

**FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

ANA CAROLINA BELLEZE SILVA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DA
INOBSERVÂNCIA DA CONCESSÃO DE OUTRAS MEDIDAS
CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.**

**MARÍLIA
2017**

ANA CAROLINA BELLEZE SILVA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DA
INOBSERVÂNCIA DA CONCESSÃO DE OUTRAS MEDIDAS
CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Mário Furlaneto Neto

**MARÍLIA
2017**



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Aprovado e recomendado pela CAPES em 29 de junho de 2000
Avaliação trienal - Reconhecido pela Portaria MEC nº 1.077, de 13 de setembro de 2012

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestranda: Ana Carolina Belleze Silva

Título: "A APLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO, NOS CASOS DE PRISÃO SEM PENA, E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO COM O DEVER DE INDENIZAR FACE O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO".

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

Em 23 de agosto de 2017, com início às 19:00 horas, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores Dr. Mário Furlaneto Neto - orientador (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM), Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM) e Dr. Jaime Domingues Brito (Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP), arguiu a candidata, tendo a examinada sido APROVADA, com nota 10,0 (DEZ). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Observações:

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Mário Furlaneto Neto (Orientador) _____
(Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM)

Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior _____
(Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM)

Prof. Dr. Jaime Domingues Brito _____
(Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP)

Mestranda: Ana Carolina Belleze Silva _____

Marília, 23 de agosto de 2017.

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli
Coordenador do Programa de Mestrado
UNIVEM

SILVA, Ana Carolina Belleze

Responsabilidade civil do estado em face da inobservância da concessão de outras medidas cautelares diversas da prisão. Silva. Ana Carolina Belleze. Orientador: Mário Furlaneto Neto. Marília-SP, 2017. 170 páginas.

Trabalho de Curso de Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha” – Univem, Marília, 2017.

1. Inaplicabilidade de medidas cautelares diversas da prisão. 2. Caos no sistema prisional. 3. Efetivação de políticas públicas. 4. Responsabilidade civil indenizatória do Estado.

CDD: 341.435

Dedicatória

À minha avó Urrósia (D. Lola – *in memoriam*) e meu padrinho José Alves (Zé – *in memoriam*), os quais sempre me ensinaram os caminhos certos a seguir, incentivando-me na realização dos meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Maior gratidão não há senão a DEUS, por me proporcionar a realização de um sonho com a conclusão do mestrado, tornando todas as dificuldades suportáveis e o fardo mais leve dia a dia. Sua presença onipotente sempre foi indispensável.

À minha família tão especial: meu marido Marcus e minha filha Manuelli, os quais respeitaram minha decisão de cursar o mestrado, suportando momentos difíceis e a distância sem me deixar desanimar; meu avô Euzébio, meus tios Ivanilde, Deicy, Valter, minha madrinha Vera, primo Paulinho, sempre preocupados com as minhas idas e vindas durante todo o período do curso e torcedores pelo meu sucesso, com o incentivo e carinho sempre especial; à minha mãe Vilma pelo exemplo de mulher guerreira e vencedora; ao meu irmão Mauro Junior pelo companheirismo desde o seu nascimento e, mesmo com a distância, parecer estar tão próximo pelos incentivos, carinho e por me presentear com o meu sobrinho Henrique; ao meu pai Mauro por me apresentar o curso de direito e a paixão pela advocacia.

À minha irmã de coração Ludmila Martins pela disposição do ombro amigo em todos os momentos de desespero, durante o período do curso. Ela foi primordial para o meu ingresso no mestrado ao se dispor em cursar uma disciplina como aluna especial em minha companhia.

Ao quarteto fantástico, Ana Cláudia Ribeiro Tavares, Thais Estevão Saconato e Kelly Parizi, pela companhia, pelos abrigos, choros e risos proporcionados a cada encontro, tornando o cansaço mais leve.

Às minhas amigas inseparáveis, Elizandra de Siqueira, Gilvani Kuyven e Emanuelli Coletti Barbosa, por torcerem por mim e me incentivarem sempre.

Ao meu orientador Mário Furlaneto Neto pelo aceite em fazer parte deste trabalho e estar sempre à disposição para me ajudar.

Aos colegas e professores do curso de mestrado por me proporcionarem conhecimentos diversos e inesquecíveis, colaborando com meu crescimento profissional.

Ao Centro Universitário Eurípedes de Marília – Univem e seus funcionários pela dedicação e disposição em sempre proporcionar um pronto atendimento.

À Leninha e à Taciana, secretárias do programa de mestrado, pela prestatividade e disposição em atender à todos, auxiliando-me todas às vezes em que precisei de ajuda.

A todos àqueles que direta ou indiretamente torceram e participaram da realização deste trabalho, proporcionando-me o título de mestre.

Nunca perca a fé na humanidade, pois ela é como um oceano. Só porque existem algumas gotas de água suja nele, não quer dizer que ele esteja sujo por completo. (Mahatma Gandhi)

SILVA, Ana Carolina Belleze. **A aplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão, nos casos de prisão sem pena, e a responsabilidade civil do estado com o dever de indenizar face o sistema prisional brasileiro.** Trabalho de Curso. Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

RESUMO

O presente trabalho é fruto de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, relacionada à indenização do Estado em casos de decretação de prisão cautelar indevida, face às modalidades diversas de prisão dispostas no artigo 319 do CPP, conforme o disposto pela Lei nº 12.403/2011. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, pois por meio de hipóteses investigativas buscou-se uma possível solução ou resposta ao problema relacionado, no presente estudo, às mazelas do sistema prisional e a inaplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão. Em que pese a Constituição Federal e demais legislações infraconstitucionais possibilitarem a decretação da prisão cautelar antes do trânsito em julgado de decisão condenatória, tal situação apenas pode decorrer desde que preenchidos os fundamentos legais e uma vez que se mostrarem ineficazes, diante da inadmissibilidade, aplicação de qualquer outra forma de medida cautelar diversa da prisão, a ser reconhecida em decisão em qualquer situação devidamente fundamentada pela autoridade judiciária competente. A alteração do dispositivo legal processual, no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP) dispõe de formas de privação da liberdade do indivíduo sem sua submissão à prisão, privando-o de outras maneiras no seu direito de ir e vir, pois advém de uma medida cautelar, exigindo a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, objetivando justamente o cerne da prisão cautelar traduzido *ultima ratio*. A aplicação da prisão de forma indevida, em desrespeito com a possibilidade da aplicação de medidas descarcerizadoras, como as dispostas no artigo 319 do CPP, corroborado com a não efetivação da garantia de condições humanas dignas através de políticas públicas, enseja o dever de indenizar do Estado, decorrente de sua responsabilidade pelo *jus puniendi*, e incapaz da manutenção do sistema prisional digno para cumprimento de pena, igualando os presos provisórios aos condenados definitivos.

Palavras-chave: Inaplicabilidade de medidas cautelares diversas da prisão. Caos no sistema prisional. Efetivação de políticas públicas. Responsabilidade civil indenizatória do Estado.

SILVA, Ana Carolina Belleze. **A aplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão, nos casos de prisão sem pena, e a responsabilidade civil do estado com o dever de indenizar face o sistema prisional brasileiro.** Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

ABSTRACT

The present work is the result of a bibliographical and jurisprudential research related to the indemnification of the State in cases of decree of undue arrest, in view of the various types of imprisonment set forth in article 319 of the CPP, according to the provisions of Law 12403/2011. The method used is hypothetico-deductive, because by means of investigative hypotheses, it seeks a possible solution or response to the problem related in the present study to the problems of the prison system and the inapplicability of the various precautionary measures of the prison. Even though the Federal Constitution and other infra-constitutional legislations make it possible to order a pre-trial detention order before a final judgment is passed, this can only be done once the legal grounds have been met and, once inadmissible, Any other form of interim relief other than imprisonment, to be recognized in a decision in any situation duly substantiated by the competent judicial authority. The amendment of the legal procedural provision in Article 319 of the Code of Criminal Procedure (CPP) provides for deprivation of the individual's liberty without being subjected to imprisonment, depriving him in other ways of his right to come and go, A precautionary measure, requiring the presence of *fumus commissi delicti* and *periculum libertatis*, aiming precisely at the heart of the precautionary prison, translated *ultima ratio*. The application of the arrest improperly, in disregard of the possibility of applying decarcerizing measures, such as those set forth in Article 319 of the CPP, corroborated by the failure to guarantee dignified human conditions through public policies, entails the obligation to indemnify State, arising from its responsibility for *jus puniendi*, and incapable of maintaining the prison system worthy for the fulfillment of punishment, equaling the provisional prisoners to the definitive convicts.

Keywords: Inapplicability of precautionary measures other than imprisonment. Chaos in the prison system. Effectiveness of public policies. Civil liability of the State.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS CONSTITUCIONAIS.....	13
1.1 DIREITOS HUMANOS.....	13
1.1.1 Direitos da primeira dimensão.....	22
1.1.2 Direitos da segunda dimensão.....	22
1.1.3 Direitos da terceira dimensão.....	23
1.1.4 Direitos da quarta dimensão.....	25
1.1.5 Direitos da quinta dimensão.....	26
1.1.6 Direitos da sexta dimensão.....	27
1.2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	27
1.3 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	32
1.4 OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL.....	38
1.5 OS TRATADOS INTERNACIONAIS.....	41
1.6 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS.....	43
1.6.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	47
1.6.2 Princípio da presunção de inocência.....	54
1.6.3 Princípio do contraditório e da ampla defesa.....	57
1.6.4 Princípio da proporcionalidade.....	62
1.6.5 Princípio da liberdade.....	64
1.6.6 Princípio do devido processo legal.....	66
CAPÍTULO II – PRISÕES CAUTELARES NO PROCESSO PENAL.....	71
2.1 PERSECUÇÃO CRIMINAL.....	71
2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	76
2.2.1 Sistema processual penal acusatório.....	77
2.2.2 Sistema processual penal inquisitório.....	79
2.2.3 Sistema processual penal misto.....	81
2.3 ESPÉCIES DE PRISÃO.....	83
2.3.1 Prisão pena.....	87

2.3.2 Prisão sem pena.....	88
2.4 ESPÉCIES DE PRISÕES CAUTELARES.....	92
2.4.1 Prisão em flagrante.....	94
2.4.1.1 A prisão em flagrante e a audiência de custódia.....	99
2.4.1.2 A prisão em flagrante e a ADPF 347.....	100
2.4.2 Prisão temporária.....	102
2.4.3 Prisão preventiva.....	106
2.4.4 Prisão domiciliar.....	112
2.5 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.....	114
CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA.....	121
3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	121
3.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	125
3.2.1 Responsabilidade subjetiva.....	125
3.2.2 Responsabilidade objetiva.....	127
3.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO.....	128
3.3.1 Evento danoso.....	128
3.3.2 Nexo de causalidade material.....	130
3.3.3 Qualidade de agente para a prática do ato.....	131
3.3.4 Direito de regresso.....	132
3.4 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	133
3.5 DANOS CAUSADOS A TERCEIRO.....	135
3.5.1 Dano material e dano moral.....	135
3.6 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O SISTEMA PRISIONAL.....	137
3.7 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM CASOS DE PRISÃO INDEVIDA E O DEVER DE INDENIZAR.....	143
3.8 A INOBSERVÂNCIA DOS FUNDAMENTOS PARA CONCESSÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E O DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO.....	146
CONCLUSÃO.....	161

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	164
--	------------

INTRODUÇÃO

A prisão é a forma de punição mais severa disposta na legislação, alterando-se conforme os tempos em que se aplica. A privação de liberdade é medida que se impõe em caráter excepcional, devendo respeitar os requisitos dispostos na lei, mesmo diante das hipóteses legais concessivas da aplicação desta modalidade de medida cautelar.

Os princípios constitucionais fundamentais dispõem de garantias ao indivíduo para que, mesmo diante da prática de um delito, possa ser preservada sua liberdade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme o princípio do devido processo legal.

De outro norte, a legislação penal brasileira, dispõe de espécies de prisões cautelares capazes de privar o indivíduo de sua liberdade tanto na fase inquisitorial, como na fase processual. Para isso, apresentam requisitos indispensáveis que possibilitam a prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, os quais, uma vez preenchidos, impõem a decretação da prisão.

Assim, a lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011 alterou diversos dispositivos legais, dispondo sobre medidas cautelares diversas da prisão, as quais devem substituir a prisão cautelar. Tais medidas exigem também os fundamentos e requisitos indispensáveis para suas aplicações, pois são medidas que, apesar de não impor ao indivíduo uma prisão em regime fechado, o priva de sua liberdade plena, trazendo a ele restrições a serem cumpridas em caráter cautelar.

Nesta seara, o presente estudo aborda a possibilidade de aplicação de indenização pela responsabilidade do Estado quando se aplica a medida cautelar prisional em detrimento das condições dispostas das medidas cautelares diversas da prisão. Isso se justifica, pois o indivíduo é submetido à situação degradante, humilhante, ao ser inserido no sistema prisional caótico atual, sem qualquer respeito à integridade física ou psíquica, desrespeitando os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, dentre outros como o da dignidade humana e proporcionalidade.

Decorre esta obrigação do Estado, devido às condições degradantes que se encontram as prisões brasileiras, nas quais, a maior parte dos presos é provisória e, mesmo nesta situação, permanece enclausurada por prazo indeterminado, juntamente com presos condenados, todos em condições precárias.

A presente pesquisa objetiva demonstrar como o Estado, detentor do *jus puniendi*, hesita na aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, preferindo submeter o indivíduo a um período indeterminado na prisão, enquanto aguarda o julgamento processual, simplesmente para objetivar mostrar à sociedade sua efetiva aplicação de pena. Isso porque, se não ocorrer prisão imediata do indivíduo, não há eficiência estatal.

Adotou-se o método dedutivo como metodologia básica, mediante o procedimento metodológico de revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

Parte-se da premissa geral de que o Estado deve indenizar o indivíduo em face do decreto de prisão indevida, enquanto parâmetro para o estabelecimento de premissas específicas no contexto dos excessos estatais em relação à decretação ou manutenção da prisão preventiva quando couber a aplicação de outra medida cautelar diversa da prisão.

Essa obrigação do Estado decorre, ainda, de descaso com o sistema prisional que submete os presos a condições desumanas, infringindo sua integridade física e psíquica, verificando-se, aqui, a inaplicabilidade, ainda, de políticas públicas capazes de inibir tais atrocidades.

Assim, através do método hipotético-dedutivo, buscase uma possível solução ou resposta ao problema relacionado às mazelas do sistema prisional e o dever de indenizar pelo Estado, o indivíduo preso indevidamente, uma vez que a prisão deve ser decretada apenas em caráter excepcional, o que se denota na prática é a sua aplicação como regra no processo penal, contrariando os princípios constitucionais vigentes, dentre os quais, a presunção de inocência e o devido processo legal.

Submeter o indivíduo a uma prisão cautelar desnecessária, face à possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, é condená-lo antecipadamente ao cumprimento de uma pena, ainda que possa vir a ser absolvido.

Além da infração aos princípios fundamentais, o sistema penal brasileiro não oportuniza qualquer forma de humanidade e ressocialização, mas ao contrário, degrada qualquer esperança existente em um preso, pois apresenta condições precárias, insalubres e desumanas, submetendo o preso às condições humilhantes e ultrajantes às suas condições de integridade física e psíquica. Resta claro, assim, o dever de indenizar por parte do Estado o indivíduo preso indevidamente, decorrente da inaplicabilidade do artigo 319 do CPP, submetendo-o a uma prisão cautelar.

Para melhor explicar sobre o tema proposto, o trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo serão abordados os princípios processuais penais constitucionais, dispendo sobre os direitos humanos e os princípios constitucionais fundamentais.

No segundo capítulo será disposto a respeito da persecução criminal vigente na legislação e as espécies de prisões cautelares, bem como as medidas cautelares diversas da prisão oriundas da Lei nº 12.403/2011 e dispostas no artigo 319 do CPP. Apresentar-se-ão as medidas alternativas e substitutivas da prisão cautelar, objetivando a aplicação desta, apenas em caráter excepcional, conforme disposta no sistema penal.

Finalizando, no terceiro e último capítulo tratar-se-á a respeito do tema proposto, dispendo sobre a inércia do Estado na aplicabilidade de políticas públicas efetivas ao caos prisional, abordando a responsabilidade civil do Estado e seu dever de indenizar decorrente da inaplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão, em substituição da prisão cautelar.

Dispõe ainda, a respeito das políticas públicas como forma de amenizar a crise do sistema prisional, algo a ser disposto de maneira eficaz, possibilitando o não descaso com o ser humano. Isso decorre da atual calamidade em que está o sistema prisional brasileiro, onde grande parte dos presos é provisória, encontrando-se sem qualquer proteção à integridade física e psíquica, mergulhado em estabelecimentos prisionais superlotados, sem qualquer salubridade e dignidade humana.

CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS CONSTITUCIONAIS

O presente capítulo discorre a respeito dos direitos humanos, sua evolução e aplicabilidade, apresentando os direitos fundamentais positivados elencados pelos princípios constitucionais fundamentais, garantidores da aplicação de normas.

1.1 DIREITOS HUMANOS

A busca pela proteção dos direitos humanos remonta à antiguidade, com o intuito de por fim às atrocidades e crueldades desferidas em desfavor da humanidade como a parte mais fraca sob o domínio do Estado.

A concentração de poderes nas mãos dos mais fortes, no final do século XVIII, carregada com as guerras externas geradoras de inúmeros prejuízos à população, trouxe enorme descontentamento, fazendo com que se eclodisse a luta por direitos justos e igualitários direcionados às partes mais fracas. Isso ocorre pela necessidade, pelo fato social e diversos fatores modificadores nas vidas dos povos, que trazem direitos novos, que renovam direitos em situações antes aceitas como normais e imodificáveis, porque se mutáveis infringiriam a lei dos mais fortes.

O ser humano nasceu livre para viver da melhor forma desejada e, com o aumento constante da população, as necessidades eram maiores a cada dia, obrigando os primeiros homens selvagens a se reunirem para satisfazer suas vontades e possibilitar uma convivência harmônica, ditando a legislação às formas de condução e práticas aceitáveis.

De acordo com Beccaria (2015, p. 16):

Cansados de só viver num contínuo de guerra e de encontrar inimigos por toda parte, cansados de uma liberdade tornada inútil por causa da incerteza de sua conservação, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, constitui a soberania de uma nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.

[...]

Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para desviar o ânimo de cada homem de sua intenção de voltar a submergir as leis da sociedade no antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis.

As penas aplicadas como punição para a prática de crimes eram severas e, na maioria das vezes, bárbaras, gerando um sofrimento desmedido ao punido, através de açoites, tortura, marca de ferro quente, repartição de membros etc.. A luta pelo fim da prática de tamanhas crueldades era constante.

As penas a que se submetiam os condenados eram demasiadamente atroz, condenando-os à forca, à perda de algum membro do corpo, à fogueira, à roda, etc., um suplício desmesurado e exposto ao público como forma de provar a concretização da punição arbitrada a cada um, como bem descreveu Foucault (2013, p. 13):

Dentre tantas modificações, atenho-me a uma: o desaparecimento dos suplícios. [...] De qualquer forma, qual é sua importância, comparando-o às grandes transformações institucionais, com códigos explícitos e gerais, com regras unificadas de procedimento; o júri adotado quase em toda parte, a definição do caráter essencialmente corretivo da pena, e essa tendência que se vem acentuando sempre mais desde o século XIX a modular os castigos segundo os indivíduos culpados? Punições menos diretamente físicas, uma certa discricção na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação, merecerá tudo isso acaso um tratamento à parte, sendo apenas o efeito sem dúvida de novos arranjos com maior profundidade? No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal.

As penas são consideradas mais do que as violências produzidas pelo delito, gerando ao ser humano um custo de sangue, de vidas e padecimentos imensuráveis e desproporcionais aos delitos cometidos, conforme explicita Ferrajoli (2014, p. 355):

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.

Nesse sentido a crueldade das penas se traduz na forma como são impostas e aplicadas conscientemente pelo impositor, objetivando o sofrimento desmedido ao acusado pela prática de um delito.

Os suplícios, para que ocorressem, requeriam a presença efetiva do povo, não fazendo sentido um suplício de forma secreta e silenciosa. Se o objetivo era despertar em cada um presente a consciência da aplicação de uma punição a qualquer infração cometida, por menor que fosse, pois o espetáculo oriundo do suplício era um terror em que se exercia o poder sobre o culpado. Ao condenado era claro o final de todo o espetáculo, a morte, em meio aos prazeres e compaixões daqueles que a tudo assistiam com perplexidade e satisfação, conforme descreveu Foucault (2013, p. 59):

Em suas formas mais elementares, essas agitações começam com os encorajamentos, as aclamações às vezes, que acompanham o condenado até a execução. Durante toda a sua longa caminhada, ele é sustentado pela “compaixão dos que têm coração sensível, e os aplausos, a admiração, a inveja dos que são cruéis e duros”. Se a multidão se comprime em torno do cadafalso, não é simplesmente para assistir o sofrimento do condenado ou excitar a raiva do carrasco: é também para ouvir aquele que não tem mais nada a perder maldizer os juízes, as leis, o poder, a religião. O suplício permite ao condenado essas saturnais de um instante, em que nada mais é proibido nem punível. Ao abrigo da morte que vai chegar, o criminoso pode dizer tudo, e os assistentes aclamá-lo.

O suplício passa a repercutir de forma negativa a partir da segunda metade do século XVIII, manifestando-se contrário à sua aplicação filósofos, teóricos do direito, juristas, magistrados, parlamentares e legisladores das assembleias.

Apenas no final do século XVIII e início do século XIX é que se começa a pôr fim nas aplicações das mais diversas penas severas, extinguindo-se gradualmente a punição traduzida até então em um espetáculo praticado pelo poder. A punição se transforma na proporção da fatalidade, e não mais da violência a ser suportada pelo condenado, pondo-se fim ao suplício e conseqüente domínio sobre o corpo do culpado.

É com o surgimento das Cortes (Assembleias Representativas) na Espanha, com o fim de limitar o poder real exacerbado por inúmeras vezes, que se reconheceram alguns direitos para a nobreza e o alto clero, estendendo aos habitantes das cidades e, a partir desse fato se precederam as declarações dos direitos do homem do século XVIII.

Ao que tange às barbáries praticadas no Brasil, com a submissão dos aprisionados à crueldade e sofrimento, apenas foram reconhecidas e extintas com a promulgação da Constituição Política do Império de 1824, a qual aboliu as penas cruéis e demais castigos, por meio do artigo 179, inciso XIX: *Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.*

Denota-se, que a luta pelos direitos humanos não objetiva relações entre os iguais, mas sim na defesa justa dos mais fracos e vulneráveis, vítimas de um poder a que se submetem de forma desumana aos possuidores de poderes capazes de obrigá-los e mantê-los na submissão de suas vontades e realização de deveres impostos a todo o custo e sem medida.

Os direitos humanos surgem com o fim de acrescentar a cada momento histórico a luta constante pela dignidade, igualdade e liberdade humanas. Somam-se às suas conquistas a cada ato praticado com reconhecimento de direitos ao ser humano como um todo, sendo definido por vários autores de maneiras diversas, mas com o objetivo comum destinado à proteção humana, conforme abaixo descrito.

Direitos humanos constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas “reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo”, reivindicações estas conhecidas como “de direito” e não apenas por amor, graça ou caridade. (PIOVESAN, 2002, p. 31 (*apud* Louis Henkin)

O conceito de direitos humanos é, pela tradição no Ocidente, tratado principalmente pelo marco do direito constitucional e do direito internacional, cujo propósito é construir instrumentos institucionais à defesa dos direitos dos seres humanos contra os abusos de poder cometidos pelos órgãos do Estado, ao mesmo tempo em que busca a promoção de condições dignas da vida humana e de seu desenvolvimento. (LEAL, 1997, p. 19)

A Magna Carta elaborada em 1215, pelo Rei João Sem Terra na Inglaterra objetivou o início de uma limitação do poder do Estado, mas ainda garantindo direitos mais amplos aos Barões e proprietários de terra, do que ao povo em geral, mas lhes garantindo certos direitos fundamentais. Abriu caminho para a criação de novos textos limitadores ao poder absoluto, trazendo a garantia aos povos de certos direitos fundamentais, como por exemplo, o “Petition of Rights” em 1629, o “Habeas Corpus Act” em 1679 e o “Bill of Rights” em 1689.

A declaração dos direitos do homem e do cidadão emana no final do século XVIII, em 26 de agosto de 1789, na França, em meio à supressão de direitos e privilégios feudais oriunda das enormes desigualdades de direitos concedidos à nobreza e ao clero. A burguesia, os artesãos e os camponeses permaneciam sem qualquer benefício, como explicita Silva (2005, p. 175):

As declarações de direito assumiram, inicialmente, a forma de proclamações solenes em que, em articulado orgânico especial, se enunciam os direitos. Depois, passaram a constituir o preâmbulo das constituições, na França especialmente. Atualmente, ainda que nos documentos internacionais assumam a forma das primeiras declarações, nos ordenamentos nacionais integram as constituições, adquirindo o caráter concreto de *normas jurídicas positivas constitucionais*, por isso, subjetivando-se em direito particular de cada povo, como já vimos, configuram *declarações constitucionais de direito* [...]

Os direitos fundamentais foram surgindo aos poucos, conforme a necessidade do tempo e momento adequados. Por esse motivo, se dividiram com a nomenclatura de gerações ou dimensões, satisfazendo e protegendo os direitos de cada um mediante a exigibilidade da época. Apesar de serem descritos por

gerações ou dimensões, complementam-se de acordo com seus surgimentos, não se substituindo uma geração ou dimensão pelo surgimento da posterior.

Denota-se, de acordo com Lafer (2015, p. 212-213), que o primeiro direito de todo o ser humano é o direito a ter direitos, caracterizando-se os direitos fundamentais como indivisíveis, positivos, complementares, vinculados, inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, universais e limitados.

É justamente para garantir que o dado da existência seja conhecido e não resulte apenas do imponderável da amizade, da simpatia ou do amor no estado de natureza, que os direitos são necessários. É por essa razão que Hannah Arendt realça, a partir dos problemas jurídicos suscitados pelo totalitarismo, que o primeiro direito humano é o *direito a ter direitos*. Isto significa pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado por ações e opiniões, por obra do princípio da legalidade.

É através do iluminismo que as coisas passam a ser explicadas por meio da razão, racionalizando os acontecimentos e não mais aceitando o direito natural como vinculado à vontade de Deus, mas sim de forma racional. Assim, o direito natural torna-se compreendido pela vontade do povo.

De acordo com Rudá (2013, p. 220):

Num breve resumo do que significou o iluminismo em matéria penal podemos aduzir que basicamente foi uma reivindicação por mais humanidade e racionalidade, representadas assim, por penas mais justas e humanas, revestidas de proporcionalidade com o delito praticado, bem como com a devida necessidade de sua aplicação. Ainda, também por uma reivindicação de melhores condições dos cárceres e o fim do processo penal por demais rigoroso e inquisitorial, bem como pelo fim da tortura e qualquer outra maneira de obtenção de provas que não estivesse de acordo com princípios humanitários, ou seja, de consideração pela pessoa humana e igualdade social.

Desta forma, os direitos fundamentais passaram a se manifestar na ordem institucional em três gerações sucessivas, dispondo um processo cumulativo e qualitativo, em que se substitui a universalidade abstrata pela universalidade

material e concreta contida no jusnaturalismo do século XVIII (BONAVIDES, 2002, p. 517).

Apesar do autor super dispor, que os direitos fundamentais manifestaram-se por meio de gerações, a maior parte da doutrina entende ser este termo impróprio para definir a evolução dos direitos fundamentais. Isso porque o termo geração traz uma forma de substituição, sobreposição de direitos, conforme a evolução dos mesmos, decorrendo uma substituição de uma geração por outra, tecendo diversas críticas essa classificação, mediante dispôs Weis (1999, p. 40): “A classificação tradicional, porém, tem sido objeto de recentes críticas, as quais apontam para a não correspondência entre as gerações e o processo histórico de nascimento e desenvolvimento dos direitos humanos.”

Neste mesmo sentido dispôs Maranhão (2009, p. 04):

[...] a locução “gerações” tem sofrido ataques porque atrai a falsa compreensão de que a revelação de determinado grupo de direitos fundamentais viria inexoravelmente para substituir o anterior, dado por ultrapassado. A se seguir essa linha, o surgimento dos direitos sociais, por exemplo, sepultariam os direitos anteriormente reconhecidos (direitos de liberdade), o que, fácil perceber, não é verdade, haja vista que os diferentes catálogos de direitos fundamentais travam entre si uma relação de concomitância e simultaneidade, ao invés de uma relação de exclusividade e fatal sucessão de um pelo outro.

Assim, a crítica a respeito do termo gerações é que este sugere a substituição de uma geração por outra, ou seja, a posterior vem no lugar da anterior sucessivamente, havendo uma exclusão entre as gerações, o que não ocorre na verdade, pois uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage.

Por esses motivos, a expressão gerações de direitos vem sendo substituída pela doutrina moderna pela expressão dimensões de direitos fundamentais, pois os direitos que surgem na ordem jurídica contemplam os direitos consagrados anteriormente, mediante o disposto por Sarlet (2007, p. 55):

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua

trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno 'Direito Internacional dos Direitos Humanos'.

Destarte, a divisão dos direitos fundamentais se justifica em decorrência de seu surgimento histórico, já que se originaram em momentos distintos em consonância com as reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Identificam-se suas dimensões de forma cumulativa, em que cada grau surgido não desqualifica o anterior, mas a ele se agrega conforme cada momento histórico, conforme o disposto por Leão Júnior (2014, p. 29):

Na realidade, os direitos fundamentais são consagrados na medida em que inseridos nos textos constitucionais com essa categorização, donde se pode identificar suas dimensões. Tiveram início e submeteram-se a uma evolução histórica. [...] Identificam-se, fracionadamente, os direitos de acordo com suas dimensões de forma cumulativa, isto é, ao estabelecer a existência de diversos graus, o surgimento de um posterior não desqualifica ou faz desaparecer o anterior, posto serem cumulativos e identificados segundo o momento histórico em que surgiram. O desenvolvimento histórico confunde-se com a história do próprio homem na luta incessante pela paz, liberdade, igualdade e fraternidade. [...]

Foi o lema revolucionário do século XVIII que exprimiu em três princípios cardeais o conteúdo dos direitos fundamentais, dispondo de uma sequência histórica gradativa de sua institucionalização na liberdade, igualdade e fraternidade. Assim os direitos fundamentais manifestaram-se na ordem institucional em três gerações sucessivas, deparando-se com os direitos da primeira, da segunda e da terceira geração, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade (BONAVIDES, 2002, p. 516-517)

A divisão dos direitos fundamentais se baseia no lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, correspondendo, respectivamente, a primeira, segunda e terceira gerações, nos termos dispostos pelo seu idealizador e jurista, Karal Vasak, na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo.

1.1.1 Direitos fundamentais da primeira dimensão

Estes direitos se caracterizam pela exigência de abstenção do Estado, ou sua não intervenção, traduzidos em direitos negativos, decorrente da autonomia individual em face do poder do Estado, com direito de oposição ou de resistência em relação àquele. Tais direitos do indivíduo frente ao Estado se traduzem como faculdades ou atributos da pessoa humana, caracterizando marcante subjetividade (LEÃO JÚNIOR, 2014, p. 29)

Estão presentes nas constituições democráticas, correspondendo aos direitos civis e políticos fundamentados na liberdade obtida com as revoluções burguesas, como por exemplo: o direito à vida, à intimidade, à propriedade, à igualdade, etc.. São direitos de liberdade oriundos do pensamento liberal burguês, com a limitação da atuação do Estado em face da liberdade do indivíduo, sendo também chamados de direitos negativos.

No entendimento de Lafer (2015, p. 175):

A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do “bem-estar social”, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo.

No mesmo sentido dispôs Bonavides (2002, p. 517):

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

[...]

Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço característico; enfim, são os direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Por ser o indivíduo titular destes direitos, estes são oponíveis ao Estado, sendo uma faculdade da pessoa e trazem como característica destacável uma subjetividade, já que dispostos como direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2002, p. 517)

Tais direitos garantem ao indivíduo sua liberdade, seu direito de ir e vir sem qualquer interferência do Estado, desde que respeitadas às normas legais. A partir do momento e que houver a infração a uma norma, o Estado poderá privar o indivíduo desta liberdade, por meio de medidas cautelares a serem estudadas oportunamente.

1.1.2 Direitos fundamentais da segunda dimensão

Estes direitos surgem em decorrência da deplorável situação de pobreza da população das cidades industrializadas da Europa Ocidental, decorrentes da expulsão de trabalhadores do campo e/ou a atração dos mesmos por ofertas de trabalho nos grandes centros. Em resposta ao tratamento do capitalismo industrial instaurado e a inércia do Estado Liberal, exurgem inúmeras doutrinas de cunho social em defesa da intervenção estatal visando reparar a iniquidade vigente (WEIS, 1999, p. 39)

Abrangem os direitos econômicos, sociais e culturais, como por exemplo: assistência social, saúde, lazer, cultura, trabalho, etc., com base na igualdade, decorrendo dos problemas gerados pela Revolução Industrial.

Após a 1ª Guerra Mundial, com a deterioração do quadro social, o homem é submetido a condições humanas e degradantes, surgindo um novo modelo de Estado - o Estado social de Direito. Neste se reclama uma ação de sua parte em proporcionar ao indivíduo condições mínimas de vida com dignidade, a fim de diminuir a desigualdade social. Complementam-se com os direitos da primeira

geração sem evitar a atuação do Estado, mas propiciando ao indivíduo o bem estar social, sendo por isso chamado de direitos positivos.

A respeito de, explica Lafer (2015, p. 175-176):

É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas.

No mesmo sentido Bonavides (2002, p. 518):

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos nos constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Ao contrário dos direitos de primeira dimensão, abrangem a competência estatal, solicitando a intervenção do Poder Público e, em que pese sua coletividade, aplica-se ao indivíduo de forma individualizada, devendo o Estado se responsabilizar por proporcionar seu acesso a todos.

