

**UNIJUÍ – UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO
DO RIO GRANDE DO SUL**

JOÃO PEDRO DOS SANTOS ARNT

**A SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS E A VIOLAÇÃO AO
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Ijuí (RS)
2018

JOÃO PEDRO DOS SANTOS ARNT

**A SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS E A VIOLAÇÃO AO
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Monografia final apresentada ao curso de Graduação em Direito, objetivando a aprovação no componente curricular Monografia.

UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.
DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Me. Eloisa Nair de Andrade Argerich

Ijuí (RS)
2018

AGRADECIMENTOS

À minha família, que em todos os momentos estiveram ao meu lado, sem vocês nada seria possível.

À minha orientadora, mestra Eloisa Nair de Andrade Argerich, pela disponibilidade, atenção, dedicação e empenho para me auxiliar nesse estudo.

Aos servidores e defensores da DPE de Ijuí, principalmente à Dra. Carla Schöffel Lizot, por todos os ensinamentos e experiências repassadas a mim. Muito obrigado pela paciência!

A todos que colaboraram de uma maneira ou de outra na construção desta monografia, os meus agradecimentos!

“A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos.”

(Hannah Arendt).

RESUMO

O presente estudo visa a analisar um dos problemas no sistema carcerário brasileiro, sendo o (possivelmente) mais grave: a superlotação dos presídios e penitenciárias. No mesmo sentido, a superlotação dos presídios faz com que as condições de tais estabelecimentos fiquem de maneira precária, infringindo princípios constitucionais, tal como o princípio da dignidade humana, fundamento de todos os demais direitos. Será realizado um estudo sobre o princípio da presunção de inocência, o qual atualmente não é levado em consideração como deveria ser, principalmente na hora de ser decretada uma medida cautelar de caráter tão rigoroso como a prisão preventiva. Também, serão apresentados alguns dados demonstrando que o sistema carcerário brasileiro está em crise e sem condições de cumprir o que está descrito na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal.

Palavras-chave: Sistema carcerário. Princípio da Dignidade Humana. Superlotação dos presídios. Prisão preventiva.

ABSTRACT

The present study aims at evaluating the problems in the Brazilian prison system, the (possibly) most serious being: overcrowding of prisons and penitentiaries. In the same sense, the overcrowding of prisons makes the conditions of such establishments precarious, violating constitutional principles, such as the principle of human dignity, the foundation of all other rights. A study will be carried out on the principle of the presumption of innocence, which is currently not taken into account as it should be, especially when a precautionary measure of a strict nature such as pre-trial detention is ordered. Also, some data will be presented demonstrating that the Brazilian prison system is in crisis and unable to comply with what is described in the Federal Constitution and in the Criminal Enforcement Law.

Keywords: Prison system. Principle of Human Dignity. Overcrowding of prisons. Preventive detention.

LISTA DAS FIGURAS

Figura 1: Dados gerais sobre a população carcerária brasileira.....	28
Figura 2: Dados da população carcerária por estado do Brasil.....	40
Figura 3: Dados relativos à distribuição de vagas.....	41

LISTA DE SIGLAS

CF	Constituição da República Federativa do Brasil
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
INFOPEN	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
CPP	Código de Processo Penal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 A SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.	11
1.1 A prisão e as garantias constitucionais.....	11
1.1.1 <i>Do Princípio da presunção de inocência</i>	13
1.1.1.1 <i>A prisão após a condenação em segunda instância judicial</i>	18
1.1.2 <i>Do princípio da dignidade humana</i>	21
1.1.2.1 <i>Estado de Coisas Inconstitucional</i>	25
1.1.2.2 <i>Análise de dados da superlotação dos presídios brasileiros</i>	28
1.1.2.3 <i>Dados da população carcerária gaúcha</i>	30
2 AS PRISÕES CAUTELARES COMO <i>ULTIMA RATIO</i>	34
2.1 Conceitos e os fins da prisão preventiva.....	34
2.2 As medidas cautelares adversas da prisão preventiva como (possível) forma de solução dos problemas carcerários atuais.....	40
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa, em primeiro lugar, discorrer sobre a superlotação dos presídios e penitenciárias brasileiras, um problema de enorme complexidade que traz como (maior) consequência a transgressão de direitos e garantias presentes e taxadas constitucionalmente na Carta Magna de 1988. Dentre tais garantias, está disposto o princípio da dignidade humana, o qual será analisado, tanto em sua mais pura teoria, quanto na prática. No mesmo sentido, será realizada a análise do princípio da presunção de inocência, o qual em diversos casos não é interpretado da forma que deveria ser. Em síntese, o presente estudo aborda aspectos acerca de tais princípios mencionados e alternativas como as medidas cautelares de coerção pessoal para, de certa forma, amenizar o momento caótico que vive o sistema carcerário brasileiro.

A pesquisa é do tipo exploratório que utiliza no seu delineamento a coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede de computadores. Já em sua realização utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo para melhor compreensão do tema e sua relevância para a sociedade.

O estudo está dividido em dois capítulos. O primeiro objetiva apresentar aspectos referentes ao princípio da dignidade humana e ao princípio da presunção de inocência, fazendo relação de tais princípios com a atual situação do sistema carcerário brasileiro. Também serão abordados elementos constitucionais que devem ser interpretados no contexto do direito material penal e do processo penal brasileiro, estes que não são observados em diversos casos, com destaque para o princípio da presunção de inocência.

Também, pretende-se, além de analisar tais princípios essenciais para o processo penal – constitucional, realizar um levantamento de números e dados pertinentes das penitenciárias brasileiras, gaúchas e também referentes à Penitenciária Modulada Estadual de Ijuí, no que diz respeito ao número de vagas, o déficit de vagas e o descaso para com as pessoas que estão presas aguardando um julgamento de um processo criminal ou se já estão em fase de execução da pena.

No segundo capítulo do presente estudo será feita uma continuidade do primeiro, focando principalmente em uma (possível) solução para o maior problema dentro dos presídios e penitenciárias brasileiras que é a superlotação. Será levantada como possível solução as medidas cautelares adversas da prisão como forma de atenuar tal impasse, como por exemplo a aplicação de medidas cautelares alternativas.

No mesmo sentido, será estudada a prisão cautelar preventiva, a qual deveria ser tratada como *ultima ratio*, porém, atualmente, é decretada sem fazer a devida interpretação subjetiva de cada caso, demonstrando total descaso das autoridades judiciárias competentes que decretam tal medida cautelar sem levar em consideração que deve ser feita uma relação entre a situação fática trazida pelo Inquérito Policial e as provas acostadas ao processo que dali se iniciará, sendo que se faz totalmente necessário, ao menos nos dias atuais, verificar que os presídios atuais não comportam presos preventivos, estes possuem garantias constitucionais diferentes de presos que já cumprem pena e estão na fase executória criminal.

Ao final, constam as conclusões acerca da análise realizada dentro desta pesquisa, estudo e a relação de referências que foram utilizadas para fundamentar o desenvolvimento.

1 A SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

O presente estudo propõe-se a efetuar uma análise sobre os garantias principiológicas constitucionais, focando principalmente em dois princípios fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988: o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência, relacionando-os com a prisão e as garantias constitucionais.

Neste capítulo, serão abordados elementos constitucionais que devem ser apreciados no processo penal brasileiro, os quais, em diversos casos, não estão sendo observados, com destaque para o princípio da presunção de inocência. Também, pretende-se, além de analisar tais princípios essenciais para o processo penal – constitucional, realizar um levantamento dos principais dados das penitenciárias brasileiras, gaúchas e também referentes à Penitenciária Modulada Estadual de Ijuí, no que diz respeito ao número de vagas, o déficit de vagas e o descaso para com as pessoas que estão cumprindo pena ou aguardando um julgamento de um processo criminal.

No mesmo sentido, realiza-se o estudo de alguns entendimentos jurisprudenciais referentes à superlotação de presídios, focando especialmente nos casos em que são discutidos o excesso de prazo e a aplicação de medidas cautelares adversas da prisão preventiva.

1.2 A prisão e as garantias constitucionais

Antes de adentrar na análise acerca da prisão em si e as garantias constitucionais que a norteiam, importante se faz trazer conceitos relevantes acerca do significado de princípio.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci (2016, p.3, grifo do autor) discorre que:

Princípio, etimologicamente, significa causa primária, momento em que algo tem origem, elemento predominante na constituição de um

corpo orgânico, preceito, regra, fonte de uma ação. Em Direito, princípio jurídico quer dizer uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas [...], servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Cada ramo do Direito possui princípios próprios, que informam todo o sistema, podendo estar expressamente previstos em lei ou ser implícitos, isto é, resultar da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica formada com o passar dos anos de estudo de determinada matéria.

Conforme supracitado, princípios são causas consequentes do momento em que algo se dá origem, são fenômenos resultantes de acontecimentos primários.

Na mesma direção é o entendimento de José Afonso da Silva (2011, p. 136), quando afirma que "Princípios" são, como mandamentos nucleares ou "disposições fundamentais de um sistema, ou ainda como núcleos de condensações" ou seja, para este autor, os princípios são as normas mais fundamentais do sistema, que apresentam consequências que perpassam todo o sistema jurídico brasileiro.

Portanto, pode-se afirmar que os princípios do processo penal brasileiro são de suma importância para cada ato de um processo criminal, pois garantem um correto desenrolar dos atos processuais através de sua função limitadora, sem prejudicar, principalmente, a parte mais vulnerável de um processo, -o indivíduo presente no polo passivo. Tais princípios auxiliam na identificação das garantias penais de que se utilizam os indivíduos na atualidade, principalmente na aplicação das penas.

