumento da criminalidade.

Nesse momento surge a pena privativa da liberdade orientada nos preceitos cristãos. A igreja no século XVI já tinha a prisão canônica que mantinha recluso alguns membros do clero em situações especiais, essa instituição continha certos pontos que serviram para justificar e moldar a prisão moderna, tanto no que concerne a aspectos materiais quanto ideológicos.

Os altos índices de criminalidade iniciou o movimento de penas privativas da liberdade, na criação e construção de prisões organizadas com o intuito de corrigir os condenados, assim a pena de morte foi sendo aos poucos substituídas por não serem mais adequadas ao momento histórico.

Em 1697 surge na Inglaterra às casas de trabalho, como forma de correção, e no final do século XVII já havia mais de vinte e seis. Nessas casas, os prisioneiros estavam divididos em 4 classes: os explicitamente condenados ao confinamento solitário, os que cometeram faltas graves na prisão e a última aos bem conhecidos e velhos delinquentes. (BITENCOURT, 2011, p. 24).

A primeira casa carcerária que se tem conhecimento foi criada em 1596, em Amsterdã e era direcionada para os homens que a princípio cometiam crimes leves. Nessa instituição eles eram obrigados a trabalhar, e estavam sempre sobre vigilância. Em 1597 foi criada uma instituição só para as mulheres também em Amsterdã. Tinha como intuito desenvolver continuamente o lado pedagógico e espiritual, ambas serviu de base e de inspiração para as atuais instituições punitivas.

A modernidade trouxe uma nova forma de punir, deixando de lado o suplício e o espetáculo da dor dos séculos anteriores. Passando a um tipo de punição que visa não só o martírio do corpo, mas a uma punição ética e disciplinar como forma de controle social.

BITENCOURT afirma que no século XVIII, há o advento do humanismo no Direito Prisional que começou a ser estudado por autores como BECCARIA e BENTHAM. (2011, p. 37).

BECCARIA afirmava que a pena deveria ser algo preventivo, que deveria se prevenir os delitos do que castigá-los, para ele a pena tem como finalidade impedir que o réu cause novos danos à sociedade e dissuadir os outros a agirem da mesma maneira. Tais objetivos são, indiscutivelmente, um antecedente e um complemento importante dos anseios reabilitadores que se atribuem à pena privativa de liberdade, a punição surge como “terapêutica” aos desvios, não supliciar, mas sim, educar, recuperar, ressocializar no sentido ético disciplinar. (BITENCOURT, Op. cit.)

BENTHAM criou um modelo de prisão fundado no princípio do panóptico, que previa a construção de prisões baseadas em dois aspectos:

1. Arquitetônico – a forma física do prédio permite que o condenado seja constantemente vigiado por um menor número de carcereiros, sua estrutura é completamente funcional impedindo fugas e contatos entre os apenados.
2. Disciplinar – expresso através de três regras básicas (BITENCOURT, Op. cit.)

Esse sistema faz desaparecer os castigos físicos e dá origem a um novo sistema prisional baseado na observação psicológica. O cárcere, através de BENTHAM, transforma-se em um laboratório de poder que se exerce, sem resquícios em nome de um bem público e de princípios de humanidade. A prisão se constitui como um espaço onde se sobrepõem dois princípios: punição (através da perda do direito a liberdade, e da ação pedagógica no sentido de infundir uma ética); e observação: cria um novo saber, sobre o delito e o delinquente. (BITENCOURT, Op. cit.)

Analisando o sistema criado por BENTHAM podemos dizer que a técnica de observação, vigilância, disposição e adestramento do corpo são difundidos na sociedade, ultrapassa as barreiras prisional, e chega à escola, ao ambiente de trabalho como forma de controle social, que inclui elementos que incorporam não só o Estado como os grupos dominantes.

“O sistema de controle social da criminalidade se converte, assim, em um elemento que forma parte dos conflitos sociais; converte-se em uma modalidade de sustentação e de confirmação do poder contratual- institucional dos agentes sociais e dos grupos de interesse organizados. Esta “distribuição artificial” de imunidades e responsabilidades penais é, então, um aspecto da distribuição política da riqueza social amplamente entendida, resultado contingente do conflito social, que precisamente em razão do resultado, situa diversamente a penalidade, e por conseguinte a criminalidade, no social. (BITENCOURT. Op. cit. p.65)

Os problemas oriundos da Execução Penal, só passaram a ser analisados a partir do século XX, quando houve um processo de unificação das normas contidas no direito penal com as normas do direito processual. Todo esse processo de unificação foi dominado por dois princípios do Código Penal de 1930: a individualização da execução e o reconhecimento dos direitos subjetivos do condenado. (BITENCOURT. Op. cit.)

Após a 2ª Guerra Mundial surgiu em vários países membros da Organização das Nações Unidas (ONU), inclusive no Brasil, a Lei de Execução Penal (LEP). A detenção do preso tornou-se uma forma de castigo, e passou a ser admitido sob todas as formas, com trabalhos forçados, privação da liberdade.

No Brasil o sistema processual foi criado durante o Estado Novo, momento do período da história do país que ficou marcado pelo golpe de Estado de Getúlio Vargas. Ele determinou o fechamento do Congresso Nacional e a extinção dos partidos políticos. Promulgou uma nova Carta Magna, que primava pela modernização das leis e das instituições nacionais.

Foi nesse cenário da sociedade brasileira que foi decretado o atual Código de Processo Penal Brasileiro, Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1941, que entrou efetivamente em vigor a partir de 1º de janeiro do ano subsequente.