1.1.3 Direitos fundamentais da terceira dimensão

Estes direitos surgem correspondendo a direitos dispostos a toda humanidade, superando a cisão do mundo entre Estados desenvolvidos e

subdesenvolvidos e equivalem aos direitos ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, perfazendo-se na fraternidade decorrente pós Segunda Guerra Mundial, especialmente após a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, visando o ser humano na coletividade, e não individualmente (WEIS, 1999, p. 40)

Segundo Bonavides (2002, p. 523):

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Neste sentido, de acordo com Moraes (2009, p. 59-60):

Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como *direitos de terceira geração* os chamados *direitos de solidariedade ou fraternidade*, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.

E, ainda, nos dizeres de Bobbio (2004, p. 32) a respeito dos direitos fundamentais:

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em *relação ao* Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no* Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como o do bem-estar e

da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através* ou por meio do Estado.

Assim, os direitos de primeira dimensão surgiram no final do século XVIII com as revoluções liberais francesas e norte-americanas, reivindicando a burguesia o respeito às liberdades individuais e conseqüente limitação dos poderes absolutos do Estado, podendo-se referir à liberdade negativa com os direitos civis e políticos.

Já os direitos de segunda dimensão emanam a partir do século XIX com a revolução industrial decorrente da luta do proletariado pelos direitos sociais básicos essenciais emanados, dentre outros, pela Constituição Mexicana (México – 1917) e pela Constituição de Weimar (Alemanha – 1919), voltando o Estado a agir de forma positiva, através das políticas públicas, para suprir os direitos pleiteados.

E os direitos de terceira geração consagram-se no final do século XX com os princípios da solidariedade ou fraternidade, protegendo interesses coletivos ou difusos.

Há diversos doutrinadores defensores da existência dos direitos de quarta, quinta e sexta dimensões, surgindo conforme os interesses humanos, e que devem ser protegidos e garantidos a todos indistintamente, sendo definidos a seguir.

1.1.4 Direitos fundamentais da quarta dimensão

Decorrem da globalização política na esfera da normatividade jurídica, correspondendo à fase de institucionalização do Estado social, já que a globalização destes direitos equivale à sua universalização (BONAVIDES, 2002, p. 525)

Seus defensores alegam que sua introdução decorre da globalização política, perfazendo-se nos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, decorrentes dos avanços sociais, genéticos e tecnológicos.

Dispõe Bonavides (2002, p. 525):

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

[...]

Os direitos de quarta geração não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a *subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão *principal, objetiva e axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

A globalização e o avanço social traz a necessidade destes direitos, como forma de proteger a sociedade como um todo, visando o acesso ilimitado a informação e disposição de condições de forma consciente.

1.1.5 Direitos fundamentais da quinta dimensão

Tais direitos correspondem ao direito à paz, algo inerente ao ser humano para o convívio social, sendo esse direito extraído dos direitos de terceira geração, conforme dispôs Bonavides (2008):

Karel Casak o classificara entre os direitos da fraternidade, fazendo avultar, acima de todos, o direito ao desenvolvimento; o mais característico, portanto, em representar os direitos da terceira geração.

Tão característico e idôneo quanto a liberdade o fora em relação aos da primeira geração, a igualdade aos da segunda, a democracia aos da quarta e doravante a paz há de ser com respeito aos da quinta.

De último, a fim de acabar com a obscuridade a que ficara relegado, o direito à paz está subindo a um patamar superior, onde, cabeça de uma geração de direitos humanos fundamentais, sua visibilidade fica incomparavelmente maior.

Dentre todos os direitos fundamentais, o da quinta dimensão se destaca, pois para que possa haver uma convivência social harmônica, saudável e protegida, necessário se faz que todos possam viver em paz, em respeito, indistintamente.

1.1.6 Direitos da sexta dimensão

Os direitos da sexta dimensão destacam o direito à água potável, decorrente da relevância desta na vida de todos os seres vivos, já que seu acesso passou a ser preocupante em âmbito internacional, pois antes a água era considerada inesgotável, algo não mais constatado devido a sua má distribuição geográfica, a poluição, ao desperdício, dentre outros fatores que afetam sua qualidade e quantidade.

De acordo com Fachin; Silva (2011, p. 79):

O direito fundamental à água potável, como direito de sexta dimensão, significa um acréscimo ao acervo de direitos fundamentais, nascidos, a cada passo, no longo caminhar da Humanidade. Esse direito fundamental, necessário à existência humana e a outras formas de vida, necessita de tratamento prioritário das instituições sociais e estatais, bem como parte de cada pessoa humana.

A preocupação do mundo em relação à escassez da água potável é notável, destacando-se sua importância no reconhecimento como direito fundamental do ser humano, visando garantir seu mínimo existencial a cada um.

Como se pode constatar pelo elencado acima, os direitos fundamentais surgem conforme a necessidade social, destacando-se cada qual em seu tempo, englobando-se um ao outro para possibilitar ao indivíduo condições cada vez melhores. Neste sentido não é possível findar as disposições dos direitos fundamentais em suas dimensões, pois referido tema se propaga de acordo com o desenvolvimento e necessidades sociais, não sendo possível visualizar a estagnação do mesmo.

1.2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais se reafirmam pela Declaração de Independência dos Estados Unidos em 04 de julho de 1776, e pela Declaração dos direitos do homem e do cidadão em 26 de agosto de 1789 na França, através das revoluções

norte-americana e francesa. Importante destacar que a constituição norte-americana de 1787 não possuía uma declaração de direitos inicialmente, enquanto os direitos consagrados na França foram inseridos nos textos constitucionais de 1791, 1793, 1795, 1799, 1802, 1804, 1814 e 1830.

Por meio destas revoluções se consagraram os princípios liberais político e econômico, surgindo o Estado Liberal, sem destacar ou fazer valer a democracia, mas apenas o liberalismo, caracterizado pela omissão como regra de conduta e destacando o poder de polícia e as forças armadas como formas de manter a ordem e a soberania, respectivamente.

A proteção dos direitos humanos internacionalmente se oriunda das incessantes lutas históricas, abrangendo de forma gradual, inúmeros tratados, objetivando o fim de transcender os interesses exclusivos dos Estados, para garantir os interesses dos seres humanos protegidos. Assim, a internacionalização dos direitos humanos com o fim de proteção, tem como precedentes o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), inicialmente.

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, e em resposta às barbáries ocorridas no Holocausto, inicia-se o processo de internacionalização dos direitos humanos, trazendo a possibilidade de responsabilizar o Estado externamente, caso internamente os órgãos responsáveis não satisfizessem a proteção dos direitos humanos.

A Organização das Nações Unidas traz em 16 de dezembro de 1966 a proteção dos direitos humanos através de diversos tratados, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, as Convenções Internacionais de Combate à Tortura, a Discriminação Racial, a Discriminação contra as Mulheres, a Violação dos Direitos das Crianças, dentre outros. A partir desse momento o ser humano se torna sujeito de direito internacional, ou seja, o ser humano passa a ter direitos no mundo todo, não mais se restringindo ao seu Estado, e sim recebendo a proteção global, e não apenas a proteção particular de seus direitos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1948 abrange os direitos humanos englobando os direitos civis, políticos, sociais,

econômicos e culturais, garantindo a liberdade e a igualdade, as quais devem ser protegidas para a asseguuração daqueles.

Ressalta-se o disposto por Bobbio (2004, p. 26, 28) em relação à efetiva aplicação dos direitos do homem:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. [...]

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que o tenha violado.

O objetivo principal desta declaração é a busca pela paz, proporcionando maior proteção aos direitos da pessoa humana, conforme o disposto por Pozzoli (2001, p. 110):

A referida declaração, objeto de um estudo mais específico no item seguinte, consigna no seu texto o reconhecimento da dignidade da pessoa humana inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como constitutivos do fundamento da liberdade, da justiça e da paz. Foram elementos importantes que tornaram os direitos da pessoa humana protegidos, para que a pessoa não se veja levada ao supremo recurso da revolta contra a tirania e a opressão.

Com isso é constatada a necessidade da implementação dos direitos humanos e sua conseqüente defesa nestas condições, em decorrência das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, pois causaram inúmeras desumanidades através dos países em combate, por meio de torturas, mortes, agressões desmesuradas e humanamente desnecessárias e inaceitáveis, violando-se os direitos humanos pelo Nazismo e o holocausto. Essa situação originou a

preocupação com o ser humano, fazendo com que a comunidade internacional reconhecesse a necessidade de proteção dos direitos humanos e obrigasse os Estados a coibir violações aos direitos de cada um, bem como garantir-lhe os direitos fundamentais.

Corroborar com o disposto Piovesan, 2002, p. 35 (*apud* Paul Sieghart):

As atrocidades perpetradas contra os cidadãos pelos regimes de Hitler e Stálin não significaram apenas uma violência moral que chocou a consciência da humanidade; elas foram uma real ameaça à paz e à estabilidade internacional. E assim, implicaram em uma verdadeira revolução no direito internacional: em uma única geração, um novo código internacional foi desenvolvido, enumerando e definindo direitos humanos e liberdades fundamentais para todos os seres humanos, em qualquer parte do mundo, e, a partir de então, esses direitos não mais puderam ser concebidos como generosidade dos Estados soberanos, mas passaram a ser “inerentes” ou “inalienáveis”, e portanto não poderiam ser reduzidos ou negados por qualquer motivo. Nas palavras do advogado internacionalista Hersch Lauterpacht, em 1950: “Os indivíduos passaram a adquirir um status e uma estatura que os transformaram de objetos de compaixão internacional em sujeitos de direito internacional.”

A partir de então, a comunidade internacional passa a incorporar tratados para a aderência de Estados interessados em aprimorar a condição dos indivíduos, como sendo todas as pessoas humanas, estrangeiras ou não. Ficam-lhe garantidos os direitos fundamentais para que sejam protegidos de quaisquer atrocidades, violações, atos desumanos etc., exigindo-se do Estado a obrigação de respeito a estes direitos inerentes a quaisquer cidadãos, sob pena de repressão pelo seu descumprimento.

Neste ínterim, se destaca os seres humanos como sujeitos de direito, e não mais como objetos de direito, possuindo, assim, proteção e respeito aos direitos adquiridos. O Estado permanece detentor da aplicação dos direitos, responsabilizando-se por qualquer violação aos mesmos, omissiva ou comissivamente, pois tais direitos fundamentais são indiscutíveis e inalienáveis. Fica o Estado obrigado não só de aplicar os direitos humanos em seus territórios, mas também de fiscalizar sua efetivação, prevenindo qualquer violação destes direitos, visando uma proteção satisfatória aos indivíduos.

Mesmo com todas as disposições positivas a fim de inibir a infração aos direitos humanos, não há como se afirmar sua extinção plena e satisfação integral quanto à proteção dos indivíduos como sujeitos de direito. Assim, ocorrendo algum ato omissivo ou comissivo em desfavor do ser humano, com infração aos seus direitos, o Estado responsável pela infração deve ser responsabilizado de forma eficaz, fazendo-se justiça tanto ao “agressor”, quanto à vítima, em decorrência do fracasso na aplicação dos direitos inerentes àquela.

Nos ensinamentos de Mazzuoli (2002, p. 62):

Enfim, partindo-se dos propósitos da Declaração Universal, pode-se concluir que os direitos humanos derivam de três princípios basilares, bem como de suas combinações e influências recíprocas, quais sejam:

- (1) o da inviolabilidade da pessoa, cujo significado traduz a idéia de que não se pode impor sacrifícios a um indivíduo, em razão de que tais sacrifícios resultarão em benefícios a outras pessoas;
- (2) o da autonomia da pessoa, pelo qual toda pessoa é livre para a realização de qualquer conduta, desde que seus atos não prejudiquem terceiros;
- (3) o da dignidade da pessoa, verdadeiro núcleo de todos os demais direitos fundamentais do cidadão, através do qual todas as pessoas devem ser tratadas e julgadas de acordo com os seus atos, e não em relação a outras propriedades suas, não alcançáveis por eles.

Os princípios dispostos acima estão interligados e são interdependentes entre si, conjugando valores de respeito ao ser humano de forma uníssona e concomitante a proporção da proteção dos direitos humanos.

Os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal Brasileira, no artigo 5º, abrangendo também os direitos da personalidade, marcados pela necessidade de garantir ao homem, enquanto indivíduo, a liberdade de manutenção de exclusividade ao decidir suas escolhas axiológicas. Dentro do quadro dos direitos fundamentais, os direitos da personalidade formam um bloco cujo cerne está na liberdade pública pessoal, manifestada na segurança do próprio corpo físico ou pelas liberdades relacionadas ao intelecto (MIRANDA, 1996, p. 61-62).

Miranda, 1996, p. 61 (*apud* De Cupis) define direitos da personalidade como:

Os direitos da personalidade são, assim, direitos que devem necessariamente permanecer na esfera do próprio titular, e o vínculo que a ele os liga atinge o máximo de intensidade. Na sua maior parte, respeitam o sujeito pelo simples e único facto da sua qualidade de pessoa, adquirida e com o nascimento (*sic*), continuando todos a ser-lhe inerentes durante toda a vida, mesmo contra a sua vontade, que não tem eficácia jurídica.

Assim, os direitos da personalidade se caracterizam por serem essenciais, pertencem à pessoa de seu titular, e considerados absolutos (oponíveis *erga omnes*, contra todos, inclusive o Estado); extrapatrimoniais (consustanciam-se em bens sem comercialização, como a honra e a integridade física ou moral); e indisponíveis (inerentes ao indivíduo), conforme dispõe Miranda (1996, p. 61-62):

São direitos absolutos porque são oponíveis *erga omnes*, ou seja, seu titular pode opô-los, não só contra todas as demais pessoas, mas também contra o Estado.

São extrapatrimoniais, pois eles consustanciam-se em bens que, como a honra, a integridade física ou moral da pessoa, estão, em princípio, fora do comércio.

[...]

Por fim, os direitos da personalidade são, em si, direitos “relativamente indisponíveis”, isto é, são direitos que, por se “identificarem com os bens mais elevados da pessoa, se situam, quanto a ela, em um nexó que pode dizer-se de natureza orgânica”.

Por fim, os direitos da personalidade estão inseridos nos direitos fundamentais, ligando-se diretamente à pessoa, disponíveis apenas ao seu titular, como a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, etc..

1.3 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A proteção da pessoa humana tornou-se uma conscientização tanto interna quanto externa, interligando os Estados para assegurar a aplicação dos direitos humanos, a quem quer que seja independentemente do local em que esteja. Para isso, as garantias proporcionaram a interação entre Estados também na fiscalização e eficácia dos direitos, não aceitando a submissão do ser humano por meio de

violações aos princípios determinantes. No que tange ao Brasil, foi adotada posição política em desacordo com os Estados em que os direitos humanos não são respeitados.

Decorrendo toda a proteção necessária, os direitos humanos evoluem conforme a necessidade da pessoa humana, em cada tempo, estando em constante processo de construção e reconstrução. O maior desafio no seu respeito e efetivação não é a forma como surgem ou existem, mas sim, a sua implementação e sua execução, trazendo situações contrárias e dissonantes, como afirma Bobbio (2004, p. 23):

[...] Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexequibilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar a ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições.

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.

Busca-se hodiernamente proteger a dignidade da pessoa humana com base nos direitos humanos consagrados e positivados, desenvolvendo-se tal processo de forma universal, perfazendo-se no Direito Internacional dos Direitos Humanos para a proteção do indivíduo e sua condição de sujeito de direito internacional, conforme discorre Piovesan (2002, p. 125):

O Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos. Como se verá, para que os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de que se permitisse o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi ainda necessário redefinir o status do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de direito internacional.

Desta forma, no processo de internacionalização dos direitos humanos muito se lutou para sua concretização, com o objetivo de proteger eficazmente o indivíduo universalmente, para que não seja tolhido de um direito em qualquer local. Para isso, o Direito Humanitário, no plano internacional, trouxe limitações ao direito à liberdade e à autonomia dos Estados, relativizando a soberania destes como disposto pela Liga das Nações.

A Liga das Nações surgiu após a Primeira Guerra Mundial, objetivando a possibilidade de cooperação, paz e segurança internacional, juntamente com a Organização Internacional do Trabalho que objetivava padronizar internacionalmente as condições de trabalho e o bem-estar social.

Os Estados deixaram de apenas regularizar suas relações de como se entendia o Direito Internacional, pois eles próprios eram o maior agressor dos direitos humanos, ignorando as condições humanas dos indivíduos, sem se preocuparem com qualquer direito que lhes fossem imputados.

Denota-se que a Segunda Guerra Mundial é responsável por inúmeras crueldades proferidas contra o ser humano, necessitando reconstruir no pós-guerra os direitos humanos violados nas maiores atrocidades, internacionalizando-se tais direitos desprotegidos e violados. Foram as Nações Unidas que desempenharam importante papel no fortalecimento da internacionalização destes direitos, criando-se, dentre vários órgãos, a Comissão de Direitos Humanos da ONU em 1946, unindo a todos para a manutenção da paz social e a segurança internacional.

Mediante toda essa movimentação para a proteção dos direitos humanos, aprovou-se em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, trazendo disposições universais a serem acatadas pelos Estados de forma ampla. Tal dispositivo abrangia direitos e faculdades para o desenvolvimento físico, moral e intelectual do ser humano, de forma universal, independentemente do sexo, da religião, da raça ou do país da pessoa. Bastava condição de pessoa, para ser titular de direitos, destacando-se o respeito à dignidade humana desde seu preâmbulo, ou seja, toda pessoa humana é digna, titular de direitos iguais e inalienáveis, rompendo-se com a dicotomia entre o direito à liberdade e o direito à igualdade.

Piovesan (2002, p. 151-152; 154) define o valor jurídico da Declaração Universal de 1948, como:

A Declaração Universal não é um tratado. Foi adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas sob a forma de resolução que, por sua vez, não apresenta força de lei. [...] a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constante dos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Ressalte-se que, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo dos direitos humanos.

Piovesan (2002, p. 155), ainda, dispõe sobre o objetivo de referida declaração como um código de atuação e conduta em que:

Com efeito, a Declaração se impõe como um código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional. Seu principal significado é consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, consolidando um parâmetro internacional para a proteção desses direitos.

O objetivo de proteção e respeito pela pessoa humana motivou a criação deste documento universal sobre os direitos humanos e a criação da Organização das Nações Unidas, conforme cita Weis (1999, p. 67):

A motivação de se elaborar um documento universal sobre direitos humanos acompanha aquela que inspirou a criação da Organização das Nações Unidas, bem sintetizada no “Preâmbulo” da Declaração Universal de 1948, tendo em vista que o “desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum”.

Assim, com a Carta da Organização das Nações Unidas de 1945 estabeleceu-se a promoção de proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais pelos Estados-partes, definidos e elencados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

No entanto, por não possuir essa força jurídica vinculante, entendeu-se que a melhor forma de efetivar a asseguaração dos direitos nela emanada, era fazer a sua “juridicização” em tratado internacional, tornando-o juridicamente obrigatório e capaz de vincular o Direito Internacional. Esse procedimento iniciou-se em 1949, e concluiu-se em 1966, com a elaboração do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O fim da Segunda Guerra Mundial intensificou a internacionalização dos direitos humanos através da elaboração de tratados protetivos e a criação de órgãos para monitorar o cumprimento dos mesmos a toda população, responsabilizando o Estado pelo seu desrespeito.

Neste sentido, objetivando perpetrar o respeito à dignidade, à liberdade e a igualdade do ser humano, garantindo-lhe o direito às condições de vida mínimas, e protegendo-o do poder do Estado, várias definições foram apresentadas para esses direitos e garantias do ser humano, sendo denominados de direitos humanos fundamentais, como bem explicita Moraes (2007, p. 20):

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como *direitos humanos fundamentais*. A Unesco, também definindo genericamente os *direitos humanos fundamentais*, considera-os por um lado uma proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado, e por outro, regras para se estabelecerem condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana (*Les dimensions internationales des droits de l'homme*. Unesco, 1978, p. 11).

Denota-se a relação direta dos direitos humanos fundamentais com a defesa da dignidade da pessoa humana, não permitindo a infusão de imposições desmedidas pelo Estado de forma individual ao indivíduo, mas sim com o dever de respeitar as condições dispostas pelos direitos e garantias ao ser humano.

Por isso, o mundo, cansado de assistir aos desastres e atrocidades praticadas contra a pessoa humana, decidiu trazer à baila condições de proteção ao indivíduo, proporcionando-lhe dignidade e respeito, bastando à existência de cada

um, serem sujeitos de direitos humanos. Torna-se o reconhecimento da dignidade inerente a qualquer pessoa, possuindo todos direitos iguais e inalienáveis, em conformidade com o disposto no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Para sua eficácia, os direitos humanos possuem características, como a inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, dispendo a doutrina de outras características necessárias ao seu desenvolvimento, como a inerência, a universalidade, a indivisibilidade e interdependência e a transnacionalidade.

Pode-se dizer que o indivíduo é reconhecido como sujeito de direitos sob a proteção internacional dos direitos humanos, possuindo direitos e obrigações no plano internacional, não sendo opção dos Estados o reconhecimento e defesa destes direitos. Tais passam à disponibilidade da pessoa humana, sendo-lhe inerentes e inalienáveis, e o Estado que violar de forma omissiva ou falhar na aplicação de tais direitos assegurados ao indivíduo, será responsabilizado internacionalmente.

Essa responsabilidade do Estado é disposta conforme descreve Piovesan (2002, p. 37):

Neste contexto, os tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que afirmam a personalidade internacional do indivíduo e endossam a concepção universal dos direitos humanos, acarretam aos Estados que os ratificam obrigações no plano internacional. Com efeito, se no exercício de sua soberania, os Estados aceitam as obrigações jurídicas decorrentes dos tratados de direitos humanos, passam então a se submeter à autoridade das instituições internacionais, no que se refere à tutela e fiscalização desses direitos em seu território. Sob este prisma, a violação dos direitos humanos constantes dos tratados, por significar desrespeito a obrigações internacionais, é matéria de legítimo e autêntico interesse internacional, o que vem a flexibilizar a noção tradicional de soberania nacional.

Denota-se a abrangência internacional de responsabilização de cada Estado membro defensor dos direitos humanos, justamente para oferecer ao indivíduo uma proteção efetiva, sem possibilitar a qualquer membro infração e desrespeito aos preceitos determinantes protegidos. Garante-se, assim, a não prática de barbáries e atrocidades sofridas pela pessoa humana durante todo aquele tempo.

1.4 OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

As Constituições brasileiras trouxeram dispositivos protetivos aos direitos humanos fundamentais, desenvolvidos conforme a necessidade e evolução de cada momento de suas proclamações. Inicialmente, a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, dispôs de um extenso rol de direitos humanos fundamentais, os quais se repetiram na 1ª Constituição republicana de 1891, mantendo-se também na Constituição de 1937. Já a Constituição de 1946, além de prever um capítulo específico para os direitos e garantias individuais, estabeleceu diversos direitos sociais, seguida pela Constituição de 1967, concretizada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (MORAES, 2007, p. 13-15)

Assim, prevaleceu durante vinte e um anos o regime militar ditatorial (1964-1985), coibindo diversos direitos dos cidadãos e inibindo o desenvolvimento de ações dos poderes da República, conforme explica Piovesan 2002, p. 50 (*apud* Luciano Martins):

O regime militar revogou direitos constitucionais, civis e políticos; suprimiu ou censurou canais de representação de interesses; e estabeleceu uma ditadura do poder Executivo sobre outros poderes da República (Legislativo e Judiciário) e da Federação (Estados). Isto foi alcançado fundamentalmente através do Ato Institucional n. 5 (1968) e seus sucessores. Pela primeira vez, desde a proclamação da República (1889), as Forças Armadas, agindo como instituição, tomaram controle direto das principais funções governamentais; houve uma parcial abolição das práticas corporativas, mediante a introdução de atores não burocráticos que obtiveram o controle no processo de decisão; houve ainda a criação de um extensivo aparato de inteligência para efetuar o controle ideológico [...]. A tomada do Governo pelos militares, como instituição, acrescido do fato de um general Presidente receber seu mandato das Forças Armadas, perante a qual era responsável, consolidaram a noção de uma fusão entre os militares e o poder.

Destarte, apenas durante o processo de democratização, marcado pela atual Constituição Federal, de 1988, foi que o Brasil intensificou sua participação em diversos pactos internacionais relacionados aos direitos humanos, adotando

diversas medidas de proteção aos direitos humanos internacionais por meio de ratificações de tratados, conforme explicita Piovesan (2002, p. 258-259):

O marco inicial do processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Direito brasileiro foi a ratificação, em 1º de fevereiro de 1984, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. A partir desta ratificação, inúmeros outros relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988 que, como já visto, situa-se como marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país.

No entendimento de Silva (2006, p. 105-106), a Constituição Federal do Brasil de 1988 dispõe de objetivos fundamentais para a proteção dos direitos humanos, citando:

A Constituição consigna, como *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, vale dizer, do Estado brasileiro*: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de outras formas de discriminação (art. 3º). É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana.

Então, com a instauração de um regime democrático, a Constituição Federal de 1988 reconhece e insere as garantias e os direitos fundamentais, destacando os direitos humanos ao dispor a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, elencado em seu artigo 1º, inciso III, em defesa e garantia dos direitos humanos. Dispõe ainda no artigo 5º, § 2º, a inclusão de direitos e garantias advindos não só da Constituição Federal, mas também de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte. A pessoa humana vem protegida de forma fundamental e destacável, inserida nos direitos e garantias fundamentais como cláusulas pétreas nos termos do artigo 60, § 4º.

Desta forma, a proteção e desenvolvimento dos direitos humanos e garantias fundamentais já vêm dispostos no próprio preâmbulo da Constituição

Federal de 1988. Assegura, com a instituição do Estado Democrático, “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

A Constituição Federal, ao determinar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, demonstra ser a pessoa essencial para a sociedade e o Estado, destacando-se objetivos almejados para a obtenção de uma sociedade justa, solidária e livre entre os seres humanos. Pode-se afirmar, ainda, a inexistência de qualquer distinção entre eles, conforme os objetivos fundamentais dispostos em seu artigo 3º.

Destacando-se a dignidade da pessoa humana de forma suprema, e abrangendo os direitos fundamentais do homem, pode-se conceituá-lo no entendimento de Silva (2006, p. 105) da seguinte forma:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Insere também a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez, os direitos sociais especificamente como direitos fundamentais, ao contrário das constituições anteriores que apenas dispunham sobre tais direitos de forma esparsa. Preocupou-se com a aplicação dos direitos e garantias fundamentais, instituindo o princípio da aplicabilidade imediata destas normas, destacando a força vinculante dos direitos e

garantias fundamentais aplicáveis diretamente pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, dispondo sobre princípios orientadores do Brasil nas relações internacionais, nos termos do artigo 4º. As Constituições brasileiras anteriores apenas se limitavam a assegurar os valores da independência e soberania do país em relação aos demais Estados, no que dizia respeito à disposição jurídica das relações internacionais.

1.5 OS TRATADOS INTERNACIONAIS

A Convenção de Viena de 1969 foi elaborada com o fim de regulamentar e disciplinar sobre a formação material dos tratados internacionais, podendo ser definida como a Lei dos Tratados. Dispõe a respeito do acordo formal celebrado entre Estados, regulamentado pelo Direito Internacional.

Desta forma precedem algumas normas necessárias e fixadas pela convenção para a efetiva regularização dos tratados internacionais, nas quais os Estados possuem atos discricionários para celebrar ou não um tratado, pois este apenas cria obrigações aos Estados consentidores e participantes dos mesmos. Assim, o tratado apenas obriga as partes aderentes a ele, as quais o devem cumprir em respeito ao princípio da boa-fé, eis que, consensualmente, são criadas obrigações jurídicas no plano internacional.

Por criar o tratado, obrigações entre as partes, àquelas devem ser cumpridas em respeito ao princípio da boa-fé, não podendo o Estado alegar o não cumprimento do tratado justificando o conflito em disposições de seu direito interno. Isso porque, ao consentir na adoção do tratado, o Estado contrai obrigações jurídicas no plano internacional, no exercício de sua soberania, e o pactuado entre as partes possui força jurídica obrigatória, vinculando-os de forma que, em havendo qualquer violação de uma obrigação, a mesma implicará em âmbito internacional.

A Constituição Federal Brasileira de 1967 dispunha em seu artigo 153, § 36 a não exclusão de outros direitos e garantias oriundas do regime e princípios adotados, em virtude da especificação de direitos e garantias nela expressos. Antes

mesmo da Convenção de Viena, a Constituição brasileira previa o respeito e cumprimento a direitos e garantias não expressos.

Já a Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe expressamente em seu artigo 5º, § 2º, a proteção aos direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário, especificando a abrangência dos tratados celebrados como obrigações a serem cumpridas diante das disposições legais, por serem tais direitos protegidos constitucionalmente.

Como bem discorre Piovesan (2002, p. 76):

No dizer de Antônio Augusto Cançado Trindade: “Assim, a novidade do art. 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observa-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.

Constata-se que a Constituição atual preocupou-se com a efetiva proteção aos direitos humanos, dispondo os direitos dos tratados internacionais em que o Brasil é parte, constitucionalmente, como direitos e garantias fundamentais e consequente cláusula pétrea prevista no artigo 60, § 4º, inciso IV. Neste sentido, o tratado deve ser cumprido em respeito ao princípio da boa-fé, pelo qual se admite ter o Estado utilizado para sua ratificação em pleno e livre exercício de sua soberania, assumindo sua responsabilidade perante a ordem internacional.

A 1ª ratificação do Brasil, incorporando o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ocorreu em 1º de fevereiro de 1984, na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. A partir daí, a Constituição Federal de 1988 dispôs sobre a transição democrática e institucionalização dos direitos humanos no país, ratificando inúmeros tratados internacionais de direitos humanos, dentre eles: Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (20/07/1989); Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (28/09/1989); Convenção sobre os Direitos da Criança (24/09/1990);

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (24/01/1992); Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (24/01/1992); Convenção Americana de Direitos Humanos (25/09/1992); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (27/11/1995); Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte (13/08/1996); Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (21/08/1996); etc..

Pode-se afirmar que a pessoa humana direcionou os Estados ao reconhecimento do desrespeito e atrocidades que lhe era dispensada pelo mundo, através do poder estatal, em que apenas se importavam com o poder, sem qualquer preocupação com o sofrimento e condições dignas do ser humano. Foi visando à proteção da dignidade humana que se conseguiu efetivar a universalização dos direitos humanos.

1.6 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

Princípios para o ordenamento jurídico possuem inúmeras definições, dentre outras, como sendo aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado, ou como normas de relevância grande, na medida em que determinam fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito (ÁVILA, 2015, p. 55).

As definições são diversas, principalmente no sentido de distinguir regras e princípios, embora muito se confundam tais conceitos, por serem considerados normas e disporem de inúmeros critérios para diferenciá-los, mediante dispõe Alexy (2002, p. 86-87):

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Para tanto, os princípios são *mandamentos de otimização* que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Em câmbio, as *regras* são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de

fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos, Para tanto, as regras contêm *determinações* no âmbito do fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é bem uma regra ou um princípio.¹

A respeito da diferenciação entre regras e princípios ainda explicita Dworkin (2002, p. 39; 42):

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis da maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou ela não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

[...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.

Apesar das diferenciações elencadas ao se dispor a respeito dos princípios constitucionais, infere-se que os princípios, ao serem recepcionados pela constituição, possuem o caráter de fonte supletiva das leis e dos costumes, quando previstos nos códigos, solucionando os conflitos existentes ou que possam vir a existir durante a aplicação da norma.

Silva (2006, p. 93) divide os princípios constitucionais basicamente em duas categorias, quais sejam: princípios políticos-constitucionais e princípios jurídico-constitucionais, definindo-os da seguinte forma:

¹ *El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. Em cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas ou no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y juridicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o um principio.*

Princípios político-constitucionais – Constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, e são, segundo Crisafulli, *normas-princípios*, isto é, “normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares regulando imediatamente relações específicas da vida social”. [...]

Princípios jurídico-constitucionais – São *princípios constitucionais gerais* informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o conseqüente princípio da constitucionalidade, [...] e os chamados princípios-garantias [...].

Interessante para o estudo a que se destina, são apenas os princípios jurídico-constitucionais elencados entre os princípios constitucionais fundamentais, por serem importantes normas constitucionais sintetizadoras das demais normas incutidas na Constituição, integrando o Direito Constitucional positivo.

Assim, a partir do século XX, as Constituições positivam o Direito Natural através dos princípios gerais, ingressando na ordem jurídica constitucional destacadamente.

A relevância dos princípios constitucionais fundamentais decorre de eficácia plena e aplicabilidade imediata, garantindo os direitos fundamentais do ser humano elencados pela Constituição Federal brasileira. Vêm dispostos, a sua maioria, no artigo 5º e incisos, destacando-se como explicita Silva (2006, p. 95-96):

Jorge Miranda ressalta a função ordenadora dos princípios fundamentais, bem como sua ação imediata, enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais, aditando, ainda, que a “ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral do sistema”.

Dos princípios constitucionais fundamentais se salientam os direitos individuais originários no final do século XVIII, inerentes ao homem e oponíveis ao Estado, possuindo as seguintes características: históricos; inalienáveis; imprescritíveis; e irrenunciáveis.

Pode-se afirmar que o mais importante direito fundamental consagrado pela Constituição Federal é o direito à vida, justamente por ser este um pressuposto para o exercício dos demais direitos, motivo pelo qual cabe ao Estado o dever de assegurar o direito à vida a todo o ser humano, independentemente de sua condição. Ressalta-se ainda que, ao se dispor do direito à vida como uma garantia constitucional, o Estado tem a obrigação de, além de assegurar as condições necessárias para o indivíduo dispor de sua vida, conceder a este uma vida digna referente aos meios de sobrevivência e subsistência.