Sabe-se que é na Constituição Federal-CF/88 que estão discriminadas as normas básicas de organização estatal, bem como os princípios fundamentais que norteiam as relações entre indivíduos e Estado. Destaca-se, também, que os princípios fundamentais regem as relações entre os indivíduos, seja na área civil, comercial, administrativa, trabalhista, processual e não poderia ser diferente na área penal.

Partindo desta perspectiva, não se pode deixar de mencionar que se os princípios em geral, dizem respeito ao ponto de partida de alguma coisa, também na seara penal são proposições básicas, necessárias, fundamentais que condicionam

todo o sistema, pois sabe-se que os fundamentos desse ramo do direito afeta um bem jurídico muito relevante, qual seja, a liberdade.

Neste ponto, é imprescindível deixar claro que “[...] todo o Direito Penal é construído com base em princípios inseridos na Constituição, os quais norteiam sua construção e a sua vida, devendo, conseqüentemente, serem respeitados”, afirma Ney Moura Teles (2003, p. 48).

Assinala-se, ainda, que é inegável quer os princípios constitucionais não podem ser suprimidos em nenhuma das fases do processo, devendo obrigatoriamente ser observados, inclusive, na fase da execução das penas. Portanto, a seguir, aborda-se alguns princípios que são pertinentes ao tema que ora se pesquisa, esclarecendo que não se pretende esgotar o assunto, apenas trabalhar aqueles que são de extrema relevância, na atualidade, quando se fala em superlotação de casas prisionais: presunção de inocência ou não culpabilidade e da dignidade humana, sem no entanto, deixar registrado, a importância dos demais princípios.

1.2.1 Do Princípio da presunção de inocência

Inicia-se a discussão sobre a superlotação dos estabelecimentos prisionais, abordando o princípio da presunção de inocência, considerado em nosso País um dos princípios basilares do Direito, responsável por tutelar a liberdade dos indivíduos, e previsto no **art. 5º, LVII**, da Constituição de 1988, que destaca: **“Ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória.”** (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Observa-se que esse princípio diz respeito a uma das garantias constitucionais que se atribui aos acusados pela prática de um delito penal, possibilitando-lhe a prerrogativa de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ademais, assegura ao acusado um julgamento cercado das demais garantias constitucionais, entre elas, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e principalmente um julgamento justo que preserve e respeite à dignidade humana. (SARLET et. al., 2017, p. 136).

As lições de Alexandre de Moraes (2007, p. 87) estão alinhadas com as do autor supracitado quando leciona que:

O princípio da presunção de 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.

Na verdade, tanto Moraes (2007), como Ingo Wolfgang Sarlet (2017) estão ressaltando que o princípio da presunção de inocência, além de ser um instituto fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, é ao mesmo tempo polêmico e complexo, mas, mesmo assim, oferece proteção ao acusado contra a aplicação de uma sanção penal antecipada.

A partir dessas considerações, mesmo que de maneira breve, passa-se a verificar os antecedentes históricos desse princípio, com o intuito de demonstrar que a Constituição Federal está alinhada aos direitos humanos.

Segundo Fernando Costa Tourinho Filho (2009, p. 29) o princípio da presunção de inocência

[...] remonta o art. 9º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico- humanitário chamado “Iluminismo”, ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido como objeto do processo e não tinha nenhuma garantia.

Ainda, sobre os antecedentes desse princípio, é interessante registrar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, apresentava em seu texto que “Todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua

pessoa deve ser severamente reprimido pela lei”, evidenciando-se que enquanto não definitivamente condenado, presume-se que o acusado é inocente. (DUHC, 1789).

Não são poucas as Declarações de Direitos mundo afora que proclamam o princípio da presunção de inocência. Veja-se:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, [...] influenciou o surgimento de diversas normas internacionais que passaram a resguardar expressamente a garantia da presunção de inocência, como, por exemplo, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6.2[aprovada em 04 de novembro de 1950; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14.2), adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e incorporado pelo Brasil por meio do Decreto n. 592 em 06 de julho de 1992; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, I e II) assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, na cidade de San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969; e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 48) proclamada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 7 de dezembro de 2000, dentre outros instrumentos.

Destaca-se um documento internacional de muita relevância para o direito brasileiro, que é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), do qual o Brasil é signatário e na qual se lê no seu art. 8, 2, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (BRASIL, 2013b, p. 154).

Observa-se, assim, que a presunção de inocência é, sem sombra de dúvida, uma das mais importantes “[...] garantias que cidadão tem à sua disposição contra o arbítrio estatal em todas as suas relações, tanto na esfera do processo penal, quanto nas esferas cível ou administrativa”, aduz Antônio Magalhães Gomes Filho (1994, p. 34)

Adentrando nos aspectos históricos brasileiros, anota-se que foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que o princípio da presunção de inocência ganha força entre os juristas nacionais e status de norma constitucional.

Como mencionado, esse princípio está localizado no art. 5º, LVII e é uma norma principiológica fundamental e de suma relevância para o devido processo legal. (BRASIL 1988).

No mesmo sentido, Nucci (2016, p. 4), discorre sobre o princípio estudado:

Também conhecido como princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, significa que todo o acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado. Encontra-se previsto no art. 5º, LVII, da Constituição. O princípio tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu.

É evidente a necessidade de serem apresentadas provas concretas de autoria e materialidade para que a pessoa – que nasce inocente – seja declarada culpada, lembrando que, para que isso ocorra, deve ser julgado em todas as instâncias possíveis até não restar nenhuma dúvida quanto a culpabilidade do agente, sendo que caso algum desses trâmites seja transposto, haverá ilegalidades quanto ao procedimento legal taxado na legislação constitucional e nas infraconstitucionais.

Conforme salientado, a necessidade de serem apresentadas as provas relevantes para serem comprovadas a autoria e materialidade do agente é de suma importância, da mesma forma que a imparcialidade do juiz (que é verificado quando aplicado o princípio do juiz natural) deve ser absoluta. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2009, p. 192) discorre:

Sob perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição “negativa” (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).

Conforme verificado, muitos juízes não mantêm a postura positiva necessária, não tratam o acusado efetivamente como inocente, mas aplicam a postura totalmente adversa da correta. É possível verificar tal postura no momento em que o índice de

presos preventivos é abundante, sendo que em diversos despachos aplicando tal medida cautelar, não é levado em consideração a situação fática do contexto apresentado. Não é diferente o que descrito por Aury Lopes Jr. (2009, p. 194):

[...] a presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga da prova (*regla del juicio*), e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva [estigmatização do imputado] e à limitação do (ab)uso das prisões cautelares). A presunção de inocência afeta, diretamente, a carga de prova (inteiramente do acusador, diante da imposição do *In Dubio Pro Reo*); a limitação a publicidade abusiva (para redução dos danos decorrentes da estigmatização prematura do sujeito passivo); e, principalmente, a vedação ao uso abusivo das prisões cautelares. (*grifo original*)

Desta forma, o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade é de extrema importância para o âmbito processual penal – constitucional, tanto para evitar ilegalidades na aplicabilidade do direito material e no direito processual quanto na sua ligação direta com a superlotação dos presídios, no momento em que é alocado um preso preventivo em uma instalação inadequada com a situação em que está passando.

A presunção de inocência traz consigo em toda a sua extensão no processo criminal a garantia de um bom procedimento. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2009, p. 194, grifo do autor) aduz:

Em suma: a presunção de inocência impõe um verdadeiro **dever de tratamento** (na medida em que se exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele. Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento

midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.
(grifo original)

Desta forma, é evidente que o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade vai muito além da seara processual, pois, nas palavras do doutrinador supracitado, a dimensão interna é ligada diretamente ao juiz, o qual deverá respeitar rigorosamente o princípio do juiz natural, devendo permanecer a sua imparcialidade de maneira soberana, deixando explícito em todos os atos processuais a necessidade de que o polo responsável por produzir as primeiras provas é o órgão acusador, ora Ministério Público e /ou assistente de acusação.

Quando salientado acerca da dimensão externa, o princípio da presunção de inocência vai muito além de um processo, chegando até o ponto em que deverá ser feita toda uma camada de proteção da índole do agente, em razão de que este até o momento não deverá ser considerado culpado, principalmente quando arguido pelo autor que “o bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”, o qual demonstra os contratempos trazidos por um processo criminal no momento em que a dimensão externa não é protegida pelo princípio ora em comento.

Conforme o supramencionado, é evidente que o princípio da presunção de inocência vai muito além da aplicabilidade em atos de um processo penal, este deve ser a base do Estado Democrático de Direito, não ocorrendo precipitação no momento de decidir o futuro de um ser humano, afinal, todos deveriam ser considerados inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória, não podendo sustentar a presunção de culpa, pois segundo este princípio, a culpa é exceção.

1.1.1.1 A prisão após a condenação em segunda instância judicial

Primeiramente, importante salientar que quando é posta em discussão a prisão após a condenação em segunda instância, deve-se ter ciência que trata-se de dois valores em confronto: a liberdade da pessoa nos termos do art. 5º, LVII da CF que exige o trânsito em julgado formal da decisão penal condenatória, de um lado, e, de outro lado, a efetividade do cumprimento da pena imposta em segunda instância,

sempre que se esgotar a discussão quanto à materialidade do delito e de sua autoria, hipótese que, pode-se dizer, há trânsito em julgado material em razão da preclusão da matéria probatória.