O Código Penal Brasileiro já sofreu inúmeras alterações e passou pelas Constituições Federais de 1946, 1967, 1969 e 1988. Em relação às alterações podemos citar algumas que foram muito importante para o atual código penal como por exemplo: a possibilidade de apelar sem a necessidade de recolhimento prévio à prisão (Lei nº 5.941/73); modificações no que concerne à prova pericial (Lei nº 8.862/94); a impossibilidade de julgamento do réu revel citado por edital que não constituiu advogado (Lei nº 9.271/96); a revogação do seu art. 35, segundo o qual a mulher casada não poderia exercer o direito de queixa sem o consentimento do marido, salvo quando estivesse separada dele ou quando a queixa contra ele se dirigisse (Lei nº 9.520/97). Porém a alteração mais significativa para o sistema judiciário processual foi à instituição dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95 e 10.259/01).

A mais pertinente de todas as alterações foi à promulgação da Constituição Federal de 1988, baseada na democracia e que privilegiou os direitos e garantias fundamentais, que contrastou com o sistema processual penal vigente.

Para OLIVEIRA,

“A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei nº 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo”. (2009)

Apesar das varias tentativas de modernização, como as já aqui citadas, o Código Processual Penal estava defasado e muito distante das evoluções da sociedade seja no campo social, econômicas ou culturais. O que aumentava a necessidade de uma revisão completa do Código que estivesse mais próximo da realidade do século XXI, adaptando-se aos preceitos da Constituição Federal de 1988.

No que concerne ao Direito Processual Penal, a prisão é a que esta no patamar de maior importância em face da gravidade de violação do direito à liberdade, pois além de ir ao encontro as garantias constitucionais ainda pode ser aplicada de maneira indevida ou arbitrária.

A prisão provisória é a privação de liberdade através do recolhimento da pessoa ao cárcere:

“refere-se a qualquer espécie de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, podendo esta se dar em flagrante delito, preventivamente, por sentença de pronúncia, por sentença condenatória recorrível, desde que demonstrado o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, bem como nos casos autorizadores da prisão temporária.” (MIRABETE, 2002, p. 365)

Na Constituição em seu primeiro dispositivo o artigo 1º, inciso III, fala sobre a dignidade da pessoa humana, o que por sua vez remete ao valor supremo de um direito que é universal e natural ao ser humano, a liberdade.

Os dispositivos da Constituição Federal do artigo 5º fala sobre uma serie de direitos e garantias fundamentais aos indivíduos, e todos aqueles que são réus, ou acusados de cometer um crime também são titulares desses direitos.

No que se refere à previsão da liberdade é importante destacar os seguintes incisos:

“LXI – Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII – A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e a família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII – O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV – O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV – A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI – Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXI – Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;” (BRASIL, 1988)

Nesses dispositivos estão previstos os princípios do devido processo legal; da presunção da inocência, e a exigência de uma ordem judicial escrita e fundamentada para a decretação da prisão cautelar.

Tomando por base os preceitos constitucionais tanto as prisões temporárias quanto as preventivas são medidas excepcionais e, portanto, trata-se de um instituto que pode ocorrer no âmbito da formação da culpa, antes mesmo da sentença condenatória, sendo decretadas quando for imprescindível para persecução criminal.

3. O EXCESSO DE PRAZO NAS PRISÕES PROCESSUAIS E SUAS CONSEQUENCIAS FRENTE AS ALTERAÇÕES EFETIVADAS PELA LEI 12.403/2011

Nos precisos termos do art. 648, inc II do CPP: *A coação considerar-se-á ilegal: II quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei.* Há constrangimento ilegal quando alguém fica preso por mais tempo do que determina a lei (art. 648, II, CPP: *A coação considerar-se-á ilegal: II quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei*). Com base nesse preceito, a jurisprudência durante certo tempo orientou que o julgamento do réu preso, em primeiro grau, teria de se dar num prazo aproximado de 81 dias (que seria a soma de todos os prazos processuais no procedimento ordinário). Esse entendimento, no entanto, foi sensivelmente mitigado com a edição da Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a qual: *Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação do constrangimento por excesso de prazo.* (STF, Informativo 556, 2009)

Hodiernamente, adota-se o princípio da proporcionalidade e razoabilidade para se aceitar razoável atraso no processo quando há justo motivo (grande quantidade de testemunhas, vários réus, complexidade do caso, dentre outros complicadores que possam surgir no decorrer no processo).

Contudo, a jurisprudência tem delimitado certas regras, como se vislumbra, através da edição das Súmulas de nº 21 e nº 64 do STF. Vejamos:

Súm. 21. Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.
Súm. 64. Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.

Como dantes aludido, prisão significa o encarceramento do indivíduo, o cerceamento de sua liberdade de locomoção, em virtude de atos por ele praticados em detrimento daqueles bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, cuja infração determina culminação de sanção penal.

A regra em nosso Processo Penal é de que a prisão enquanto pena decorre de sentença penal condenatória transitada em julgado. Contudo, no

decorrer da persecução penal, pode haver a necessidade de encarceramento, ou seja, a prisão do acusado ainda na fase inquisitorial.