Proporcionando o direito à vida ao ser humano de forma digna, conseqüentemente se está diante do direito à liberdade, o direito de ir e vir consagrado constitucionalmente, não sujeitando o indivíduo a imposições e restrições do Estado ou de terceiro. Protege-se, desta forma, o indivíduo, de qualquer tratamento desumano ou degradante, respeitando sua integridade física e moral, ainda que esteja, por algum motivo, preso, conforme dispõe o artigo 5º, incisos III e XLIX da Constituição Federal.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (...)

Embora destacáveis os princípios constitucionais elencados, nem sempre os mesmos existiram desta forma em defesa do ser humano. Anteriormente à Constituição Federal de 1988, havia o Código de Processo Penal brasileiro de 1941 de maneira totalmente autoritário, preocupando-se com a segurança pública, e destacando o princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente.

Apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que surge um novo ordenamento jurídico. Isso fez com que as demais legislações se compatibilizassem com os novos valores dispostos e o Código de Processo Penal, conseqüentemente passou a dispor como princípio norteador, o respeito à dignidade

da pessoa humana e demais princípios constitucionais, em consonância com o dispositivo legal.

Mesmo com o destaque dos direitos e garantias constitucionais, não se afastou a responsabilidade penal ou civil, ou a proteção à prática de atividades criminosas, como elucida Moraes (2006, p. 169):

Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo para prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Assim, havendo um conflito entre direitos constitucionais fundamentais, dever-se-á utilizar a solução da combinação dos bens jurídicos conflitantes, buscando evitar o sacrifício total de um em relação ao outro, não podendo um direito negar vigência a outro. Isso porque os direitos fundamentais, de maneira geral, estão na mesma hierarquia e força vinculante, sendo essenciais ao modelo do Estado.

Destacam-se alguns princípios constitucionais coligados com a aplicação da justiça penal, visando proporcionar ao acusado criminalmente a possibilidade de prevenção quanto aos males maiores causados pela sua inclusão no sistema prisional de forma provisória, os quais serão dispostos a seguir.

1.6.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A palavra dignidade deriva do latim (*dignitas*), em que o *dignus* é aquele que merece estima e honra àquele que é importante. Para São Tomás de Aquino (1225-1274) a dignidade é própria do homem “é inerente ao homem, como espécie; e ela existe *in actu* só no homem como indivíduo, passando desta forma a residir na alma de cada ser humano”.

Necessário se faz, para falar em dignidade, conceituar pessoa. Esse conceito surgiu com o Cristianismo, dispondo-o como um ser possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais, com valor próprio, através do Cristianismo. Isso porque, na antiguidade, para a filosofia grega, o homem era considerado um animal político ou social, como em Aristóteles para quem o ser era a cidadania, dispondo que o homem pertencia ao Estado. Assim, os direitos específicos de cada homem derivam da proclamação do valor distinto da pessoa humana, reconhecendo que na vida social o homem não se confunde com a vida do Estado (SANTOS, 1999, p. 19).

Destarte, apenas com a valoração do homem surgiu a afirmação lógica de direitos e deveres, sendo o Estado, parte essencial na elaboração e aplicação de normas a serem respeitadas pelo homem, gerando punições em caso de seu descumprimento. Isso se justificou, porque o homem como ser racional tem consciência das leis, devendo obedecê-las.

Diante de tais afirmações, o indivíduo passa a ser tratado como pessoa e, em razão disso, possui dignidade, não mais podendo ser tratado como objeto em hipótese alguma, ainda que por ele próprio, como bem explicita Sarlet (2002, p. 29-30):

[...] o problema do significado que se pode hoje atribuir à dignidade da pessoa humana, cumpre ressaltar, de início, que a idéia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão. Muito embora não nos pareça correto, inclusive por nos faltarem dados seguros quanto a este aspecto, reivindicar – no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos – para a religião cristã e exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a conseqüência – lamentavelmente renegada por muito tempo por parte das instituições cristãs e seus integrantes (basta lembrar as crueldades praticadas pela “Santa Inquisição”) – de que o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

Propõe, ainda, Sarlet (2002, p. 62), um conceito de dignidade da pessoa humana, apesar de ressaltar seu permanente processo de reconstrução.

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

Assim, pode-se afirmar que a dignidade é inerente ao ser humano, precedendo a qualquer norma constitucional, sem se poder quantificar ou mensurar seu valor, já que apenas as coisas são passíveis de estipulação de “preços” ou “valores”. A dignidade faz parte da pessoa, ou seja, esta tem dignidade, enquanto as coisas têm preços ou valores.

Por estar ínsita em cada indivíduo, a dignidade pode ser explicitada como um valor espiritual e moral, sendo protegida e assegurada pela legislação para garantir o respeito às pessoas enquanto seres humanos, conforme ensina Moraes (2007, p. 46):

*[...] a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.**

Assim, a pessoa humana, se for valorada, deve prevalecer sobre qualquer outro valor, devendo dispor o Estado de toda forma possível e eficaz de propiciar-lhe proteção, dignidade, respeito e benefícios destinados às políticas públicas. Decorre tal disposição de que a dignidade não se origina da legislação constitucional, mas deriva da natureza intrínseca do homem.

Por ser considerada uma característica essencial da pessoa como sujeito, não podendo ser coisificada ou instrumentalizada, a dignidade se torna um princípio abrangente de todos os princípios correspondentes aos direitos e aos deveres das pessoas. Cabe, assim, ao Estado a obrigação de garantir sua efetivação, não

podendo ser renunciada e nem alienada, pois é uma qualidade intrínseca da pessoa humana que deve ser reconhecida, respeitada, protegida e promovida, jamais podendo ser criada, concedida ou retirada do ser humano.

A dignidade é inerente a qualquer ser humano, independentemente do preenchimento de requisitos, vez que determinada apenas pela condição de pessoa, independentemente sua condição social, cor, crença religiosa, raça, etc... Seu reconhecimento e respeito decorrem apenas da condição de pessoa humana de qualquer indivíduo.

A dignidade também advém àqueles indivíduos que praticam ações indignas e infames, e até mesmo ao maior infrator da legislação penal, pois todos são iguais em dignidade pela simples condição de serem pessoas humanas, conforme disposto pelo artigo 1º da Declaração Universal da Organização das Nações Unidas (1948): “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.”

Explicita ainda a respeito Sarlet (2002, p. 44):

Na feliz formulação de Jorge Miranda, o fato de os seres humanos (todos) serem dotados de razão e consciência representa justamente o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste sua igualdade.

Segue no mesmo sentido ao dispor sobre a garantia de privacidade e demais direitos ao preso, independentemente do sistema prisional a que está submetido, pois sua condição de ser humano permanece inerente, o disposto por Sarlet, 2002, p. 51-53 (*apud* Dworkin):

[...], que, nesta linha de entendimento, distingue o direito a um tratamento digno do direito à beneficência, exemplificando tal distinção com a situação peculiar dos presos, que, por serem encarcerados, não são tratados de forma benéfica (já que o objetivo é prevenção de delitos para o benefício geral da comunidade), mas ainda assim, na condição de seres humanos, devem ser tratados com dignidade, não podendo ser torturados, humilhados, assegurando-lhes um mínimo de privacidade e direitos básicos. [...], referindo, com base no exemplo dos presos, que tal concepção impõe que, apesar das razões que levaram ao encarceramento, que poderão exigir e justificar esta ofensa (a prisão), estas não autorizam

que se venha a tratar o preso como mero objeto, à disposição dos demais, como de apenas importasse a utilidade da prisão.

Pelo exposto sobre a dignidade, verifica-se que a dignidade da pessoa humana pertence a cada indivíduo por sua única condição de pessoa, e cabe ao Estado sua proteção. Esse é responsável pelo exercício e fruição daquela face à vida social necessária à pessoa, protegendo-a de qualquer agressão ou supressão da dignidade em virtude do convívio entre os seres humanos.

No entanto para alcançar as condições atuais, o princípio da dignidade da pessoa humana passou apenas a ser reconhecido juridicamente após as mazelas da 1ª Guerra Mundial (1914-1918), alcançando destaque internacional com o término da 2ª Guerra Mundial (1939-1945), com a criação da Organização das Nações Unidas e a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme dispõe Giacóia Junior (2008, p. 273):

[...] a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta das Nações Unidas seriam marcos históricos inequívocos do reconhecimento da dignidade inerente a toda pessoa humana, bem como a garantia de direitos iguais e inalienáveis, justiça e paz no mundo, preservando as futuras gerações de seres humanos da repetição dos flagelos da guerra e da barbárie.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a dispor sobre a garantia e proteção da dignidade da pessoa humana, trazendo um título próprio destinado aos princípios fundamentais, em seu artigo 1º, inciso III, logo após o preâmbulo, e anterior aos direitos fundamentais. A intenção do constituinte vem disposta por Sarlet (2002, p. 64 e 68):

[...] o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, [...]

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do

exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Mediante sua disposição, a dignidade da pessoa humana é reconhecida como um princípio fundamental, não sendo arrolado no rol dos direitos e garantias fundamentais, além de ser consagrado ainda como cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º do dispositivo constitucional de 1988, concebendo a pessoa como fundamental e destacável à sociedade e ao Estado.

A relevância da dignidade da pessoa humana, apesar de preexistir ao direito, para que seja considerada legítima, necessita ser protegida e reconhecida pela legislação jurídica, assim como fez a Constituição Federal de 1988.

Destacada como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana protegida pelo direito, garante ao indivíduo o direito à igualdade entre todos os demais, contrariando qualquer forma de discriminação.

Pela disposição na Declaração Universal da Organização das Nações Unidas, todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos, sem divisão, separação ou comparação, bastando à condição de ser humano para que sejam reconhecidos como sujeitos de direitos e, conseqüentemente, inculdos de dignidade. Neste sentido, depreende-se que o ser humano por si só possui dignidade, independentemente de requisito ou da prática de qualquer conduta ou, ainda, destacando-se aqui os presos, os quais não podendo ser submetido à discriminação, perseguição, tortura ou lesão, mas apenas submisso à lei e ao seu cumprimento.

Pode-se afirmar que o Estado possui obrigações de formas diferenciadas e vinculadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, obrigando-se a não infringi-la, bem como protegê-la de qualquer ofensa ou agressão, em respeito ao fundamento constitucional constituidor deste princípio. Desta forma, o Estado se limita em virtude da proteção da dignidade humana, como expôs Sarlet (2002, p. 110-112):

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a

violam a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta com uma vida com dignidade para todos, podendo-se sustentar, na esteira da luminosa proposta de Clèmerson Clève, a necessidade de uma política da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Com efeito, de acordo com a lição de Pères Luño, “a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.”

Neste contexto, não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer, inclusive contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente – mas não exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados).

A Constituição Federal brasileira de 1988, como primeira constituição do país a consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamental, nos termos do artigo 1º, inciso III, obrigou o Estado a garantir a proteção do indivíduo para que este não seja submetido à condição de objeto. Neste sentido, o indivíduo é sujeito de direitos e obrigações, em sua inerente dignidade, decorrente de sua condição humana, já que os direitos fundamentais são assegurados por força de sua positivação constitucional.

Com a proteção direta garantida pela Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como todos os demais direitos fundamentais devem ser respeitados e garantidos. Cabe sua eficácia a responsabilidade do Estado, proporcionando meios para a tutela de tais direitos, sob pena de punição em caso de infração ou inaplicação dos mesmos por ação ou omissão.

Verificar-se, mais adiante, que a inaplicabilidade e ineficiência do Estado em fazer cumprir os direitos fundamentais eficazmente, também em relação ao preso, ao segregá-lo e privá-lo de sua liberdade de forma arbitrária, gerará responsabilidade ao Estado. A omissão do Estado na tutela do princípio da

dignidade da pessoa humana diante do indivíduo aprisionado, privando-os de todos os direitos e garantias fundamentais, ocasionará na obrigação de reparação de danos.

1.6.2 Princípio da presunção de inocência

É cediço que a prática de tortura e penalidades aplicadas a um indivíduo acusado remonta aos primórdios, gerando sofrimento desnecessário e desmedido por meio do Estado. O objetivo da imposição destes sofrimentos era comprovar a inocência pela suportabilidade da dor, pois aquele que resistisse aos atos sofridos era considerado inocente. Esta forma de agir era sem qualquer fundamento ou legalidade, como bem dispôs Beccaria (2015, p. 38):

É uma crueldade consagrada pelo uso na maioria dos governos a aplicação da tortura a um acusado durante a formação do processo, quer para arrancar dele a confissão do crime, quer para esclarecer as contradições em que caiu, quer para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, mas do qual poderia ser culpado, quer enfim porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia.

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado os pactos com os quais estivera de acordo. Qual o direito, a não ser o da força, que autoriza a um juiz aplicar pena a um homem enquanto não tenha a certeza de que é culpado ou inocente?

Assim, o princípio da presunção de inocência surge com a Magna Carta de 1250, dispondo, também, sobre direitos ao imputado, nos termos artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, na França. Também se destacou na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, no artigo 11, e no Pacto de São José da Costa Rica, este último aderido pelo Brasil.

Artigo 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Artigo 11. Toda pessoa acusada de um ato delituoso, tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido

provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Este princípio objetiva garantir ao acusado a qualidade de inocente até a decisão da sentença condenatória transitada em julgado, pois a regra é o direito à liberdade de qualquer indivíduo, considerando-se o acusado culpado apenas com o efetivo trânsito em julgado da decisão condenatória baseado em provas concretas e incontestas.

O princípio da presunção de inocência é positivado pela Constituição Federal brasileira de 1988 por meio do artigo 5º, inciso LVII, passando o acusado a ser sujeito de direito, e não mais permanecer na condição de objeto, conforme narrado por Sznick (2002, p. 273):

Diante do preceito constitucional de presunção de inocência, não se pode impor ao acusado a pecha de condenado, enquanto inexistir sentença condenatória em sentido definitivo. O réu, até então tratado como coisa ou objeto e sem direitos, agora, com base nos princípios constitucionais, tem garantido o direito fundamental da liberdade, dentro do *status* de não-culpabilidade. Mesmo que não constasse expressamente na Constituição, referido preceito é encontrado, por meio de interpretação, decorrente de outros dois princípios: o devido processo legal, aliado aos princípios de ampla defesa e do contraditório. [...]

Antes da positivação deste princípio na Constituição Federal de 1988, não havia qualquer menção ao mesmo nos dispositivos anteriores, mas parte da doutrina considerava a presunção de inocência como princípio informador no nosso ordenamento jurídico, de acordo com Gomes Filho (1991, p. 30):

As anteriores Constituições brasileiras, embora sempre pródigas na enumeração de garantias fundamentais da justiça repressiva, jamais haviam feito referência ao princípio da presunção de inocência. Apesar disso, com base na norma de encerramento do rol de direitos e garantias, segundo a qual a enumeração destes não é taxativa, mas meramente exemplificativa, não incluindo preceitos semelhantes que decorram da natureza do regime e dos princípios que o informam, verificava-se por parte da doutrina grande sensibilidade ao considerar a presunção de inocência como princípio informador do

nosso ordenamento, especialmente em face da adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

Nestes termos, a parte acusada não deverá ser considerada culpada durante toda a instrução processual, mas sim inocente, até a fase recursal, enquanto pendente a condição de sentença penal condenatória transitada em julgado. Esse princípio constitucional garante a proteção do indivíduo da restrição de sua liberdade, pois cabe ao Estado preservar a integridade do acusado. Ao mesmo tempo, cabe ao Estado, por meio dos órgãos acusatórios, comprovar a culpabilidade do sujeito acusado processualmente.

Tais afirmações decorrem de que a liberdade é pressuposto da pessoa humana e, por isso, pode ser vista como uma forma de direitos políticos face os mandamentos impositivos do Estado, mediante o elucidado por Kelsen (2009, p. 155 e 157):

Os direitos políticos [...] Costuma ser definidos como a capacidade ou o poder de influir na formação da vontade do Estado [...]
[...] Entre os direitos políticos são também contados os chamados direitos fundamentais e os direitos de liberdade que as Constituições dos Estados modernos estatuem, enquanto garantem a igualdade perante a lei; a liberdade (isto é, a inviolabilidade) da propriedade, a liberdade da pessoa, a liberdade de opinião [...]

Depreende-se, ainda, da presunção de inocência, a ideia principal da não culpabilidade do indivíduo até o trânsito em julgado da sentença condenatória, objetivando sua proteção. Essa proteção justamente é a garantia da não submissão ao acusado de um cumprimento de pena antecipado, tutelando sua liberdade até que o Estado consiga provar sua culpa. Além de ser um princípio constitucional, também é garantido como cláusula pétrea.

Essa presunção legal é caracterizada como absoluta, já que apenas ao Estado compete sua desconsideração por meio da persecução penal eficaz e conseqüente trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Assim, não poderá o indivíduo ser privado de sua liberdade, tutelada juntamente com sua imagem e sua integridade, sem submetê-lo a humilhação e ao constrangimento. No mesmo sentido dispôs Delmanto Junior (2001, p. 66):

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

De acordo com o dispositivo legal, a proteção à liberdade do indivíduo deve prevalecer em todas as fases processuais dos casos concretos, não dispondo outra norma em sentido contrário.

É garantia constitucional, também, o direito à indenização por parte do Estado em favor do condenado por erro judiciário, ou àquele que permanecer preso além do prazo fixado em sentença, nos termos do artigo 5º, inciso LXXV da Constituição Federal.

Em consonância com o princípio da presunção de inocência e complementando os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, vem disposto o princípio do devido processo legal e o princípio do contraditório e da ampla defesa. Tais princípios oportunizam um julgamento justo e igualitário em contraponto às atrocidades perpetradas pelo Estado e sua vantagem desmesurada sobre o ser humano, decorrente do seu poder de punição.

Assim, a regra é a liberdade do indivíduo, embora existam exceções consideradas como *ultima ratio* a serem utilizadas durante a persecução criminal, em que se possibilita a aplicação de medidas cautelares prisionais, nos termos dos artigos 5º, inciso LXI da Constituição Federal e 283 do Código de Processo Penal. Estas medidas excepcionais de restrição à liberdade do indivíduo, amparadas legalmente, devem preencher os requisitos necessários para sua aplicação e decretadas por meio de uma decisão proferida de forma escrita, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária competente.

1.6.3 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Disposto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal brasileira e incluído no rol dos direitos e garantias fundamentais, este princípio garante aos litigantes o contraditório e a ampla defesa. Possibilita a qualquer das partes em um processo, a apresentação de sua defesa, sendo este princípio um corolário do princípio do devido processo legal.

No direito ao contraditório e a ampla defesa o acusado sempre responderá, através dos meios de defesa admitidos legalmente, qualquer acusação que lhe for desferida, sob pena de nulidade do processo, mediante o no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal brasileira: “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...].”

A importância deste princípio perfaz-se em destaque também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 8º, assim disposto: “Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.”

No processo penal ao se dispor sobre a prática de crimes, o princípio do contraditório e ampla defesa é considerado um direito inerente ao acusado, sendo-lhe imposto o dever de se manifestar a respeito da acusação proferida em seu desfavor. Intenciona oportunizá-lo o direito de defesa a respeito dos fatos narrados pela parte acusatória.

Dispõe-se como um direito impositivo ao acusado, pois não há opção de sua não utilização por ele, sendo sua manifestação obrigatória, sob pena de gerar nulidade a prática de qualquer ato subsequente ao processo. Denota-se, na verdade, a geração de um “dever” de defesa ao acusado, ainda que imposto como forma de um direito, já que na ausência de sua apresentação de defesa, por inércia ou esquecimento, é obrigatória a designação de advogado ou defensor público para sua defesa no processo. Exige-se, então, uma defesa técnica a ser apresentada ao acusado, propiciando equivalência entre ele e o órgão acusador.

O objetivo é justamente proporcionar à parte um julgamento límpido, sem influência alguma no julgador, o qual deve ser imparcial e sopesar todos os fatos e fundamentos dispostos no processo. A decisão deve ser coerente e eficaz, baseada

nas provas juntadas aos autos, tanto pela acusação, como pela defesa. Visa-se oferecer ao acusado a possibilidade de se equilibrar na relação jurídica, dispondo ele de todos os meios legais para se defender.

O acusado tem o direito de intervir no processo sobre todos os elementos de prova apresentados em seu desfavor, assegurando-lhe condições para que apresente no processo fatos e provas tendentes ao esclarecimento da verdade, como elencado por Bastos (2001, p. 235):

O conteúdo da defesa consiste em o réu ter iguais possibilidades às conferidas ao autor para repelir o que é contra ele associado. Essa igualização não pode ser absoluta, porque autor e réu são coisas diferentes. Uma mesma faculdade conferida a um e a outro poderia redundar em extrema injustiça. A própria posição específica de cada um já lhes confere vantagens e ônus processuais. O autor pode escolher o momento da propositura da ação. Cabe-lhe, pois, o privilégio da iniciativa, e é óbvio que esse privilégio não pode ser estendido ao réu, que há de acatá-lo e a ele submeter-se. Daí a necessidade de a defesa propiciar meios compensatórios da perda da iniciativa. A ampla defesa visa, pois, a restaurar um princípio da igualdade entre as partes que são essencialmente diferentes.

[...]

O contraditório é, pois, a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Daí o caráter dialético do processo, que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz.

Daí afirmar-se que a ampla defesa e o contraditório constituem garantias do devido processo legal, eis que concede o direito às partes de se defenderem das acusações e apresentarem suas versões dos fatos, além da produção e juntada de provas, possibilitando um julgamento justo.

A instrução criminal contraditória garante o direito à defesa plena, respeitados os recursos a ela inerentes, ligando-se o contraditório à regra em que toda parte deverá, obrigatoriamente, conhecer dos atos praticados pela parte contrária, para a realização de um julgamento correto ou, no mínimo, sem restar dúvida alguma.

Assim, embora dispostos no mesmo dispositivo legal (artigo 5º, inciso LV da CF), o contraditório e a ampla defesa se distinguem, por disporem de condições diversas, mas complementares para o desenvolvimento e satisfação processual.

O contraditório pode ser disposto como forma de confronto da prova e comprovação da verdade, fundando-se sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre as partes contrárias: a acusação e a defesa. O ato de “contradizer” a suposta verdade que vem afirmada na acusação é ato imprescindível para a acusação se configurar no processo, trazendo o contraditório o direito à audiência e as alegações das partes, para a elucidação do processo. Assim, procura-se reviver a história do delito com a versão da acusação e o contraditório do alegado pelo indivíduo acusado. Esse direito de resposta do acusado é inerente ao processo, pois o juiz não pode se limitar a ouvir apenas a acusação, sob pena de parcialidade (LOPES JUNIOR, 2017, p. 97)

O contraditório é inerente a qualquer ato processual referente à prática de um delito, pois o indivíduo acusado tem o direito de conhecer as acusações que lhe são proferidas e, ao mesmo tempo, opor seus fatos e contradições acerca das provas carreadas, sendo-lhe garantida uma informação e uma reação, como explicita Lopes Junior (2013, p. 233):

Os dois polos da garantia do contraditório são: informação e reação. A efetividade do contraditório no Estado Democrático de Direito está amparada no direito de informação e participação dos indivíduos na Administração de Justiça. Para participar, é imprescindível ter a informação. A participação no processo se realiza por meio da reação, vista como resistência pretensão jurídica (acusatória e não punitiva) articulada, e isso expressa a dificuldade prática, em certos casos, de distinguir entre a reação e o direito de defesa.

Desta forma, o indivíduo acusado tem o direito de conhecer e participar do processo não apenas como sujeito passivo, mas como sujeito ativo, no sentido de contraditar todas as acusações a ele desferidas. Buscará, desta forma, provar a veracidade dos fatos a partir do conhecimento completo da acusação, distinguindo o contraditório direto, do contraditório diferido ou postergado.

No contraditório direto, as provas são apresentadas ao mesmo tempo em que são questionadas, possibilitando sua contraposição imediata a sua

apresentação. Já no contraditório diferido ou postergado, a oportunidade de contraditar é repassada posteriormente ao acusado, podendo combater ou contestar a prova realizada anteriormente (FERNANDES, 2010, p. 63)

No que tange à ampla defesa, tem-se a defesa técnica e a defesa pessoal ou autodefesa.

A defesa técnica garante ao acusado sua defesa no processo realizada por um advogado ou defensor público, proporcionando-lhe uma assistência através de uma pessoa com conhecimento técnico, visando o equilíbrio entre a defesa e a acusação. Isso ocorre porque a acusação feita por uma parte técnica também, via de regra, o Estado, por meio do Ministério Público. O Código de Processo Penal, em seu artigo 261 é claro ao explicitar a necessidade da defesa técnica nos autos criminais, assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 8,2, prevê o direito do acusado de defender-se ou ser assistido por um defensor de sua escolha. Diz-se que a defesa técnica é exigida pela sociedade, pois o interesse da coletividade é uma constatação negativa caso o delito não constitua uma fonte de responsabilidade penal (LOPES JUNIOR, 2013, p. 233-235)

Já a defesa pessoal ou autodefesa atua em conjunto com a defesa técnica através de atuações do indivíduo acusado de forma pessoal, defendendo a si mesmo de várias formas, como por exemplo, no interrogatório tanto policial quanto judicial. A defesa pessoal pode ser positiva, onde o acusado tem o direito disponível de praticar atos resistentes ao poder de investigar do Estado, valendo-se do seu direito de liberdade. Também pode ser a defesa pessoal negativa, em que o acusado deseja permanecer em silêncio durante os atos processuais, não implicando esse ato em sua confissão ou qualquer prejuízo ao processo, mas se aplicando o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Nessa última, o direito ao silêncio é garantido constitucionalmente pelo artigo 5º, inciso LXIII da CF, sem se traduzir em uma presunção de culpabilidade ou indício de culpa (LOPES JUNIOR, 2017, p. 103-104)

O princípio do contraditório e ampla defesa corrobora com o direito que possui o acusado de se defender de forma eficaz nas acusações proferidas em seu desfavor, dispondo-lhe a possibilidade do exercício de relatar os fatos e comprovar

suas alegações de forma oportuna e sem qualquer surpresa, pois tem direito de conhecer de todos os atos processuais.

1.6.4 Princípio da proporcionalidade

Ao Estado, através de seus entes, cabe legislar e aplicar as leis em conformidade com o dispositivo correspondente a cada caso concreto. Pelo princípio da proporcionalidade, busca-se inibir e neutralizar o abuso do Poder Público no exercício de suas funções.

De acordo com a doutrina, este princípio se desenvolveu inicialmente na Alemanha, através de inspirações jusnaturalistas e iluministas que afirmavam a justificativa da limitação à liberdade individual apenas com a concretização de interesses coletivos superiores. Essas ideias influenciaram a doutrina e jurisprudência principalmente após a 2ª Guerra Mundial, em que se sistematizou referido princípio, o qual era denominado neste país como princípio da proibição do excesso. No Direito Brasileiro foi incorporado como norma esparsa no texto constitucional, e não de forma expressa, acolhido pela jurisprudência e doutrina pátrias com o objetivo de um meio-fim na busca do controle de excessos praticados pelo Poder Público, garantindo a eficácia dos direitos fundamentais. (FERNANDES, 2010, p. 49-50)

Inicialmente dispunha-se que o princípio da proporcionalidade ligava-se especificamente ao Direito Penal, em que Beccaria entendia que as sanções criminais deveriam ser proporcionais à gravidade dos delitos praticados, como citou Carvalho (1992, p. 45): “No Direito Penal, a proporcionalidade se sustentava desde Beccaria, e se manifesta na ideia de imposição de pena na medida exata da consecução de sua finalidade social.”

A Constituição Federal brasileira adotou a política do Estado Democrático de Direito, proporcionando a proteção e garantia dos direitos fundamentais em seu

preâmbulo e artigo 1º, restando tal princípio positivado em nosso ordenamento jurídico, apesar de não explícito, como dispõe a respeito Barros (2000, p. 91):

[...] que a existência do princípio da proporcionalidade no nosso sistema não depende, assim, de estar contido em uma formulação textual na Constituição. Desde que seja possível hauri-lo de outros princípios constitucionais, estará caracterizado e, de resto, sua aplicação será obra dos Tribunais.

Em consonância ainda elucida Bonavides (2002, p. 395 e 396):

No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais se avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito.

[...]

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento jurídico. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda a sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

Referido princípio no direito penal corresponde à necessidade de proporção entre a culpa do indivíduo e a fixação dos limites da pena, respeitando a relação de causalidade entre esses dois elementos considerados um meio e um fim, pois os meios utilizados devem ser adequados para o atingimento do fim.

A ideia de proporção estava ligada diretamente às penas, inicialmente, trazendo um equilíbrio entre os delitos cometidos e as penas aplicadas aos infratores, mediante o disposto por Beccaria (2015, p. 78; 79):

O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mas ainda que os delitos sejam mais raros na proporção do mal que fazem à sociedade. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais prejudicial ao bem público e pode tornar-se mais comuns. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas.

[...]

Bastará, contudo, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penas proporcionadas aos delitos e que, sobretudo, não aplique os menores castigos aos maiores crimes.

Em definição, a palavra proporcional é algo de proporção correta, equilibrada, utilizando-se do princípio para ponderar corretamente os interesses conflitantes perante o caso concreto, ou seja, a relação para que, entre o fim a que se busca e o meio a ser utilizado haja uma proporção adequada, não dispondo do acusado da forma como bem desejar o Estado, livre e arbitrária.

A importância do postulado da proporcionalidade destaca-se cada vez mais, por servir como instrumento de controle dos atos do Poder Público. Para ser aplicado é preciso ter relação de causalidade entre um meio e um fim, podendo-se proceder aos três exames fundamentais, traduzidos na adequação (o meio promove o fim?), na necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do direito fundamental afetado?), na proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às vantagens provocadas pela adoção do meio?). Assim, no direito penal aplicar-se-ia à necessidade de proporção entre culpa e pena na fixação dos limites da pena, pois os meios devem ser adequados para o atingimento do fim (ÁVILA, 2015, p. 204-205)

Pode-se perceber que o princípio da proporcionalidade deve respeitar a eficaz aplicabilidade de uma norma, traduzido na real imposição relacionada à norma imposta e o fim almejado que, no caso da privação da liberdade do indivíduo (decretação da prisão), mostra-se como necessário e indispensável, para coibir a não satisfação processual, e não apenas como forma de castigar o indivíduo antecipadamente. Neste caso, a determinação da prisão funcionará como a *ultima ratio* das condições dispostas que justificam a privação da liberdade, sem que a prisão cause maior dano do que a imposição de uma medida cautelar diversa.

1.6.5 Princípio da liberdade

Elencado no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal brasileira, traduz-se na liberdade inerente ao ser humano em que apenas fará ou deixará de fazer alguma coisa em virtude de lei. Isso porque a liberdade somente pode ser restrita por meio de normas jurídicas preceptivas ou proibitivas provenientes de um órgão legal.

Destaca a importância do princípio da liberdade Silva (2006, p. 81):

[...] Por isso, esse dispositivo é um dos mais importantes do direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade-base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona *liberdade* e *legalidade*. Dele se extrai a idéia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por *normas jurídicas preceptivas* (que impõem uma conduta positiva) ou *proibitivas* (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: *a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítimo*.

O grande Pimenta Bueno já dizia, no século XIX:

“A liberdade não é pois exceção, é sim a regra geral, o princípio absoluto, o direito positivo; a proibição, a restrição, isso sim é que são as exceções, e que por isso mesmo precisam ser provadas, achar-se expressamente pronunciadas pela lei, e não por modo duvidoso, sim formal, positivo; tudo o mais é sofisma.

“Em dúvida, [conclu] prevalece a liberdade, porque é o direito, que não se restringe por suposições ou arbítrio, que vigora, porque é *facultas ejus, quod facere licet, nisi quid jure prohibet*.”

Por ser a liberdade regra em nosso ordenamento jurídico, como disposto, até o momento, é protegida e garantida ao ser humano por meio de inúmeros princípios e dispositivos legais. Assim, a prisão apenas é possível, respeitando os dispositivos legais, sem infringir as garantias e os direitos fundamentais, mas com o fim de aplicação justa e eficaz nos processos do direito e efetivação da justiça.

A privação da liberdade do indivíduo é algo excepcional, devendo ser aplicada exclusivamente em casos de extrema necessidade e incompatibilidade com a aplicação das medidas cautelares dispostas legalmente. Caso ocorra o tolhimento do direito de liberdade do indivíduo sem respeito aos direitos e garantias constitucionais fundamentais, sofrerá àquele a imposição da maior penalidade descrita no processo penal, que é a prisão.

As penas, para que desenvolvam uma função preventiva, devem ser desagradáveis ou, em qualquer caso, consistem em males idôneos com o fim de impedir a prática de novos delitos, bem como de evitar a realização de justiça com as próprias mãos pelas pessoas, pois são impostas contra a vontade do condenado. O que se deve verificar é a forma de punição, ou seja, como se pode punir de forma eficaz, mediante dois subproblemas que é a qualidade e a quantidade da pena (FERRAJOLI, 2014, p. 356)

Luigi Ferrajoli elaborou a teoria do garantismo penal, com fundamento no pensamento iluminista, a qual objetiva limitar o poder punitivo do Estado, reduzindo-o ao mínimo possível para a proteção do indivíduo.

Assim, visa garantir a liberdade do indivíduo através da busca pela minimização do poder punitivo do Estado, dispondo a segurança de cada um. Criminalmente, a teoria do garantismo penal preza pela intervenção mínima do Estado no sistema normativo, utilizando seu poder punitivo como *ultima ratio*, para garantir a liberdade do indivíduo.

1.6.6 Princípio do devido processo legal

Referido princípio surgiu no direito inglês por meio da proclamação da Magna Carta de João Sem Terra, em 1215, artigo 39, correspondendo ao *law of the land* (direito da terra), em que se exigia uma formalidade necessária ao processo para a imposição de penas, não podendo haver a prisão de um indivíduo sem um julgamento justo, conforme descrito.

Artigo 39. Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.

O termo *law of the land* foi substituído por *due process of law* no Estatuto de 1354, no reinado de Eduardo III, como dispôs Carvalho (1992, p. 42):

A origem da cláusula, conforme excelente obra de Siqueira Castro à qual recorro neste capítulo, encontra-se no artigo 39 da Magna

Carta, imposta em 1215, na Inglaterra, ao rei João Sem Terra, pelos barões feudais, como forma de limitação ao absolutismo e suas práticas. [...]