Ambos os valores apresentados podem ser totalmente postos na prática do judiciário, mas sempre analisando a situação fática e todo o contexto do caso concreto. Por exemplo, em uma situação em que o agente está respondendo por um processo criminal em que a condenação e suas respectivas provas estão voltadas ao plano fático da situação, e sobe para julgamento em segunda instância com as provas evidenciando a autoria e a materialidade do agente, não possuindo mais argumentos (de autoria e materialidade) plausíveis para continuar recorrendo das decisões das instâncias inferiores, estando apenas presentes possíveis erros processuais dentro dos autos, evidencia-se que, em tal situação, há a possibilidade de prender o agente após a decisão de segunda instância

Porém, se a decisão condenatória de 2º grau fixou o julgamento em cima da tipicidade da conduta imputada ao agente, afastando os argumentos jurídicos e técnicos da defesa em sentido contrário, é evidente que a prisão do condenado só poderia ocorrer com o trânsito em julgado dessa condenação, pois no caso cabe reexame da questão em instâncias extraordinárias.

Os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários são diversos, sendo que uma corrente vai totalmente em prol de que o agente que está sendo processado, em hipótese alguma, deverá começar a execução de sua pena antes do definitivo trânsito em julgado de seu processo, com base no princípio da presunção de inocência.

Porém, a corrente que está sendo considerada majoritária em razão de recente entendimento do Supremo Tribunal Federal é a de que, caso todos os elementos juntados nos autos comprovem a real presença de autoria e materialidade do agente, este, após a decisão de segundo grau, poderá dar início ao cumprimento da pena em razão de que já houve o trânsito em julgado material

do processo. Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial do STF acerca do habeas corpus 126:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

A jurisprudência colacionada acima evidencia o entendimento atual do Supremo Tribunal no sentido de que, quando já há a presença exposta de autoria e materialidade nos autos, existe a possibilidade de que o agente comece antes do trânsito em julgado definitivo do processo criminal pelo qual está à cumprir pena. No seu voto, o ministro Zavascki discorre:

A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

O princípio da presunção da inocência é constitucional, tal afirmação não é discutível pois está taxado na Constituição Federal de 1988, mas o que parece com o entendimento supracitado é que houve uma nova interpretação do que está disposto no artigo 5º, LVII, CF/88. A questão que deve ser feita aqui é que se essa “nova interpretação”¹ respeita a garantia constitucional de que o réu deve ser considerado

¹ Essa nova interpretação é conhecida como mutação constitucional. A mutação constitucional surge a partir do Poder Judiciário ao interpretar o texto constitucional na aplicação a um caso concreto.

inocente até o trânsito em julgado definitivo, ou tal premissa não respeita um direito adquirido constitucionalmente.

É inequívoco que o índice de criminalidade atual em nossa sociedade é demasiado, mas em momento algum as premissas adotadas pela Constituição devem “passar em branco” em um processo, em especial o criminal, o qual se refere a liberdade subjetiva de uma pessoa deve deixar de observar direitos e garantias fundamentais. É notável que a presente decisão segue a ideia do “consequencialismo”, não fazendo a interpretação pura do conceito de princípio, como até então era realizada.

No mesmo sentido, não há de se contestar a respeitável decisão da Corte e tirar os méritos do intuito pelo qual foi realizado tal julgamento, sendo que agora basta a real comprovação de autoria e materialidade – respeitando o duplo grau de jurisdição – para que o agente dê início ao cumprimento da execução da pena, pois como é perceptível e diversos casos em processos do contexto jurídico atual, muitos réus – principalmente os que possuem condições, não apenas financeiras – trabalham com recursos e embargos apenas para protelar uma possível decisão condenatória.

Destaca-se que indubitavelmente que decisões como a mencionada apresentam-se como um obstáculo a efetivação da dignidade humana, pois o agente não consegue viver com tranquilidade quando deverá aguardar o fim do processo criminal que está respondendo sabendo que em qualquer momento, principalmente após o suposto trânsito em julgado material do processo, poderá ser preso e começar a cumprir a pena antecipadamente.

1.2.2 Do princípio da dignidade humana

Contudo, como a Constituição brasileira reserva ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, a este cabe, em sua totalidade, avaliar se houve uma mutação constitucional através da interpretação da Constituição segundo a evolução da sociedade. (SILVA, 2011, p. 69)

Falar no princípio da dignidade humana não é um tema dos mais fáceis. Trata-se de um princípio que pode ser analisado sob diversos aspectos e configura-se como um dos fundamentos do Estado democrático brasileiro e como tal precisa ser respeitado.

Nas palavras de Sarlet (2002, p.88), a dignidade da pessoa humana é conceituada como 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 assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos .

Destaca-se que se a dignidade humana é uma característica inerente ao ser humano, certamente que o seu objetivo é proteger as pessoas de qualquer situação que coloque em risco sua integridade, seus direitos e garantias fundamentais.

No mesmo sentido, em qualquer tipo de estudo há necessidade de ser transcrito ideais históricos sobre os pontos em análise – no caso em questão a dignidade humana – que segundo entendimento de Sarlet (2015, p.33) são importantes. Leciona que:

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas. Cuida-se de um conceito (ou dimensão) político de dignidade, cunhado pelo pertencimento do indivíduo às elites políticas da sociedade e a vinculação da dignidade às ações humanas e seu respectivo resultado, como algo, portanto, que deve constantemente ser posto à prova e não como uma constante antropológica. Por outro lado, já no pensamento estoico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra,

por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à ideia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade.

Como é possível perceber após fazer a leitura do trecho acima, o conceito de dignidade da pessoa humana manteve uma constante evolução, sendo que, nos primórdios da Antiguidade Clássica, a dignidade pertencia para a pessoa que possuía grau elevado de reconhecimento perante a sociedade, deixando evidente que apenas poderia fazer o bom uso da dignidade a pessoa que pertencia a elites políticas. Após, é possível verificar que a dignidade humana se estendeu de forma relevante, alcançando os indivíduos que não possuíam tal ‘reconhecimento’, mantendo todos os seres humanos, no que diz a sua natureza, iguais em sua dignidade.

Salienta-se que o princípio da dignidade da pessoa humana está amplamente ligada ao jusnaturalismo, sendo que, para este ramo do Direito, o homem ao nascer com vida já nasce com o direito da dignidade humana.

Está disposto logo no início da nossa CF/88, mais precisamente no seu artigo 1º e seus respectivos incisos, os fundamentos do Brasil como Estado Democrático de Direito, sendo que no inciso III é descrito a “dignidade da pessoa humana”, o que já se presume o quão importante é tal princípio e que a sua aplicação é necessária. Como comentado, a situação de diversas penitenciárias e presídios é precária, e em muitos casos é esquecido que as pessoas que lá estão cumprindo penas e/ou aguardando o julgamento de seu processo continuam fazendo jus a tais fundamentos constitucionais.

A deterioração das penitenciárias e presídios² brasileiros já não são novidades para a população brasileira. No começo de 2017, houve uma rebelião no presídio de

² Apenas por questão de informação, salienta-se que mesmo na prática ser tratados como sinônimos, presídios e penitenciárias possuem singularidades, nesta encontra-se privados da liberdade os réus que ainda estão respondendo processos criminais, e aquela, é o local em que são encaminhados os

Manaus/AM e em Alcaçuz/RN, em que houve cerca de 80 mortes de presos, local em que houve brigas entre facções dentro do próprio presídio. Diversas pessoas foram torturadas, decapitadas, espancados até a morte e feitos reféns, sendo diversos que estavam ali cumprindo pena e aguardando o fim de seu processo por crimes como roubo e furto (G1, 2017).

É evidente a situação precária de nossos presídios, os quais vêm se degradando cada ano mais, cada governo que se passa não dão o valor necessário para garantir a integridade e, principalmente, a dignidade das pessoas (sim, incrivelmente são pessoas que estão lá!) que estão cumprindo penas em tais estabelecimentos.

Ao fazer a introdução do princípio em comento, Sarlet (2015, p.93) é sucinto no que explica sobre as suas devidas aplicações:

O que importa ter presente, a esta altura, é que a função da dignidade como limite e tarefa guarda sintonia tanto com dimensão objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana, implicando um feixe de deveres de proteção estatais, abarcando medidas de natureza organizacional e procedimental, quanto, na dimensão subjetiva, o reconhecimento e garantia de um conjunto de direitos fundamentais de caráter defensivo (negativo) e prestacional (positivo).

No mesmo sentido, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016. p.77) leciona:

O dever de proteção dos direitos fundamentais compreende os **deveres constitucionais de legislar ou de expedir normas regulamentares**. Sem embargo, é assente, hoje, o papel do Estado de atuar positivamente, e não apenas negativamente, para proteger e promover direitos e objetivos fundamentais. O Estado ofende a Constituição não apenas quando “pratica excessos, intervindo de maneira exagerada ou indevida nas relações sociais, mas também quando deixa de agir em prol dos direitos fundamentais ou de outros bens jurídicos relevantes, ou quando o faz de modo insuficiente. Assim, a perspectiva contemporânea dos direitos fundamentais impõe limites não apenas ao excesso de restrição estatal, mas também em

apenados que vão ou já iniciaram o cumprimento da pena estipulada em sentença/acórdão já transitado em julgado.

face da omissão ou da ação insuficiente do Estado”. O Estado também deve proteger os titulares de direitos fundamentais diante de lesões e ameaças provindas de terceiros. (*grifo original*)

Ao fazer a referência de que “o Estado também deve proteger os titulares de direitos fundamentais diante das lesões e ameaças provindas de terceiros”, o autor evidencia o quão a atividade estatal em prol dos direitos das pessoas é importante e necessária para garantir um direito fundamental previsto no texto constitucional, o qual o próprio Estado criou e se fez obrigado a seguir suas normas legais.