TAVORA e ALENCAR, acerca do tema, asseveram que:

No transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado. Surge assim a possibilidade da **prisão sem pena**, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII da CF, pois “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (2012, p. 545)

Ante ao caráter de excepcionalidade e restrição às hipóteses legalmente previstas, as prisões cautelares devem guardar estrita obediência aos requisitos autorizadores da medida, sobretudo no que concerne ao prazo máximo que devem perdurar. Uma vez extrapolado o quesito temporal legalmente fixado como marco final, impõe-se a cessação da medida, sob pena de se tê-la por ilegal, configurando constrangimento ao custodiado, sendo passível de ataque pelo remédio judicial cabível à espécie, geralmente, *Habeas Corpus*.

No entanto, o marco temporal objetivo, ou seja, o prazo fixo de duração da prisão, é característica pertinente apenas a prisão temporária, não se aplicando portanto, a prisão em flagrante nem a preventiva, que podem ser prorrogadas ao sabor da deliberação judicial, mediante requerimento fundamentado da autoridade policial, ouvido o MP, ou até mesmo o Ministério Público é competente para requerer tais medidas.

Ainda na esteira do entendimento de TAVORA e ALENCAR, temos que:

A prisão “temporária” é assim adjetiva por ter prazo predefinido em lei quanto à sua duração. É importante atentar que a prisão em flagrante e a preventiva não encontram restrição desta ordem, perdurando, supostamente, enquanto se fizerem necessárias. Já na temporária, o indiciado ao menos saberá o dia em que será liberado. Salvo se, ao final do lapso temporal, for decretada a prisão preventiva, o que é plenamente possível, se presentes os requisitos desta medida. (2012, p. 599)

Principais Alterações da Lei 12.403/2011

Desde que foi criado em 1941, o Código de Processo Penal passou por uma série de mudanças que acabaram por desconfigurar a sua redação original, com o intuito de ir se adequando as transformações sociais, bem como promover a devida adequação as exigências constitucionais. No que concerne ao tratamento dado à prisão, as medidas cautelares e a liberdade provisória buscou-se superar tais distorções.

Como já citado anteriormente, a Constituição Federal de 1988, expressa em seu artigo 5º princípios relativos aos Direitos e Garantias Fundamentais inerentes ao indivíduo, zelando pela preservação dos Direitos Humanos.

Partindo desses preceitos constitucionais a privação da liberdade só deve ser considerada válida se for indispensável, se não puder ser substituída por outras providências que seja tão eficaz quanto essa e que possa garantir o mesmo resultado.

O Sistema Processual Penal brasileiro baseava-se na bipolaridade de liberdade ou prisão, e por essa razão era carente de medidas intermediárias que possibilitasse ao sistema jurídico evitar *os encarceramentos desnecessários* (Código Processual Penal, artigo 319, 2011), o que contribui para a super lotação em cadeias e presídios, onde muitas pessoas estão recolhidas aguardando por um julgamento.

Outro fator relevante é o fato do sistema carcerário brasileiro não atender aos padrões constitucionais de garantias de direitos, e os presos provisoriamente viverem em lugares obsoletos, sujos, sem a menor condição de manter o mínimo

de seus direitos fundamentais, pois o sistema penitenciário sofre com a superlotação em virtude do excesso de prisioneiros.

Foi com esse intuito que a Lei 12.403/11 foi criada, para evitar que o investigado ou mesmo acusado de um crime venha a ser condenado, perdendo a sua liberdade, antes mesmo de ter um julgamento justo. Essa legislação sugere medidas alternativas à prisão, concedendo aos magistrados uma gama de alternativas que podem ser ajustada dentro da legalidade e da proporcionalidade da gravidade do caso concreto.

No Código de Processo Penal, a partir da edição da Lei nº 12.403/11, passou a cuidar não só da prisão cautelar como também “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”, como está expresso em seu Título IX. Não se trata, portanto de uma lei que visou amparar a prisão cautelar, como também trouxe alternativas ao encarceramento dos acusados, como mencionado anteriormente.

Entre as mudanças trazidas com a nova lei vale destacar a modernização do sistema prisional, com o cumprimento de mandados de prisão, autorizando-se a sua remessa a outra localidade por qualquer meio de comunicação, desde que se comprove a origem autêntica da ordem (art. 289 e §§, CPP, 2011). Em seu artigo 289-A, tem-se a criação de um banco de dados de âmbito nacional, atualizado e mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, com os mandados de prisão expedidos em todo o território nacional, dando margem que o seu cumprimento seja realizado por qualquer autoridade policial, independente de onde possa está o procurado.

Outra grande medida que a lei trouxe é a separação dos presos provisórios dos que já foram condenados, evitando assim que réus primários venham a conviver com presos de alta periculosidade. A pessoa presa ganhou uma garantia e a não separação, pela autoridade responsável, caracterizará constrangimento ilegal (artigo 300, CPP, 2011).

Outra mudança que a lei trouxe foi à disciplina das únicas formas legítimas de prisão no Brasil. A lei expressa claramente à revogação de prisão cautelar diversa (artigo 283, CPP, 2011) como a prisão para apelar, a prisão

decorrente de sentença condenatória recorrível, a prisão da sentença de pronúncia e a prisão administrativa, todas essas modalidades estão fora do sistema processual penal brasileiro. As únicas modalidades de prisão existente passam a ser a modalidade de prisão preventiva (artigos 312 e 313, CPP, 2011) e da prisão temporária (Lei 7.960/89).