Como se vê, inicialmente não se usou a expressão devido processo legal, o que só veio a ocorrer em 1354, sob o reinado de Eduardo III, em lei aprovada pelo Parlamento inglês. Mas sempre se entendeu que a locução *law of de land* significava o mesmo que *due processo of law*, tendo esta sido consagrada como sucessora daquela, com idêntico teor, tanto pelas cortes inglesas como norte-americanas.

No Brasil este princípio surgiu apenas expressamente na Constituição Federal de 1988, assegurado entre os direitos e garantias fundamentais, pressupondo os princípios do contraditório, da ampla defesa, dentre outros. Consagrou-se, também, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 8º) e na Convenção de São José da Costa Rica (artigo 8º), mediante citado por Silva (2006, p. 154):

[...] O princípio do *devido processo legal* entra agora no direito constitucional positivo em um enunciado que vem da Magna Carta Inglesa: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), o contraditório e a plenitude da defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o *processo* – e “quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais” – conforme autorizada lição de Frederico Marques.

Apesar do princípio do devido processo legal ser estabelecido expressamente apenas na Constituição Federal de 1988, constituições anteriores disciplinaram algumas de suas garantias em gradação variável. Assim, denota-se que não houve propriamente a ausência do princípio do devido processo legal, mas sim sua manifestação através de algumas normas de garantia do processo e do direito de segurança (MOURA, 2000, p. 45)

Este princípio, ao ser disposto na constituição, adaptou ao ordenamento jurídico brasileiro os princípios provenientes do *due processo of law*, podendo-se

citar como principal diferença entre eles a de que no direito pátrio o princípio dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Não podendo, o Estado, privar ninguém da vida, quer por intermédio do *jus puniendi*, quer por outro ato emanado pela Poder Público, mas apenas excepcionalmente em caso de guerra declarada, onde se admite a pena de morte, nos termos do artigo 84, inciso XIX (MOURA, 2000, p. 83)

Assim, o devido processo legal consiste na segurança constitucional de garantia da liberdade do indivíduo, bem como da não privação de seu patrimônio econômico e social, sem a observância das garantias legais determinadas, objetivando um julgamento justo com uma decisão correta. Traduz-se na ideia de justiça, em que acusado e acusador comparecem perante o juiz com seus fundamentos, assegurando o contraditório e a ampla defesa, além de exigir a própria imparcialidade na decisão.

Neste sentido aludiu Moraes (2009, p. 123):

A Constituição Federal de 1988 incorporou o princípio do devido processo legal, que remonta à *Magna Charta Libertatum* de 1215, de vital importância no direito anglo-saxão. Igualmente, o art. XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, garante que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Salienta-se que referido princípio constitucional vem também definido e explicitado no direito processual civil, assegurando ao acusado e acusador o direito a um julgamento justo, eficaz e capaz de elucidar a verdade processual. Neste sentido dispõe por Theodoro Junior (2005, p. 27):

É no conjunto dessas normas do direito processual que se consagram os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses e ao juiz os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes. A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, inc. XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, inc. LIII), a garantia de acesso à justiça (CF, art. 5º, inc.

XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, inc. LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, inc. IX).

Pode-se concluir que este princípio é utilizado, ainda, para explicar e expandir os termos: vida, liberdade e propriedade, garantindo ao ser humano sua liberdade e a arbitrariedade de seus bens, para uma proteção ampla e eficaz, sem qualquer privação do indivíduo acusado antes de um julgamento justo e transitado em julgado, conforme explicita Silveira (*apud* Maciel, 2001, p. 238; 258):

O termo devido processo legal é usado para explicar e expandir os termos vida, liberdade e propriedade e para proteger a liberdade e a propriedade contra legislação opressiva ou não-razoável, para garantir ao indivíduo o direito de fazer de seus pertences o que bem entender, desde que seu uso e ações não sejam lesivos aos outros como um todo.

Analisando o dispositivo constitucional, que introduz no direito constitucional brasileiro, positivamente, a cláusula do devido processo legal, *Luiz Ailton de Carvalho* esclarece a abrangência dos seus termos vernaculares: o devido processo legal protege a liberdade, em seu sentido amplo – liberdade de expressão, liberdade de ir-e-vir, liberdade de fazer e não fazer, de acordo com a lei – e os bens, também em sentido amplo – bens corpóreos (propriedades, posses, valores) e bens incorpóreos (direitos, ações, obras intelectuais, literárias, artísticas, sua imagem, seu conceito, sua expressão corporal etc.)

Essa garantia constitucional adveio da necessidade de equiparar o acusado às condições não equiparadas do acusador, no caso o Estado, portador de todas as formas e medidas a sua disposição para incriminar àquele. Com a positivação do princípio do devido processo legal equiparou-se equilibradamente as armas no processo penal entre acusado e Estado (órgão acusador), buscando a aplicação de uma justiça penal.

O devido processo legal se assimila à ideia de um processo justo, pois o processo deve busca realizar o melhor resultado concreto, face aos desígnios do direito material. Objetivando comprometer-se com o justo, o correto, o efetivo, a presteza da prestação jurisdicional, o devido processo legal realiza função de um superprincípio, dentre outras funções, vez que coordena e delimita todos os demais princípios que informam tanto o processo quanto o procedimento. Inspira e torna realizável a proporcionalidade e a razoabilidade que deve prevalecer na vigência a

harmonização de todos os princípios do direito processual (THEODORO JUNIOR, 2005, p. 28)

Assim, o princípio do devido processo legal abrange os demais princípios e garantias constitucionais implícitos ou explícitos, dentre os quais, a inviolabilidade de domicílio, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e demais comunicações, a impossibilidade da decretação de prisão nos casos não recepcionados ou autorizados por lei, o direito de permanecer em silêncio, a garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, o contraditório e a ampla defesa, a individualização da pena, a presunção de inocência, etc.. Apenas se concretiza tal princípio no processo penal, se houver a garantia dos demais princípios consagradores do ato da persecução criminal.

CAPÍTULO II – PRISÕES CAUTELARES NO PROCESSO PENAL

Este capítulo dispõe a respeito da persecução criminal, as espécies autorizadoras de cerceamento do direito de ir e vir do indivíduo, uma vez que preenchidos os requisitos legais elencados na legislação vigente. Dispõe de medidas cautelares diversas da prisão dispostas no artigo 319 do CPP com o objetivo de reduzir os presos provisórios no sistema prisional.

2.1 PERSECUÇÃO CRIMINAL

Em que pese os dispositivos constitucionais garantidores fundamentais existentes, que visam proporcionar ao indivíduo uma proteção contra possíveis abusos e arbitrariedades desferidas pelo Estado, é necessária a busca da verdade para a aplicação da punibilidade cabível a cada caso concreto. Essa disposição da verdade real vem traduzida na persecução criminal, objetivando, primordialmente, a colheita de fatos históricos e produção de provas, para proporcionar um julgamento justo e em consonância com a realidade fática.

Assim, como o Estado é responsável pela garantia da aplicação das normas positivadas a cada caso concreto e, para o desenvolvimento desta função, utiliza-se da jurisdição, pois havendo conflito entre partes, cabe a ele a imposição das normas regulamentadoras, mediante o enfatizado por Vilares (2012, p. 55):

No viés jurídico, a jurisdição é o meio pelo qual o Estado busca a realização prática das normas em caso de conflito entre pessoas, declarando qual o preceito pertinente ao caso concreto e desenvolvendo medidas para que este seja realmente efetivado. Em suma, tem como finalidade assegurar a prevalência do direito positivo no país.

Isso decorre da própria Constituição Federal e demais normas positivadas, eis que garantidoras dos direitos de cada indivíduo, proporcionando o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal a apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito qualquer, por parte de quem quer que sofra algum tipo de ofensa.

Essa função a que o Poder Judiciário é incumbido exige sua imparcialidade, para que o julgamento a ser proferido seja justo, em respeito ao princípio do devido processo legal. Visa, ainda, proporcionar o alcance de cada indivíduo do que realmente lhe pertence por direito e, para que isso seja possível, o Poder Judiciário precisa ser provocado por meio dos órgãos competentes essenciais à justiça, como a polícia, o ministério público, a defensoria pública ou o advogado.

Dentre as regras de conduta criadas pelo Estado para manter a organização da vida em sociedade, destacam-se as de natureza penal, aplicando-se a pena para coagir o indivíduo a não praticar atos que infrinjam as normas, definindo-se “a pena, portanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o Direito Penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade.” (GRECO, 2013, p. 2)

A realização de uma conduta tipificada pela lei, não pode se manter impune, conforme o regramento jurídico. Em decorrência da necessidade de punição, a aplicação de qualquer medida deve se realizar em consonância com a garantia aos direitos fundamentais, mediante o disposto por Avena (2015, p. 01):

A realização de uma conduta típica faz nascer, para o Estado, o poder-dever de aplicar a sanção penal correspondente. Essa aplicação, contudo, não poderá ocorrer à revelia dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, sendo necessária a existência de um instrumento que, voltado à busca da verdade real, possibilite ao imputado contrapor-se à pretensão estatal.

Assim, cabe ao Estado, através do seu poder soberano, o direito de punir aquele que agir em detrimento com a legislação vigente, em proteção aos bens jurídicos tutelados legalmente.

O Estado age desta forma, pois precisa manter sua organização, possível apenas por meio da elaboração de regras de conduta para possibilitar o convívio

social, obrigando a todos o respeito mútuo, bem como a punição pela infração a qualquer determinação legal.

A consagração do direito de liberdade é inerente a qualquer pessoa, não podendo dele dispor, já que garantido e protegido pelo Estado. No entanto, o mesmo Estado que resguarda esse direito de liberdade, dispõe não ser o mesmo absoluto, irrestrito ou ilimitado, mas delimitado, por garantir a convivência do indivíduo em uma sociedade organizada e civilizada. Assim, a restrição liberdade é possível em determinadas situações autorizadas pela legislação elaborada pelo próprio Estado.

Neste sentido a restrição à liberdade individual é elencada como um “mal necessário”, com o fim de equilíbrio social e respeito aos direitos de cada um, destinando o Estado ao controle da segurança de todos, bem como a reprimenda àquele que praticar uma conduta diversa da normalidade. Intenciona a punição de acordo com os dispositivos legais, pela necessidade do homem ceder uma parcela de sua liberdade em favor da pacífica convivência em sociedade, repassando ao Estado a legitimidade no direito de punir, conforme ensina Beccaria (2015, p. 17):

Pois, somente a necessidade obriga os homens a ceder parte de sua liberdade, daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era preciso para induzir os demais a defendê-lo.

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito.

O Estado determina as normas limitadoras à liberdade individual, para proteger a mesma liberdade de cada indivíduo na sociedade, como forma de garantir a convivência social por meio da privação da liberdade do indivíduo que infringe tais normas. Desta forma, mostra-se necessária a imposição da restrição desta liberdade para atingir o equilíbrio de todos perante a sociedade, garantindo uma pacificação como regra, eis que a exceção é o descumprimento da norma legal imposta.

A forma mais severa de punição em decorrência da infração cometida por alguém no meio social é a pena de prisão ou a pena privativa de liberdade. Esta restringe a liberdade individual para proteger os bens e interesses da sociedade, levando o indivíduo à prisão para que possa ser ressocializado e retorne ao convívio

social. Infelizmente esta não é a realidade vivida desde o surgimento da prisão como forma de punição.

Diante de todas as situações vexatórias e humilhações decorrentes da prisão, buscou-se soluções para a não decretação da prisão provisória, substituindo a pena de prisão por outras formas alternativas de penas, evitando o encarceramento do indivíduo. Esta disposição decorreu das medidas cautelares diversas da prisão, acrescidas pela lei nº 12.403/2011, em que a prisão cautelar apenas deverá ocorrer em caráter comprovado excepcionalmente.

Mesmo com a garantia constitucional disposta no artigo 5º, inciso XXXV, no momento em que ocorre a transgressão de uma norma penal incriminadora, compete ao Estado à aplicação da punibilidade por meio do processo judicial, justamente valendo-se da persecução criminal.

Para obter a aplicação de uma penalidade ao autor de um delito, o Estado, por meio da persecução criminal, utiliza-se dos meios disponíveis para a comprovação da materialidade do crime e de sua autoria. Isso porque a lei penal objetiva equilibrar pacificamente o convívio social dos indivíduos e, se fazendo necessária à existência de normas de condutas, que em sendo infringidas, submete o autor a uma sanção punitiva por parte do Estado.

Essa sanção apenas poderá ser aplicada por meio da ação penal cujo início decorre da persecução criminal, através do direito processual penal, definido como o “conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares.” (MARQUES, 2003, p. 16)

Então, para que o direito penal seja aplicado a cada caso concreto, o Estado se utiliza do processo penal, com o fim de efetivar de forma justa a imposição da lei penal objetiva, punindo o indivíduo que infringir as normas de conduta através de *ius puniendi*, como bem conceitua Vilares (2012, p. 119):

O Processo Penal é o meio pelo qual o Estado efetiva seu direito de punir aqueles que atentam contra bens relevantes da sociedade, isto é, exerce o chamado *ius puniendi*, tendo em vista a proibição da autotutela. Observe-se, contudo, que ao interesse do Estado de punir

o culpado contrapõe-se o interesse do réu de preservar seus *ius libertatis*.

Dispõe também Lopes Junior (2017, p. 34; 49) quanto à necessidade do processo penal em substituição a aplicação da vingança privada para punir o acusado, implicando a pena na existência de um poder organizado, cita:

O processo penal atrela-se a evolução da pena, definindo claramente seus contornos quando a pena adquire seu caráter verdadeiro, com pena pública, quando Estado vence a atuação familiar (vingança do sangue e composição) e impõe sua autoridade, determinando que a pena seja pronunciada por um juiz imparcial, cujos poderes são juridicamente limitados.

[...]

[...] o processo penal é regido pelo Princípio da necessidade, ou seja, é um caminho necessário para chegar a uma pena.

Para a aplicação da penalidade pelo Estado é preciso a existência da persecução criminal, a qual é dividida em duas fases: a inquisitiva, fase preliminar traduzida no inquérito policial; e a fase processual, com a aplicação do contraditório e da ampla defesa. O objetivo é apurar o delito cometido e sua autoria, para a delineada punição, conforme dispõe Marques (2003, p. 138):

A *persecutio criminis* apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal. Esta consiste no pedido de julgamento da pretensão punitiva, enquanto a primeira é atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo: *inquisitio nihil est quam informatio delicti*.

As fases da persecução penal, em que pesem serem distintas, complementam-se, necessitando uma da outra para que haja uma resposta ao acusado no sentido de punição decorrente do delito praticado, conforme dispõe Lopes Junior (2013, p. 57):

Com o delito, surgem o conflito social e a pena pública como resposta estatal (em nome da coletividade) ao autor da conduta. Mas esse poder de punir não é puro arbítrio do Estado, mas sim um poder condicionado.

Tourinho Filho (2011, p. 110) define as fases pré-processual ou inquérito policial e a fase processual da seguinte forma:

Inquérito policial é um conjunto de diligências realizadas pela Polícia Civil ou Judiciária (como a denomina o CPP), visando a elucidar as infrações penais e sua autoria.

O fundamento do direito de ação repousa, pois, na proibição da autodefesa, e seu fundamento jurídico está no próprio capítulo dos direitos e garantias individuais: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da CF).

A respeito do tema assim dispõe Távora e Alencar (2010, p.86):

O inquérito policial vem a ser o procedimento administrativo, preliminar, presidido pelo delegado de polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito e os elementos que atestem a sua materialidade (existência), contribuindo para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, ou seja, fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado.

O inquérito policial, apesar de ser uma atividade específica da polícia judiciária, visando à apuração da materialidade do delito e sua autoria, também é submetido ao Estado, o qual detém o poder de determinar a persecução penal.

2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Para o desenvolvimento da punibilidade através da ação, a legislação processual penal traz os sistemas processuais penais, estrutura composta por princípios a ela pertinentes, proporcionando o caminho a ser percorrido pelo processo penal. Tais sistemas se dividem em: inquisitivo, acusatório e misto.

Pode-se afirmar que no direito processual penal existe o sistema processual penal acusatório e o sistema processual penal inquisitório, os quais são distintos e aplicados independentemente, dependendo da forma de disposição da investigação. Apesar da diferença entre ambos, cita-se a aplicação dos dois dentro da persecução criminal, chamando-se neste caso de sistema processual penal misto, dispendo a respeito dos mesmos Lopes Junior (2017, p. 40-41):

Cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final do século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos

levaram a uma nova mudança de rumos. A doutrina brasileira, majoritariamente, aponta que o sistema brasileiro contemporâneo é misto (predomina o inquisitório na fase pré-processual e o acusatório, na processual).

Denotar-se-á que os sistemas processuais apresentam características distintas, representando atos opostos em seus desenvolvimentos, ao exigirem condutas diversas de um mesmo órgão e distinguindo o indivíduo entre sujeito e objeto processual.

2.2.1 Sistema processual penal acusatório

Sua origem remonta ao Direito grego, destacando-se de forma mais elevada no Direito romano da Alta República, sendo considerado insuficiente nos últimos séculos da República pela sua escassez de garantias e aquém das novas necessidades de repressão dos delitos na época do Império. Em decorrência dessa insatisfação com o sistema acusatório, se reuniu no Estado as funções de acusar e julgar, procedendo de ofício os juízes, a partir de então, surgindo aí, as primeiras características do sistema inquisitório. Tal sistema apenas se desfaz com a Revolução Francesa (século XVIII), cujo objetivo é a valoração e a concessão de novas garantias ao homem. Retorna, assim, a predominância do sistema acusatório. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 107-108)

Este sistema destaca a imparcialidade do juiz em relação ao julgamento a ser proferido, atendo-se o julgador apenas ao material e provas apresentados pelas partes, havendo separação de funções. Aqui, o princípio do contraditório e ampla defesa é assegurado ao acusado, no qual é tratado como sujeito processual, e não mero objeto do processo já que cria condições de possibilitar a efetiva imparcialidade do juiz.

Dispõe a maior parte da doutrina, que o sistema acusatório é o modelo adequado à Constituição Federal do Brasil, pois se destaca de forma clara e distinta as funções de acusar, de defender e de julgar, exercidas, respectivamente, pelo ministério público, advogado ou defensoria pública, e juiz ou tribunal. Neste sentido elenca Feitoza (2010, p. 65):

A Constituição Federal de 1988 fundou um novo “ordenamento jurídico”, claramente estabelecendo um sistema acusatório. O princípio da divisão de poderes (art. 2º da CF) estabelece a divisão das funções de jurisdição, legislação e administração no exercício da soberania estatal, que de encontrar sua correspondência no processo penal, inclusive com divisão entre as funções de acusar (administrativa) e de julgar (jurisdicional).

As características fundamentais deste sistema ainda se encaixam nos princípios constitucionais, como contraditório e ampla defesa, o devido processo legal, a presunção de inocência e a imparcialidade do juiz, conforme destaca Feitoza (2010, p. 60):

a) na separação das pessoas e dos poderes dos que atuam no processo (o acusador, requerendo e perseguindo criminalmente; o juiz e tribunal julgando; e o acusado, podendo resistir e exercer o direito de defender-se); b) na exigência de que a atuação do órgão jurisdicional para decidir e os limites de sua decisão dependem da “ação processual” (requerimento) de um acusador e do conteúdo da sua ação (princípio do *ne procedat iudex ex officio*, ou *nemo iudex sine actore*); c) na possibilidade de resistência do acusado.

Mediante essa distinção entre as partes acusadora, defensora e julgadora, de forma bem definida, delimitando suas ações, cabe à acusação e à defesa o dever de investigar e apresentar todos os fatos e provas condizentes com o caso concreto. Isso se mostra necessário para que o julgador, totalmente imparcial, pois não atuou em qualquer “colheita ou investigação”, permanecendo inerte, seja capaz de decidir de forma justa e em consonância com o dispositivo legal, baseado no conjunto probatório existente no processo.

Tem-se um órgão encarregado de acusar (natural e imparcial), um órgão encarregado de julgar (natural e imparcial), onde se garanta ao réu o contraditório e a ampla defesa, com observância de devido processo legal, em que os atos jurisdicionais são públicos e deve o julgador fundamentar sua decisão.

A existência do inquérito policial não descaracteriza este sistema, pois aquele é uma fase pré-processual com o objetivo de dispor das provas e fatos para o titular da ação penal, poder acusar, não havendo contraditório e ampla defesa. Por esse motivo deve-se haver cautela ao afirmar que o inquérito policial é puramente inquisitivo, pois em existindo prova que não seja passível de repetição em juízo,

deve ser assegurada a participação do indiciado na produção probatória, como garantia dos direitos fundamentais constitucionais (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 38)

No Brasil, o sistema processual adotado é controvertido. A doutrina e a jurisprudência majoritária dispõem do que é aplicado ao sistema acusatório, apesar de existir orientação em sentido oposto alegando a adoção do sistema misto ou inquisitivo garantista. Isso se justifica, para os adeptos do sistema acusatório, como este, respeitar disposições constitucionais; enquanto a justificativa do sistema misto se refere ao direito brasileiro ter agasalhado resquícios do sistema inquisitivo na legislação infraconstitucional, como, por exemplo, a possibilidade da produção de provas *ex officio* pelo juiz. Apesar das discussões, diversas decisões dos tribunais superiores respaldam a aplicação do sistema acusatório no país, mediante extração de princípios e normas constitucionais neste sentido (AVENA, 2015, p. 07-08).

A adoção do sistema acusatório no Brasil ainda pode ser justificada pela separação das funções de acusar, defender e julgar distintamente, sendo dotado de imparcialidade o órgão julgador, além de ser regido todo o processo pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade. O sistema de apreciação de provas é de livre convencimento, o qual deve ser motivado (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 38)

2.2.2 Sistema processual penal inquisitório

Surge com o Tribunal da Santa Inquisição, criado pela Igreja Católica para combater principalmente os crimes de heresia, decorrendo a partir do século XII até o XIV, quando o sistema acusatório vai sendo substituído pelo sistema inquisitório. Destaca-se face ao sistema acusatório pela possibilidade da existência de um processo judicial de ofício nos casos em que ocorria flagrante delito, demonstrando vantagens, pouco a pouco, a todas as classes de delitos e, conseqüentemente, incorporando-se a todos os legisladores da época. Predomina até o fim do século XVIII (LOPES JUNIOR, 2013, p. 112)

Denota-se a mudança efêmera do processo com a adoção deste sistema, como dispõe Lopes Junior (2013, p. 112):

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto de investigação.

O juiz, além de julgar, instrui o processo da forma como lhe convier, atuando de ofício, decidindo com base no que ele mesmo produziu de provas, conforme entende necessário. O acusado não é mais tratado como sujeito processual, passando a ser mero objeto do processo, sem poder invocar o princípio do contraditório e ampla defesa para produzir qualquer resistência oportuna ou sequer contraditar as acusações proferidas. Acusação e julgamento se amoldam à mesma parte, tal qual, o julgador.

Conforme discorre Lopes Junior (2017, p. 42):

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-autor) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.

Feitoza (2010, p. 61) dispõe sobre as características do sistema inquisitório, corroborando com o disposto até o momento:

[...] a reunião dos poderes de acusar e julgar nas mãos do órgão jurisdicional; a persecução penal pública, iniciada pelo próprio órgão jurisdicional, para não depender da vontade de um particular; a redução do acusado a mero objeto das investigações, deixando de ser sujeito de direitos; o estabelecimento da averiguação da verdade como objeto principal do procedimento penal, para cuja obtenção se admitiam quaisquer meios, inclusive a tortura.

Assim, o sistema inquisitório dispõe de forma desumana do acusado, podendo o inquisidor utilizar-se de qualquer forma para obter a verdade real, principalmente na disposição da prisão cautelar, em regra geral, para a obtenção de uma confissão, como descreve Lopes Junior (2013, p. 116):

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo de encaixa para bem servir ao sistema.

Inexistia qualquer preocupação com o acusado, e sequer respeito à dignidade humana, submetendo-o ao “desejo” do Estado na obtenção de uma confissão e aplicação da penalidade “cabível”. Tal situação independia da forma como era declarada a confissão pelo acusado, bastando sua confirmação da prática do ato delituoso, sem a busca e comprovação de alguma prova ou indício ao caso concreto.

Referido sistema predominou até o início do século XIX, quando o sistema acusatório voltou a ser aplicado ao processo, com o surgimento da Revolução Francesa, os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos. Tornou-se desacreditado pela impossibilidade do exercício das funções de investigar e julgar numa mesma parte, o julgador. Coincide com a criação dos Júris Populares, iniciando-se uma lenta transição para o sistema misto (LOPES JUNIOR, 2017, p. 42)

A aplicação do sistema inquisitório destoa dos princípios constitucionais garantidores e fundamentais dispostos na Constituição Federal como cláusulas pétreas, inerentes ao ser humano. Impossibilita, ainda, um julgamento justo e condizente com provas indispensáveis ao processo, para o desempenho eficaz de sua função de realização de justiça com a aplicação do direito.

2.2.3 Sistema processual penal misto

Este sistema surge com o Código Napoleônico de 1808 e a divisão do processo em duas fases, a fase pré-processual e a fase processual. A primeira fase possui caráter inquisitório, enquanto a segunda tem caráter acusatório. Essa é a definição geralmente feita pelo sistema brasileiro, já que muitos entendem que o inquérito policial é inquisitório, e o processo é acusatório, pois nesta o MP acusa (LOPES JUNIOR, 2017, p. 45)

Assim, muitos doutrinadores brasileiros entendem que o sistema processual penal brasileiro é misto, dividindo o ato processual em duas fases distintas. A 1ª fase denominada de pré-processual ou inquérito policial, sendo esta inquisitória; enquanto a 2ª fase chamada de processual, sendo acusatória, mediante o ensinamento de Lopes Junior (2017, p. 45):

É lugar-comum na doutrina processual penal a classificação de “sistema misto”, com a afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos sem correspondência com os atuais. Ademais, a divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter “misto”.

Dispõe, em sentido contrário, Távora e Alencar (2010, p. 38) a respeito do sistema misto ou acusatório formal, como denomina:

Tem raízes na Revolução Francesa. Caracteriza-se por uma *instrução preliminar*, secreta e escrita, a cargo do juiz, com poderes inquisitivos, no intuito da colheita de provas, e por uma fase *contraditória (judicial)* em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa e de todos os direitos dela decorrentes.

Assim, verifica-se a discordância entre os autores a respeito da aplicabilidade do sistema misto. Enquanto alguns entendem ser ele justo com o acusado, vez que oportuniza suas garantias fundamentais, outros entendem que, na verdade, as provas ou indícios levados aos autos se originam na fase pré-processual. Para estes, no inquérito policial, em que se está diante do sistema

inquisitório, o acusado é privado do contraditório e ampla defesa, fazendo crer que esse sistema não é apropriado a justa e eficaz aplicação da justiça, conforma dispõe Lopes Junior (2013, p. 120):

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o bel discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

Assim, conforme dispõe o autor descrito acima, o sistema misto é o aplicado no Brasil, e, por suas características, suprime os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, na fase do inquérito policial, eis que nesta fase não existe o contraditório e ampla defesa. Como já disposto, é essa fase inicial investigatória que traz ao processo todos os atos, circunstâncias e provas para o julgamento posterior, vindo, destarte, maculado pela impossibilidade de resistência do acusado.

Conforme já exposto, há autores que entendem ser o sistema acusatório o adotado no País, justamente por dispor este de separação entre as funções de acusar, defender e julgar, cabendo cada função desta a uma pessoa ou órgão distinto, sendo o órgão julgador dotado de imparcialidade.

Denota-se que é na fase investigativa que, na maioria das vezes ocorre a decretação da prisão do acusado, privando-o de seus direitos fundamentais sem a disposição. Nesta fase, do contraditório e da ampla defesa, lhe suprimem, inclusive os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal. Mesmo que a prisão nesta fase decorra de forma legal, preenchendo seus requisitos ensejadores, a manutenção do indivíduo preso, o coloca à disposição do órgão julgador para, apenas futuramente, dispor de seus direitos fundamentais.

2.3 ESPÉCIES DE PRISÃO

O Estado, como detentor do poder de punir o indivíduo infrator das normas reguladoras, possui meios para impor àquele uma punição com o fim de ressocializá-lo possibilitando o seu retorno ao convívio social. Assim, priva-o de sua liberdade por um período estipulado de pena, objetivando reconduzi-lo à sociedade após sua “prestação de contas” decorrente do delito cometido.

Então, em que pese, liberdade do indivíduo ser regra no ordenamento jurídico pátrio, em respeito aos princípios constitucionais já elencados, a maneira disposta pela legislação para punir o indivíduo infrator pela prática de uma conduta social divergente, é justamente a privação de sua liberdade. A prisão representa um “castigo” imposto pelo Estado àquele que praticou uma infração penal, com o fim de reabilitá-lo e restabelecer a ordem jurídica violada.

Mesmo com todas as mazelas já dispostas a respeito da prisão, essa forma de punição ainda perdura, justificando-se como castigo ou regeneração, não se conhecendo ao certo sua origem, pois no livro do Gênesis (40, 1-4), na Bíblia Sagrada, cita-se a prisão determinada por Faraó, em sua ira, do copeiro e do padeiro do rei do Egito. No início a prisão era destinada a contenção de animais, e os homens presos, na prisão, recebiam o mesmo tratamento que os animais, sendo amarrados, acorrentados, aferrolhados, etc., sem qualquer vigilância do suplício a que eram submetidos. A população carcerária aumentava constantemente, e não se dispunha de qualquer outra forma diversa para o combate à criminalidade e, em nome da segurança, o homem decidiu cercar de muros as prisões, com o fim de que não houvesse fuga, ou como forma de obrigar o preso a trabalhar. Esses horrores pediram reformas, trazendo as prisões com compromissos de regenerar e recuperar o preso, tentando transformar o suplício da solidão em instrumento de vida e de saúde. Mesmo com a opinião unânime da nocividade da prisão objetivando o cumprimento de penas, as privações de liberdade ainda são as formas preferidas de punição (Branco, 1988, p. 9-10)

É a lei que deve estabelecer por quais indícios de um crime o acusado pode ser preso e investigado, submetendo o acusado na prisão por diversos motivos, submetendo-o aos horrores constantes da prisão, conforme dispõe Beccaria (2015, p. 25):

O clamor público, a fuga, as confissões extrajudiciais, o depoimento de um comparsa do crime, as ameaças que o acusado pode fazer, sua constante inimizade com o ofendido, um corpo de delito existente, e outras presunções semelhantes, são provas suficientes para permitir a prisão de um cidadão. Tais provas devem, porém, ser estabelecidas da maneira estável pela lei, e não pelo juiz, cujas sentenças se mostram sempre contrárias à liberdade pública, quando não são simplesmente a aplicação particular de uma máxima geral inserta do código das leis.

Toda essa situação de privação de liberdade do indivíduo visa a sua prisão, a qual sempre foi conceituada como uma forma de punição, castigo desmesurado, mediante o disposto por Branco (1988, p. 11):

*A prisão, como *sanctio juris penal*, será, assim, o confinamento carcerário, ou seja, a sanção que se liga, como conseqüente, à infração penal (crime ou contravenção, como *prius* ou antecedente. É a modalidade mais clara e conhecida pelo seu caráter de repressão penal e seu aspecto de castigo.*

Corroborando com o entendimento acima, cita Feitoza (2010, p. 866):

Em sentido amplo, prisão significa tanto a privação da liberdade de locomoção (liberdade de ir e vir) da pessoa humana, ou seja, o ato de prender (isto é, limitar a liberdade de locomoção) ou manter alguém preso (isto é, limitado a sua liberdade de locomoção), quanto o próprio lugar fechado onde se coloca alguém para evitar que de locomova (cadeia, cela, cárcere, penitenciária etc.).

Enfatiza também Smanio (2000, p. 55) que “Prisão é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito.”

Denota-se que o sistema prisional brasileiro possui outras formas de medidas de segurança detentivas, proibitivas da liberdade de locomoção do indivíduo, mas, ainda que possíveis, são quase inutilizadas efetivamente, por não serem consideradas penas (BRANCO, 1988, p. 9-10).

Apenas com a efetiva prisão é que a sociedade considera satisfeita a pretensão do Estado e punido o responsável pelo delito cometido, ainda que não

tenha transitado em julgado a decisão condenatória, bastando sua prisão para que satisfaça qualquer desejo ou comoção social.

Assim, a aplicação do cerceamento no direito de ir e vir do indivíduo decorre de um dispositivo legal autorizador da efetivação da prisão, conforme disposto no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal, em casos de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, satisfazendo-se, desta maneira uma possível punição imediata do acusado.

Art. 5º. [...]

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

Este artigo reafirma o princípio da liberdade, trazendo como regra a liberdade do indivíduo, com a expressão “ninguém será preso”. Apesar disso, logo em seguida, possibilita uma exceção ao princípio, admitindo de forma restrita a prisão em decorrência de flagrante delito ou a prisão emanada de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

Verifica-se que a prisão se perfaz numa exceção à regra da liberdade do indivíduo, podendo apenas ser aplicada em situações específicas, justificadamente necessárias e indispensáveis. O objetivo da punição por meio da prisão nada mais é do que privar o infrator de sua liberdade, para que possa “pagar” por sua conduta delitiva praticada em desconformidade com as regras sociais, mesmo sem a decretação de uma condenação transitada em julgado.

Assim, tem-se que prisão é uma forma de “castigo” mais severo e máximo elencado na legislação pátria, pois é inadmissível a prisão perpétua e a pena de morte, nos termos do artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal.

As formas de prisão existentes são a prisão pena e a prisão sem pena, e ambas punem o indivíduo infrator privando-o de sua liberdade, diferenciando-se apenas no que tange ao momento de aplicação, conforme será exposto a seguir.