1.1.2.1 Estado de Coisas Inconstitucional

O Estado de Coisas Inconstitucional existe quando há a presença de um quadro de violações de direitos e garantias fundamentais ocorrendo de forma constante e massiva, tomando origem após a omissão dos órgão públicos responsáveis que possuem a competência para assegurar tais direitos.

Nas palavras de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p.98):

O reconhecimento do ECI, do ponto de vista empírico, prova a grande distância que há entre prescrever a existência de direitos fundamentais em textos constitucionais solenes e o efetivo gozo desses direitos no plano da realidade social. Além disso, demonstra que a omissão estatal nada tem a ver com enunciados constitucionais específicos, e sim com as condições precárias de fruição desses direitos, em relação às quais o legislador, o administrador ou ambos nada fizeram ou fazem para remediar. Sem embargo, assumir essa premissa torna-se ainda mais relevante em países marcados por profunda desigualdade social, como Colômbia, Brasil e outros países latino-americanos. Com a declaração do ECI, a Corte procura aproximar a realidade social concreta das promessas de direitos “no papel” e acaba atuando como agente de transformação social.

Um dos pioneiros a declarar o Estado de Coisas Inconstitucional foi a Colômbia, sendo a Corte Constitucional do respectivo país responsável por tomar uma atitude perante a omissão das autoridades públicas quanto à dignidade humana das pessoas que cumpriam pena nas prisões colombianas. Conforme Campos discorre (2016, p.128):

A Corte Constitucional, em uma de suas decisões mais notórias, todavia, mais decepcionantes, declarou o ECI relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias brasileiras do país. A demanda, julgada na *Sentencia T – 153*, de 1998, envolvia o problema da superlotação carcerária e das condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de *Bogotá* e de *Bellavista de Medellín*. A corte, apoiada em dados e estudos empíricos, constatou que a situação de violação de direitos era generalizada na Colômbia, estando presente nas demais instituições carcerárias do país. Os juízes identificaram a existência de todos os elementos justificadores da declaração do ECI, enfatizando que, ante a superlotação e o império da violência no sistema carcerário, este não servia para ressocialização dos presos. (...).

Com base nos estudos realizados em cima da realidade do sistema carcerário colombiano, a Corte Constitucional decidiu declarar o Estado de Coisas Inconstitucional. Porém, para ser declarada tal medida de calamidade, deverá ser respeitados alguns pressupostos. Primeiramente, como salientado, há a necessidade de ser constatado um quadro de violação de direitos e garantias fundamentais, atingindo um grande número de pessoas³. O segundo pressuposto que deve ser analisado para declarar o Estado de Coisas Inconstitucional está na omissão do Estado na sua estrutura, prejudicando a coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais, gerando a chamada “violação sistemática dos direitos”, bem como a reiteração e o agravamento da realidade criada. E, por fim, é a criação de soluções, encaminhando propostas e ideias para os órgãos competentes para minimizar a situação caótica criada pela negligência do Poder Público.⁴

No caso da Corte Colombiana, Campos explica que (2016, p.129):

A Corte Constitucional identificou que o quadro de superlotação das penitenciárias colombianas implicava a violação massiva dos direitos à dignidade humana, à vida, à integridade física, à família, à saúde, enfim, a amplo conjunto de direitos fundamentais. A violação massiva,

³ Salienta-se que o direito que deverá ser analisado no caso em questão, é o direito objetivo, o qual deverá atingir uma parcela considerável de pessoas, nessa situação, os apenados.

⁴<https://fabiomarques2006.jusbrasil.com.br/artigos/296134766/o-que-se-entende-por-estado-de-coisas-inconstitucional>

pode-se dizer, estava dirigida à Constituição como um todo. Destacou a omissão permanente do Estado e da sociedade, verdadeira indiferença dos atores sociais e políticos ao que chamou de “tragédia diária dos cárceres”, de forma que o problema não era apenas de ordem pública, mas um grave problema social.

A ideia da Corte Constitucional em “tomar a frente” de uma situação que estava em níveis alarmantes é de suma sensibilidade, atribuindo aos órgãos competentes a responsabilidade pelo que estava ocorrendo. Nesse sentido, o supracitado autor descreve (2016, p.130):

A Corte acusou a absoluta ausência de políticas públicas para resolver ou, ao menos, minimizar a situação. Destacando a insensibilidade dos gestores públicos no tocante à população carcerária, os juízes concluíram estar o tema totalmente fora da agenda política, o que revelou o estado permanente de inércia legislativa, administrativa e orçamentária em face dos graves problemas sociais. Apesar de o quadro desvirtuar a finalidade do tratamento penitenciário e configurar grave violação aos tratados internacionais sobre a ressocialização de presos e o caráter especial das prisões preventivas, o Estado permanecia inerte e mesmo indiferente à situação.

O descaso quanto à situação que as pessoas que estavam cumprindo pena ou aguardando o trânsito em julgado de seu processo criminal era evidente e a Corte deixou claro em sua decisão quando descreveu *“De todo lo dicho hasta ahora cabe extraer la siguiente conclusión: el problema de las cárceles y de las condiciones de vida dentro de ellas no ocupa un lugar destacado dentro de la agenda política.”*⁵.

Porém, o que não foi analisado em um primeiro momento é que demandar ideias e propostas para órgãos públicos e diversos membros competentes que poderiam amenizar a situação não era o bastante, mesmo tais medidas serem de prática aplicabilidade, estas não se revelaram úteis para amenizar as adversidades das penitenciárias e presídios. Posteriormente, após ser verificado que, caso sejam aplicados unicamente as medidas e não houver o devido monitoramento, não vão

⁵ *Sentencia T – 153*, de 28 de abril de 1998.

surtir os efeitos desejáveis. Nesse sentido, Carlos Alexandre de Azevedo Campos discorre (2016, p.133):

Nas duas últimas decisões, a Corte determinou que a *Defensoria del Pueblo* crie um *grupo de monitoramento* do cumprimento das ordens estruturais, devendo informar com periodicidade semestral sobre a evolução, os acertos, erros e dificuldades da estratégia adotada pelos poderes públicos para a superação do ECI, bem como os impactos das medidas em relação aos direitos das pessoas encarceradas. O monitoramento é essencial para que, no fim, o papel da Corte seja mais do que chamar a atenção para o tema.

Conforme as palavras do autor, a demanda de medidas possíveis para amenizar os problemas do sistema carcerário não são o suficientes, sendo que o monitoramento das mesmas se faz totalmente necessário, só assim poderá ser garantido os direitos e garantias fundamentais, principalmente o que está sendo estudado: o direito à dignidade humana.

Trazendo o evidenciado ao caso prático do sistema carcerário brasileiro, analisando os efeitos aduzidos na Colômbia, é necessário fazer um levantamento do estado das penitenciárias brasileiras. Na prática, não é necessário fazer uma pesquisa aprofundada e minuciosa para chegar à conclusão de que a superlotação carcerária é o maior problema do cárcere do Brasil, porém, em razão deste estudo estar pautado em cima de teorias, citações, doutrinas e dados, no próximo item será angariado alguns dados sobre a população carcerária brasileira e um breve estudo sobre os aspectos jurisprudências brasileiros.

1.1.2.2 Análise de dados da superlotação dos presídios brasileiros

Primeiramente, importante salientar que os dados que serão aqui expostos são do ano de 2016, em razão de que o órgão competente para tal atualização o INFOPEN⁶ não disponibilizou em sua plataforma digital os dados referentes do ano de 2017.

⁶ Levantamento Nacional das Informações Penitenciárias.

O descaso para com os presídios brasileiros diante de suas situações diárias, conforme já salientado nos itens anteriores, é visível, e talvez o maior problema (não envolvendo a inércia pública) pelo sistema carcerário estar em colapso é a superlotação dos presídios e penitenciárias brasileiras.

Conforme relatório do INFOPEN, em junho de 2016 a população carcerária atingiu o equivalente a 726.712 pessoas privadas de liberdade no Brasil, conforme tabela disponibilizada pelo órgão citado, o déficit de vagas chegam a quase 200%, números extremamente altos.

O número de vagas disponibilizadas pelos órgãos carcerários cadastrados junto à INFOPEN é de 368.049, sendo que o número de pessoas presas é quase o dobro do que o disponibilizado, demonstrando o quão instável está a situação carcerária brasileira. Nesse sentido “a tabela 1 apresenta o panorama geral da população prisional brasileira registrada em 30/06/2016 em 1.422 unidades prisionais que participaram do levantamento” (LEVANTAMENTO NACIONAL DAS INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS, 2016, p. 8).

Figura 1: Dados gerais sobre a população carcerária brasileira.

Brasil - Junho de 2016	
População prisional	726.712
Sistema Penitenciário	689.510
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	36.765
Sistema Penitenciário Federal	437
Vagas	368.049
Déficit de vagas	358.663
Taxa de ocupação	197,4%
Taxa de aprisionamento	352,6

Fonte: Levantamento Nacional das Informações Penitenciárias (2016, p. 8)

Conforme os dados apresentados, o sistema carcerário brasileiro não suporta o alto índice de presos, deflagrando um problema já citado anteriormente: a violação do princípio da dignidade humana ao não cumprimento de preceitos fundamentais, garantindo uma qualidade de vida dentro dos presídios.

Prosseguindo, há a necessidade de fazer uma análise mais sucinta sobre o caso, trazendo o problema mais próximo de nossa realidade, será feito o levantamento de dados acerca da população carcerária do Rio Grande do Sul.