Sendo assim, antes da condenação definitiva, o sujeito só pode ser preso em situação de prisão temporária, prisão preventiva ou flagrante delito. Nesse último caso, o juiz tem um prazo de 24 para decidir se mantém o réu preso, seja temporária ou provisoriamente. Após esse prazo o flagrante não tem mais valor legal para manter a pessoa presa. No que concerne a prisão em flagrante o Código Processual Penal relata que:

Artigo 301 – Mantém a disciplina da prisão em flagrante, permitindo-se que qualquer pessoa do povo a realize e constituindo obrigação da autoridade policial.

Artigo 302 – O flagrante pode ser:

- a) próprio, quando o sujeito está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la;
- b) impróprio, quando há perseguição ao agente, logo após, pela autoridade, pela vítima ou qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor do delito;
- c) presumido, quando o agente é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis, que façam presumir ser ele o autor da infração.

Artigo 304 – Formaliza-se a prisão em flagrante diante da autoridade competente, ouvindo-se o condutor (quem deu a voz de prisão), as testemunhas e o indiciado, se quiser manifestar-se, pois há o direito ao silêncio. (BRASIL, CPP, 2011)

Após receber a comunicação da prisão em flagrante, a mesma devera ser realizada pela autoridade competente no prazo máximo de 24 horas, como expresso no artigo 306:

A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontram serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicado.

§ 1º em até 24 horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso a autoridade não informe o nome de seu advogado, copia integral para Defensoria Pública.

§2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o os das testemunhas. (CPP, 2011)

A comunicação à família já era uma garantia prevista na Constituição, em seu art. 5º, inciso LXII, bem como ao juiz competente. Com a nova redação, reforçou-se a necessidade da defesa, já que o advogado é indispensável para a administração da justiça.

A novidade trazida pela Lei fica por conta da comunicação ao Ministério Público, o que veio a reforçar o intuito de aumentar a fiscalização da prisão, aumentando sua publicidade, para que esse verifique se o ato apresenta alguma irregularidade quanto sua legalidade e ainda, se for o caso, requerer o seu relaxamento ou liberdade provisória ao juiz.

Após a comunicação o juiz terá a possibilidade de:

I- relaxar a prisão ilegal;

II- converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste código, e se revelarem inadequados ou insuficientes às medidas cautelares diversas da prisão;

III- conceder liberdade provisória, com ou sem fiança; ou

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1970 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (artigo 310, CPP, 2011)

Segundo NUCCI, “As reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011 não alterou a linha básica da prisão em flagrante, permanecendo vigentes os artigos referentes às hipóteses de flagrância e o modo de formalizar o auto respectivo”. (2011)

Após a prisão em flagrante ser homologada o juiz passa a analisar se há a necessidade de manutenção ou não da prisão preventiva ou se há a possibilidade de conceder a liberdade provisória, sendo está com ou sem fiança, como determina o artigo 321:

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 desde Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código. (CPP, 2011)

Após a criação dessa lei a liberdade virou regra e a prisão exceção, sendo assim, a prisão preventiva que é uma medida cautelar que só deve ser aplicada quando as demais medidas cautelares forem insuficientes ou sua aplicação for impossível.

Doutrinadores como CAPEZ, não considera a condução coercitiva de um réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa como uma prisão preventiva propriamente dita sendo esta apenas a execução de uma ordem judicial em que o poder de polícia se utiliza da força para obrigar os sujeitos supramencionados à realização de uma obrigação a eles imposta (testemunhar) não sendo assim privativa de liberdade propriamente dita, mas sim um ato com o fulcro de realização forçada de uma ordem judicial que para tal restringem-se os direitos desses sujeitos por um período de tempo, obrigatoriamente, pequeno. (CAPEZ, 2011)

O Código Processual Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência de crime e indícios suficientes de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (CPP, 2011).

No artigo 311, do Código Processual Penal, as medidas cautelares restritivas de liberdade, como a prisão preventiva, podem ser decretadas em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão

preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Nesse sentido NUCCI delibera que:

Pensamos que jamais deveria o magistrado decretar de ofício a prisão preventiva. Trata-se de medida drástica de cerceamento da liberdade, razão pela qual haveria, sempre, de existir um expresse pedido da parte interessada (MP, assistente de acusação ou querelante). Por isso, a reforma corrigiu parte dessa legitimação judicial, evitando que o magistrado atue, de ofício, na fase policial. (2011)

O art. 312 teve seu caput mantido, apenas acrescentado seu parágrafo único, ficando sua redação da seguinte forma:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência de crime e indícios suficientes de autoria.
parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4).

O artigo 313 prevê que a prisão preventiva só será decretada:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
II- se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgada, ressalvado o dispositivo no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940- Código Penal;
III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir, a execução das medidas protetivas de urgência;
Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (CPP, 2011)

Porém, mesmo em crime onde a pena seja superior a quatro anos, a ação do juiz fica limitada por que a prisão preventiva só poderá ser decretada em último caso, se o juiz entender que nenhuma outra medida cautelar é adequada à situação. Toda decisão, que decreta, substitui ou revoga a preventiva, deve ser motivada (art. 315, CPP, 2011). As hipóteses em que a prisão preventiva é admissível são os crimes dolosos com pena máxima superior a quatro anos, reincidência dolosa e violência doméstica e familiar.