Ademais, o direito à liberdade é considerado como fundamental, apenas sendo possível a intervenção constitucional de cerceamento se comprovada a

necessidade. Ainda assim, em respeito ao princípio da intervenção mínima, o Estado deve aplicar medidas restritivas distintas da prisão antes de efetivá-la, decretando a prisão apenas em casos de impossibilidade de aplicação de outras medidas cautelares face à proteção do interesse público.

2.3.1 Prisão pena

Esse tipo de prisão visa cessar a liberdade do indivíduo como forma definitiva de cumprimento de pena, sendo apenas imposta após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, decorre da decisão determinante do cumprimento de pena privativa de liberdade como satisfação executória do Estado, em consonância com o princípio do devido processo legal.

Na definição de Capez (2006, p. 244):

Prisão-pena ou prisão penal: é aquela imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, trata-se da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade. Não tem natureza acautelatória, nem natureza processual. Trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado.

Não há como dispor o indivíduo do cumprimento desta prisão, pois a sua imposição decorre da punição do Estado, traduzida na pretensão executória, pela condenação do infrator das normas penais. Perfaz-se numa resposta à sociedade com a segregação da liberdade para uma ressocialização e posterior retorno ao convívio social.

Julgado recente do Supremo Tribunal Federal dispôs sobre a possibilidade de execução provisória da pena de prisão quando confirmada sentença penal

condenatória em tribunal de 2º grau, conforme Habeas Corpus 126.292/SP, de 17/02/2016².

Essa decisão, apesar de justificar a não infração ao princípio constitucional da presunção de inocência, fere nitidamente o princípio do devido processo legal, pois possibilita a aplicação de uma penalidade sob a forma de prisão ao acusado julgado condenado em tribunal de 2º grau. Priva-o de seu direito de ir e vir até decisão condenatória transitada em julgado.

Assim dispondo, o acusado estará diante de um cumprimento de pena provisória, preso por prazo indeterminado, cumprindo uma pena sem a certeza de que sua condenação permanecerá em sede de recurso especial ou extraordinário.

Estar-se-á diante de uma prisão cumprida como pena, ainda que de forma provisória, pois poderá ser revista decisão em sede das Cortes Superiores, mantendo indisponível ao indivíduo a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado da decisão.

2.3.2 Prisão sem pena

A prisão sem pena é aplicada quando, no decorrer da persecução penal, faz-se necessário o encarceramento do acusado, antes do trânsito em julgado da decisão, ou até mesmo de qualquer procedimento processual, desde que preenchidos alguns requisitos. Sua decretação deve ser motivada, aplicada apenas pela autoridade judiciária competente, devido seu caráter excepcional, disposta de forma cautelar, provisória, em dissonância com a regra disposta no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

² CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIOCONSTITUCIONAL 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.

As modalidades de prisões sem pena admitidas são elencadas taxativamente, em respeito aos princípios constitucionais, por privar o indivíduo de sua liberdade sem a ocorrência de condenação transitada em julgado.

Conforme descreve Capez (2006, p. 244):

Prisão sem pena ou prisão processual: trata-se de prisão de natureza puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos.

E, ainda, Marques (1997, p. 23):

[...] a prisão cautelar tem por objeto a garantia imediata da tutela de um bem jurídico para evitar as conseqüências do '*periculum in mora*'. Prende-se para garantir a execução ulterior da pena, o cumprimento de futura sentença condenatória. Assenta-se ela num juízo de probabilidade; se não houver probabilidade de condenação, a providência cautelar é decretada a fim de que não se frustrem a sua execução e seu cumprimento.

Denota-se, que a prisão sem pena possui natureza cautelar, exigindo a satisfação de pressupostos autorizadores de sua aplicabilidade, traduzidos no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, denominados no processo penal de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, respectivamente. Sua excepcionalidade impõe a necessidade da aplicação desta medida de forma indispensável, uma vez que não seja possível a substituição de medidas restritivas diversas da privação da liberdade.

A respeito dos requisitos ensina Feitoza (2010, p. 867):

O *fumus boni iuris* (*fumaça do bom direito*) é a plausibilidade do direito substancial. No processo penal, *fumus boni iuris* é a plausibilidade do "direito de punir" (poder de punir) alegado, ou seja, plausibilidade de que se trata de um fato delituoso, constatada por meio de elementos probatórios, razão pela qual, em terminologia mais apropriada ao processo penal, pode ser melhor denominado *fumus commissi delicti*.

O *periculum in mora* é o perigo na demora ou o dano potencial para o interesse ou direito de alguém diante da demora do procedimento ou processo em satisfazê-lo. No processo penal, o *periculum in mora* ou, em terminologia mais apropriada ao processo penal, *periculum libertatis* é perigo concreto que a liberdade do suspeito, indiciado ou

acusado acarreta para a investigação criminal, o processo penal, a efetividade do direito penal ou a segurança pública.

O interesse social prevalece sobre o direito de liberdade do acusado, sendo apenas possível a persecução penal e consequente aplicação da penalidade, se houver a aplicação de medida cautelar prisional, face ao princípio da intervenção mínima do Estado e garantia dos direitos fundamentais. Sua excepcionalidade vem embasada nos artigos 301 a 310 do CPP (prisão em flagrante), 311 a 316 do CPP (prisão preventiva) e da Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989 (prisão temporária). Decorrem apenas por meio de uma determinação judicial emanada através de uma ordem escrita, por autoridade judiciária competente e devidamente fundamentada, mediante o disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

Referidas prisões dependem, para sua efetiva aplicação, de alguns requisitos, eis que estes devem ser preenchidos para sua justificativa, conforme legislação vigente.

A prisão sem pena se divide em espécies, perfazendo-se em uma prisão provisória, por não apresentar um prazo determinado para a manutenção do indivíduo preso, com exceção da prisão temporária disposta na Lei nº 7.960/1989, além de não garantir a condenação efetiva ao final do processo.

A imposição da segregação da liberdade do indivíduo se concretiza sem qualquer certeza de uma condenação final, baseada apenas em uma probabilidade desta e, como as prisões provisórias não são penas, não podem se investir da natureza destas. Isso implica em sua imposição apenas poder ocorrer com a observância da excepcionalidade, ao se pressupor a garantia de assegurar a eficácia de uma condenação ao final do processo, como bem explica Karam (2009, p. 03):

A legitimidade da excepcional prisão provisória condiciona-se, portanto, à concreta demonstração de fatos reveladores de sua necessidade, para assegurar que a imposição da pena, que, de início, aparece como provável, efetivamente se realize com o pronunciamento final condenatório no processo penal de conhecimento.

Neste sentido dispôs Pacelli (2017, p. 14):

A atuação judicial na fase de inquérito há de ser para fins exclusivos de tutela das liberdades públicas.

É por essa razão que sempre sustentamos a impossibilidade de decretação de prisão preventiva *ex officio* na fase de investigação (item 11.7.4), embora a aceitemos *no decorrer* da ação penal. É que, como o principal requisito para qualquer prisão cautelar é o da existência de indícios veementes de autoria e materialidade, deve-se reservar referida valoração (jurídico-penal) apenas para a fase de *jurisdição*, salvo provocação dos interessados, na mesma linha da proteção das liberdades públicas.

Pacelli (2017, p. 14) ainda cita na mesma toada, a não imposição das medidas cautelares diversas da prisão na fase investigatória:

A Lei nº 12.403, de 5 de maio de 2011, caminha exatamente nesse sentido, ao permitir ao juiz, de ofício, na fase do processo – jamais na de investigação – a imposição de medidas cautelares pessoais diversas da prisão, podendo, inclusive, substituí-las ou, em último caso, decretar a preventiva (art. 282, § 2º e § 4º, CPP).

Assim, a decretação da prisão cautelar e demais medidas cautelares, não devem ser impostas na fase de investigação, como ocorre constantemente nos tribunais brasileiros, por meio de diversas decisões já proferidas.

Como exemplo dispõe o Habeas Corpus nº 322737 RJ 2015/0102062 – STJ sobre a possibilidade da conversão da prisão em flagrante, em prisão preventiva pelo juízo de 1º grau³. Justifica-se que a prisão em flagrante, uma vez preenchidos os requisitos legais, decorre de normalidade na busca pela materialidade e autoria do delito em momentos da ocorrência ou logo após a prática do delito. Neste caso não há qualquer possibilidade de contraditório ou ampla defesa ao acusado que se vê privado de sua liberdade, via de regra pela determinação da autoridade policial competente.

³ STJ - AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS AgRg no HC 322737 RJ 2015/0102062-2 (STJ) Data de publicação: 02/06/2015. Ementa: AGRADO REGIMENTAL. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. ILEGALIDADE NA PRISÃO EM FLAGRANTE. SUPERVENIÊNCIA DE PRISÃO PREVENTIVA. PREJUDICIALIDADE. IMPROVIDO. 1. É assente nesta Corte Superior que o exame da alegada ilegalidade do flagrante torna-se prejudicado, quando, posteriormente, o Juízo de primeiro grau o converte em preventiva, constituindo, pois, novo título a justificar a privação da liberdade do paciente. 2. Agravo regimental improvido.

Destarte, a prisão em flagrante é convertida em prisão preventiva pela autoridade judiciária, mantendo o indivíduo preso desde o início das investigações, por prazo indeterminado, privando-o do contraditório e da ampla defesa, pois sequer existe uma ação penal ainda.

Da mesma forma ocorre na prisão temporária, onde a autoridade judiciária dispõe apenas de indícios quanto à autoria e a materialidade do delito, privando o indivíduo de sua liberdade. Aqui não há também, qualquer possibilidade do contraditório e da ampla defesa, em que pese neste tipo de prisão existir um lapso temporal para sua manutenção, conforme exemplo disposto no julgamento do Habeas Corpus nº 177276 GO 2010/0116393-9 – STJ⁴.

Denota-se que em quaisquer destes tipos de prisão, ainda que legalmente reconhecidas, o acusado tem cerceado seu direito de ir e vir, na fase pré-processual, sendo-lhe aplicada uma punição antecipada, ainda que de forma legal. O indivíduo é privado de seu direito fundamental disposto no artigo 5º, inciso LXI, pois nesta fase não se possibilita o contraditório e a ampla defesa, prendendo-se por decisão unilateral do órgão responsável, como se passará a discorrer a respeito destas espécies de prisões.

2.4 ESPÉCIES DE PRISÕES CAUTELARES

Essas prisões, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário, por serem provisórias e de natureza acautelatória, em que pese legalidade, exige uma excepcionalidade, ou seja, sua aplicação deve decorrer da *ultima ratio* no caso concreto. Isso porque é uma exceção à regra da liberdade garantida ao indivíduo. Isso se justifica por configurar a prisão sem pena um cumprimento antecipado da

⁴ STJ - HABEAS CORPUS HC 177276 GO 2010/0116393-9 (STJ) Data de publicação: 29/05/2014. Ementa: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO TEMPORÁRIA. FUGA DO INDICIADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Mostra-se devidamente justificada a prisão temporária do paciente para apuração do crime de estupro de vulnerável estando o paciente foragido. 3. Habeas corpus não conhecido.

pena, sem qualquer certeza da condenação por sentença penal transitada em julgado, mediante o disposto no princípio do devido processo legal, como dispõe Jardim (1990, p. 360):

Hoje, já não pode restar a menor dúvida de que a prisão provisória em nosso direito tem a natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada a final, bem como a possibilitar regular instrução probatória. Trata-se de tutelar os meios e os fins do processo de conhecimento e, por isso mesmo, de tutela da tutela.

Ainda no entendimento de Jardim, 1990, p. 360-361 (*apud* Serra Domingues e Ramos Méndez), sobre a finalidade das medidas cautelares, cita aqueles destacáveis processualistas espanhóis:

As medidas cautelares constituem um remédio jurídico pelo problema da lentidão do processo. Como se disse acertadamente, correspondem ao compromisso entre fazer as coisas prontas e fazê-las bem. Sendo a dimensão temporal inerente ao próprio conceito de processo, deve encontrar-se uma solução que garante que o objeto litigioso permanecerá inalterado durante toda a pendência do mesmo, e que, em definitiva, a sentença dita será uma sentença eficaz, por projetar sobre a mesma realidade econômica existente no início do processo. As medidas cautelares tendem essencialmente a garantir a eficácia da sentença, mediante uma antecipação limitada dos efeitos normalmente derivados de sua execução.⁵

Em decorrência da provisoriedade, a prisão sem pena pode ser decretada e revogada a qualquer tempo, tanto na fase pré-processual, como na processual. Isso significa que enquanto o processo não se finalizar, ditando a respectiva condenação penal condenatória com pena privativa de liberdade, ou a absolvição do acusado, este fica submetido à determinação prisional.

⁵ “Las medidas cautelares constituyen un remedio jurídico al problema de la forzosa lentitud del proceso. Como se há dicho acertadamente, responden al compromiso entre hacer las cosas pronto y hacerlas bien. Siendo la dimensión temporal inmanente ao próprio concepto de proceso, debe encontrarse una solución que garantiza que el objeto litigioso permanecerá inalterado durante toda la pendencia del mismo, y que, em definitiva, la sentencia que se há dicho será una sentencia eficaz, por proyectarse sobre la misma realidad económica existente a la iniciación del proceso. Las medidas cautelares tienden esencialmente a garantizar la eficacia de la sentencia, mediante una anticipación limitada de los efectos normalmente derivados de su ejecución.” (*La Medidas em el Proceso Civil*, Barcelona, 1974, Gráficas M. Pareja, p. 5.)

O objetivo da prisão sem pena é a segurança do desenvolvimento processual e a eficácia da punição pelo Estado, por ser a única forma de garantir a aplicação da lei penal efetivamente.

Depreende-se que, ao mesmo tempo em que a proteção ao princípio da liberdade é garantida constitucionalmente, é possível sua restrição, em caráter excepcional, desde que preenchidos os requisitos legais averiguados em cada caso concreto. Para essa imposição deve haver fundamentação, sem qualquer possibilidade de aplicação dos dispositivos substitutivos da prisão cautelar elencados no artigo 319 do CPP, pelo exposto na lei nº 12.403/2011.

2.4.1 Prisão em flagrante

Essa espécie de prisão tem sua legalidade elencada no artigo 5º, inciso LXII da Constituição Federal e artigos 301 a 310 do Código de Processo Penal, perfazendo-se a uma exceção a impossibilidade do decreto de prisão preventiva sem a expedição de uma ordem escrita e fundamentada emanada de autoridade competente.

A definição de flagrante e prisão em flagrante vem disposta por Távora e Alencar (2010, p. 512) como:

Flagrante é o delito que ainda “queima”, ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. A prisão em flagrante é a que resulta no momento e no local do crime. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (art. 5º, inciso LXI da CF).

A prisão em flagrante é permitida para que se possa fazer cessar a agressão cometida ao bem jurídico pelo infrator, dispondo de forma clara a materialidade do delito e sua autoria. É uma espécie de medida restritiva de liberdade, possuindo natureza cautelar e processual, ocasionando a prisão do indivíduo

independentemente de uma ordem judicial escrita e fundamentada, mantendo seu caráter provisório, pois não há condenação penal transitada em julgado.

Neste sentido afirma Mossin (2005, p. 577-578):

A prisão em flagrante insere-se no rol das prisões de natureza provisória. Tem ela cunho processual e sempre foi admitida na Justiça Penal. Primeiro porque, visando a lei repressiva a tutela de bens jurídicos fundamentais do cidadão, atendíveis ao equilíbrio social, a prisão no próprio momento em que o delinqüente executa a ação penal ilícita atenua a revolta causada o sentimento popular em decorrência do impacto e repercussão séria que um crime, nessas circunstâncias, produz. Segundo porque a detenção do autor de qualquer fato punível em situação de flagrância induz a uma quase certeza da procedência da pretensão punitiva a ser formulada pelo encarregado da *persecutio criminis* na peça angular da relação jurídico-processual.

Quando da elaboração do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante fundamentava-se, por si só, para a possibilidade de manter o acusado preso durante todo o processo, com exceção dos delitos afiançáveis ou das hipóteses em que ele pudesse livrar-se solto. Com a inserção do parágrafo único ao artigo 310 do CPP, pela Lei nº 6.416/1977, não mais se justificava a permanência do acusado preso em flagrante durante todo o processo, possibilitando a manutenção desta prisão somente se presentes um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, previstos nos artigos 312 e 313 do CPP. Justificava-se, para a manutenção da prisão do acusado preso em flagrante a necessidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, prevalecendo o entendimento de que a prisão em flagrante era modalidade autônoma de custódia provisória. Tornou-se patente, com a promulgação da lei nº 12.403/2011, a não mais autorização da permanência do acusado preso ao longo do processo em caso de prisão em flagrante, nos termos do artigo 310 do CPP (LIMA, 2014, p. 183)

Destarte, há opiniões de que a prisão em flagrante possui natureza precauteladora, reforçando este entendimento com a lei nº 12.403/2011. A justificativa é de que ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz apenas terá duas opções: converter a prisão em flagrante em preventiva (medida cautelar), ou conceder

liberdade provisória, com ou sem fiança, bem como a imposição das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, conforme dispõe Lima (2014, p. 184):

[...] a prisão em flagrante tem caráter precautelar. Não se trata de uma medida cautelar de natureza pessoal, mas sim precautelar, porquanto não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas objetiva colocar o capturado à disposição do juiz para que adote uma verdadeira medida cautelar: a conversão em prisão preventiva (ou temporária), ou a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com as medidas cautelares diversas da prisão.

A prisão em flagrante fundamenta-se nos artigos 301 a 310 do CPP, dispondo no primeiro artigo a autorização autoriza a qualquer pessoa de sua efetivação. Pode ser aplicada por aquele que presenciar o cometimento de flagrante de um delito podendo prender o suposto autor do fato, facultativamente, enquanto obriga tal prática às autoridades policiais e seus agentes.

O artigo 302 do CPP dispõe a respeito das espécies da prisão em flagrante, de forma taxativa, pois elenca as situações em que é considerado o flagrante delito, divididas de forma independente e distinta, como se passa a expor:

a) flagrante próprio, propriamente dito, real ou verdadeiro (artigo 302, incisos I e II do CPP) – ocorre no momento em que o indivíduo está cometendo a infração penal, ou acaba de cometê-la, perfazendo-se na certeza da materialidade e autoria de um fato típico.

No ensinamento de Távora e Alencar (2010, p. 513):

Dá-se o flagrante próprio quando o agente é surpreendido cometendo a infração penal ou quando acaba de cometê-la. É a modalidade que mais se aproxima da origem da palavra flagrante, pois há um vínculo de imediatidade entre a ocorrência da infração e a realização da prisão.

Nesta modalidade a certeza do fato e sua autoria ocorrem de forma imediata, pela visualização no ato do acontecimento.

b) flagrante impróprio, irreal ou quase-flagrante (artigo 302, inciso III do CPP) – esse tipo de flagrante não ocorre de forma imediata, pois decorre de uma perseguição feita ao indivíduo, suposto autor do fato típico, logo após o ato ou a juntada de provas indutivas ao infrator.

Neste sentido dispõe Távora e Alencar (2010, p. 514):

Nesta modalidade de flagrante, o agente é perseguido, logo após a infração, em situação que faça presumir ser o autor do fato. É a hipótese do art. 302, inciso III, do CPP. A expressão “logo após” abarca todo o espaço de tempo que flui para a polícia chegar ao local, colher as provas do delito e iniciar a perseguição do autor.

Aqui pode ter desaparecido um pouco da imediatidade da prática do delito, deixando transcorrer o momento do ato em si, mas mesmo assim é possível colher elementos importantes da existência do ato delituoso e de sua autoria.

c) flagrante presumido, ficto ou assimilado (artigo 302, inciso IV do CPP) – neste caso não há qualquer visualização da prática do delito pelo infrator, mas este é encontrado logo depois do fato com objetos capazes de presumir sua autoria, como explica Távora e Alencar (2010, p. 514):

No flagrante presumido, o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que presumam ser ele o autor do delito (art. 302, IV, CPP). Esta espécie não exige perseguição.

Destaca-se que o sentido da expressão “logo depois” não estipula um limite de tempo entre a prática do delito e a prisão do infrator, devendo apenas ser coerente com a imediatidade.

d) flagrante facultativo – é a faculdade legal concedida a qualquer pessoa, ou do povo, para que efetue a prisão ou não daquele indivíduo que comete um delito em flagrante, conforme disposição do artigo 301 do CPP.

e) flagrante obrigatório ou compulsório – é a obrigatoriedade das autoridades responsáveis realizar a prisão do indivíduo que está em flagrante na prática de um delito, pois em decorrência da função que exercem, estão obrigados a proteger a sociedade na captura do responsável pela infração penal, nos termos do artigo 301, *in fine* do CPP).

f) flagrante esperado – aqui a autoridade policial atua de forma pretérita, antecedendo ao início da execução delitiva, pois o conhecimento da prática da infração é prévio, permanecendo no aguardo da configuração do delito para a

efetuação da prisão em flagrante. Esta modalidade de flagrante não decorre da lei, mas vem disciplinado doutrinariamente para justificar o aguardo da atividade policial (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 515)

Nesta situação não há qualquer influência ou instigação da prática da infração penal pela autoridade competente da prisão, sendo esta apenas informada da possível infração a ser cometida e espera de forma estratégica para prender o indivíduo em flagrante.

g) flagrante preparado ou provocado – ocorre essa modalidade quando inexistente qualquer comunicação prévia à autoridade competente sobre a possível prática de um delito, mas esse vem a ocorrer por ser o indivíduo induzido ou instigado pela autoridade a praticar o delito e ser preso em flagrante, perfazendo-se em uma armadilha com o intuito de prender em flagrante o indivíduo que cede a tentação e pratica o ato delituoso (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 515)

Esse tipo de flagrante é considerado crime impossível nos termos da Súmula 145 do STF, vindo relacionada com o artigo 17 do CP, pois a preparação do flagrante torna impossível a consumação do delito, uma vez que não há crime e, conseqüentemente, não há prisão em flagrante.

h) flagrante forjado – modalidade ilícita de flagrante, pois a infração decorre apenas do indivíduo forjador, o qual “cria” uma situação de flagrante para outrem, sem que esse tenha algo a ver ou sequer conhece da prática do delito.

Nos dizeres de Feitoza (2010, p. 889): “[...] é aquele em que a polícia ou particulares inventam em flagrante, forjando provas contra o suposto autor da infração penal fictícia.”

i) flagrante prorrogado, retardado, diferido, estratégico ou de ação controlada – configura-se na possibilidade facultada a autoridade policial de aguardar, mantendo um monitoramento ou vigilância sobre a ação delituosa, um momento adequado para a realização da prisão em flagrante delito. A atuação dependerá da investigação criminal, podendo postergar a intervenção na ação delituosa com o intuito de obter maior conteúdo probatório ou captura de maior número de infratores (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 517)

Essa modalidade de flagrante é destacada nas hipóteses do artigo 8º, inciso II, da Lei nº 12.850/2013 (Lei de combate à Organização Criminosa) e do artigo 53 da Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas), em decorrência da necessidade de provas robustas e prisão mais extensiva aos infratores.

Diante das modalidades de flagrante elencadas, pode-se constatar que a prisão em flagrante delito é a única espécie de prisão provisória efetuada sem qualquer ordem judicial (escrita e fundamentada), pois decorre da urgência do momento em que o delito é praticado, fazendo necessária a busca pela cessação do ato praticado pelo indivíduo.

Desse modo, por ser a prisão em flagrante provisória e cautelar, sua manutenção decorre somente com o preenchimento dos requisitos gerais das prisões cautelares, quais sejam: o *fumus boni iuris* (*fumus comissi delicti*) e o *periculum in mora* (*periculum libertatis*), mediante o ensinamento de Fernandes (2010, p. 287):

[...] o legislador preocupou-se, no texto constitucional (art. 5º, LXII), em que houvesse rápida comunicação ao juiz de direito sobre a prisão em flagrante. Permite-se que a pessoa fique recolhida, sem controle judicial sobre a necessidade da custódia, por um tempo curto, breve, devendo o juiz verificar, pela cópia do auto de prisão em flagrante, se a prisão deve permanecer. Caso não estejam presentes os requisitos da prisão preventiva, deve conceder a liberdade provisória nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal.

Assim, com a realização da prisão em flagrante, sua manutenção apenas se perfaz se houver sua conversão em prisão preventiva. Caso contrário, em não sendo necessária a manutenção na prisão do indivíduo, ser-lhe-á concedida liberdade provisória pelo magistrado, nos termos do artigo 310 do CPP. Esse é o motivo ensejador para a estipulação do prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas para a comunicação ao juízo, pela autoridade competente, da realização da prisão em flagrante de qualquer indivíduo, nos termos do artigo 5º, incisos LXII e LXV da Constituição Federal.

2.4.1.1 A prisão em flagrante e a Audiência de custódia

Em decorrência da superpopulação carcerária existente no Brasil, onde a maioria dos presos em prisão provisória, sem qualquer certeza de uma condenação futura, agregada à morosidade do Poder Judiciário no julgamento dos processos, o Conselho Nacional de Justiça dispôs da Resolução 213, de 15 de fevereiro de 2015. Seu objetivo é amenizar a decretação de prisão cautelar, dispondo das seguintes finalidades:

a) apresentação do indivíduo preso em flagrante delito, ou por medida cautelar, ou cumprimento de mandado, num prazo de 24 horas, a autoridade competente, para se constatar a necessidade da manutenção da prisão e consequente encaminhamento daquele ao sistema carcerário;

b) a oportunidade de concessão do relaxamento, revogação ou substituição da prisão por medidas cautelares diversas ao indivíduo preso, para que não se submeta ao sistema carcerário como mais um preso provisório por tempo indeterminado;

c) a consideração e efetiva aplicação do artigo 9º, item 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, e do artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica);

d) a verificação da prática de tortura ou maus tratos ao indivíduo preso durante o período anterior à audiência de custódia, visando prevenir e reprimir esses atos no momento da prisão, resguardando o direito à integridade física e psicológica do indivíduo submetido à custódia estatal, previsto no artigo 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no artigo 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Assim, de acordo com a Resolução 213, visou-se propiciar condições ao preso, em até 24 horas após sua prisão, de ser ouvido pela autoridade competente pela manutenção ou relaxamento de sua prisão, ou concessão de liberdade provisória. O intuito é lhe oportunizar condições imediatas para não aguardar a decisão condenatória privado de sua liberdade, em meio a inúmeros detentos, e por prazo indeterminado, face às mazelas do sistema carcerário.

Em que pese determinação da audiência de custódia, conforme relatado, apenas vem sendo realizada nos grandes centros.

2.4.1.2 A prisão em flagrante e a ADPF 347

O Supremo Tribunal Federal, atendendo a situação caótica, desumana, degradante e a superpopulação por presos provisórios das penitenciárias brasileiras, reconheceu em 09 de setembro de 2015, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. Configura-se no Estado de Coisa Inconstitucional e violação de direitos fundamentais nas condições desumanas de custódia suportadas pelos presos no sistema carcerário brasileiro, onde a maioria deles está em prisão provisória e aguardam uma decisão judicial processual.

Reconheceu-se a obrigatoriedade da audiência de custódia ser realizada em qualquer órgão ou tribunal, no prazo máximo de 24 horas, a contar do momento da prisão do indivíduo, em respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, vedação da tortura e de tratamento desumano, o direito ao acesso à Justiça, e os direitos fundamentais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Em que pese decisão proferida através da ADPF 347, e a Resolução 213 do CNJ, ambos no ano de 2015, verifica-se a inaplicabilidade da norma determinada, permanecendo o sistema carcerário um caos, abalroado de presos provisórios que aguardam por uma decisão judicial por um período indeterminado.

A situação carcerária agrava ainda mais quando se verifica, que além da prisão indeterminada do preso provisório, que permanece encarcerado por um tempo indeterminado. Esse preso provisório convive com demais presos já condenados cumpridores de penas definitivas, sem haver qualquer separação pela classificação dos delitos praticados, em que se misturam estupradores, assassinos, traficantes, ladrões, receptadores, agressores, etc..

Assim, com a criação da obrigatoriedade da audiência de custódia e a determinação da ADPF 347, dever-se-ia ocorrer maior celeridade nos julgamentos penais, além da manutenção em caráter excepcionalíssimo da prisão do indivíduo

provisória, mas infelizmente esse cenário é irreal. O sistema carcerário permanece um caos, rompendo com qualquer tipo de dignidade existente ao preso. As condições degradantes e humilhantes a que são submetidos ao adentrar uma cela continua a mesma, ou seja, ingressam com data certa de prisão, mas desconhecendo uma data para liberação.

Mesmo com o reconhecimento do Estado de coisa inconstitucional no sistema prisional brasileiro, as prisões cautelares continuam a ser decretadas como se fossem a regra no processo penal, e não medida excepcional, submetendo os presos a condições desumanas nas prisões, sem qualquer previsão de julgamento com trânsito em julgado para a efetiva aplicabilidade da pena privativa de liberdade.

Mesmo com o reconhecimento da submissão desumana e humilhante do preso, nada se faz para sanar essa violação aos princípios constitucionais, mantendo-se dia a dia, por meio da decretação de prisão cautelar, o aumento de presos provisórios na prisão, por um período indeterminado.

2.4.2 Prisão temporária

A prisão temporária foi instituída no direito brasileiro por meio da Medida Provisória nº 111 de 24 de novembro de 1989, substituída pela Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989, a qual atualmente rege a matéria. Assim, vem disciplinada por legislação específica, e não no Código de Processo Penal como as demais modalidades de prisões cautelares. Foi criada para substituir, legalmente, a prisão para averiguação, prática contumaz antiga utilizada nos meios policiais para manter um indivíduo preso sem qualquer fundamentação e completo abuso de autoridade, conforme disposto por Feitoza (2010, p. 918):

A prisão para averiguação, efetuada por autoridade policial civil ou seus agentes, bem antes da nova Constituição de 1988 já não era admitida pelo ordenamento jurídico, por ser considerada inconstitucional. Inclusive sua prática era considerada crime de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/1965).

[...]

Assim, a Lei nº 7.960, de 21.12.1989, instituiu a *prisão temporária*, com a finalidade de garantir a investigação criminal feita por meio do inquérito policial, na hipótese de ser imprescindível para a

investigação criminal, quanto a alguns crimes graves. Também é uma prisão provisória, de natureza cautelar e processual penal.

A instituição da prisão temporária foi alvo de inúmeros questionamentos acerca de sua inconstitucionalidade, por ter sido originada de uma medida provisória, e não de um projeto de lei, ferindo o princípio da legalidade. O Conselho Federal da OAB ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 162-1/DF perante o Supremo Tribunal Federal pleiteando a suspensão dos efeitos na Medida Provisória nº 111, alegando possíveis danos concretos e irreparáveis aos cidadãos brasileiros, mas a liminar foi rejeitada em 14/12/1989, não se consolidando em sede jurisprudencial essa divergência.

No entendimento de Freitas (2004, p. 94), esta forma de prisão provisória está em consonância com o dispositivo constitucional, conforme ensina:

Essa modalidade de prisão provisória da liberdade encontra guarida no Texto Constitucional (art. 5º, LXI), quando se permite a custódia por mandado judicial expedido pela autoridade judiciária competente. Assim, basta que a determinação judicial atenda aos pressupostos de fundar-se na materialidade e presença de indícios leves, às vezes agudos, contra pessoa determinada e apontada como autora de crime potencialmente grave, para inexistir ofensa a direito substancial maior. Repise-se que na contenda entre o *jus libertatis* e o *jus puniendi*, apesar dos equívocos ocorrentes e que sempre acontecerão, dada a fragilidade do homem, há de preponderar este último, como único meio de salvaguardar contra crimes que atormentam a sociedade.

Corroborando com esse entendimento dispõe o julgado do Habeas Corpus nº 102974 (2ª Turma do STF), em que se justifica a prisão temporária como forma de prisão cautelar restritiva da liberdade do indivíduo, o qual se mantém preso por um período determinado, com o fim de possibilitar as investigações acerca de crimes considerados mais gravosos⁶.

⁶ PROCESSUAL PENAL. PRISÃO TEMPORÁRIA. FORAGIDO. DECRETAÇÃO FUNDAMENTADA. DENEGAÇÃO. 1. A questão trazida no presente writ diz respeito ao possível constrangimento ilegal que estaria sofrendo o paciente em razão da decretação de sua prisão temporária. 2. O paciente, investigado como incurso no crime previsto nos artigos 121 e 211 do Código Penal, encontra-se foragido desde o início do inquérito até a presente data. 3. Decreto de prisão temporária prorrogado pelo prazo de 30 dias. 4. A prisão temporária é uma prisão cautelar de natureza processual que restringe a liberdade de locomoção do indiciado por tempo determinado, a fim de possibilitar as investigações acerca de determinados crimes considerados graves, entre os quais o homicídio

Assim, a prisão temporária, com natureza provisória e cautelar, é aplicada em nosso ordenamento jurídico desde sua promulgação, sendo reconhecida sua legalidade e não colisão com os princípios constitucionais.

Távora e Alencar (2010, p. 540) conceitua a prisão temporária como “a prisão de natureza cautelar, com prazo preestabelecido de duração, cabível exclusivamente na fase do inquérito policial, objetivando o encarceramento em razão das infrações seletamente indicadas na legislação.”

Essa modalidade de prisão provisória objetiva assegurar o êxito da investigação policial, justificando a privação de liberdade do “suspeito” como forma necessária ao deslinde e elucidação dos fatos, uma vez que em liberdade, o indivíduo poderá atrapalhar as investigações.

Como forma de prisão cautelar, objetiva assegurar o êxito da investigação policial nos crimes mais graves e de maior complexidade, com penalidades mais severas, onde o encarceramento do “suspeito” é essencial para a elucidação dos fatos.

A prisão temporária somente poderá ser decretada por autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público. Seu prazo máximo é de 05 (cinco) dias de duração na prática de crimes comuns, e o prazo máximo de 30 (trinta) dias em se tratando de crimes hediondos, assemelhados e de terrorismo, apenas aplicada em caso de extrema e comprovada necessidade, podendo esses prazos serem prorrogados por iguais períodos nos termos do artigo 2º da Lei nº 7.960/1989 e artigo 2º, § 4º da Lei nº 8.072/1990.