1.1.2.3 Dados da população carcerária gaúcha

Conforme dados do INFOPEN, a taxa de ocupação dos presídios e penitenciárias gaúchas é a terceira menor de todo o Brasil, chegando ao equivalente de 156,5%. Os dados apresentados demonstram que “O número de pessoas privadas de liberdade varia significativamente entre as diferentes unidades da Federação,

conforme gráfico 2. O estado de São Paulo concentra 33,1% de toda a população prisional do país, com 240.061 pessoas presas. O estado de Roraima apresenta a menor população prisional do país, com 2.339 pessoas privadas de liberdade, entre aquelas custodiadas em unidades do sistema prisional e aquelas que se encontram em carceragens de delegacias” (LEVANTAMENTO NACIONAL DAS INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS, 2016, p. 9).

Figura 2. Dados da população carcerária por estado do Brasil.

UF	População prisional	Taxa de aprisionamento	Vagas no sistema prisional	Taxa de ocupação	Total de presos sem condenação	% de presos sem condenação
AC	5.364	656,8	3.143	170,7%	1.989	37,1%
AL	6.957	207,1	2.845	244,5%	2.588	37,2%
AM	11.390	284,6	2.354	483,9%	7.337	64,4%
AP	2.680	342,6	1.388	193,1%	628	23,4%
BA	15.294	100,1	6.831	223,9%	8.901	58,2%
CE	34.566	385,6	11.179	309,2%	22.741	65,8%
DF	15.194	510,3	7.229	210,2%	3.651	24,0%
ES	19.413	488,5	13.417	144,7%	8.210	42,3%
GO	16.917	252,6	7.150	236,6%	6.828	40,4%
MA	8.835	127,0	5.293	166,9%	5.177	58,6%
MG	68.354	325,5	36.556	187,0%	39.536	57,8%
MS	18.688	696,7	7.731	241,7%	6.058	32,4%
MT	10.362	313,5	6.369	162,7%	5.436	52,5%
PA	14.212	171,8	8.489	167,4%	6.860	48,3%
PB	11.377	284,5	5.241	217,1%	4.798	42,2%
PE	34.556	367,2	11.495	300,6%	17.560	50,8%
PI	4.032	125,6	2.363	170,6%	2.217	55,0%
PR	51.700	459,9	18.365	281,5%	14.699	28,4%
RJ	50.219	301,9	28.443	176,6%	20.141	40,1%
RN	8.809	253,5	4.265	206,5%	2.969	33,7%
RO	10.832	606,1	4.969	218,0%	1.879	17,3%
RR	2.339	454,9	1.198	195,2%	1.033	44,2%
RS	33.868	300,1	21.642	156,5%	12.777	37,7%
SC	21.472	310,7	13.870	154,8%	7.627	35,5%
SE	5.316	234,6	2.251	236,2%	3.461	65,1%
SP	240.061	536,5	131.159	183,0%	75.862	31,6%
TO	3.468	226,2	1.982	175,0%	1.368	39,4%
União	437	-	832	52,5%	119	27,2%
Total	726.712	352,6	368.049	197,4%	292.450	40,2%

Fonte: Levantamento Nacional das Informações Penitenciárias (2016, p. 8)

É notável que a situação - mesmo mais amena do que dos outros estados - do sistema carcerário gaúcho é deplorável em razão da circunstância da superlotação das cadeias.

Outro gráfico interessante desenvolvido pela INFOPEN, é o que deixa taxada a distribuição percentual de vagas por tipo de regime ou natureza da prisão por unidade de federação:

Figura 3. Dados relativos a distribuição de vagas.

UF	Presos sem condenação	Regime fechado	Regime semiaberto	Regime aberto	Medida de segurança	Outros
AC	12%	67%	21%	0%	0%	0%
AL	23%	74%	0%	0%	4%	0%
AM	77%	7%	15%	1%	1%	0%
AP	29%	36%	29%	0%	2%	4%
BA	49%	29%	20%	0%	1%	0%
CE	72%	18%	7%	1%	1%	0%
DF	24%	45%	30%	0%	2%	0%
ES	36%	45%	18%	0%	1%	0%
GO	38%	43%	13%	5%	1%	0%
MA	33%	25%	15%	3%	0%	24%
MG	42%	35%	19%	4%	1%	0%
MS	8%	49%	30%	11%	0%	2%
MT	40%	59%	1%	0%	0%	0%
PA	22%	62%	16%	0%	0%	0%
PB	26%	45%	19%	8%	2%	0%
PE	52%	32%	12%	0%	3%	0%
PI	31%	50%	16%	3%	0%	0%
PR	24%	61%	14%	0%	2%	0%
RJ	37%	37%	24%	1%	1%	0%
RN	37%	44%	11%	7%	1%	0%
RO	26%	47%	17%	3%	0%	6%
RR	5%	3%	82%	10%	0%	0%
RS	17%	57%	20%	5%	0%	0%
SC	44%	35%	18%	1%	1%	0%
SE	73%	27%	0%	0%	0%	0%
SP	26%	55%	18%	0%	1%	0%
TO	59%	25%	16%	0%	0%	0%
Total	32%	47%	18%	2%	1%	1%

Fonte: Levantamento Nacional das Informações Penitenciárias (2016, p. 22)

No gráfico em comento, é evidente o total descaso das autoridades das autoridades com a possibilidade de diminuir a superlotação carcerária, principalmente na pequena demanda por aplicação de medidas alternativas da prisão, como outras

medidas cautelares possíveis de aplicação, tanto para pessoas que estão cumprindo pena, ou para réus de processo que ainda tramitam sob o controle do Poder Judiciário.

Mesmo não havendo a necessidade de expor gráficos com números demonstrando o enorme problema que está passando o sistema carcerário brasileiro, pois apenas abrindo qualquer mídia ou meio de comunicação já é possível tomar ciência da verdadeira situação que estão notificando. Ao trazer números e dados, aumenta consideravelmente as chances de analisar a “teoria aplicada na prática”.

Há diversas possibilidades possíveis para serem aplicadas ao ordenamento carcerário sem infringir nenhuma lei para, ao menos, amenizar a atual situação já demonstrada, sendo uma delas – se não a mais simples, prática e assegurada juridicamente – a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, principalmente, tema que será tratado no próximo capítulo.

2 AS PRISÕES CAUTELARES COMO *ULTIMA RATIO*

Atualmente, o alto índice de presos nas penitenciárias e presídios brasileiros, causam diversos obstáculos para chegar ao sistema carcerário ideal que, corretamente, deveria ter o intuito de ser voltado a pedagogia disciplinar, e ao que percebemos em diversos (praticamente todos) estabelecimentos penais é que o norte é canalizado a penalização corporal.

É evidente que tal incidente no sistema carcerário brasileiro é fruto de uma alta demanda de presos preventivos por processos que não transitaram em julgado.

Porém, diversos magistrados que decretam prisões preventivas com base em simples indícios que muitas vezes não são o suficiente para sua decretação, não levam em conta que há diversas medidas que podem ser utilizadas no lugar das prisões cautelares, e que, podem ser a solução para reduzir e/ou acabar com os problemas presentes no sistema carcerário brasileiro.

Feitas essas primeiras colocações, esclarece-se que o presente capítulo tem por objetivo analisar a real necessidade das prisões cautelares, verificando a possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares que podem ser aplicadas para reduzir o alto índice de presos e segregados.

2.1 Conceitos e os fins da prisão preventiva

Nas palavras de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p.579) “é a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual”.

Conforme conceito supracitado acerca da prisão preventiva, se vê que tal medida é uma eficiente ferramenta para ser utilizada durante a fase de investigação e instrução do processo, e que conforme artigo 312, do Código de Processo Penal, a prisão cautelar em comento pode ser decretada como forma de garantia de ordem

pública, de ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A decretação da prisão preventiva, em inúmeros casos, é cenário de desavenças, uma vez que diversos meios da sociedade tem embaraços em assimilar sua natureza processual e cautelar, confundindo-a com a prisão restritiva de liberdade (prisão pena), o que é inviável, tendo em vista os princípios fundamentais que orientam o processo penal.

A Constituição Federal de 1988 prevê como garantia constitucional fundamental a presunção de inocência, conforme se depreende da leitura do inciso LVII, do artigo 5º: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Logo, o tratamento a ser dispensado, como regra, ao investigado ou acusado deve ser de acordo com essa garantia constitucional, de modo que a decretação da prisão preventiva não pode ser a regra.

A prisão preventiva, atualmente, possui caráter subsidiário, sendo considerada *ultima ratio* na aplicação de medidas cautelares. Em diversos casos em que é aplicada a prisão preventiva como medida cautelar, não é analisado no conjunto probatório carreado até tal momento processual à palavra do ofendido, fato que demonstraria a total desnecessidade de diversas decisões decretando prisões preventivas.

Nesse sentido, é o entendimento de Nucci (2011, p. 62):

[...] figurando como pessoa ofendida pelo crime, nada mais justo que poder indicar ao juiz a medida cautelar consistente na prisão preventiva. Ninguém melhor que a vítima para saber se réu, em liberdade, pode causar-lhe transtornos. Não se quer dizer que a palavra do ofendido é absoluta, devendo sempre ser levada em conta pelo magistrado; porém, cercear a sua atividade, na busca da restrição à liberdade não era correto.

Para ser decretada a prisão preventiva, devem ser analisados os pressupostos desta, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Dois requisitos que na fase investigatória, mais precisamente no momento em que o juiz competente analisa os

fatos trazidos junto ao Boletim de Ocorrência, tais evidências quanto aos requisitos acima descritos devem estar extremamente evidentes.