Discorrendo sobre esse assunto CAPEZ afirmam que:

Imaginemos a hipótese, por exemplo, de um sujeito preso em flagrante por praticar na presença de uma criança de 09 anos, ato libidinoso a fim de satisfazer lascívia própria (CP, art. 218-A). Há indícios de ameaça à vítima e testemunhas, pondo em risco a produção da prova. O juiz constata a necessidade de decretar a prisão preventiva, mas não pode, tendo em vista que a pena máxima do crime não é superior a 04 anos. E agora? Entendemos que, mesmo fora do rol dos crimes que autorizam a prisão preventiva, o juiz poderá converter o flagrante em prisão preventiva, desde que presente um dos motivos previstos na lei (...). É que a lei, ao tratar da conversão do flagrante em preventiva não menciona que o delito deva ter pena máxima superior a 04 anos, nem se refere a qualquer outra exigência prevista no art. 313 do CPP. Conforme se denota da redação do art. 310, II, do Código de Processo Penal, para que a prisão em flagrante seja convertida em preventiva, basta a demonstração da presença de um dos requisitos ensejadores do periculum in mora (CPP, art. 312), bem como a insuficiência de qualquer outra providência acautelatória prevista no art. 319. Não se exige esteja o crime no rol daqueles que permitem tal prisão. (CAPEZ, 2011)

Quanto a isso um questionamento pode ser levantado. É possível a prisão preventiva para crimes culposos? Segundo NUCCI, é possível sim:

Certamente, duas vertentes interpretativas são admissíveis: a) a prisão preventiva somente pode ser decretada, em qualquer situação, para crimes dolosos, com pena superior a quatro anos, reincidência em crimes dolosos ou violência doméstica familiar; b) a prisão preventiva pode ser decretada para todos os campos supramencionados, mas também para todas as hipóteses de descumprimento das obrigações fixadas por medidas cautelares alternativas, válidas para qualquer espécie de delito. Pela análise sistemática da novel legislação, não vemos como deixar de acolher a segunda posição. As medidas cautelares, alternativas ao cárcere, são salutares e representam a possibilidade real de esvaziamento de cadeia. Porém elas precisam de credibilidade e respeitabilidade. Não sendo cumpridas as obrigações fixadas, nos termos estabelecidos no art. 282 § 4º, parte final, do CPP pode-se decretar a preventiva como, última opção. (2011)

Com essa nova lei não é possível manter preso enquanto aguarda julgamento, indivíduos que se condenados receberam penas contrárias a prisão, como a prestação gratuita de serviços à comunidade ou outra pena alternativa semelhante.

As medidas cautelares buscam permitir que o réu responda ao processo em liberdade e garantir sua vinculação ao processo. Não se depreende outra interpretação do ideário que esposava o legislador ao imprimir tais mudanças, senão o de que deve-se evitar o quanto possível o encarceramento, sobretudo na fase inquisitória, em que se busca a formação da culpa, pois que esta é incerta, vindo a se concretizar ou não, logo, temerária se torna qualquer tipo de cerceamento da liberdade de locomoção sem a certeza da condenação ou garantia da paz social e ordem pública.

Medidas Cautelares Diversas da Prisão

A reforma legislativa causada pela Lei 12.403/2011 procurou incorporar ao Código Processual Penal o sistema de necessidade e adequação como critérios fundamentais na aplicação das medidas cautelares. Os acusados de crimes mais leves, não precisam necessariamente estar presos durante o decorrer

do processo e as medidas cautelares já são suficientes para sanear o controle e a vigilância.

O art. 282, *caput*, dispõe que:

“As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I – *necessidade* para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II – *adequação* da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”. (CPP, 2011)

Para se aplicar uma medida cautelar é imperativo verificar, por primeiro, se há necessidade de tal medida e, sendo imprescindível sua imposição, num segundo momento, buscar entre as medidas possíveis, a mais adequada, entendida esta como a que impõe uma restrição menos gravosa ao direito do acusado a ser afetado pela medida cautelar.

A adequação é um juízo que deve ser levar em consideração o meio empregado a fim de realizar o interesse que merece maior proteção. No que concerne a necessidade da medida é um juízo de comparação entre as diversas medidas que tenham se mostrado adequadas a atingir uma finalidade, sendo considerado a que menos agrava o direito do indivíduo.

A medida cautelar adotada deve ser uma restrição adequada ao direito de liberdade do réu, e deve assegurar a instrução, a aplicação da lei penal e evitar a reiteração criminal.

Uma das maiores virtudes da lei é a ampliação das medidas cautelares, que em seu artigo 319 traz medidas cautelares diversas da prisão, que devem ser aplicadas prioritariamente a prisão preventiva.

Para que uma das medidas cautelares seja escolhida pelo juiz é preciso que o mesmo leve em consideração a necessidade de a mesma ser decretada, devendo ser verificado a indispensabilidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal. Outro critério básico é o da adequabilidade, observando à gravidade do crime e das circunstâncias do fato, além de serem

analisadas as condições pessoais do acusado. O juiz pode optar por uma ou mais medidas cautelares sempre que julgar necessário e justificando a sua decisão.

O Código Processual Penal fala em nove medidas cautelares diversas da prisão são elas:

Art. 319. 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, deve o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de nova infração;

III – proibição de manter contato com pessoas determinadas 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 investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalhos fixos;

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para prática de infrações penais;

VII – intervenção provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-inimputável (art. 26 do Código de 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 andamento ou em casos de resistência injustificada a ordem judicial
IX – monitoração eletrônica.

§4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (CPP, 2011)

Várias dessas medidas são conhecidas como gozo do regime aberto ou liberdade condicional. Passaremos a analisar cada uma isoladamente.