Para a legalidade da prisão temporária, exigem-se fundadas razões, requisito indispensável à medida cautelar, às quais se traduzem em razões convincentes, sérias, além de ser a prisão do indivíduo imprescindível às investigações policiais, independentemente de possuir residência fixa ou criar

doloso. 5. A prisão temporária impugnada foi decretada em julho de 2006 e o paciente encontra-se foragido desde a instauração do inquérito policial até a presente data, restando sem cumprimento o mandado de prisão. 6. Manter-se foragido durante toda a investigação criminal dá justificativa à manutenção da medida extrema, imprescindível para as investigações policiais. 7. Habeas corpus denegado. (Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC 102974/SP - SÃO PAULO. Data - 14/12/2010)

embaraços para a colheita de dados para sua identificação (TOURINHO FILHO, 2011, p. 674).

Por não ser a prisão cautelar uma forma de antecipação da aplicação de pena ao indivíduo, ao Estado é permitida a realização de uma boa investigação, bem como o asseguramento da aplicação da lei penal em caso de pretensão punitiva e executória. Autoriza-se, desta forma, a prisão do indivíduo sem a sentença penal condenatória transitada em julgado, incluindo a prisão temporária como possível nos casos em que não couber a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, e desde que preenchidos os requisitos exigidos para sua decretação (DEMERCIAN, 2001, p. 188).

Para sua configuração, devem estar presentes os requisitos da prisão cautelar, quais sejam: o *fumus boni iuris* (*fumus comissi delicti*) e o *periculum in mora* (*periculum libertatis*). O *fumus boni iuris* pode ser entendido como o juízo de probabilidade do suspeito ter concorrido para a prática do delito, conforme o disposto no artigo 1º, inciso III da Lei nº 7.960/1989. Já o *periculum in mora* vem elencado nas situações previstas no artigo 1º, incisos I e II da lei, sendo imprescindível para as investigações do inquérito policial, ou por não apresentar, o suspeito, residência fixa ou não fornecer elementos necessários à sua identificação civil, pois nesses casos pode ele em liberdade inviabilizar a elucidação da infração penal, garantindo a prisão uma investigação satisfatória.

Assim, conforme o artigo 1º da Lei nº 7.960/1990, caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

O rol dos crimes elencados no inciso III é taxativo. Não há necessidade do preenchimento concomitantes dos requisitos dispostos no artigo 1º da Lei nº 7.960/1990 para a decretação da prisão temporária, exigindo-se apenas a prática de um dos crimes elencados no artigo 1º, inciso III, da mesma lei, em concorrência com os incisos I ou II do mesmo dispositivo.

Neste sentido dispôs Feitoza (2010, p. 919):

[...] A prisão temporária pode ser decretada na hipótese do inciso I (*periculum libertatis*) ou na do inciso II (*periculum libertatis*), desde que, em qualquer dos dois casos, também concorra o inciso III (*fumus commissi delicti* ou *fumus boni iuris*) e apenas se for um dos crimes mencionados em suas alíneas (*condições de admissibilidade*).

Preenchendo tais requisitos a prisão temporária poderá ser decretada, devendo o prazo estabelecido ser respeitado, e o suspeito ser solto independentemente de qualquer ordem após o transcurso do prazo. Perfaz-se em uma garantia do suspeito preso, sua prisão separada dos demais detentos, mediante o artigo 3º da Lei nº 7.960/1990, garantia esta não resguardada efetivamente em decorrência das circunstâncias do sistema penitenciário, submetendo-o as mais brutas condições desumanas e efeitos catastróficos de uma prisão.

2.4.3 Prisão preventiva

A prisão preventiva, assim como as demais prisões provisórias e cautelares, é fundamentada no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, e regulamentada pelos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal. Poderá ser decretada a qualquer momento, desde a prisão em flagrante até o final da instrução processual, quando devidamente fundamentada por autoridade judiciária competente, podendo, inclusive, ser decretada de ofício.

Smanio (2000, p. 63) a conceitua como:

É a espécie do gênero prisão cautelar de natureza processual. É a medida restritiva de liberdade, determinada pelo juiz, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, para garantir a eventual execução da pena, para preservar a ordem pública, ou a ordem econômica ou por conveniência da instrução criminal.

No mesmo sentido ensina Távora e Alencar (2010, p. 530):

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. Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento.

Destaca-se por sua amplitude em relação às demais prisões cautelares, podendo ser decretada a qualquer tempo, desde que respeitados os pressupostos determinados. Pode ser decretada apenas pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, nos termos do artigo 311 do CPP. Inibe a liberdade do indivíduo por prazo indeterminado, sem com isso aplicar uma sanção penal condenatória, pois também possui natureza provisória e acautelatória.

Para sua decretação é imprescindível o preenchimento dos requisitos cautelares, configurados no *fumus comissi delicti* (*fumus boni iuris*) e no *periculum libertatis* (*periculum in mora*), representados pela prova da existência do crime, pelos indícios suficientes da autoria e circunstâncias que a autorizam para a garantia do sucesso no processo principal, aplicando-se a penalidade condenatória cabível ao culpado.

Assim, para a decretação da prisão cautelar, é necessário o preenchimento dos requisitos objetivos (*fumus comissi delicti*) e subjetivos (*periculum libertatis*) dispostos no artigo 312 do CPP.

Ensina Lima (2014, p. 240, 241):

O *fumus comissi delicti*, indispensável para a decretação da prisão preventiva, vem previsto na parte final do art. 312 do CPP: *prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*. É indispensável, portanto, que o juiz verifique que a conduta supostamente praticada pelo agente é típica, ilícita e culpável, apontando as provas em que se apoia sua convicção.

No tocante à materialidade, como denota a expressão *prova da existência do crime* constante do art. 312 do CPP, exige-se um juízo de certeza quando da decretação da prisão preventiva.

[...]

O *periculum libertatis*, indispensável para a segregação preventiva, esta consubstanciado em um dos fundamentos do art. 312 do CPP: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) garantia da aplicação da lei penal; d) conveniência da instrução criminal.

Nem sempre a prisão preventiva foi decretada apenas nos casos em que restavam presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. A redação original do artigo 312 do Código de Processo Penal previa a decretação obrigatória da medida cautelar nos casos dos crimes praticados em que a pena de reclusão máxima era igual ou superior a 10 (dez) anos, além da existência de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do delito. Presumia-se, assim, a fuga do indivíduo e a presunção de culpa, conforme o CPP de 1941, aplicando-se essa prisão preventiva obrigatória até a edição da Lei nº 5.349, de 03/11/1967, a qual aboliu esse instituto absurdo (JARDIM, 1990, p.362-363)

A partir de então, a prisão preventiva requer elementos incontestes para sua decretação, em consonância com o artigo 312 do CPP, dispondo de pressupostos e requisitos necessários para sua validade e respeito aos princípios constitucionais, bem como nas hipóteses legais dispostas no artigo 313 do CPP.

Os pressupostos se perfazem no *fumus comissi delicti* referente à comprovação da materialidade do delito e a existência de indícios de quem seja o autor do crime, sem a necessidade da prova robusta, mas se satisfazendo com os indícios. Corroborando com tais pressupostos obrigatórios, é preciso também de um fator de risco que justifique a decretação da prisão preventiva, pois deflagra a constrição da liberdade, a qual apenas se justifica se houver o *periculum libertatis*, visando à garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal, à garantia da aplicação da lei penal, e à garantia da ordem econômica (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 530)

Dispondo os artigos 312 e 313, ambos do CPP, as exigências e hipóteses para a decretação da prisão preventiva, verifica-se quanto ao *periculum libertatis* quatro situações distintas e indispensáveis, em conjunto ou separadamente, para a validade da ordem, conforme se passa a explicar cada qual.

a) garantia da ordem pública – o conceito de ordem pública é indeterminado, existindo inúmeras e marcantes divergências doutrinárias sobre o seu significado. Alguns autores define a sensação de paz e tranquilidade que devem existir no meio social que, com o indivíduo solto, poderia continuar a prática delitiva colocando em risco a ordem pública. Já para outros, a vagueza desta expressão induz ao questionamento do seu próprio caráter cautelar, pois a ordem pública por si só não configura a cautela necessária.

Sobre o assunto dispõe Tourinho Filho (2011, p. 677-678):

“Ordem pública” é fundamento geralmente intocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que esta é uma coação cautelar e, sem cautelaridade, não se admite, à luz da Constituição, prisão provisória. “Comoção social”, “perigosidade do réu”, “crime perverso”, “insensibilidade moral”, “os espalhafatos da mídia”, “reiteradas divulgações pela rádio ou televisão”, “credibilidade da Justiça”, “idiosincrasia do Juiz por este ou aquele crime”, tudo, absolutamente tudo, ajusta-se à expressão genérica “ordem pública”.

Ainda, explicita Demercian (2001, p. 184):

Impõe-se tal medida constritiva pela persistência do acusado em voltar a delinquir, ou sua viabilidade, trazendo intranquilidade à sociedade, já sentida pela intensidade de crimes vivenciados. Por vezes, também, as circunstâncias nas quais é cometido o crime denotam a periculosidade do agente, ou seu desajuste social, justificando a segregação celular, como forma de garantir a ordem pública.

Denota-se que a ordem pública exprime a tranquilidade e a paz no meio social, e se comprovado que o infrator poderá voltar a cometer delitos, bem como ser um indivíduo perigoso, restando sua prisão como única forma de conter uma devastação delitiva ainda maior.

b) conveniência da instrução criminal – a necessidade da decretação da prisão do indivíduo se configura porque, se solto, poderá prejudicar de alguma forma a instrução processual, atrapalhando a coleta de provas e coagindo testemunhas, conforme o disposto por Tourinho Filho (2011, p. 683):

Idêntica providência deverá ser tomada se ela for *conveniente para a instrução criminal*. Assim, se o indiciado ou réu estiver afugentando testemunhas que possam depor contra ele, se estiver subornando quaisquer pessoas que possam levar ao conhecimento do Juiz elementos úteis ao esclarecimento do fato, peitando peritos, aliciando testemunhas falsas, ameaçando vítima ou testemunhas, é evidente que a medida será necessária, uma vez que, do contrário, o Juiz não poderá colher, com segurança, os elementos de convicção de que necessitará para o desate do litígio penal.

Busca-se proteger a livre proteção probatória da verdade real, objetivando impedir a atuação do indivíduo no intuito de prejudicar qualquer ato em prol das provas a serem colhidas, em respeito ao princípio do devido processo legal.

c) garantia de aplicação da lei penal – aqui, o acusado, tentando se eximir de sua responsabilidade penal, dilapida seu patrimônio de forma injustificada para não arcar com a indenização de possíveis danos à vítima, ou demonstra, indubitavelmente, sua pretensão em fugir para não ser responsabilizado, de acordo com o elucidado por Távora e Alencar (2010, p. 533):

[...] evita-se aqui a fuga do agente, impedindo o sumiço do autor do fato, que deseja eximir-se de eventual cumprimento da sanção penal. Deve haver demonstração fundada quanto à possibilidade de fuga. A mera conjectura, ou a possibilidade em razão da condição econômica do réu, não são, isoladamente, fatores suficientes para arregimentar a prisão.

Busca-se a garantia da execução da pena, desde que comprovada intenção do indivíduo de fugir de sua responsabilidade para não sofrer qualquer sanção ao final do processo, se provada sua participação na prática delituosa.

d) garantia da ordem econômica – hipótese acrescentada ao CPP pela Lei Antitruste (Lei nº 8.884/1994), aplicada aos crimes praticados que possam causar alguma perturbação à ordem econômica, configurados nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986) e os crimes contra a economia popular (Lei nº 1.521/1952), como descreve Távora e Alencar (2010, p. 533):

[...] hipótese acrescentada ao CPP pela Lei nº 8.884/1994 (Lei Antitruste), visando coibir os abusos à ordem econômica, ou seja, evitar que o indivíduo, se solto estiver, continue a praticar novas infrações afetando a ordem econômica.

Somente pode-se decretar a prisão preventiva neste caso, se ocorrer prática de crime que possa causar algum tipo de perturbação à ordem econômica, não se estendendo a demais casos.

O entendimento jurisprudencial, na decretação da prisão preventiva, fundamenta sua necessidade nas hipóteses elencadas no artigo 312 do CPP, dispostos nos requisitos cautelares do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, como de denota, como exemplo, no Habeas Corpus nº 58834 PR 2015/0097955-9 STJ⁷. Aqui a prisão preventiva decorreu da garantia da ordem pública, pela prática do crime de tráfico de entorpecente, alegando-se a periculosidade do agente. Já no

⁷ STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS RHC 58834 PR 2015/0097955-9 (STJ)
Data de publicação: 11/06/2015. Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEMPÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. QUANTIDADE DA DROGA (1,040 QUILOGRAMAS de DE CRACK). RECURSO NÃO PROVIDO. A decisão que converteu o flagrante em prisão preventiva para garantia da ordem pública está devidamente fundamentada na periculosidade do autor, evidenciada pela quantidade da droga apreendida, de alto poder viciante e destrutivo, elemento que revela indícios de atividade ilícita de intensidade e vulto consideráveis, bem como aponta para o envolvimento profundo do agente com o comércio de drogas. Precedentes. Recurso não provido.

Habeas Corpus nº 50513 ES 2014/0202348-8 STJ⁸, a prisão preventiva foi decretada com base na conveniência da instrução criminal e na garantia da aplicação da lei penal.

Não só no *periculum libertatis* e no *fumus comissi delicti*, pode-se se fundamentar a prisão preventiva, conforme se denota do artigo 313 do CPP.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Por ser a preventiva uma prisão cautelar e provisória de maior alcance do que as demais, em virtude de sua possibilidade de decretação a qualquer momento (desde a prática do delito até seu trânsito em julgado), e sem prazo estipulado, é preciso muito cuidado ao utilizá-la. Não poderá servir como regra geral, pois como toda e qualquer privação de liberdade, é medida de caráter excepcional.

⁸ STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS RHC 50513 ES 2014/0202348-8 (STJ)
Data de publicação: 22/04/2015. Ementa: PENAL E PROCESSUAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÊS TENTATIVAS DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, I, III e IV, c/c o art. 14, II, DO CÓDIGO PENAL). PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal. 2. A prisão cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de se antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação. (HC n. 296.022/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe de 23/10/2014)

A prisão preventiva ainda pode ser revogada a qualquer momento, quando verificados a ausência dos motivos que a decretou, bem como ser decretada novamente, desde que configurados os motivos ensejadores da ordem, não exigindo uma regra em relação ao número de vezes passíveis de tais atos, dependendo da decisão fundamentada do órgão julgador.

2.4.4 Prisão domiciliar

O artigo 317 do CPP dispõe sobre a prisão domiciliar e sua forma de cumprimento, enquanto o artigo 318 do CPP elenca as possibilidades da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Nesta espécie de prisão o indivíduo permanece recolhido em sua residência por prazo indeterminado, desde que configuradas as hipóteses legais, podendo ser aplicada em substituição a pena de prisão preventiva ou cumprimento de prisão pena com trânsito em julgado.

Pode-se considerar ser esta prisão a mais “benéfica” dentre as demais, pois proporciona ao indivíduo a possibilidade de não permanecer enclausurado em um sistema prisional, apesar de restringido à sua residência, desde que cumpridas as determinações legais. Seu objetivo não é o impedimento da decretação da prisão preventiva, mas sim a substituição desta em respeito a situações excepcionais e de cunho humanitário, conforme ensina Lima (2014, p. 333):

Levando em consideração certas situações especiais, de natureza humanitária, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar visa tornar menos desumana a segregação cautelar, permitindo que, ao invés de ser recolhido ao cárcere, a agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência. Para que ocorra essa substituição, que só pode ser determinada pela autoridade judiciária, deve se exigir prova idônea dos requisitos estabelecidos no art. 318 do CPP.

A substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar não destoia da natureza daquela forma de prisão, pois esta também é de natureza cautelar, exigindo o preenchimento dos requisitos *do fumus comissi delicti* e *do periculum libertatis*. Apenas possibilita o abrandamento na imposição do indivíduo à situação

desumana de um sistema carcerário, desde que diante de uma das hipóteses elencadas no dispositivo legal.

Conforme dispositivos abaixo transcritos, a definição de prisão domiciliar e as condições para sua aplicação são assim mencionadas.

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

A prisão domiciliar, em sendo uma medida cautelar, não assegura ao indivíduo a sua substituição ao invés da prisão preventiva pelo simples preenchimento de um dos dispositivos constantes do artigo 318 do CPP, de forma isolada. Exige, além disso, a aplicação do princípio da adequação nos termos do artigo 282, inciso II do CPP, ou seja, a prisão preventiva apenas poderá ser substituída pela prisão domiciliar se, além de preenchido um dos requisitos dispostos no artigo 318 do CPP, se à situação concreta a ser aplicada se mostrar adequada e conveniente, não causando prejuízo ao deslinde processual.

Neste sentido dispôs Lima (2014, p. 336):

O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. (...) Portanto, a presença de um dos requisitos ao art. 318 do CPP funciona como requisito mínimo, mas não suficiente, de per si, para a substituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o periculum libertatis que deu ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado.

Vislumbra-se a possibilidade da concessão da prisão domiciliar, uma vez preenchidos os requisitos exigidos em lei, juntamente com a comprovação efetiva dos mesmos pelo indivíduo, não bastando mera alegação sem a apresentação de provas cabais. Além disso, é necessário vislumbrar sua possibilidade sem dispor qualquer prejuízo ao sistema processual e julgamento de cada caso concreto. Isso decorre do fato da excepcionalidade da decretação da prisão preventiva, em que sua substituição apenas será possível se não houver qualquer prejuízo à eficácia processual.

2.5 Medidas cautelares diversas da prisão

Os tópicos anteriores discorreram sobre as diversas formas de medidas cautelares severas, traduzidas na privação da liberdade do indivíduo, por meio da prisão, objetivando a eficácia processual traduzida na efetiva aplicação da pena ao condenado pela prática de um delito.

Assim, cabe ao Estado, através de seus operadores da lei, assegurar a finalidade do processo, aplicando durante toda a instrução processual medidas de cautela eficazes com o fito final do processo, em resposta à prática de uma infração pelo indivíduo, referente ao efetivo cumprimento da pena, garantindo sua aplicação e punição ao infrator.

Em decorrência da demora na prestação jurisdicional, causando um sentimento de impunidade ao indivíduo, é que se justifica a aplicação destas medidas cautelares, conforme ensina Lima (2014, p. 22):

A razão de ser desses provimentos cautelares é a possível demora na prestação jurisdicional, funcionando com instrumentos adequados para se evitar a incidência dos efeitos avassaladores do tempo sobre a pretensão que se visa obter através do processo. Como já observava Calamandrei, os provimentos cautelares “representam uma conciliação entre suas exigências geralmente contrastantes na Justiça: a da celeridade e a da ponderação. Entre fazer algo porém mal e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo, permitindo que o problema do bem e do mal,

isto é, da justiça intrínseca da decisão seja resolvido posteriormente, de forma ponderada, nos trâmites vagarosos do processo ordinário”.

Visando rever a cautelaridade pessoal no processo penal, o legislador promulgou a Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011, trazendo providências passíveis de aplicação durante o processo, contemplando, ainda, medidas cautelares menos gravosas do que a prisão, com o mesmo intuito cautelar. Resguarda neste sentido, a liberdade do indivíduo, o qual permanece sob tutela do Estado, sem submissão ao cárcere.

Tais medidas se basearam nas “medidas de coacção” do Código de Processo Penal Português, inspiradas no Código de Processo Penal Italiano, conforme dispõe Cherem (2014, p. 137):

A Lei 12.403/11 introduziu imensa alteração na cautelaridade pessoal do processo penal, sobretudo porque passou a prever providências antes não contempladas no Código de Processo Penal, passíveis de aplicação durante o processo. Se antes o Código de Processo Penal permitia, apenas a liberdade ou a prisão durante o processo, após a reforma várias outras alternativas menos gravosas do que a prisão, as quais podemos intitular de medidas descarcerizadoras ou cautelares não prisionais, se afiguraram possíveis de serem impostas, em uma ótica de resguardo da liberdade, mas também de tutela do “jus puniendi” do Estado.

As medidas cautelares estabelecidas no Brasil pela reforma em questão, basearam-se nas instituídas “medidas de coacção” do Código de Processo Penal Português, conforme pode ser observado da leitura de seu art. 197 e seguintes. Tais providências portuguesas, a seu turno, foram inspiradas no Código de Processo Penal Italiano, nos termos do seu art. 280 e seguintes.

Desta forma, até o advento da lei nº 12.403/2011, o sistema processual penal apenas possibilitava duas formas de opções de aplicação de medidas cautelares de natureza pessoal ao indivíduo, traduzidos na prisão cautelar e na liberdade provisória. Essas hipóteses doutrinariamente eram entendidas como bipolaridade cautelar do sistema brasileiro, pois ou o acusado era privado de sua liberdade, preso cautelarmente durante todo o processo, ou lhe era deferido liberdade provisória com ou sem fiança, nos termos legais. Por falta de opções diversas, denotava-se um prejuízo evidente, pois nem sempre a prisão cautelar era

tida como forma mais adequada e idônea para garantir a eficácia processual ou as investigações (LIMA, 2014, p. 23-24)

Assim, a lei nº 12.403/2011 dispôs relevantes alterações em alguns dispositivos legais que tratam dos requisitos das prisões no Código de Processo Penal. Dispôs de situações mais amplas autorizadoras da substituição do encarceramento do indivíduo por medidas cautelares diversas da prisão, conforme o disposto no artigo 319 do CPP, a serem aplicadas a cada caso concreto, conforme os critérios da legalidade e da proporcionalidade.

Nestas condições, em que pese o indivíduo praticar um delito, em que lhe é proporcionado a possibilidade de, ao invés de se submeter às condições prisionais, traduzidas na prisão cautelar, possa dispor de medidas também cautelares, cerceadoras de sua liberdade, sem a sua submissão a um estabelecimento penal prisional maléfico e desumano.

Tratam-se tais condições de medidas cautelares, ainda que diversas da prisão e, por esse motivo pressupõem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, os quais devem existir para a aplicação desse benefício ao indivíduo, mas com a garantia de eficácia do processo, mediante o disposto por Lopes Junior (2017, p. 658):

Importante sublinhar que não se trata de usar tais medidas quando não estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva. Nada disso. São medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostas. Assim, se durante uma prisão preventiva desaparecer completamente o requisito e/ou fundamento, deve o agente ser libertado sem a imposição de qualquer medida alternativa.

Assim, da mesma forma que a medida cautelar prisional, as medidas cautelares diversas da prisão também privam o indivíduo de sua liberdade plena, submetendo a limitações em seu direito de ir e vir, pois é forma de cautela. Para serem aplicadas, devem preencher os requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, inexistindo benefício no que tange à submissão do indivíduo à tutela estatal. Referidas medidas apenas são consideradas como uma restrição

menos gravosa, decorrente da proporcionalidade face à aplicação da prisão, já que esta é medida excepcional.

Perfaz-se aplicada em razão do caráter excepcional da decretação da prisão preventiva, em conformidade com o disposto no artigo 282, inciso II e § 6º do CPP.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

[...]

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

[...]

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

As medidas cautelares diversas da prisão possíveis de serem aplicadas em substituição da prisão preventiva elencadas, no artigo 319 do CPP, vêm dispostas a seguir:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

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

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

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

A cautelar do inciso I objetiva tem como objetivo a verificação da permanência do acusado à disposição do juízo para a prática de qualquer ato processual, além de poder obter informações acerca das atividades por ele exercidas (LIMA, 2014, p. 343)

A cautelar contida no inciso II decorre da simples ação de entrar ou ingressar em determinado local, quando este estiver relacionado a circunstâncias relacionadas ao fato, evitando o risco de novas infrações (LIMA, 2014, p. 345)

No inciso III o legislador visa a proibição de contato com determinada pessoa decorre de, quando por circunstâncias relacionadas ao fato, o acusado deve dela permanecer distante, visando proteger a pessoa determinada colocada em situação de risco devido ao comportamento do agente; bem como impedir que em liberdade total e absoluta, o agente possa influenciar em depoimentos, causando prejuízo à constatação de fatos. (LIMA, 2014, p. 347)

O inciso IV objetiva a garantia de necessidade para a investigação, não podendo o agente retirar-se da Comarca ou do País sem autorização prévia do juízo competente.

A cautelar disposta no inciso V é menos gravosa do que a prisão domiciliar, pois o acusado pode exercer sua atividade laborativa durante o dia, baseando-se na autodisciplina e no sendo de responsabilidade daquele (LIMA, 2014, p. 350)

Trata-se de uma grande inovação em tema de cautelares, pois exige o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, não se confundindo com a prisão domiciliar disposta no artigo 318 do CPP.

A cautelar do inciso V é medida específica, direcionada a crimes praticados por funcionário público contra a administração pública e crimes contra a ordem econômica, baseando-se o periculum libertatis na fundamentação de que a manutenção do agente no exercício de sua função ou atividade, poderá ser estimulada a reiteração delituosa (LIMA, 2014, p. 351-352)

A disposição do inciso VI, com a internação provisória, apenas será aplicável ao imputável ou semi-imputável nas hipóteses de fatos típicos e ilícitos cometidos com violência ou grave ameaça, havendo risco de reiteração, visando tal medida

proteger a sociedade contra a possível prática de crimes graves (LIMA, 2014, p. 356)

A cautelar do inciso VIII possibilita, em caso de necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou para a instrução criminal, a imposição do recolhimento de fiança ao acusado, isolada ou cumulada com outras medidas cautelares, nos casos expressamente previstos em lei, visando evitar a prática de infrações penais (LIMA, 2014, p. 359-360)

A última e nona medida cautelar disposta no inciso IX é o uso de dispositivo não ostensivo de monitoramento eletrônico, geralmente afixado ao corpo da pessoa, para conhecer a distância e localização geográfica do agente, permitindo o controle judicial de seus atos fora do cárcere (LIMA, 2014, p. 360)

Pelo rol elencado, e conforme já exposto, denota-se que essas medidas cautelares diversas da prisão, por serem medidas cautelares, exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* para que sejam aplicadas. Assim, referidas medidas serão impostas apenas quando cabível a prisão preventiva, mas em decorrência do princípio da proporcionalidade, é possível a imposição de restrição menos onerosa do que a prisão preventiva para a tutela do caso concreto (LOPES JUNIOR, 2017, p. 658)

Elencadas as medidas cautelares diversas da prisão e verificando a possibilidade de sua aplicação como substituição da prisão preventiva, tais medidas se impõem sobre a prisão cautelar, pois a privação de liberdade é medida de caráter excepcional. Isso também se justifica pela não submissão do indivíduo ao caótico sistema carcerário brasileiro, em que os presos são mantidos em condições indignas e desumanas, na medida em que a maior parte dos presos é provisória.

Assim, a atuação do Estado por meio de seu julgador, deve refletir de maneira eficaz em consonância com a legislação, principalmente no destaque a privação de liberdade do indivíduo, sendo este excepcionalmente aplicado.

O intuito do legislador, mediante a lei nº 12.403/2011, é justamente possibilitar a mensuração do prejuízo causado ao indivíduo pela prisão cautelar, sem a indubitável necessidade e proporcionalidade de sua aplicação, dispondo, de acordo com o artigo 319 do CPP, de medidas cautelares alternativas à prisão. Tais

medidas devem ser aplicadas proporcionalmente, sem prejuízo da submissão do indivíduo à tutela do Estado para a punição devida. Induzem, ainda de forma mais destacável, a excepcionalidade da decretação da prisão ao indivíduo.

Pode-se dispor que, em atuando o Estado divergentemente das possibilidades descritas como substitutivas da prisão cautelar, deverá se responsabilizar por qualquer dano suportado pelo indivíduo preso, como se passará a analisar no capítulo seguinte. Destarte, não se faz justa a decretação da prisão cautelar sem um motivo ímpar face às medidas cautelares diversas da prisão, às quais dispõem das mesmas condições essenciais daquela para serem aplicadas.

CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR PRISÃO CAUTELAR INDEVIDA

O terceiro capítulo dispõe sobre a inaplicabilidade da substituição de medida cautelar diversa da prisão ao indivíduo, mantendo-o preso provisoriamente o Estado, com o efetivo cumprimento de pena antecipadamente. Essa situação por submeter o indivíduo preso em condições desumanas, num repleto caos social, decorrente das mazelas da prisão não suprimidas por meio de políticas públicas, aponta o Estado como responsável civilmente e, conseqüentemente, devendo indenizar o indivíduo privado de seu direito de ir e vir.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Neste tópico verificar-se-á que durante um longo período, adotou-se a teoria da irresponsabilidade, passando-se pela teoria da responsabilidade subjetiva, até se chegar à atual teoria da responsabilidade objetiva aplicada ao Estado em caso de responsabilidade civil por atos praticados pelos seus agentes causando prejuízos a terceiros.

Inicialmente repousava a teoria da irresponsabilidade, à época dos Estados absolutos (século XVI), em que o Estado dispunha de autoridade imensurável perante o súdito. Por exercer a tutela do direito não poderia agir contra ele, decorrendo os princípios de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong*), e o de que “aquilo que agrada o príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Por não ser considerada justa essa teoria logo foi superada, pois se o Estado tem a obrigação de tutelar o direito, tem o dever de responder pelas ações ou omissões praticadas causadoras de danos a terceiros. Essa teoria foi substituída pela teoria civilista da culpa ou teoria da responsabilidade subjetiva, a partir do século XIX, em que se passou a admitir inicialmente a responsabilidade do Estado conforme o disposto nos princípios do Direito Civil, apoiados na ideia de culpa (DI PIETRO, 2005, p. 563-564)

Em 1873, um desastre ocorrido na França, conhecido como caso Blanco, fez com que surgisse a teoria publicista da responsabilidade do Estado, em que a teoria do risco integral ou da culpa do serviço, passa de desvincular a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário. Neste sentido, o Estado responderá se o serviço funcionar mal e não houver identificação do funcionário responsável pelo ato. Essa teoria visa restabelecer o equilíbrio entre as partes decorrente do ônus maior suportado por um terceiro e praticado por um agente do Estado, admitindo-se a responsabilidade do Estado em caso de dano suportado, do dolo ou culpa do agente, e do nexos causal entre os atos, traduzindo-se na teoria da responsabilidade objetiva ou teoria do risco (DI PIETRO, 2005, p. 564-565)

O Estado, representado por seus representantes dos poderes judiciário, executivo e legislativo, é passível de causar danos lesivos aos indivíduos, através de um comportamento ilícito, unilateral, comissivo ou omissivo, em momentos que

deveria proporcionar-lhes a justa aplicação da legislação vigente. Configurados tais danos, o Estado tem o dever de indenizar àqueles que o suportaram, por ser responsável pelos atos oriundos dos danos.

No mesmo sentido dispõe Mello (2006, p. 937):

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Desta forma, o Estado, ao causar prejuízo a outrem, independentemente das condições deste, é obrigado a reparar o dano, assim como qualquer particular quando atua de forma contrária ao dispositivo legal.

O Direito Constitucional sujeita todas as pessoas (públicas ou privadas) à ordem jurídica e, por isso, qualquer lesão praticada contra os bens jurídicos de terceiros dá à vítima o direito de exigir uma reparação pelo dano suportado. Assim, como a responsabilidade do Estado possui princípios próprios, sua responsabilidade abarca maior extensividade do que o dano praticado por pessoas privadas. Por ser o Estado responsável por dispor das regras e condutas, não há como minimizar os perigos de danos oriundos de ações praticadas por Ele, ao contrário dos danos advindos de relações particulares. Isso porque os danos gerados pelo Estado resultam de comportamentos produzidos para desempenhar e proteger interesses sociais (MELLO, 2006, p. 941-942)

Infere-se que o Estado é responsável pela criação e aplicação das normas de conduta humanas, cabendo-lhe a elaboração, a aplicação e a fiscalização das normas elaboradas e direcionadas aos seus entes, abrangendo a sociedade. Nada mais justo que, como criador e aplicador das normas, seja também obrigado a cumpri-las de maneira adequada, sob pena de ser responsabilizado perante o erro cometido.

Essa responsabilidade do Estado sempre foi atribuída no Brasil, nunca se ensinando ou aplicando a tese da irresponsabilidade pelos atos lesivos praticados pelos seus representantes. Mesmo inexistindo uma disposição geral que reconhecesse ou firmava a doutrina da responsabilidade civil do Estado, essa era

prevista e consignada em artigos de leis e decretos particulares, além das decisões proferidas, e, numerosos julgados dispendo sobre a teoria da responsabilidade aceita no País, pelo menos em princípio. Os doutrinadores brasileiros também são pacíficos quanto à tese da responsabilidade do Estado pela prática de atos lesivos contra terceiros, o que vem prevalecendo desde os primórdios, onde prevaleceu a tese da culpa civil, em que o Estado respondia quando seu funcionário procedia de modo culposo (imprudência, negligência e imperícia), no exercício de sua função (MELLO, 2006, p. 971).

Pode-se afirmar que desde o tempo do império, com a Constituição Federal de 1924, em seu artigo 179, inciso XXIX, dispositivo repassado à Constituição Federal de 1891, artigo 82, os empregados públicos eram estritamente responsáveis pelos abusos e omissões no exercício de suas funções e por não se responsabilizarem perante seus subalternos. Decorria a solidariedade do Estado em relação aos atos praticados por seus agentes, e não respondendo estes somente de forma pessoal. Em consonância com esse entendimento, dispôs o Código Civil de 1916 (artigo 15), e as Constituições Federais de 1984 (artigo 171) e de 1937 (artigo 158), em que proferiam a responsabilidade dos funcionários públicos por quaisquer prejuízos decorrentes de um ato culposo praticado no exercício dos seus cargos, respondendo de forma solidária com o Estado, traduzindo-se na responsabilidade subjetiva. A mudança decorrente da responsabilidade do Estado ocorreu partir da Constituição Federal de 1946 (artigo 194), ao se dispor sobre a responsabilidade objetiva do Estado, abrangendo a obrigação do Estado para reparar danos oriundos de atos lesivos sem qualquer procedimento irregular perpetrado pelo agente. Carreando este entendimento a Carta de 1967 (artigo 105), até a atual Constituição Federal de 1988, dispendo ao Estado o direito de regresso contra o agente responsável pelos danos causados nos casos de culpa ou de dolo (artigo 37, § 6º) (MELLO, 2006, p. 971-974)

Ao se falar em responsabilidade do Estado, tem que se entender com a prática de um ato danoso, oriundo de um comportamento de um dos órgãos estatais, respingando a responsabilidade no Estado como pessoa jurídica. Deste

comportamento configura o dever de indenizar do Estado pelos danos causados à vítima em decorrência da responsabilidade patrimonial extracontratual.