O *fumus comissi delicti*, é um dos requisitos principais para ser decretada a prisão preventiva, pois neste deve estar presentes os indícios de que ocorreu um crime disposto no Código Penal Brasileiro, e também se há vestígios de autoria no ato praticado. Porém, pelo fato da prisão preventiva ser considerada a *ultima ratio* das medidas cautelares dispostas no Código de Processo Penal, deve ser entendido que o *fumus comissi delicti* não é suficiente para decretar tal medida, vez que há “casos e casos”, pois um crime de menor escala, como por exemplo o furto simples, mesmo que presente a materialidade e a autoria do fato, não pode ser motivo e argumento para privá-lo da liberdade. Aí vem a necessidade de ser analisado outro elemento essencial, o *periculum libertatis*.

Como já mencionado anteriormente, o *periculum libertatis* é utilizado como um dos requisitos para decretar a prisão preventiva junto ao *fumus comissi delicti*, tal requisito é dado ao juízo para argumentar sobre a subjetividade do agente, prendendo preventivamente este se trazer consigo risco a garantia de ordem pública, a ordem econômica, ou por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal (quando houver materialidade e autoria do crime, mesmo que em evidências). Conforme leciona Lopes Jr. (2012, p.780) “em primeiro lugar, o *periculum* não é requisito das medidas cautelares, mas sim o seu fundamento”.

O *periculum* é abrangido através do risco que o agente traz consigo se estiver em liberdade. Assim, descreve Lopes Jr. (2012, p.780):

Aqui o fato determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado, ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à conduta da prova). O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto. O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo

(perigo de fuga, destruição de prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.

Percebe-se que, atualmente, a decretação de tal medida está causando um enorme abalo na ordem carcerária brasileira, sendo que muitas vezes é decretada sem fundamentos legais suficientes, ao contrário de como deveria ser. No mesmo sentido, leciona Lopes Jr.(2010, p.191):

Para tanto, é necessário que o pedido venha acompanhado de um mínimo de provas – mas suficientes – para demonstrar a autoria e a materialidade do delito e que a decisão judicial seja fundamentada. Infelizmente, a famigerada praxis está eivada de mandados de prisão amparados em decisões formularias e sem a menor fundamentação. Proliferam decisões do estilo: “homologo o flagrante, eis que formalmente perfeito. Decreto a prisão preventiva para garantia de ordem pública (ou conveniência da instrução criminal).” Decisões (se é que assim podem ser chamadas) desse nível se repetem com uma frequência espantosa (ou apavorante). A nosso juízo, sequer deve-se falar em “falta de fundamentação”, senão em “inexistência de decisão”, pois isso é um ato inexistente, não possuindo o suporte fático e legal mínimo para ingressar no mundo jurídico. O que foi feito não existe e, pois, não pode ter defeito, deve ser feito!

Antes de a prisão preventiva ser decretada, é importante a análise minuciosa de dois elementos básicos já conceituados, que a doutrina chama de *periculum libertatis* e *fumus commissi delicti*. Nesses termos, posiciona-se Lopes Jr. (2003, p.787):

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Conforme explícito nas doutrinas, e também na leitura do *caput* do artigo 312, do CPP, percebe-se que para a prisão preventiva ser decretada contra o agente suspeito de um crime, deverá ter uma base fundamentadora que traz consigo um mínimo de provas de que o suspeito tenha transgredido normas penais. Porém, antes de analisar tais quesitos para decretar a prisão preventiva, deverão ser buscados nas

normas constitucionais os direitos e garantias do agente, vez que dentre tais normas, o suspeito tem o princípio da presunção de inocência em seu favor, princípio que garante a este que não será decretada a prisão preventiva sem ser analisada a autoria e materialidade do fato.

A análise dos princípios não é feita corretamente na decretação das penas preventivas, pois o ciclo correto que deveria ser feito (investigar/analisar/concluir/prender) antes de tomar uma atitude que fere a liberdade de uma pessoa não é obedecido. Nesse sentido, é o entendimento de Lopes Jr. (2010, p.197):

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

Como é perceptível no decorrer do procedimento investigatório, o princípio do contraditório não é respeitado, e muito menos garantido ao agente suspeito, vez que este não tem a capacidade para praticar a ampla defesa.

Nesse sentido, são as palavras de Lopes Jr. (2010, p.194):

Ainda que seja um ilustre desconhecido do sistema brasileiro, o contraditório seria muito importante e perfeitamente compatível com a medida. Bastaria que o detido fosse desde logo conduzido ao juiz que determinou a prisão, para que, após ouvi-lo (interrogatório), devida fundamentadamente se mantêm ou não a prisão cautelar. Através de um ato simples como esse, o contraditório realmente teria sua eficácia de “direito à audiência” e, provavelmente, evitaria muitas prisões cautelares injustas e desnecessárias. Ou ainda, mesmo que a prisão se efetivasse, haveria um mínimo de humanidade no tratamento dispensado ao detido, na medida em que, ao menos, teria sido “ouvido pelo juiz”. Para os “operadores” do Direito já imunizados pela insensibilidade, isso pode não representar muito, mas com certeza, para quem está sofrendo a medida, é um ato de maior relevância.

O momento do interrogatório é de suma importância, pois é um primeiro momento em que o réu (mesmo se não estar sendo processado, mas que toda e

qualquer pessoa que tem o mínimo de conhecimento acerca de procedimentos investigatórios e pré-processuais já sabe que o agente, neste caso, é considerado pela sociedade réu de um processo) pode fazer o uso da palavra para se defender de acusações primárias, sendo que neste momento o juiz competente teria a possibilidade de ouvir todas as partes e testemunhas que estariam com o fato “limpo” na memória e poderiam contribuir significativamente com o andar do processo que será instaurado.

Para Lopes Jr.(2010, p.206):

Após ser ouvido e ser produzida essa prova, não há mais motivo para a segregação, até porque o suspeito não poderá - substancialmente – alterar mais nada. Mantê-lo preso representa apenas constrangimento e cerceamento de defesa, pois o detido tem suas possibilidades de defesa reduzidas ao extremo, inclusive permitindo que a acusação e a vítima possam – esses sim - manipular a prova. Ou por acaso o acusador pública ou privado está imune a esse tipo de tentação? No sistema acusatório, o contraditório é essencial, e o combate livre e aberto, em igualdade de armas, cai por terra com o acusado preso. Sem falar que a prisão cautelar conduz a uma verdadeira “presunção de culpabilidade” extremamente prejudicial para o processo.

O questionamento acerca de uma problematização das prisões preventivas envolvendo a superlotação de penitenciárias e estabelecimentos penais é que não há razão para manter um suposto agente preventivamente preso, se o crime que supostamente cometeu não o levará ao regime fechado. Se o condenado ficará solto após a sentença/acórdão, qual o motivo para manter este segregado?

Nucci (2011, p. 20), questiona:

[...] é fundamental considerar que a ideia geral, hoje, especialmente em Direito Penal, é a *desprisionalização*, ou seja, retirar a força das penas privativas de liberdade, substituindo-as por penas alternativas [...]. Se a quase unanimidade dos juristas apoia a nova meta do direito material, qual e o sentido de se defender o encarceramento precoce, justamente de quem ainda é acusado, logo, inocente até a sentença condenatória definitiva?

Manter um suposto agente que cometeu um suposto crime segregado, e utilizar como argumento a conveniência da instrução criminal, por exemplo, é totalmente

inapto, uma vez que o processo poderá correr mesmo sem a presença do réu em juízo, pois pode ser uma estratégia da defesa manter o réu revel, e esta, está totalmente amparada pelo Princípio da Ampla Defesa.

Acerca da aplicação da prisão preventiva, muitas vezes é decretada com base não nos argumentos necessários, mas sim no clamor público, atendendo a urgência imposta pela sociedade. Nas palavras de Lopes Jr. (2010, p.199):

A adequação informa que a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins. Logo, se houver alguma outra medida (inclusive de natureza cautelar real) que se apresente igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como *ultima ratio* do sistema.

Também, aponta Odone Sanguiné (2003, p.114):

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

Desta forma, é perceptível que a prisão preventiva em diversos casos está sendo decretada sem ser analisada os fundamentos e requisitos necessários, vez que esta está influenciando diretamente na situação carcerária brasileira, gerando diversos incidentes nos princípios e nas garantias constitucionais dos presos e apenados.

2.2 As medidas cautelares adversas da prisão preventiva como (possível) forma de solução dos problemas carcerários atuais

Originalmente as prisões foram criadas como alternativas mais humanas aos castigos corporais e à pena de morte. Já, num segundo momento, estas deveriam

atender as necessidades sociais de punição e proteção enquanto promovessem a reeducação dos infratores. Mas sabemos que tem sido utilizada para servir a propósitos muito diferentes daqueles originalmente visados.

Atualmente, as medidas cautelares têm um propósito muito interessante, pois são métodos de garantir que o indiciado mantenha-se presente no decorrer do processo, sem a necessidade de decretar uma medida tão drástica, como a prisão preventiva.

Esclarece Lopes Jr (2010, p.199) que:

A adequação informa que a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins. Logo, se houver alguma outra medida (inclusive de natureza cautelar real) que se apresente igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como *ultima ratio* do sistema.

As medidas cautelares presentes no ordenamento jurídico brasileiro possuem três características distintas mas com propósitos extremamente semelhantes, são elas: a aplicação da lei penal; assegurar a investigação ou a instrução criminal, pois visa proteger a investigação ou o processo contra a atuação do acusado, que pode buscar prejudicar a veracidade das provas. E a terceira finalidade é neutralizar o risco de prática de infrações penais. Este requisito é chamado de garantia da ordem pública, sendo que o que se busca é evitar a reiteração criminosa. A provável continuação da prática delitiva justifica a decretação da medida cautelar em face do acusado, quando demonstrada concretamente.