O inciso I, fala sobre o comparecimento periódico em juízo. Essa é uma medida que permite o controle da vida cotidiana do réu, uma vez que ele deve apresentar-se em dia e local estabelecido pelo juiz, o que permite certificar-se do paradeiro do acusado.

Um dos problemas da aplicabilidade dessa medida é a fiscalização, uma vez que a forma de fiscalização ainda não foi consolidada, e o serviço público não consegue fiscalizar todos os presos, muito menos os que estão cumprindo medida cautelar.

No inciso II, que fala sobre a proibição de frequentar determinados lugares, é uma medida que busca evitar o cometimento de novos crimes, em relação aos conflitos existentes em certos lugares como bares ou estádios de futebol, locais onde é muito comum as brigas que frequentemente acabam em lesões corporais, sendo vista como uma medida preventiva.

Para que essa medida seja de fato eficaz é preciso que a adoção da mesma seja comunicada a polícia judiciária e a própria polícia militar a fim de darem o devido apoio ao seu cumprimento. Apesar da polícia não ter estrutura de fiscalizar todos os bares e todas as pessoas que estarão no local.

O inciso III, proíbe o réu de manter contato com pessoas determinadas que estejam relacionadas ao fato. Essa medida surgiu a partir da Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que previne a violência doméstica e familiar e tem um caráter de urgência, o que obriga o agressor a se manter totalmente afastado da vítima e de seus familiares, bem como de todas as pessoas que são testemunhas no caso.

Nos casos em que for aplicada essa medida cautelar o juiz pode estipular a distância mínima que o réu deve manter da vítima.

O inciso IV, proíbe o réu de ausentar-se da comarca em que reside enquanto a sua permanência for conveniente ou necessária para a investigação. Essa medida serve de tutela da prova e para evitar a fuga do réu.

Deve ser condicionada ao artigo 320 do CPP, "A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas."

No inciso V, está previsto o recolhimento domiciliar do réu no período noturno e nos dias de folga quando o acusado tem residência e trabalhos fixos. Essa medida remete ao regime aberto, e já fazia parte do ordenamento jurídico brasileiro. Não devendo ser confundida com a prisão domiciliar. Aqui é facultado ao réu manter seu próprio sustento.

No inciso VI, fala sobre a suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para prática de infrações penais. Essa medida é aplicada em casos de corrupção passiva, improbidade administrativa, peculato entre outros crimes contra a administração pública.

Como afirma NUCCI, “a medida pode ser ideal para crimes contra a administração pública, bem como para delitos econômicos e financeiros, evitando - se a preventiva, que tenha por fundo a garantia da ordem econômica”. (2011)

O inciso VII, fala sobre a intervenção provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-inimputável (art. 26 do Código de Penal) e houver risco de reiteração.

Essa medida é um pouco limita, pois é só é possível manter seguro o enfermo mental, que tenha cometido um crime grave, através da decretação da prisão preventiva. Muitas vezes essa prisão não é realizada em local apropriado e não falta uma perícia médica que demonstre a inimputabilidade ou semi - imputabilidade no momento em que o réu esteja tendo uma crise.

A avaliação posterior não é objetiva, muito pelo contrario, ela é subjetiva e fundada na “periculosidade” do agente. Outra lacuna na medida é a não diferenciação entre a inimputabilidade existente na época do fato e a superveniente.

No inciso VIII, fala sobre o pagamento de fiança nas infrações que a admitem para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do andamento ou em casos de resistência injustificada à ordem judicial.

Em relação à medida cautelar de pagamento de fiança a nova lei a revitalizou, e pode ser acumulada com outras medidas. A lei estabelece que os

valores da fiança sejam baseados no salário mínimo vigente e que o juiz pode aumentar ou diminuir os valores a partir da situação econômica do réu.

Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso. (CPP, 2011)

Os novos valores das fianças foram fixados em:

Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código; II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes. (CPP, 2011)

Para infrações cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos a fiança pode ser atribuída por um representante policial; e nos casos onde a infração a pena máxima atinja mais de quatro anos, a fiança só poderá ser decretada por um juiz.

A fiança não poderá ser aplicada quando:

Artigo 341:

I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV - resistir injustificadamente à ordem judicial;

V- praticar nova infração penal dolosa. (CPP, 2011)

A Constituição Federal garante casos em que os crimes são inafiançáveis: a) racismo; b) tortura, tráfico de drogas, terrorismo e crimes

hediondos; c) delitos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (art. 323, CPP, 2011).

E nos seguintes casos: a) a quem a tenha anteriormente quebrado; b) em caso de prisão civil ou militar; c) quando presentes os requisitos da preventiva (art. 324, CPP, 2011).

Nesses casos, não havendo necessidade de prisão preventiva nem de providências cautelares alternativas, cabe à liberdade provisória, só que não se pode aplicar fiança, pois a mesma é vetada para esses crimes.

E o último inciso IX, fala sobre o monitoramento eletrônico, que deve ser feita através de um aparelho capaz de detectar a presença e a permanência do indivíduo que está sendo acusado, equipado a um GPS.

Apesar de ser uma medida cautelar bastante eficaz e útil no controle do acusado, sendo um sistema muito utilizado em vários países, essa medida eleva os custos do Estado, pois o equipamento é relativamente caro.

Diante dos fatos aqui apresentados podemos ressaltar que as medidas cautelares assumem um importante papel tanto na esfera civil quanto para a esfera penal.