No mesmo sentido a definição de Mello (2006, p. 937):

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. Como qualquer outro sujeito de direitos, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva.

Em causando o Estado, por meio de seus representantes, um prejuízo a terceiros, decorrente de uma ação ou abstenção lesiva, já resulta a obrigação de indenizar, decorrente da responsabilidade extracontratual, em consonância também com os dizeres de Di Pietro (2005, p. 561):

A responsabilidade patrimonial pode decorrer de atos jurídicos, de atos ilícitos de comportamentos materiais ou de omissão do Poder Público. O essencial é que haja um dano causado a terceiro por comportamento omissivo ou comissivo de agente do Estado. Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade.

Desta forma é que vem implícita a responsabilidade do Estado no dever de indenizar o indivíduo preso sem qualquer condenação transitada em julgado, mas que aguarda uma decisão judicial privado de sua liberdade, pela aplicação da exceção prisional, ao invés da regra.

O Estado age de forma a preferir manter um indivíduo em condições sub-humanas, mas enclausurado de forma provisória, apenas para apresentar à sociedade uma solução e punição efetiva. Prefere a isso, a aplicar-lhe uma medida cautelar diversa da prisão, cujo efeito é o mesmo nesta no sentido dos termos, pois o indivíduo submetido a qualquer medida cautelar diversa da prisão, mantém-se restrito em relação à sua liberdade.

Denota-se que o Estado então, opta pela satisfação social, tendo em vista o clamor da sociedade por punição e conseqüente castigo aquele que supostamente praticou um delito, privando-o de sua liberdade, ao invés de impor suas normas vigentes e aplicar-lhe uma medida coercitiva privativa de sua liberdade plena, sem submetê-lo às condições desumanas configuradas na custódia prisional.

3.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

3.2.1 Responsabilidade subjetiva

Conforme rápida exposição a respeito da evolução da responsabilidade do Estado, tem-se inicialmente a Teoria da Irresponsabilidade do Estado, onde o dirigente é quem comandava e decidia o que era certo ou errado, agindo de acordo com a máxima americana de que o rei não erra nunca (*the king do not wrong*). Mas a responsabilidade ganhou força e o Estado passa a ser responsável em algumas situações, diante de atos errôneos praticados, surgindo a responsabilidade subjetiva do Estado (MARINELA, 2012, p. 963)

Na definição de Mello (2006, p. 946):

Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito – culposo ou doloso – consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto.

Para que o Estado se responsabilizasse por prejuízos causados a terceiros, pelos atos praticados por seus agentes, era necessária a configuração de elementos concomitantes, configurados na conduta estatal, no dano, no nexo causal e no dolo ou na culpa do agente. Ausente qualquer um deles, operava-se a exclusão da responsabilidade estatal, não se podendo exigir qualquer indenização do dano suportado.

Marinela (2012, p. 963), explicita tais condições, a seguir descritas, ensejadores da responsabilidade subjetiva do Estado, decorrente da intenção do agente causador do dano:

A responsabilidade subjetiva fundamenta-se no elemento subjetivo, na intenção do agente. Para sua caracterização, depende-se da comprovação de quatro elementos: a conduta estatal; o dano, condição indispensável para que a indenização não gere enriquecimento ilícito; o nexo de causalidade entre a conduta e o dano; e o elemento subjetivo, a culpa ou dolo do agente. Esses elementos são indispensáveis e devem ser considerados de forma cumulativa, gerando a ausência de qualquer um deles e exclusão da responsabilidade.

Essa responsabilidade baseada na culpa ou dolo do agente muitas vezes dificultava sua aplicação em virtude da impossibilidade de identificar a autoridade competente pela prática do ato. Por esse motivo, visando facilitar o conjunto probatório e a proteção da própria vítima, essa responsabilidade subjetiva na culpa do agente passa a ser subjetiva na culpa do serviço, facilitando a comprovação do ato, uma vez que bastava à vítima comprovar a não prestação do serviço de forma satisfatória, independentemente de quem era o agente prestador do mesmo (MARINELA, 2012, p. 964)

Ainda não satisfeita com a atuação estatal, e objetivando a proteção maior dos administrados, o Estado passa a reconhecer a teoria da responsabilidade objetiva, a qual é adotada pelo sistema brasileiro até hoje.

3.2.2 Responsabilidade objetiva

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado foi inserida no Brasil com a Constituição Federal de 1946, disposta em seu artigo 194:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Essa responsabilidade manteve-se na Constituição Federal de 1988, abrangendo o termo “agente” todos aqueles que atuam na Administração Pública. Expandiu a responsabilidade a qualquer pessoa que exercer uma função pública, podendo ser responsabilizada por todos os atos praticados em desfavor de terceiros,

e que os causem prejuízos. Assim, não existem dúvidas quanto à responsabilização de todos os que exerçam função pública, indistintamente. A norma constitucional de 1988 dispõe, ainda, em seu artigo 5º, incisos V e X, o reconhecimento da responsabilidade civil decorrente do dano material e do dano moral, desde que respeitados os seguintes requisitos: a conduta estatal, o dano e o nexo causal, dispensando-se a existência do elemento subjetivo: culpa ou dolo. Cabe apenas ao Estado o dever de indenizar o terceiro lesionado juridicamente, em decorrência de um procedimento lícito ou ilícito. Límpida a diferença entre a teoria da responsabilidade subjetiva e a teoria da responsabilidade objetiva. Nesta, basta existência do nexo de causalidade entre o fato e o efeito lesivo suportado por terceiro, enquanto que naquela o fato gerador do dano baseia-se na culpa ou dolo do agente para configurar a indenização, pois se restar comprovada a prudência do Poder Público, este é isento de qualquer indenização (MARINELA, 2012, p. 965)

Necessária se faz a análise dos pressupostos indispensáveis para a possibilidade da pretensão ressarcitória referente à teoria objetiva do Estado, consagrada atualmente no texto constitucional, e que vincula o ente público a responder por qualquer ato lesivo praticado por seu agente em desfavor de terceiro.

É meio da responsabilidade objetiva, objetiva-se a proteção mais ampla ao bem jurídico tutelado de terceiro, exigindo-se muito mais displicência e cuidado nos atos praticados pelo Poder Público por meio de seus agentes. Tem-se, desta forma, os seguintes pressupostos para o cabimento da indenização: a prática de um evento danoso pelo agente estatal, e o nexo causal entre os atos.

A responsabilidade objetiva do Estado vem prevista no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, disposta nestes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Em conformidade com a redação da norma acima transcrita, a Constituição Federal de 1988 ampliou o rol dos agentes públicos, ao substituir a expressão “funcionários públicos”, descritas nos textos constitucionais anteriores, por “agentes”, visando abranger aqueles cujos atos ou omissões incidem na responsabilidade civil do Estado. Para agir ou se omitir em nome do Estado, gerando a sua responsabilidade civil, abarca qualquer pessoa que possui um vínculo estatal, obrigando-se o agente público a sacrificar o mínimo dos direitos fundamentais, com o fim de preservá-los ao máximo (BRAGA NETTO, 2014, p. 101, 104)

Ao dispor de forma ampla na definição de quem pode praticar o ato lesivo ao terceiro, gerando a responsabilidade do Estado, objetivou-se proporcionar maior segurança jurídica aos direitos inerentes a cada um, por representar o Poder Público, a parte mais forte da relação.

3.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO

3.3.1 Evento danoso

O dano se mostra inerente ao ato de responsabilizar civilmente pelo Estado, pois não basta a prática ilegal ou irregular de um ato em desfavor de terceiro para que exista a indenização. O prejudicado deve suportar algum ônus com o ato praticado pelo agente público, por meio de uma conduta dolosa ou culposa, conforme dispõe Cahali (2014, p. 65-66):

Também no plano da responsabilidade civil do Estado, em caso algum se pode prescindir do evento danoso: a só ilegalidade ou irregularidade do ato, que se verifique sem dano a terceiros, não pode produzir nenhuma responsabilidade, mas apenas, quando for o caso, a invalidade do ato.

[...]

O dano ressarcível tanto resulta de um ato doloso ou culposos do agente público como, também, de ato que, embora não culposos ou revelador de falha do serviço, tenha-se caracterizado como *injusto* para o particular, como lesivo ao seu direito subjetivo.

Para a ocorrência da responsabilidade, inerente deve estar à prática de um dano efetivo gerado por um agente público e suportado por terceiro.

É de se destacar, ainda, que o dano a ser indenizável deve refletir por prejuízo suportado especificamente a alguém ou a parte específica de um todo, não se expandindo de forma generalizada, já que o comum é o interesse público prevalecer sobre o interesse privado, como destaca Cahali (2014, p. 66):

Como na atividade administrativa são frequentes os casos em que o interesse público exige o sacrifício de interesses privados, para que o dano dê lugar ao nascimento da pretensão indenizatória, é necessário que o prejuízo seja *especial* ou singular, e não universal, isto é, “só quando certa ou certas pessoas forem prejudicadas pela atividade administrativa enquanto a generalidade foi poupada”.

O dano jurídico em destaque, para ser passível de indenização, necessita decorrer da lesão a um direito, ou seja, um prejuízo causado a um bem jurídico tutelado, certo, valorado economicamente e passível de demonstração, podendo decorrer de uma conduta lícita ou ilícita. Se a conduta for lícita, necessita-se, ainda, que o dano seja especial e anormal, ao contrário da conduta ilícita, que por si só geram o dever de indenizar.

Neste sentido ensina Marinela (2012, p. 978):

[...] a responsabilidade civil do Estado, na teoria objetiva, pode decorrer tanto de conduta lícita quanto de ilícita. Dessa forma, quando o procedimento estatal for lícito, além das exigências anteriores quanto ao dano indenizável, exige-se, ainda, que ele seja especial e anormal. Esse acréscimo na caracterização do dano não ocorre nas condutas ilícitas, porque, por si só, elas já geram dever de indenizar.

O dano especial é particularizado, tem vítima individualizada, não pode ser genérico, devendo atingir especificamente uma ou algumas pessoas. E mais, ser anormal representa o prejuízo que supera os problemas comuns, os prejuízos corriqueiros da vida em sociedade.

O dano deve ser suportado por terceiro pela prática de conduta dolosa ou culposa do agente público, além de ser certo e condizente com os atos ocasionados, para que possa gerar o dever de indenizar pela responsabilidade do Estado.

3.3.2 Nexo de causalidade material

Nexo causal ou nexos de causalidade se refere à interligação entre o dano causado a terceiro e o ato praticado pelo agente público, ou seja, a causa do dano se refere ao ato omissivo ou comissivo praticado pelo agente, gerando, obrigatoriamente o dever de indenizar.

Conforme expõe Cahali (2014, p. 71):

Assim, o prejuízo de que se queixa o particular tem que ser consequência da atividade ou omissão administrativa: “A responsabilidade da Administração Pública, desvinculada de qualquer fator subjetivo, pode, por isso, ser afirmada independentemente de demonstração de culpa – mas está sempre submetida à demonstração de que foi o serviço público que causou o dano”; “não está o Estado obrigado a indenizar se inexistir vínculo entre a omissão e o dano causado”.

Denota-se que a existência do dano se perfaz desde que sua prática tenha decorrido de um ato do agente público, vinculado à administração, de forma omissiva ou comissiva. Mesmo assim, deve existir um liame entre a conduta deste ato e o prejuízo suportado pela vítima para que se reconheça a responsabilidade do Estado e o consequente dever de indenizar, autorizando o artigo 37, § 6º da Constituição Federal o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

3.3.3 Qualidade de agente para a prática do ato

Para o devido reconhecimento da responsabilidade do Estado mediante a prática de um ato em desfavor de terceiro, causando-lhe prejuízo, necessário se faz, ainda, além do prejuízo e nexos causais disciplinados, que o agente causador do dano represente de alguma forma o Estado.

Desta forma elucidada Cahali (2014, p. 79):

A palavra “agente”, pelo elastério que propicia, compreende àquelas pessoas que, de uma forma ou de outra, regular ou irregularmente, se encontram exercendo qualquer atividade inerente ao serviço

público, e já reconhecidas, pelo direito anterior, como hábeis à produção de danos, pelos quais deve responder o Estado.

Na definição de Marinela (2012, p. 594):

A expressão agente público é a mais ampla para designar de forma genérica e indistinta os sujeitos que exercem funções públicas, que servem ao Poder Público como instrumentos de sua vontade ou ação, independentemente do vínculo jurídico, podendo ser por nomeação, contratação, designação ou convocação. Independe, ainda, de ser essa função temporária ou permanente e com ou sem remuneração. Assim, quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público.

Somente se pode responsabilizar o Estado pela conduta praticada por seu agente em prejuízo de terceiro, em estando o agente no exercício de uma atividade representativa do Estado, agindo em nome deste, no exercício de uma atividade ou função pública para que se possa ingressar com ação indenizatória pelo dano suportado.

Denota-se o reconhecimento em consonância com a responsabilidade do Estado no dever de indenizar quando a prática do ato lesivo em desfavor de terceiro ocorre através de seu agente, no exercício de representação do Poder Público, cabendo a este responder perante a vítima.

3.3.4 Direito de Regresso

A Constituição Federal ao prever a responsabilidade do Estado no dever de reparação do dano gerado por seu agente em desfavor de terceiro, possibilita ao Estado o direito de regresso contra o agente causador do dano, desde que sua ação decorreu de culpa ou dolo, mediante ensina Marinela (2012, p. 987):

Caso o Estado seja obrigado a indenizar a vítima pelos prejuízos causados pelo agente, tendo esse agido com culpa ou dolo, é possível que ele busque a compensação de suas despesas por meio de uma ação de regresso, aplicando a parte final do art. 37, § 6º, da

CF. Trata-se de uma ação autônoma para o exercício do direito de regresso, que garante o ressarcimento pelas despesas que o Estado suportou em razão da condenação.

Pelo direito de regresso, o Estado pode “punir” o agente causador do dano a terceiros de forma a responsabilizá-lo quanto ao pagamento da indenização devida à vítima e suportado pelo Estado condenado. Esse dispositivo visa oportunizar ao Estado a não suportabilidade de uma responsabilidade financeira gerada por culpa ou dolo exclusivos do agente que o representa.

Assim, no que tange a aplicação de prisão indevida ao indivíduo, discussão aportada ao presente trabalho, verifica-se a possibilidade do Estado ingressar com ação de regresso em desfavor do agente causador do dano. Neste caso se perfaz, ao reconhecer o direito de indenização da vítima pelo Estado, o fato da legislação dispor de medidas diversas da prisão capazes de proporcionar restrições ao indivíduo sem submetê-lo ao encarceramento traduzido no cumprimento antecipado de uma pena, com pleno desrespeito aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal.

Nada mais justo para com o Estado do que esse direito de regresso como forma de punição ao verdadeiro “culpado” pela inaplicabilidade de medidas cerceativas de liberdade mais brandas, uma vez que elencadas no artigo 319 do CPP.

Na ação de regresso passasse a responsabilidade subjetiva do agente causador do dano ao terceiro, pois para que o Estado possa ingressar com a ação de regresso é preciso restar comprovado que o prejuízo suportado pela vítima decorreu da atuação do agente estatal por sua culpa ou dolo.

Em recente decisão proferida no dia 06 de junho de 2017 pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de Porto Alegre (Apelação Cível nº 5000622-16.2013.4.04.7008/PR), decidiram unanimemente manter a condenação da União no pagamento de indenização por danos morais decorrente de conduta

culposa praticada por um magistrado, impondo-se a obrigação de ressarcimento à União em caráter regressivo, nos termos do artigo 37, § 6º da CF.⁹

Assim, o Estado ao punir um indivíduo, o faz por meio de seu agente (juiz), o qual decide de forma unilateral sobre a decretação da prisão cautelar ou não do acusado após a prática de um delito. Essa decisão tem que respeitar os preceitos legais, conforme ensina Lopes Junior (2017, p. 61):

[...] sua decisão está limitada pelas provas produzidas no processo, com plena observância das garantias fundamentais [...]
 Não está o juiz obrigado a decidir conforme deseja a maioria, pois a legitimidade de seu poder decorre do vínculo estabelecido pelo caráter cognoscitivo da atividade jurisdicional.
 [...]
 O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos os resultantes da Constituição.

Neste sentido, o responsável pela decretação da prisão do indivíduo de forma indevida, sem respeito ao artigo 282 e 319, ambos do CPP, deve ser penalizado pelo Estado por meio da ação de regresso, quando se verificar a aplicação indevida da prisão cautelar. Isso se justifica por ser o Estado, por meio dos dispositivos legais, dispor de medidas cautelares paliativas diversas da prisão, para a não aplicação de medidas cautelares prisionais extremas e que deveriam somente ser decretadas em caráter excepcional, mas infelizmente se perfazem como regra no ordenamento jurídico.

3.4 CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

⁹ ADMINISTRATIVO. ANTERIOR CONDENÇÃO DA UNIÃO AO PAGAMENTO DE DANOS MORAIS DECORRENTES DE ADIAMENTO DE AUDIÊNCIA NA JUSTIÇA LABORAL. MOTIVO INJUSTIFICADO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO REGRESSIVA CONTRA O AGENTE CAUSADOR DO DANO.

- Colhe-se dos autos ser previsível que a conduta do réu (juiz do trabalho) fosse gerar abalo moral ao autor da anterior demanda (trabalhador rural, com escassos recursos financeiros). Era natural que o depoente viesse a se sentir moralmente ofendido com o adiamento da audiência pelo simples fato de não vestir sapato fechado, em região com grande quantidade de trabalhadores rurais de escassos recursos financeiros.

- Assim, tendo em mente a natureza administrativa do ato praticado pelo réu (adiamento de audiência por motivo banal), e presente conduta culposa do magistrado, impõe-se a obrigação de ressarcimento à União, em caráter regressivo, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88.

- Apelação improvida.

O Estado, em sua teoria de responsabilidade objetiva, admite possíveis situações em que seu dever de responsabilizar-se é excluído, pois inexistente o nexo causal entre o ato praticado e o agente causador do mesmo. Um dos elementos necessários para o reconhecimento do dever do Estado em indenizar o terceiro prejudicado. Tais situações são as causas excludentes ou atenuantes da responsabilidade, quais sejam: a culpa exclusiva da vítima, e a força maior.

Ao se falar em culpa exclusiva da vítima, esta é quem causa por si só o evento danoso, inexistindo qualquer conduta positiva do Estado que colabore com o prejuízo suportado pela vítima. Mas para que a exclusão da responsabilidade do Estado se caracterize, é preciso restar comprovada sua não participação no nexo causal, de acordo com Marinela (2012, p. 982):

Na hipótese de culpa exclusiva da vítima, e evasão não é absoluta. A sua presença não é suficiente para eximir o dever de indenizar do Estado; não é em si mesma causa excludente. É fundamental que se demonstre que o causador do dano foi a suposta vítima e não o Estado, demonstrando com isso a inexistência de comportamento estatal produtor da lesão, afastando, assim, o nexo causal para a caracterização da responsabilidade objetiva [...]

No que tange a força maior, define Di Pietro (2005, p. 564):

Força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado; não há nexo de causalidade entre o dano e o comportamento da Administração.

Ao contrário da culpa exclusiva da vítima, na excludente da força maior, o Estado e nem o terceiro têm como prever a ocorrência do fato gerador do nexo causal entre o ato e o dano gerado, pois são algo imprevisível e independente da vontade de ambas as partes.

Em ambos os casos, a exclusão da responsabilidade do Estado decorre da inexistência do nexo causal entre o dano sofrido pela vítima e a prática do ato por

um comportamento do Estado, o qual em nada contribui para a ocorrência dos fatos, permanecendo inerte.

Considerando-se as excludentes citadas, tem-se que o Estado pode, ainda, se eximir do dever de indenizar terceiro prejudicado, sem qualquer aplicação em sentido contrário, bastando comprovação das exclusões dispostas.

3.5 DANOS CAUSADOS A TERCEIRO

3.5.1 Dano material e dano moral

Aufere-se como dano, quando alguém sofre algum tipo de prejuízo patrimonial, em via de regra com a exclusão da penalidade corporal como forma de punição ao agente causador do dano, passou-se a buscar uma forma de reparação por meio do patrimônio do culpado, por ter prejudicado um terceiro.

O dano, juridicamente citado, é definido como o resultado de qualquer ato humano ou fato humano capaz de produzir lesões a interesses alheios protegidos legalmente, podendo-se dispor através de um agir positivo (conduta humana praticada com resultado antijurídico) ou uma omissão (inércia da prática de um ato que por não ser efetivado gera lesões aos direitos de terceiro). Os agentes causadores do dano podem ser as pessoas físicas ou jurídicas, respondendo por seus atos mediante os dispositivos legais a que infringiram em decorrência da conduta praticada ou da inércia no dever de fazer (MATIELO, 1998, p. 12-13)

Os danos podem ser classificados em materiais, morais e mistos (materiais e morais), dependendo da atuação do agente e a ofensa causada à vítima, condicionando cada ato daquele a uma lesão suportada por esta, conforme os define Matielo (1998, p. 13-15):

Danos puramente materiais – consubstanciados em fatos humanos que produzem lesões em interesses alheios juridicamente protegidos, com caráter exclusivamente material.
[...]

Danos materiais e morais (mistos) – traduzidos em fatos humanos causadores de lesões em interesses de outrem, juridicamente tutelados, que sofrem diminuição, em razão de uma conduta, de caráter material (físico) e moral (psíquico).

[...]

Danos puramente morais – verificados através de fatos humanos que conduzem a lesões em interesses alheios, juridicamente protegidos, mas que atingem apenas a reserva psíquica do ofendido.

Assim, o dano será considerado como um mal causado por alguém em desfavor de outrem, atingindo a vítima de forma material, de forma moral, ou de ambas as formas, em decorrência de lesões praticadas em seu desfavor.

Elucida Theodoro Júnior (2016, p. 2):

Quando se cuida de dano patrimonial, a sanção imposta ao culpado é a responsabilidade pela recomposição do patrimônio, fazendo com que, à custa do agente do ato ilícito, seja indenizado o ofendido com o bem ou valor indevidamente desfalcado. A esfera íntima da personalidade, todavia, não admite esse tipo de recomposição. O mal causado à honra, à intimidade, ao nome, em princípio é irreversível. A reparação, destarte, assume o feitiço apenas de sanção à conduta ilícita do causador da lesão moral. Atribui-se um valor à reparação com o duplo objetivo de atenuar o sofrimento injusto do lesado e de coibir a reincidência do agente na prática de tal ofensa, mas não como eliminação mesma do dano moral.

Como tais danos não poderiam ser tratados como desconsiderados, nos primórdios da civilização, após a implantação da fase contratual da convivência humana, a definição de dano ligou-se diretamente à ideia de reparação. O causador do dano responde por meio de seu patrimônio, com o fim de puni-lo pela conduta lesiva praticada a terceiro, além de buscar minimizar o sofrimento suportado por este, já que por inúmeras vezes se torna impossível, retornar ao *status quo* (MATIELO, 1998, p. 17)

Denota-se que a maneira menos agressiva e mais eficiente para se reparar o dano sofrido por alguém, é buscar a indenização do mesmo pelo autor, através de seu patrimônio, como forma de amenizar o sofrimento suportado.

O dano moral já se fazia presente no Código de Hamurabi (2.000 a.C.), juntamente com a vingança, em que se admitia a reparação da ofensa mediante o pagamento de certo valor em dinheiro. Com a *Lei Aquilia* (286 a. C.) e a legislação

de Justiniano, ampliou-se o campo da reparabilidade do dano moral, prevendo o Direito Romano diversas hipóteses em que dispensava proteção a interesses não patrimoniais através de reparação pecuniária (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 3)

No decorrer do direito moderno, mostrou-se penosa elaboração da teoria de uma ampla reparabilidade do dano moral, resistindo àqueles que negavam a legitimidade moral da atribuição de um preço à dor. Com o surgimento dos direitos da personalidade, aumenta a corrente dos defensores dos direitos essenciais da pessoa humana, destacando-se a posição de reparabilidade das lesões à pessoa na esfera extrapatrimonial. Passou a figurar o tema no Código Civil Italiano, em 1942. No Brasil, majoritariamente defendia-se a tese de que o artigo 159 do CC de 1916, o qual incluía em sua sanção o dano material e o dano moral, disciplinando a responsabilidade civil aquiliana e a reparabilidade de qualquer dano. Por fim, a Constituição Federal de 1988 dispôs sobre a reparabilidade do dano moral, no artigo 5º, incisos V e X, e o Código Civil de 2002 adotou a reparabilidade do dano moral em seu artigo 186 (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 4)

A Constituição Federal de 1988 traz de forma destacável, o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), para a reparação em caso de infração ao dispositivo, incorporou de forma expressa a indenização por dano moral, bem como por dano material, àquele que restar comprovado ser vítima de lesão sofrida de forma material ou moral, mediante o disposto no artigo 5º, incisos V e X:

Art. 5º. [...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A indenização se mostra possível das mais variadas formas de acordo com o explícito no dispositivo supra, visando preservar o ser humano de qualquer prática ilegal ou conduta lesiva que venha a ser submetido, tanto de um prejuízo patrimonial quanto moral. Apesar de ser o dano moral mais complexo em sua visualização,

admitiu-se, ainda, conforme a Súmula 37 do STJ a cumulação das indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

3.6 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O SISTEMA PRISIONAL

Em meio a toda a inércia do Estado na aplicabilidade do dispositivo legal de maneira adequada, gerando o dano ao terceiro e o conseqüente dever de indenizar a vítima, verifica-se a também a obrigação do Estado de desenvolver e proporcionar políticas públicas com o intuito de melhorar as condições de vida do ser humano.

Pode-se questionar a respeito da possibilidade de manutenção de preso provisório em caso do Estado apresentar condições de proporcionar a objetividade do sistema prisional, através da aplicação de políticas públicas eficazes e satisfatórias ao verdadeiro sentido do dispositivo legal e garantia dos direitos fundamentais.

Ao garantir os direitos fundamentais, o novo constitucionalismo não só impõe a prevalência da Constituição, mas também intensifica sua força para exigir prioridades e o cumprimento célere. O implemento das Políticas Públicas exige-se que seja pragmático, sem a ingerência de efeito deletério. Assim, a Constituição de 1988 criou um Estado intervencionista, com o dever de intervir, afastando-se a da situação cômoda de abstenção, mas executando um plano, programa ou projeto de realização de prestações positivas com destinação à efetivação dos direitos sociais, dentre outras ações. É no Estado Democrático e Social de Direito que se denota enorme preocupação em que se aspira à efetivação dos direitos fundamentais das políticas públicas (LEÃO JÚNIOR, 2014, p. 65-66)

As políticas públicas são definidas por diversos autores, perfazendo-se uma medida isolada ou um conjunto de medidas apresentadas e desenvolvidas pelo Estado com o fim de efetivar os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal. O Estado tem o dever de proporcionar condições dignas ao indivíduo, atuando efetivamente.

Dispôs Grau (2000, p. 21) ao definir políticas públicas:

A expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade [...]. A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.

No mesmo sentido Bucci (2006, p. 39) ensina:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

O Estado, como detentor do poder de punição, tem também o dever de proporcionar condições propícias aos seus administrados, obrigando-se a garantir condições dignas e, principalmente humanas junto ao sistema prisional, as quais apenas podem ser alcançadas com a realização das políticas públicas capazes de melhorar as condições humanas.

Ensina Leão Júnior (2014, p. 67):

As políticas públicas, realizadas por meio de medidas e programas, visam a proporcionar melhores condições ao ser humano; é por meio delas que o Poder Público (representado por uma entidade estatal) – por si ou em parceria com outros órgãos do Governo ou organizações não governamentais -, promove o bem coletivo.

A proteção social é obrigação do Estado, o qual deve promover o bem coletivo e, por meio das políticas públicas, garantir a efetividade dos direitos fundamentais. É desta forma que o Estado tem o poder/dever de proporcionar a aplicabilidade das leis, abrangendo aqui o disposto pela lei nº 12.403/2011 ao

elencar um rol de medidas cautelares em substituição à prisão do indivíduo, com o fim de desabalroar o sistema prisional brasileiro.

A calamidade em que se encontra o sistema prisional é de conhecimento geral, transpassando-se suas condições desumanas e humilhantes a cada preso submetido à prisão, independentemente do motivo pelo qual foi parar naquele local indigno. Mesmo conscientes do desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a diversos outros princípios constitucionais, impõe-se a decretação da prisão cautelar como forma de proteção à sociedade, piorando ainda mais o sistema prisional.

Como se não bastasse, o preso cautelar é “jogado” e “esquecido” na prisão por tempo indeterminado, sem qualquer respeito aos prazos e normas processuais, relegando o indivíduo à agressão a sua integridade física e psíquica, a falta de higiene, a condições de vida desumana, mediante destacou Wacquant (2004, p. 07):

[...] É o estado apavorante das prisões do país, que se parecem mais com *campos de concentração para pobres*, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica – dissuasão, neutralização ou reinserção. O sistema penitenciário brasileiro acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro Mundo, mas levadas a uma escala digna do Primeiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença estudada dos políticos e do público: entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizados pela falta de espaço, ar, luz e alimentação (nos distritos policiais, os detentos, freqüentemente inocentes, são empilhados, meses e até anos a fio em completa ilegalidade, [...])

Denota-se que o conhecimento público das condições humilhantes perpassadas na prisão é divulgado aos quatro cantos do mundo, mas nada se faz para prevenir esta situação degradante a que se submete o indivíduo preso, como ainda descreve Wacquant (2004, p. 07):

[...] negação de acesso à assistência judiciária e aos cuidados elementares de saúde, cujo resultado é a aceleração dramática da difusão da tuberculose e do vírus HIV entre as classes populares;

violência pandêmica entre detentos, sob forma de maus-tratos, extorsões, sovas, estupros e assassinatos, em razão da superlotação superacentuada, da ausência de separação entre as diversas categorias de criminosos, da inatividade forçada (embora a lei estipule que todos os prisioneiros devam participar de programas de educação ou de formação) e das carências da supervisão.

Corroborando com o disposto dispõe Patto; Guerra Filho (2015, p. 25-26):

Mas o que se constata é o tratamento degradante das cadeias lotadas, da tortura como método de busca da verdade, ainda em muitos casos, da tolerância ara com a prova subjetiva (testemunhal) em detrimento da prova técnica (pericial), muitas vezes escudadas no argumento da falta de recursos da polícia judiciária, como se não existisse no sistema constitucional o art. 37, especificamente o princípio da eficiência! E isto simultaneamente ao brado de que pertencemos aos quadros das maiores economias do planeta. Então o que se constata é que no Brasil, em sede de Processo Penal, a situação é caótica e absurda, pois o Estado é, não o garantidor do acesso à *Justiça*, mas qual o guardião kafkaniano, aquele que impede a passagem e a entrada daqueles que estão *diante da Lei*, prostrados como espectros vazios e impotentes.

O descaso ao sistema prisional se arrasta desde sua origem, inexistindo qualquer preocupação em sanar tamanhas aberrações a que se submetem os presos. Ainda assim, o Estado prefere submeter o indivíduo à prisão cautelar, decretando sua prisão provisória, sem o trânsito em julgado processual (violando os princípios da presunção de inocência, dignidade da pessoa humana, devido processo legal, dentre outros). As políticas públicas a serem aplicadas nesta situação não são ao menos discutidas.

Buscando “amenizar” todo esse caos social de entupimento de preso provisório no sistema prisional, destacando-se, ainda, o tempo indeterminado a que ele permanece enclausurado, o legislador editou a lei nº 12.403/2011, dispondo de medidas cautelares diversas da prisão. Infelizmente a aplicabilidade de tais medidas ainda permanece rara, excepcionais, preferindo-se manter o indivíduo preso cautelarmente.

Assim, a imposição de medidas cautelares prisionais sem a comprovação necessária de sua aplicabilidade, violando os direitos fundamentais, apenas

comprova o já exposto. O Estado se utiliza da exceção com regra, ou seja, decreta a prisão como forma de garantia processual para privar o indivíduo de sua liberdade, ao invés de substituir a prisão por medidas cautelares diversas. Tais medidas também correspondem satisfatoriamente ao ensejo de privação de direitos do indivíduo, pois para serem aplicadas necessitam preencher os requisitos legais.

A respeito do disposto elucidado Patto; Guerra Filho (2015, p. 30):

É bastante frequente a imposição no âmbito da persecução penal de medidas cautelares, para a garantia da ordem pública. É certo que em alguns casos, bastante raros, até seria possível a legitimidade de tal medida, quando, por exemplo, a comprovada atuação de alguém prestes a praticar um atentado contra certa coletividade. Tudo a depender do caso concreto e de provas cabais de tal atuação. Mas o que se vê com preocupante regularidade na vida judiciária é a utilização de tais medidas excepcionais como paliativas daquilo que o Estado não vem fazendo como seu dever. Quer-se que o processo faça no seu bojo, aquilo que é dever do Estado enquanto agente de políticas públicas!

O Estado não cumpre com sua obrigação perante os dispositivos legais, e o reflexo desta inércia sabe-se por qual fato é a segregação cautelar do indivíduo de forma provisória, infringindo os princípios constitucionais positivados na Constituição Federal, trazendo consequências graves e irreversíveis, mediante o disposto por Patto; Guerra Filho (2015, p. 25):

Assim que ao não fazer parte da atuação ética daqueles que são chamados a operar o sistema judiciário em prol do texto constitucional, não fica desde já o acesso à Justiça comprometido e desprestigiado? E no que diz respeito ao Processo Penal, quando falha o acesso, as consequências são graves e irreversíveis, [...]