Mas como toda medida a ser tomada, deve-se seguir requisitos (artigo 282, I e II, Código de Processo Penal) para sua aplicação: necessidade e adequação. Portanto, há a 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. E a medida deve ser adequada à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

As medidas cautelares estão elencadas nos artigos 317 e 319 do Código de Processo Penal. A maioria delas já estavam previstas em algumas das diversas leis de nosso ordenamento jurídico. O aspecto inovador consiste em agrupá-las e utilizá-las como medidas cautelares processuais prévias a prisão.

São conceituadas como um instrumento restritivo de liberdade, com caráter urgente e provisório, sendo diversas da prisão, durante a persecução penal, como forma de controle e acompanhamento do acusado, desde que, como já dito, necessária e adequada a cada caso concreto.

As medidas cautelares gozam de quatro principais características: provisoriedade, revogabilidade, substitutividade e excepcionalidade. Estão taxadas na legislação infraconstitucional nove medidas cautelares diversas da prisão, sendo essas elencadas no artigo 319, CPP.

O comparecimento em juízo é uma das primeiras medidas elencadas no artigo supracitado, sendo esta decretada no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar as atividades é uma medida interessante, em razão desta garantir que o réu se faça presente em juízo, durante um determinado tempo. A Lei 12.403/2011 trouxe essas disposições para os crimes com pena máxima cominada de até 4 anos e pode ser aplicada em qualquer fase da persecução.

As lições de Nucci (2011, p. 82) são pertinentes quando afirma que:

Aufere, agora, o *status* de medida cautelar, significando uma restrição à liberdade a ser imposta, com cautela, para crimes compatíveis com tal necessidade. Parece-nos medida ideal para os agentes de delitos patrimoniais, mormente os mais graves, quando se perceber quando o autor não tem emprego certo ou residência fixa. O acompanhamento da sua vida, durante o inquérito ou processo, constitui medida positiva. Afinal, se não cumprir ou se apresentar conduta incompatível com as atividades esperadas de quem responde a processo-crime, pode ser preso preventivamente.

Nesse sentido, a medida cautelar conceituada e interpretada acima demonstra utilidade no momento em que a situação fática do processo traz consigo a

necessidade de manter o agente “próximo” ao processo, “próximo” a comarca competente para que seja prevenido de uma possível esquiva do processo⁷.

Continuando, há a proibição de frequência ou acesso a determinados lugares, que é aplicada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações. A finalidade desta medida tem como foco tanto privar o indivíduo de atividades que tenham relação com o crime do qual é acusado como poupar a sociedade de sua iminente e nova incidência. É uma medida genérica, podendo ser aplicada a qualquer delito, ou mesmo cumulada a outra medida. A linha geral da medida se concentra na possibilidade de evitar acirramento de ânimos entre as pessoas nos locais em que deva ser proibido o acesso ou frequência.

Tal medida supracitada não teve a eficácia necessária quando aplicada como pena autônoma, em razão da fraca fiscalização. Neste sentido Nucci (2011, p. 83) diz que:

Outra não foi a conclusão extraída das diversas sentenças condenatórias, proferidas nos últimos anos: a proibição de frequentar lugares, como pena autônoma, foi raramente aplicada. O motivo sempre foi óbvio, pois implicava ineficácia e excessiva benevolência. Nunca houve a devida fiscalização e jamais se conseguiu afirmar como *sanção penal*, levando-se em conta o seu caráter retributivo e preventivo.

Como salientado pelo autor, a mesma possui caráter retributivo e preventivo, e em razão de tal prevenção, esta traz consigo enorme utilidade quando aplicada como medida cautelar. No mesmo sentido, continua Nucci (2011, p.83):

Porém, como medida cautelar, é possível que tenha maior eficiência. Buscar-se-á, com a sua imposição, evitar o cometimento de novos

⁷ Importante salientar que uma possível “esquiva” do processo possa ser estratégia da defesa e dos interesses do agente que esteja sendo processado criminalmente, nesse sentido, o citado acima vale, principalmente, para uma possível garantia para a execução da pena, ou também, para uma garantia dos direitos do réu, mantendo este próximo ao processo, garantindo o direito do contraditório e ampla defesa.

crimes, contornando-se os conflitos tipicamente existentes em certos locais, como botequins e demais lugares onde se serve bebida alcoólica sem controle algum. Serve para autores de crimes agressivos (lesão corporal, rixas, etc.). Ou, sob outro prisma, para quem estiver envolvido com prostituição, focando os locais onde tal prática é realizada, comumente.

A sua utilidade como medida cautelar, como bem interpretado pelo autor, é de enorme importância, pois mesmo não havendo a fiscalização necessária, a simples aplicação e imposição desta já faz com que haja uma certa cautela dos agentes no momento em que pensarem em ingressar em lugares que estão proibidos de permanecer.

A proibição de manter contato com pessoa determinada é aplicada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o investigado ou acusado dela permanecer distante. A medida em questão visa proibir que o acusado mantenha contato com determinada pessoa (não necessariamente a vítima) quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva permanecer distante dela.

A medida em apreço é de enorme importância, vez que traz consigo a garantia e proteção, não necessariamente para a vítima do processo, mas também a pessoas relacionadas a esta.

Continua esclarecendo Nucci (2011, p. 83) que:

Surge, agora, em caráter geral, no Código de Processo Penal, abrangendo várias situações, em particular, focando-se nos crimes em que autor e vítima se conhecem, motivo pelo qual podem continuar seus conflitos, após o início da investigação ou do processo. É medida válida para tentativa de homicídio, lesão corporal, delitos contra a honra, crimes contra a dignidade sexual, dentre outros similares.

Sua aplicação em crimes como os citados pelo autor acima é de grande relevância, pois em diversos casos previnem tanto o bem estar da pessoa (vítima ou pessoa relacionada com esta ou que possua grau de importância para o processo) quanto para o bom andamento do processo criminal.

A proibição de ausentar-se da Comarca é utilizada pelos magistrados competentes quando a permanência do agente se faz necessária, seja conveniência ou pela necessidade para o bom transcorrer da investigação ou instrução criminal.

Nesta medida, a liberdade de ir e vir do indiciado ou acusado fica mais comprometida. A sua fiscalização se dá porque se cumula com o comparecimento em juízo, de forma que, não estando mais na comarca, dificilmente voltará apenas para assinar a presença em juízo. O comparecimento em juízo causa esta presunção de permanência da comarca, sendo de difícil efetividade a fiscalização por outro meio. Conforme discorre Nucci (2011, p. 84):

Não é fácil apontar a sua relevância como medida processual, durante a instrução (ou mesmo durante a investigação), exceto em alguns casos, onde for necessário promover o reconhecimento de pessoa ou a acareação. No mais, o réu tem *direito* de acompanhar a instrução do feito – e não a obrigação. Logo, pode afastar-se quando bem entender, desde que tal atitude não signifique fuga.

Como já referido anteriormente, o agente que está sendo processado criminalmente, cumulativamente com seu defensor signatário, pode possuir como estratégia permanecer no decorrer de seu processo como revel, sendo que este “*tem o direito de acompanhar a instrução do feito – e não a obrigação*”. Desta forma, tal medida possui caráter peculiar quanto as outras taxadas, sendo que a mesma, para ter uma devida relevância no caso concreto, deveria ser aplicada cumulativamente com outra medida cautelar com caráter mais adequado a situação fática.

Outra medida cautelar diversa da prisão preventiva é o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalhos fixos. Esta figura assemelhasse ao regime aberto na modalidade de prisão-albergue e/ou domiciliar. Neste caso, o condenado deve recolher-se à sua casa todos os dias, no período noturno, bem como nos fins de semana e dia de folga.

Acerca da medida em comento, Nucci (2011, p. 84), discorre que “pode ser que, como medida processual, obtenha mais sucesso do que como pena, afinal, se

descumprida, pode acarretar prisão preventiva, um justo temos de quem ainda nem mesmo é condenado.”

Trata-se de uma medida cautelar que, em uma interpretação extensiva, além do *fumus comissi delicti e periculum libertatis*, pressupõe apenas dois requisitos básicos: a residência fixa; e a atividade laboral fixa. Contudo, não se pode deixar de citar que alguns magistrados não deferem a medida *in tela* em razão do agente que está sendo processado criminalmente exercer atividade laboral à noite, porém, deve-se procurar a mais pura interpretação da norma taxada constitucionalmente e infraconstitucionalmente de modo que se a finalidade da medida cautelar em comento é assegurar a permanência da pessoa em sua residência no período em que não está laborando, não dependendo do horário da sua jornada de trabalho.

Seguindo, há a 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, sendo esta uma medida cautelar muito subjetiva. Em tal medida cautelar, a liberdade de ir e vir ficam preservados sendo, imposta restrição de direitos. São preferencialmente aplicadas quando o crime tem relação com a atividade profissional (ex: prevaricação, peculato, concussão, corrupção etc.).

No entendimento de Nucci (2011, p. 85):

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. Como já mencionamos, uma das razões para a decretação da prisão cautelar, nesse cenário, é a persistência do réu na continuidade dos negócios escusos. Assim, a sua suspensão do exercício da atividade pode ser suficiente para aguardar o desenvolvimento do processo.

Conforme o explícito, em casos de crimes contra a administração pública, a simples suspensão do agente do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira já basta para frustrar uma possível retomada das atitudes ilícitas do acautelado.