A morosidade da justiça na resolução dos casos causa um lapso temporal muito grande entre a demanda e a decisão de um processo. A sociedade cobra cada vez mais pela solução das demandas, enquanto os magistrados procuram efetivar as decisões tomadas. E nesse contexto que as medidas cautelares são valorizadas, pois através de liminares e antecipação de tutela esse efeito temporal muitas vezes deixa de existir.

No processo penal o uso de medidas cautelares afeta à liberdade de locomoção e a intimidade do indivíduo, razão pela qual se deve haver uma maior cautela por parte dos magistrados em sua aplicação.

A posição da jurisprudência

Após as discussões anteriormente expostas, cabe a análise de algumas jurisprudências acerca do tema, para que fique mais bem explicitado o estudo. Primeiramente, analisemos o julgado do Des. Sebastião Ribeiro Martins, do TJ/PI, que expõe que, há constrangimento ilegal quando mantido o preso processual além do tempo estritamente necessário ao fim que se destina a medida. Senão vejamos:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE FURTO. CONFIGURAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO NA PRISÃO PROCESSUAL. WRIT CONCEDIDO. 1. Em que pese a gravidade dos fatos apurados na ação penal, constata-se que o Paciente está preso preventivamente desde 23/11/2011, ou seja, há mais de 08 (oito) meses, sem perspectiva de julgamento pela autoridade apontada como coatora. 2. Desta feita, os fatos processuais ocorridos revelam que efetivamente não foram envidados os devidos esforços para que o feito criminal pudesse ser julgado com a urgência que o caso requer. 3. É de se reconhecer, portanto, que a demora injustificada configura, sem dúvidas, afronta ao Princípio da Duração Razoável do Processo, previsto no art. 5.º, inciso LXXVII, da Constituição da República, acrescido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 ("a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"). 4. Ordem concedida. (TJ-PI - HC: 201200010029430 PI Relator: Des. Sebastião Ribeiro Martins, Data de Julgamento: 24/07/2012, 2a. Câmara Especializada Criminal)

Nesse mesmo sentido o STJ tem assentado entendimento que o encarceramento desarrazoado constitui afronta ao princípio proporcionalidade. Veja-se:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO PROCESSUAL DO RÉU. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 52 DO STJ. ORDEM CONCEDIDA. 1. O excesso de prazo da prisão processual do réu deve ser aferido dentro dos limites da razoabilidade, considerando circunstâncias excepcionais que venham a retardar a instrução criminal e não se restringindo à simples soma aritmética de prazos processuais. 2. Todavia, no presente caso, a demanda de tempo não é justificável, uma vez que o paciente se encontra cautelarmente preso há quase dois anos, sem que tenha sido prolatada a sentença em ação penal relativa a furto qualificado tentado. 3. Não estando dentro dos limites da razoabilidade, e não tendo a defesa concorrido para tanto de forma significativa, o excesso de prazo deve ser entendido como constrangimento ilegal, razão por que se torna inaplicável, na hipótese, a Súmula 52 do STJ, impondo-se a imediata soltura do réu para se ver processado em liberdade. 4. Ordem de habeas corpus concedida para determinar a imediata soltura do paciente, se por outro motivo não estiver custodiado, em virtude do excesso de prazo não-razoável da sua custódia provisória. (STJ - HC: 63308 RJ 2006/0160663-8, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 12/12/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 05/02/2007 p. 291)

Nos tribunais de justiça tem se mostrado pacífico o entendimento de que a morosidade judicial na seara criminal, mesmo diante do caos que se opera o sistema, não constitui motivo justificável a manutenção do encarceramento ilegal. Nesse sentido, colacionamos os julgados subsequentes:

IMPETRANTE : HABEAS CORPUS CRIME - ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE PESSOAS E RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA - PRISÃO EM FLAGRANTE - ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL DECORRENTE DE EXCESSO DE PRAZO NA PRISÃO PROCESSUAL - PACIENTE PRESO EM 11.AGO.09 - MOROSIDADE NO ANDAMENTO PROCESSUAL POR RESPONSABILIDADE JUDICIAL - TRÊS TESTEMUNHAS DA ACUSAÇÃO A SEREM INQUIRIDAS VIA DEPRECATA - NÃO LOCALIZAÇÃO - FEITO CRIMINAL AGUARDANDO A EFETIVAÇÃO DESSAS DILIGÊNCIAS - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, À ESPÉCIE - FEITO QUE NÃO CONTA COM COMPLEXIDADE - ATRASO NO CORRER PROCESSUAL NÃO PROVOCADO PELA DEFESA - ORDEM CONCEDIDA COM EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA CLAUSULADO EM FAVOR DO PACIENTE. Londrina. (TJ-PR - HC: 7049745 PR 0704974-5, Relator: Raul Vaz da Silva Portugal, Data de Julgamento: 23/09/2010, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 487)

E ainda:

HABEAS CORPUS - FURTO QUALIFICADO TENTADO - EXCESSO DE PRAZO - PRISÃO PROCESSUAL QUE PERDURA HÁ QUASE 08 (OITO) MESES - AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO AINDA NÃO DESIGNADA - MOROSIDADE INJUSTIFICADA - ORDEM CONCEDIDA. 1. Entende-se que há excesso de prazo na formação da culpa quando, constatado o decurso de quase 08 (oito) meses da data da prisão em flagrante, não há previsão para a realização da audiência de instrução e julgamento; 2. O crime imputado ao paciente não foi cometido com violência à pessoa, havendo apenas uma suposta tentativa de furto, além de não haver evidências de que este venha a frustrar a instrução criminal ou ameaçar a aplicação da lei penal; 3. Ordem concedida. Decisão unânime. (TJ-PE - HC: 207675 PE 244200900011627, Relator: Antônio de Melo e Lima, Data de Julgamento: 31/03/2010, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 69)

De fato, salta aos olhos, de forma objetiva, a intolerância da jurisprudência com o desrespeito aos requisitos autorizadores da prisão processual além das hipóteses estritamente necessárias, bem como ao requisito temporal, que deve ser objetivamente respeitado. Esse pensamento está alinhado ao princípio constitucional do direito a liberdade de locomoção, que é regra, sendo o encarceramento, medida de extrema exceção.