A internação provisória do acusado é utilizada nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem que o denunciado é inimputável ou semi-imputável (artigo 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração. No nosso sistema jurídico as medidas de segurança aplicáveis aos inimputáveis não são consideradas penal e, em razão disto a internação não se equipara à prisão, não podendo ser tida como antecipação de pena por sua própria natureza, que é de tratamento e não de restrição de liberdade, e deve realizar-se em locais apropriados, separados do cárcere comum. Nas palavras de Nucci (2011, p. 85):

Supre-se, finalmente, a lacuna existente, até hoje, em relação à prisão provisória de doentes mentais e perturbados. A medida de segurança provisória foi extinta, com o advento da Lei de Execução Penal. A única possibilidade de se manter seguro o enfermo mental, que tenha cometido fato criminoso grave, era pela decretação da prisão preventiva. Porém, quando esta era concretizada, o sujeito costumava ser mantido no mesmo cárcere, sem a devida transferência para um hospital ou casa de custódia e tratamento.

Conforme se verifica no citado, decretar a prisão preventiva para o enfermo mental e mantê-lo junto a outros presos (tanto preventivos quanto com os agentes que já estão cumprindo pena) deve ser considerado um total retrocesso quanto as suas garantias em razão de que o tratamento é e deve ser totalmente diferentes dos presos que não possuem tal enfermidade.

Nucci (2011, p. 85) descreve que “agora, substituindo-se a prisão preventiva, adota-se a denominada *internação provisória*, que deve realizar-se em locais apropriados, separados do cárcere comum”. É evidente que a internação provisória é um meio pelo qual está sendo possível garantir o direito de um agente que não possui as mesmas capacidades cognitivas que os outros agentes possuem.

Para ser aplicada tal medida o laudo pericial médico é necessário, porém, a demora em confeccionar tal laudo pode prejudicar tanto o agente quanto o andamento do processo. Há orientações doutrinárias que dizem que, em situações específicas, não há a necessidade de um laudo completo, sendo que o magistrado deverá fazer o uso da analogia no caso em questão, conforme entendimento de Nucci (2011, p. 85):

Apesar de se exigir a conclusão pericial de inimputabilidade ou semi-imputabilidade para a adoção da medida, conforme o caso, deve o juiz valer-se de seu poder geral de cautela, determinando a internação provisória, antes mesmo do laudo ficar pronto, pois é incabível manter-se em cárcere comum o doente mental, que exiba nítidos sinais de sua enfermidade. Sendo necessário, pode-se colher um parecer médico prévio ou fiar-se em documentos emitidos por médico particular para se chegar a tal medida, em caráter urgente.

Conforme salientado, ao fazer o uso da analogia, o juiz competente poderá analisar a situação do caso concreto, interpretando a lei de uma forma mais nítida a situação fática apresentada nos autos de um processo criminal.

Outra medida cautelar presente na legislação infraconstitucional é a fiança, sendo que os magistrados competentes fazem o uso nas infrações que a admitem taxativamente, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial. A fiança é o direito de permanecer livre, promovendo a respectiva implementação financeira e, desde que assumidas as obrigações impostas nos artigos 327, 328 e 341 do Código de Processo Penal. Observa Nucci (2011, p. 85, grifo do autor) que “*A fiança é uma garantia real, consistente no pagamento determinado valor em dinheiro ou na entrega de bens ao Estado, com o fim de assegurar o direito de permanecer em liberdade, no curso da investigação criminal.*”

O monitoramento eletrônico como medida cautelar, de baixar o alto índice de presos nos estabelecimentos penais e presídios e a reduzir custos, sem descuido da segurança social e da redução de custos. Pode ser feita tanto de forma ativa, que é colocado junto ao indivíduo monitorado um aparelho transmissor ligado a um computador central, quanto de forma passiva, que é um computador programado para efetuar chamadas telefônicas para determinado local, procedendo à conferência eletrônica do reconhecimento da voz e emitindo um relatório das ocorrências.

Como regra, as medidas cautelares devem ser impostas pelo juiz após intimação da parte contrária, a qual receberá cópia do requerimento, bem como das demais peças necessárias que lastreiam o pedido de imposição da medida.

Para fins de decretação da medida cautelar alternativa à prisão, há alguns pressupostos a serem respeitados, por exemplo, o juiz pode deferi-la de ofício ou a requerimento das partes, durante o processo; o juiz pode decretá-la, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público, na fase de investigação criminal, em obediência ao sistema acusatório, que prima pelo respeito à imparcialidade do juiz.

As medidas cautelares têm aplicação semelhante à da prisão de natureza cautelar, demandando para sua validade, a observância do binômio necessidade-adequação, fundamentação idônea, estrita observância das previsões legais atinentes à matéria e as demais situações exigidas para que tenha vez à restrição do direito.

Ademais, não se podem utilizar as medidas cautelares como meio diverso para alcançar outros fins, como por exemplo, uma possível execução antecipada da pena, se não àqueles voltados necessariamente para a natureza cautelar do instituto, sob pena de violação aos princípios em estudo.

Para se assegurar o processo, sem que se tenha o trânsito em julgado da condenação e, por consequência, a formação da culpa, é preciso obedecer ao regramento atinente, analisando-se os requisitos e aplicados os fundamentos. Porém, antes mesmo de tudo isso, é necessário partir de uma análise principiológica (constitucional) em que não se possa obedecer às regras processuais em detrimento das regras constitucionais.

Em outras palavras, é possível a aplicação da prisão preventiva ou mesmo das medidas cautelares diversas da prisão, contudo, é preciso respeitar em primeiro lugar a presunção de não culpabilidade, a razoabilidade e a proporcionalidade, a orientarem a adequada e necessária cautelaridade processual. Sem no entanto, esquecer que intrínseco a esses está a dignidade humana, alicerce da Constituição Federal, e sob a qual se consubstanciam as garantias constitucionais.

CONCLUSÃO

Ao chegar no término dessa pesquisa sobre os princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência, é possível afirmar que tais princípios estão taxados constitucionalmente, e devem ser tratados como direitos fundamentais ao cidadão brasileiro.

Conclui-se também que a atual situação do cárcere brasileiro é de extrema degradação, como foi possível analisar ao fazer o devido levantamento dos dados dos presídios e penitenciárias brasileiras, desta forma, muitas vezes os direitos dos presos e réus de processos que estão sob aplicação da medida cautelar da prisão preventiva não são levados em consideração, o que é uma prática totalmente inconstitucional. Por exemplo no caso do preso preventivo, este que possui um direito fundamental garantido em um dos artigos mais relevantes de todo o ordenamento jurídico brasileiro, dentre outros, o de possuir um local diferente para permanecer durante o transcorrer do processo criminal, porém, como é observado em diversas – se não todas – as penitenciárias e presídios brasileiros são colocados juntos a presos que já estão cumprindo a execução de suas sanções.

A medidas cautelares diversas da prisão preventiva trazem consigo uma possível solução, não integralmente, mas que poderia solucionar parte dos problemas do sistema carcerário brasileiro, pois a sua devida aplicação reduziria consideravelmente o índice de presos preventivos e provisórios nas penitenciárias, o que garantia uma devida aplicação ao princípio da dignidade humana, não transgredindo um princípio de suma importância como o estudado.

No mesmo sentido, é possível perceber que atualmente o princípio da presunção de inocência não é interpretado da forma que deveria, demonstrando um total descaso para com o agente que está sendo processado criminalmente. Prender o réu preventivamente sem fazer a minuciosa análise das provas de autoria e materialidade e o *periculum libertati* vai totalmente contra o princípio citado, a interpretação do caso concreto para tomar uma decisão extremamente repressiva como a em comento deverá ser complexadamente examinada, pois está sendo tratado algo que o direito natural nos garantiu nos primórdios da sociedade: a liberdade.

Por fim, chega-se à conclusão de que há diversas soluções e possibilidades para findar, integralmente ou parte, do problema que a superlotação carcerária traz consigo no sistema prisional brasileiro. Tal solução pode ser abraçada pelos magistrados em um ato de interpretação da lei, analisando cada caso subjetivamente, não generalizando todas as situações.

Há direitos taxados na Constituição Federal de 1988 e nas legislações extravagantes que devem ser considerados e garantidos, não há de se falar em outra possibilidade. Os princípios estudados quando bem aplicados concomitantemente com as leis constitucionais e infraconstitucionais garantem um devido processo legal, declarando o réu apenas culpado quando realmente dever ser considerado culpado.

A partir destas constatações, é notório que os direitos e garantias do indivíduo devem ser tratadas com a mesma grandeza que tiveram quando foram promulgadas, da mesma forma, após a devida aplicação, muitos outros problemas podem ser extintos, basta uma devida interpretação da lei juntamente com a analogia aplicada aos princípios e ao caso em concreto simultaneamente com a situação fática subjetiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

_____. **Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> . Acesso em: 24 de out. de 2018.

_____. **Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011**. Dispõe sobre as medidas cautelares presentes no Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 24 de out. de 2018.

_____. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. **O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**. 1 ed. Editora Juspodvm: Salvador, 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 25 mai. 2017

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. In: Revista do advogado, São Paulo, n. 42, p. 30-34, abr. 1994.

G1. **Rebelião em presídio chega ao fim com 56 mortes, diz governo do AM**. Disponível em: <<https://glo.bo/2iv2sgR>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**; 1.v. 5 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**; 1.v. 4 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**; 1.v.– Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Sistema integrado de informações penitenciárias – InfoPen**. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. acesso em: 24 nov. 2018.

MORAES, Alexandre. **Direitos Fundamentais. Teoria Geral**. São Paulo: Atlas, 2007

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: as reformas processuais introduzidas pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, 2º tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2018.

_____. Organização das Nações Unidas. **Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2018.

SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. Revista de estudos criminais, Porto Alegre: nota Dez, nº 10, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional** – 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017

_____.(Org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. In: **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma

compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. 14. ed.. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. (Org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. In: **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. 14. ed.. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. Ed. Ver. Atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SENTENCIA T-153. **O Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em 22 set. 2018

SILVA, Jose Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2003, v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.