CONCLUSÃO

No presente trabalho monográfico procuramos fazer uma análise sobre a aplicabilidade das medidas cautelares diversas à prisão como alternativa ao encarceramento, sobretudo, como forma de evitar a exacerbação das prisões processuais, consubstanciada na manutenção do cárcere para além do tempo necessário. Para tanto, em um primeiro momento fizemos uma análise constitucional sobre a dimensão dos direitos fundamentais.

A Constituição da República de 1988 garante aos cidadãos que o Brasil é um país Democrático de Direito e, portanto, os seus cidadãos têm uma série de garantias constitucionais que protegem a sua integridade física, mental, patrimonial, psicológica. Essas garantias devem ser reconhecidas por todos e são invioláveis, devendo ser respeitados por todos os poderes do Estado, incluindo a justiça, e pelos particulares.

Em um Estado Democrático de Direito há princípios constitucionais que garantem o direito dos indivíduos e limita a ação do Estado. Para que o exercício da justiça seja eficaz é importante que os princípios constitucionais sejam aplicados fielmente.

A implementação da Lei n.º 12.403/2011 causou muita controvérsia no meio jurídico bem como na sociedade em geral, os opositores da lei a veem como um retrocesso no meio jurídico uma vez que a maioria dos países adota leis cada vez mais severas para combater a criminalidade. Para a sociedade a liberação dos acusados causa uma sensação de impunidade, por estarem aguardando o processo em liberdade, desacreditando o trabalho da polícia e da justiça como um todo, uma vez que a pessoa é presa e logo em seguida é posta em liberdade.

Cabe aqui ressaltar que não são todos os presos provisórios que se encaixam no perfil estabelecido pela recente Lei para ganhar esse benefício da liberdade provisória, uma vez que também é preciso ter um advogado que represente o preso provisório e solicite que o mesmo seja solto, além da aceitação do pedido por parte de um juiz. Sendo assim os presos que

deixarão a prisão conforme a lei, são na verdade aqueles que realmente não deveriam estar presos.

Com a Lei nº 12.403/2011 constitui a seguridade de que uma pessoa presumidamente inocente não será levada a prisão injustificadamente, sendo vista pelos que a apoiam como um avanço e um importante instrumento para a justiça e para a garantia dos direitos individuais, pois a liberdade não é algo que possa ser devolvido.

A Constituição Federal de 1988 garante em seu artigo 5º, inciso LXVI, “que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade”. No que concerne as medidas cautelares diversas da prisão elas são utilizadas como uma alternativa a prisão cautelar daqueles que são presumidamente inocentes, pois permitem a fiscalização sobre quem é suspeito de cometer um crime e ainda encontra-se na fase processo do julgamento judicial, o que só vem a fortalecer o princípio constitucional da não-culpabilidade.

Para garantir a eficácia dessas medidas é importante que o Estado forneça os instrumentos necessários a fiscalização e que o sistema judiciário trace estratégias que levem a maior maximização de tais medidas, de outra forma a Lei não conseguira alcançar as metas para a qual foi criada.

Enfim, as modificações legislativas operadas na disciplina processual penal do instituto da prisão processual apresentam-se como um norte jurídico mais seguro e eficaz para proteção assistencial que os penalmente perseguidos esperam do Estado brasileiro, como um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA

AQUINO, Rubens Santos Leão de; FRANCO, Denise de Azevedo & LOPES, Oscar Guilherme Campos. **História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais**. Rio de Janeiro: ao Livro Técnico. 2006.

AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. **Excesso de prazo na prisão processual. Violência institucionalizada aos direitos individuais do preso**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2895, 5 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19263>>. acesso em: 03/09/2013.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 8ª. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARACHO, José Alfredo Oliveira. **Processo e constituição: o devido processo legal**. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. p. 67.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL, **Código de processo penal**. Brasília: Casa Civil do Planalto da República, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAPEZ, Fernando. **A lei 12.403/2011 e as polêmicas prisões provisórias**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-29/consideracoes-sobra-lei-124032011-prisao-provisoria-polemicas> , acesso em 03/11/2013.

Carta das Nações Unidas (1945). Disponível em:
<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/3tratados.htm>>, acesso em 05/09/2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição federal para concursos.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 93.

Declaração universal dos direitos humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. disponível em:
<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>, acessado em 05/09/2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento.** 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1991, p. 65.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** 11ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 5ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

LOPES JR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** 2 ed., rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Garantia do tratamento paritário das partes.** InGarantias constitucionais do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24^a ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da república Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade as reformas processuais penais introduzidas pela lei 12.403 de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: RT, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Anteprojeto de reforma do código de processo penal**. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>>. acesso em 22/09/2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4^a ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 431-432.

SZNICK, Valdir. **Liberdade, prisão cautelar e temporária**. 2^a ed. São Paulo: editora EUD, 1995.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas**. 2^a ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2000.