Ao não ser competente para propiciar políticas públicas eficazes, o Estado busca para si o dever de arcar com a responsabilidade sobre seus atos praticados em dissonância com suas próprias normas, contradizendo-se a teoria da prática, conforme dispõe Patto; Guerra Filho (2015, p. 25):

O que os direitos e garantias fundamentais concernentes ao Processo Penal impõem ao Estado brasileiro, é um dever de tratamento do acusado que vem expresso numa gama extensa de

princípios tais como o da inocência, da imparcialidade do Juiz, do devido processo legal, da proibição da prova ilícita, do Juiz natural, da proibição da tortura, das penas degradantes e cruéis, tudo a patentear que após 1988 uma mudança radical de regime deveria ter se operado em sede de persecução penal, obrigando o Estado a práticas democráticas e cidadãs, tendo como norte a dignidade da pessoa humana e a liberdade.

O descumprimento do dever do Estado na aplicabilidade das leis, e mesmo das políticas públicas, quando gerador de algum tipo de dano a terceiros, obriga-o a indenização àquele que sofreu com a conduta lesiva. Isso porque o sistema prisional decorre e depende de políticas públicas realizadas pelo Estado, e sua obrigação, além do *jus puniendi* pela aplicabilidade da persecução penal, é proporcionar condições dignas e íntegras ao indivíduo preso, preservando sua integridade física e psíquica.

Mediante a inércia do Estado em cumprir com a proteção do ser humano, ainda que seja na prisão, o dever de indenizar é cabível, responsabilizando-se pelo cerceamento da liberdade do indivíduo encarcerado em condições desumanas, como ocorre nas prisões brasileiras.

3.7 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM CASOS DE PRISÃO INDEVIDA E O DEVER DE INDENIZAR

Já disposto anteriormente que a Constituição Federal de 1988 tutela a liberdade da pessoa, inserindo-a no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, justamente por ser regra no ordenamento jurídico a liberdade pessoal, configurando uma exceção, a privação de liberdade de qualquer indivíduo. A garantia à liberdade do indivíduo, bem como as exceções a esta, vêm dispostas no artigo 5º, incisos LIV, LVII e LXI, elucidados de forma límpida.

No que tange às exceções capazes de possibilitar, ao Estado, a imposição de restrição à liberdade do indivíduo, além da prisão em flagrante disposta na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso LXI), existem também a prisão preventiva e a prisão temporária, em que se priva o indivíduo de sua liberdade sem o trânsito em julgado de sentença condenatória, ou melhor, sem sequer, como

ocorre na maioria das vezes, o indivíduo ter sido denunciado em uma ação penal ou ao menos ser submetido à audiência de instrução.

Conforme explicitadas no capítulo II, as prisões preventivas decorrem de decisões muitas vezes fundamentadas de forma equivocadas, sem qualquer análise de mérito no caso concreto, mas se utiliza o responsável pela decretação da prisão cautelar de um dispositivo geral, sem qualquer justificativa plausível.

A Constituição Federal de 1988 reconhece no artigo 5º, inciso LXXV, a possibilidade de indenização pelo Estado na prática de erro judiciário, ou na manutenção da prisão além do tempo fixado em sentença, oportunizando de forma restrita a busca pelo ofendido de uma reparação para “compensar” as mazelas suportadas dentro de um sistema penitenciário.

Em que pese o reconhecimento constitucional dessa reparação, a mesma não se mostra satisfatória no que tange à realidade enfrentada diariamente por inúmeros presos provisórios, que abalroam todo o sistema penitenciário. São submetidos aos mais diversos tipos de agressões físicas, morais, humilhações, privações, rompimento com qualquer tipo de dignidade humana, por culpa exclusiva do Estado, conforme dispõe Quirino (1999, p. 53):

O art. 5º, inciso LXXV, assegura o direito a indenização ao “*condenado*” por erro judiciário e àquele que ficar preso por tempo superior ao fixado em “*sentença*”. [...] Pela análise do dispositivo nos ocorre que o constituinte se esqueceu de amparar de forma mais enfática os outros casos de prisão ilegal (nos quais não é respeitado o “*princípio do devido processo legal*”, prestigiado pelo art. 5º, inciso LIV), notadamente aqueles creditados a má apreciação dos pressupostos fáticos que fundamentam as prisões cautelares, pois nessas situações, a rigor, não podemos falar na existência de “*condenação*” principalmente em face do “*princípio do estado de inocência*”, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), nem muito menos em “*prisão justificada por sentença*”.

Destarte, o legislador se omitiu quanto à possibilidade de indenização nestes casos de prisões indevidas, o que se houvesse ocorrido, poderia amenizar a aplicabilidade, na prática da exceção da prisão cautelar como regra.

Apesar deste esquecimento do Estado, havendo prisão ilegal imposta ao particular diversa das passíveis de indenização apresentadas pelo legislador

constituinte, ainda se poderá responsabilizar o Estado com base na norma genérica prevista no artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Essa assertiva decorre da análise de todo o sistema constitucional, conforme o disposto no seu artigo 5º, § 2º, bem como possibilita a indenização nos demais casos de prisão ilegal, além dos dispostos expressamente pelo artigo 5º, inciso LXXV. Decorre da interpretação sistemática das referidas normas constitucionais em harmonia com os princípios gerais do direito, garantindo os direitos ao lesado em sua plenitude, em qualquer caso de prisão ilegal (QUIRINO, 1999, p. 54)

Como se verificou até o momento, a prisão cautelar ou provisória é considerada uma das formas mais polêmicas no sistema penal brasileiro, justamente por privar o indivíduo de sua liberdade antes do trânsito em julgado de decisão condenatória estando em dissonância com os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência.

A atual situação do sistema penitenciário brasileiro, desumana e humilhante desde sua criação, torna a prisão cautelar ainda mais agressiva, motivo pelo qual essa modalidade de prisão vem disposta em caráter extremamente excepcional, desde que preenchidos os requisitos exigidos e demonstrada sua necessidade indubitável.

O Código de Processo Penal prevê a possibilidade de uma indenização justa ao interessado que sofrer prejuízos (artigo 630), além da Constituição Federal, dispor a respeito da indenização por danos sofridos em violação à liberdade, além da condenação por erro judiciário e à manutenção da prisão ultrapassar o tempo da pena (artigo 5º, incisos V e LXXV). Inexiste qualquer manifestação a respeito da indenização em caso de prisão cautelar indevida, a qual deve ser apreciada como implícita na legislação para fins de ressarcimento ao preso provisório.

Isso porque o direito à liberdade é também um direito da personalidade e, como tal, deve ser protegido pelo Estado, principalmente em ocorrendo danos decorrentes da prisão. Conforme a doutrina, qualquer violação aos direitos da personalidade é passível de indenização, uma vez que reconhecida pela doutrina e jurisprudência, a valoração do sentimento, da dor, do sofrimento etc.. A única forma de se compensar a angústia sofrida pelo indivíduo, pelo prejuízo sofrido em sua

privação de liberdade, honra, reputação, dignidade etc., é a compensação por meio dos danos morais, os quais muitas vezes podem vir ligados aos danos materiais, possibilitando um equilíbrio dos direitos da personalidade. Em sendo a liberdade individual um direito da personalidade, a privação da mesma pelo Estado de forma indevida gera o dever de indenizar através dos danos morais, sem a necessidade da demonstração efetiva do prejuízo, já que a sistemática e os princípios adotados pela constituição consideram implícita a existência de dano moral pela simples perda da liberdade, restando mesmo dano presumido (QUIRINO, 1999, p. 57-58)

Pelos dispositivos legais, a prisão indevida deve ser indenizada pelo órgão responsável, justamente pela privação da liberdade do indivíduo de forma indevida, submetendo-o a diversas humilhações e sofrimentos, principalmente ao se tratar de prisão provisória, pois não há qualquer distinção no tratamento dos presos provisórios e dos presos definitivos, sem respeito algum ao disposto no artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal.

Assim, a Constituição Federal reconhece a responsabilidade do Estado mediante a imposição de privação de liberdade desnecessária, cabendo àquele reparar os danos materiais e morais gerados no indivíduo.

3.8 A INOBSERVÂNCIA DOS FUNDAMENTOS PARA CONCESSÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E O DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO

Conforme exposto no capítulo anterior, a Lei nº 12.403/2011 alterou diversos dispositivos legais, destacando-se formas de medidas cautelares diversas da prisão a serem aplicadas ao acusado durante a instrução processual. Assim, o dispositivo do artigo 319 do CPP dispõe de um leque de opção, em que o indivíduo permanece sob a custódia do Estado, ou seja, privado de vários direitos e, conseqüentemente, de sua liberdade plena, sem que seja submetido à privação de liberdade em uma prisão. Antes desta lei, apenas existiam duas opções de medidas cautelares a serem aplicadas pelo juízo responsável ao acusado, quais sejam, a decretação da prisão ou a concessão da liberdade provisória.

Tais medidas cautelares diversas da prisão, elencadas no artigo 319 do CPP, visam à restrição da liberdade do indivíduo, pois será necessária a privação de atos a serem praticados pelo mesmo, não mais agindo de forma livre plenamente e, como qualquer outra forma de medida cautelar, exige a presença dos requisitos ensejadores de sua aplicação, configurados no *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, conforme explicitado por Nucci (2011, p. 621-622):

As medidas cautelares alternativas à prisão não podem ser impostas pelo juiz sem necessidade e adequação. Não são medidas automáticas, bastando que haja investigação ou processo. Elas restringem a liberdade individual, motivo pelo qual precisam ser fundamentadas.

[...]

Há dois requisitos genéricos: a) necessidade; b) adequabilidade. Estes são cumulativos, ou seja, ambos precisam estar presentes para autorizar a imposição de medidas cautelares (art. 319, CPP). O primeiro requisito genérico divide-se em três: a.1) para aplicação da lei penal; a.2) para a investigação ou instrução criminal; a.3) para evitar a prática de infrações penais, nos casos previstos em lei. Esses três são alternativos, ou seja, basta a presença de um deles para configurar a necessidade. [...] O segundo requisito genérico divide-se em três: b.1) gravidade do crime; b.2) circunstâncias do fato; b.3) condições pessoais do indiciado ou acusado.

A aplicação das medidas cautelares diversas da prisão é reconhecida como forma de privação de liberdade do indivíduo não em sua plenitude, pois não restringe o seu direito de ir e vir a uma cela ou espaço da prisão, mas também o priva de sua liberdade. A privação decorre da necessidade do cumprimento das medidas impostas para que possa garantir sua afastabilidade da prisão durante a instrução processual.

Assim, o que ocorre na prática, desde a promulgação da Lei nº 12.403/2011, especificamente no que tange ao artigo 319 do CPP, é a sua aplicabilidade em caráter excepcional, ao contrário do que determina a lei, ou seja, continua se impondo a prisão do indivíduo como regra nos mais variados casos de crimes praticados, sem qualquer substituição de medidas cautelares menos punitivas do que a prisão propriamente dita.

Isso decorre pela simples alegação de que a prisão cautelar ou provisória mostra-se mais eficaz à instrução processual com base, principalmente, na garantia

da ordem pública, ou seja, presume-se a partir do momento que ocorre a prática de um delito, que o indivíduo continuará a praticar delitos, tumultuando a paz na sociedade.

Na maioria dos casos, o juiz ao decretar a prisão preventiva sob a alegação da garantia da ordem pública, não fundamenta de forma satisfatória no que se configura a necessidade da manutenção do indivíduo na prisão durante a instrução processual, ou assim age para fingir que proporcionou segurança pública à sociedade, expandindo essa justificativa de medida cautelar a qualquer delito cometido, extrapolando de forma absurda os delitos em que a pena se perfaz na detenção.

Neste sentido ensina Lopes Junior (2017, p. 637):

[...] qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *periculum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação d prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida.

Toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga (ou de qualquer dos outros perigos). Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o *periculum libertatis*.

Essa relutância na aplicação das medidas cautelares diversas da prisão se justifica na reação da sociedade face à prática de um delito a permanência do acusado “solto”, “livre”, sem qualquer punição, pois a sociedade desconhece a finalidade e aplicabilidade de tais medidas. Não compreende que há privação de liberdade do indivíduo da mesma forma em que se ele estivesse preso cautelarmente, mas não sendo privado plenamente de sua liberdade.

Mesmo com a possibilidade da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, a privação da liberdade continua sendo a regra, onde deveria ser uma exceção, motivo pelo qual se mostra conivente à indenização do Estado ao indivíduo privado de sua liberdade em detrimento da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Isso porque há a infração aos princípios da dignidade da pessoa

humana, do devido processo legal, da presunção de inocência, bem como a sua honra e moral se perfazem latentes.

Mesmo o Estado sendo responsável pela garantia e aplicação dos dispositivos legais e, no que tange ao direito de punir o indivíduo pela suposta infração a um delito, a aplicação da medida extrema de decretação e manutenção da prisão durante o decorrer da instrução processual colide com as medidas cautelares impostas pelo artigo 319 do CPP, gerando conseqüente dever de indenização por danos morais e materiais.

Ademais, a prisão quando decretada de forma indevida, contraria os preceitos legais e, por si só, gera o dever de indenização por parte do Estado, nos termos do artigo 37 § 6º da CF. Isso decorre da violação aos princípios fundamentais constantes da própria Constituição Federal, oportunamente dispostos e estudados no capítulo I.

Assim, a prisão indevida infringe os princípios constitucionais garantidos como fundamentais no artigo 5º da Constituição Federal, conforme incisos X, LVII, LIV e LXI e, uma vez decretada, reconhecido se faz o direito do indivíduo à indenização por danos morais e materiais oriundos da privação de sua liberdade, por ser esta medida excepcional e não regra geral dentro do ornamento jurídico, já que existem meios de submeter o indivíduo à tutela do Estado para o julgamento eficaz do processo por meio das medidas dispostas no artigo 319 do CPP.

Isso porque, conforme já exposto, o objetivo da Lei nº 12.403/2011 foi justamente propiciar um meio termo entre os extremos da prisão e da liberdade, conforme explicita Lopes Junior (2013, p. 860; 861):

Sem dúvida a maior inovação desta reforma do CPP em 2011, ao lado da revitalização da fiança, é a criação de uma polimorfologia cautelar, ou seja, o estabelecimento de *medidas cautelares diversas da prisão*, nos termos do art. 319, rompendo com o binômio prisão-liberdade até então vigente.

[...]

As medidas cautelares diversas da prisão devem priorizar o caráter substitutivo, ou seja, como alternativas à prisão cautelar, reservando a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado. Não sem razão, o PL n. 408/2001 foi ressuscitado com a assumida finalidade de amenizar o caos do sistema prisional brasileiro, que, superando

os 500 mil presos, tem quase 50% de presos cautelares, ou seja, aproximadamente 200 mil prisões preventivas.

O intuito destas medidas é justamente amenizar o excesso número de prisões cautelares decretadas, causando o caos no sistema carcerário, decorrente da morosidade do Estado em sua função de punir o indivíduo, deixando à mercê das mais gravosas condições subumanas e degradáveis inerentes à prisão. Destarte, a inaplicabilidade das mesmas, priorizando-se pela decretação da medida cautelar prisional, induz ao indivíduo o direito de ser indenizado nos termos legais.

Concatenando com o absurdo decorrente da decretação de prisão cautelar, ao invés da substituição de medidas cautelares diversas, dispôs julgamento recente do STF, no RE 580.252/MS, de 17/02/2011¹⁰, reconhecendo a responsabilidade civil do Estado e conseqüente indenização por danos morais oriundos ao preso decorrentes da superlotação do sistema carcerário e das condições degradantes de encarceramento.

Assim, é reconhecido aos presos o direito à indenização por danos morais, com responsabilização do Estado, em virtude da manutenção da prisão provisória cautelar, em decorrência da superlotação das prisões e condições subumanas a que se submete o indivíduo. Além disso, é dever do Estado, a garantia de condições dignas ao cumprimento da pena imposta processualmente, com o fim de ressocializar o condenado definitivo.

Se o Estado sequer possui condições adequadas para o cumprimento de pena no sistema prisional aos condenados definitivos, quem dirá aos presos provisórios, os quais aguardam julgamento por um longo período presos juntamente com os presos condenados, privados de sua dignidade, sob condições desumanas.

A responsabilidade do Estado vem configurada na impossibilidade desta manutenção eficaz do sistema prisional como um todo e, em especial aos presos

¹⁰ DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS CAUSADOS AO PRESO POR SUPERLOTAÇÃO E CONDIÇÕES DEGRADANTES DE ENCARCERAMENTO.

1. Há responsabilidade civil do Estado pelos danos morais comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em circunstâncias desumanas ou degradantes.

provisórios, pela inaplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão de forma satisfatória, pois é muito mais cômodo e “social” satisfazer a sociedade com a prisão desnecessária, provando a punição pela prática de um delito, do que a imposição de medidas cautelares descarcerizadoras, eis que estas não refletem de forma satisfatória ao desejo de punir.

Neste sentido dispôs o referido acórdão:

[...]

4. Diante do caráter estrutural e sistêmico das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro, a entrega de uma indenização em dinheiro confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos detentos, além de drenar recursos escassos que poderiam ser empregados na melhoria das condições de encarceramento.

5. É preciso, assim, adotar um mecanismo de reparação alternativo, que confira primazia ao ressarcimento *in natura* ou na forma específica dos danos, por meio da *remição* de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal. A indenização em pecúnia deve ostentar caráter subsidiário, sendo cabível apenas nas hipóteses em que o preso já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição.

[...] A sociedade brasileira tem vivido, ao longo dos últimos anos, a aflição do aumento progressivo da criminalidade, associada a uma sensação difusa de impunidade. Nada obstante, o país apresenta uma das maiores populações carcerárias do mundo, em curva ascendente. As más condições da maior parte dos presídios do país trazem consequências que saltam aos olhos, dentre as quais é possível destacar (i) a realimentação da criminalidade e da violência, por serem as prisões escolas do crime; e (ii) as estatísticas impressionantes da reincidência, pela incapacidade de o sistema promover a ressocialização dos presos.

[...]

A presente decisão foi julgada como tema 365 da repercussão geral, reconhecendo e lhe dando provimento, reconhecendo a responsabilidade do Estado nos termos do artigo 37, § 6º da CF, e consequente dever de indenizar por danos morais e materiais comprovados pela falta de condições legais do sistema prisional, pois é dever do Estado, detentor do *jus puniendi*, a manutenção de prisões com condições humanas.

A situação caótica do sistema prisional agora reconhecida no sistema penitenciário brasileiro impõe claramente a possibilidade de indenização do Estado ao preso decorrente de danos morais suportados, amparado pelo dispositivo legal, suficientemente para suprir a aplicação da substituição da prisão cautelar por medida cautelar diversa, sem prejuízo ao processo penal.

A população carcerária brasileira possui em torno de 654.372 presos, dos quais 221.054 são presos provisórios, aguardando por um julgamento final com trânsito em julgado, variando o tempo médio entre a decretação da prisão provisória até o trânsito em julgado da sentença condenatória ou absolutória, entre 180 e 970 dias, conforme dados colacionados pelo Conselho Nacional de Justiça em fevereiro de 2017 (<http://www.cnj.jus.br/k5sj>).

Atualmente a população carcerária provisória ocupa 34% do sistema carcerário brasileiro, aguardando uma decisão com trânsito em julgado de condenação ou absolvição por um período mínimo de 180 dias, “jogados” e “esquecidos” juntamente com os presos já condenados e que estão aguardando o cumprimento da pena para sair, em completo desrespeito com o disposto no artigo 84 da LEP.

Verifica-se que o percentual de presos provisórios se destaca de forma drástica, principalmente ao se constatar que o tempo mínimo desta prisão é não inferior a seis meses. Piora ainda mais a situação pelo conhecimento de que o preso provisório aguarda todo o período processual juntamente com os demais presos definitivos, cumpridores de pena decorrentes de sentença transitada em julgado, em ofensiva infração do artigo 84 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de execução penal), o qual dispõe que: “O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.”

Desconsiderar tamanha aberração praticada diariamente pelo Estado é como infundir a ilegalidade da mesma forma que os condenados definitivos fizeram ao praticar um delito.

As medidas cautelares diversas da prisão visam justamente amenizar, ainda que de forma mínima, a punição antecipada a que se submete o indivíduo preso, garantindo-lhe a preservação da honra e respeito aos princípios fundamentais

reconhecidos constitucionalmente, não submetendo o preso provisório a manutenção em uma prisão degradante, insalubre, capaz de prejudicar sua integridade física e psíquica.

O reconhecimento do direito à indenização ao preso submetido à situação degradante junto ao sistema carcerário restou certo no RE 580.252, imputando a Estado a responsabilidade objetiva descrita no artigo 37, § 6º da CF, devido às condições precárias dos estabelecimentos prisionais brasileiros oriundas da omissão do ente responsável na garantia da integridade física e psíquica do preso. A partir da decretação da prisão, o indivíduo é privado de sua liberdade, tornando-se responsabilidade do Estado, sendo sua a obrigação de garantir condições legítimas ao cumprimento de pena, além de o mínimo de dignidade ao preso como ser humano.

Assim, em que pese nossa legislação processual buscar o abrandamento da decretação de prisão cautelar com o efetivo cerceamento de liberdade do indivíduo, dispondo de medidas cautelares diversas da prisão, além de outras alterações elencadas na Lei nº 12.403/2011, o Estado permanece inerte à devida aplicação destes dispositivos da forma como deveria, pois o aumento da população carcerária de presos provisórios é constante.

As medidas elencadas no artigo 319 do CPP mostram-se eficazes e consonantes com a garantia de eficácia processual sem a necessidade de aplicação de medida de exceção como é o caso da prisão cautelar, pois se submetem a todos os requisitos exigidos por esta para suas aplicações.

Mesmo com a imposição de normas demonstrativas de reconhecimento quanto ao caos do sistema carcerário e a falência dos julgamentos eficazes, através da ADPF 347, de 09/09/2015, dispondo a respeito da superlotação carcerária e as consequentes condições desumanas de custódia, além da Resolução nº 213, de 15/12/2015, com a criação da audiência de custódia, em que se determinou a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, justamente para minimizar as prisões preventivas, não se visualiza a aplicação efetiva dos meios dispostos ao alcance do Estado para ao menos diminuir as atrocidades dos presos provisórios.

A atuação do Estado, por meio de seu julgador, deve refletir de maneira eficaz em consonância com a legislação, principalmente no destaque a privação de liberdade do indivíduo, sendo este excepcionalmente aplicado. Em atuando o Estado divergentemente das possibilidades descritas como substitutivas da prisão preventiva, deverá se responsabilizar por qualquer dano suportado pelo indivíduo preso indevidamente. Assim, uma vez existentes medidas cautelares diversas da prisão, as mesmas se impõem, desde que verificadas suas possibilidades, pois a privação de liberdade é medida de caráter excepcional, ainda mais quando a prisão provisória submete o preso provisório à convivência com o preso definitivo.

Por essas circunstâncias dissonantes com a legislação vigente, uma vez que passível à aplicação de medidas descarcerizadoras, conforme o artigo 319 do CPP, e em consonância com o RE 580.252, reconhece-se a possibilidade de indenização por dano moral em decorrência da infração aos direitos fundamentais dos presos (dignidade, higidez física, intimidade de integridade psíquica) face à situação degradante do sistema carcerário. Mais uma vez o Estado cria uma norma, reconhecendo a falência das disposições anteriores, e permanece inerte quanto uma solução eficaz em que se encontram os presos por todo o país.

Não é indenizando nos termos proferidos que se amenizarão as condições desumanas constantes do sistema carcerário, mas sim atuando de forma efetiva no combate à manutenção de presos provisórios na prisão, os quais permanecem por meses aguardando uma sentença penal e, na maioria das vezes, por anos, o trânsito em julgado da mesma.

A solução é clara, bastando ser aplicada, ou seja, as decretações de prisões provisórias devem ser filtradas de forma a configurar apenas como *ultima ratio*, incondicionalmente, ao contrário do que ocorre na realidade, em que a prisão é aplicada como regra. Disposições legais o Estado possui de sobra, bastando aplicá-las de forma efetiva, eis que a liberdade individual é consagrada pela Constituição Federal e disposta na prática como exceção à regra da prisão, bem como a falência da pena de prisão, por massacrar o indivíduo preso e gerar ainda um caos social maior, conforme dispõe Lopes Junior (2013, p. 73):

É sempre importante destacar que a criminalidade é fenômeno complexo, que decorre de um feixe de elementos (fatores biopsicossociais), em que o sistema penal desempenha um papel bastante secundário na sua prevenção. Ademais, na expressão de BITENCOURT, a “falência da pena de prisão” é inegável. Não serve como elemento de prevenção, não reeduca e tampouco ressocializa. Como resposta ao crime, a prisão é um instrumento ineficiente e que serve apenas para estigmatizar e rotular o condenado, que, ao sair da cadeia, encontra-se em uma situação muito pior do que quando entrou. Dessarte, o Direito Penal deve ser mínimo e a pena de prisão reservada para os crimes realmente graves. O que deve ser máximo é o Estado Social (algo que nunca tivemos).

Constatam-se todos esses pontos negativos decorrentes da pena de prisão, o que dizer da prisão sem pena, situação que assola a cada dia mais a situação carcerária sem qualquer distinção entre os presos condenados e provisórios, quem dirá da separação em relação aos crimes supostamente praticados.

Inúmeras vezes se configurado o erro do Estado na decretação ou manutenção da prisão de um indivíduo, o qual suporta inúmeras atrocidades dentro do sistema carcerário e, ao sair do mesmo, nem mais dignidade possui. Isso porque o Estado não aplica de forma efetiva suas próprias normas ou determinações, respeitando a excepcionalidade da decretação da prisão provisória. O Estado, mediante sua omissão, deve ser responsabilizado.

O cabimento e possibilidade da indenização ao preso pela sua manutenção na prisão de forma indigna, em condições totalmente insalubres, superlotadas, ficando passível a doenças, sem proteção a integridade física e psíquica, mostram-se claros por todo o consignado no decorrer do presente trabalho.

A imposição de responsabilidade indenizatória do Estado na aplicação de prisões cautelares perfaz-se justamente por ser essa condição aplicada como exceção, apenas privando o indivíduo de sua liberdade em caso de comprovação efetiva da impossibilidade de aplicação de outra medida cautelar diversa da prisão.

Mas infelizmente ocorre na prática o inverso, ou seja, a decretação da prisão cautelar é aplicada como regra no ordenamento jurídico, sem qualquer análise de substituição desta medida crucial em desfavor de outras mais brandas, só que também impostas de forma a privar o indivíduo de sua liberdade plena, pois são condições que limitam sua atuação.

As medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP, com a orientação do direito comparado e objetivando superar a lógica maquiésta, de tudo ou nada, ampliaram o rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão cautelar, para que o juiz possa escolher a forma mais adequada a cada caso concreto, respeitando os critérios de legalidade e proporcionalidade, podendo se falar em uma concretização do princípio da adaptabilidade no marco de uma tutela jurisdicional diferenciada (LIMA, 2014, p. 342)

Tais alternativas não beneficiam diretamente o indivíduo, mas reduzem o dano à pessoa humana, garantindo a eficácia do processo sem a necessidade da prisão cautelar, ou seja, o acusado permanece sob a custódia do Estado cumprindo medidas impostas que impliquem a privação de sua liberdade de forma mais branda, pois para a aplicação das mesmas, necessário se faz a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, conforme dispõe Lima (2014, p. 342):

Assim é que, na busca de alternativas para o cárcere cautelar, ou seja, a previsão legal de outras medidas coercitivas que o substituam com menor dano para a pessoa humana, porém com similar garantia da eficácia do processo, o art. 319 do CPP passou a elencar 09 (nove) medidas cautelares diversas da prisão, [...] Como espécies de provimentos de natureza cautelar, tais medidas jamais poderão ser adotadas com efeito automático da prática de determinada infração penal. Sua decretação também estará condicionada à presença do *fumus commissi delicti* e de uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

Verifica-se que o Estado possui todas as condições passíveis de não suportar o ônus de uma responsabilização civil por dano moral decorrente de prisão indevida, pois conhece todas as mazelas do sistema carcerário, inclusive certificando-as, além de legislar a sua disposição quanto à aplicabilidade de medidas cautelares diversas da prisão. A aplicação destas medidas respeita os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e principalmente, o do devido processo legal, podendo evitar a submissão do indivíduo a sua privação de liberdade cautelarmente em um sistema carcerário deficitário e desumano. A imposição de condições diversas da prisão, mantém sob sua custódia o indivíduo, possibilitando a eficácia processual satisfatória.

Infelizmente, na prática, o Estado age de maneira diversa, causando prejuízo moralmente ao preso, inchando de forma desnecessária a população carcerária com presos provisórios que, não bastasse humilhação e sofrimento imposto antes de qualquer julgamento condenatório com trânsito em julgado, cumpre uma pena inexistente, de forma antecipatória, submetendo-o a uma condenação sem pena a ser suportada na companhia de presos condenados, sendo todos submetidos ao caos desumano da prisão.

Assim, mesmo condenando o Estado a suportar de forma onerosa e pecuniária a responsabilização por dano moral na decretação de prisão cautelar, isso não basta e sequer apaga todo o sofrimento suportado pelo indivíduo preso indevidamente, pois qualquer agressão física e psicológica não é passível de mensuração valorativa, dispendo Lima (2014, p. 350):

A decretação de uma prisão cautelar é a interferência mais agressiva do Estado na vida e na dignidade do indivíduo, pois, além da segregação em si, o cárcere produz intensa estigmatização social e psicológica. Não se pode, pois, banalizar a prisão preventiva, já que seus efeitos crimínógenos, mais que ressocializar o agente, causam profunda desagregação dos valores da pessoa, inserindo-a em um contexto capaz de afetar de maneira definitiva qualquer processo de ressocialização.

Neste mesmo sentido dispõe Fragoso (2005):

[...]

12. Embora as leis digam que tem de ser preservada a dignidade humana dos presos, em nossas prisões as condições de vida são intoleráveis. Aos defeitos comuns em todas as prisões, acrescentam-se, nas nossas, a superlotação, a ociosidade e a promiscuidade. Os presos não têm direitos. A prisão reflete, em última análise, condições estruturais da sociedade, que a mantém, como realidade violenta e totalizante e que dela se serve. A prisão também cumpre uma função ideológica importante, como expressão do castigo, no esquema da repressão, formando falsamente a imagem do criminoso. Sabemos hoje muito bem que não é possível, através da prisão, alcançar a ressocialização ou a readaptação social do condenado.

[...]

16. A realização dos direitos humanos na justiça criminal está, pois, em função de um problema essencialmente político. É preciso compreender que aqui está o fundo da questão. Esses direitos só serão observados na justiça criminal de uma sociedade autenticamente democrática, onde se afirme como valor

fundamental, verdadeiramente, o respeito à dignidade da pessoa humana, na luta permanente do povo contra a opressão, pela liberdade, pela justiça e pela paz.

A prisão cautelar é aplicada como uma prisão pena no país, impondo condições desumanas e degradantes como já exposto. Sua decretação como regra, uma vez que existentes medidas cautelares diversas da prisão violam os princípios fundamentais do indivíduo, cabendo ao mesmo o direito a ser indenizado pelos danos suportados e causados comissivamente (com a decretação da prisão cautelar) e omissivamente (sistema carcerário) por agentes do Estado. Assim, perfaz-se ao Estado a responsabilidade, quando na verdade sua obrigação deveria ser de zelar pela aplicabilidade da lei e defesa do ser humano, baseando-se nos dispositivos legais.

Indenizar é dever do Estado, mas a prática de atos geradores desta responsabilidade indenizatória é opcional, a partir do momento em que aplicam os dispositivos legais. No que tange a decretação de prisão provisória, o artigo 319 do CPP elenca os dispositivos de medidas cautelares diversas da prisão, as quais devem ser aplicadas sempre que possíveis, visando à substituição da prisão do indivíduo.

O Estado, por meio de seus agentes, ao aplicar a prisão como regra, ao invés da excepcionalidade, infringe os dispositivos legais, submetendo o indivíduo à calamidade, ao caos e desumanidade em que se encontram os sistemas prisionais brasileiros. Desta forma agindo, é dever do Estado responsabilidade pela infração à dignidade, intimidade, integridade física e psíquica do indivíduo e, conseqüentemente, gera a obrigação de indenização por força do dispositivo legal.

A existência de dispositivo legal que proporcione o não cerceamento da liberdade de ir e vir do indivíduo, disposto no artigo 319 do CPP, justamente se justificou para possibilitar ao indivíduo processado criminalmente a sua não submissão à prisão diante do sistema prisional caótico, desumano e humilhante existente no Brasil. Mesmo com todo esse respaldo oportunizado pela legislação, o número de presos provisórios no país apenas se eleva a cada dia, destoando do fim primordial para o cumprimento de pena traduzido na ressocialização social, e não na

punição de forma agressiva, desrespeitando a integridade física e psíquica do ser humano, conforme a realidade atual.

Ao permanecer inerte o Estado diante de suas obrigações na proporção de condições humanas melhores ao indivíduo, cabe a si a responsabilidade pela inaplicabilidade de políticas públicas eficazes face à legislação vigente, bem como o dever de indenizar a vítima lesionada.

Desta forma, pode se verificar as possibilidades dos seguintes questionamentos com o fim de sanar a superlotação do sistema prisional e as condições desumanas a que o preso é submetido:

1) a forma como vem sendo aplicada a medida cautelar prisional, não substituindo por medidas cautelares diversas dispostas no artigo 319 do CPP, infringe os princípios constitucionais e ocasionam a superlotação no sistema prisional?

2) a efetivação das políticas públicas na humanização e a garantia da integridade física e psíquica do indivíduo preso, junto ao sistema prisional, desde que comprovados os preenchimentos dos requisitos legais para a decretação da prisão, sem possibilidade da substituição de medidas diversas da prisão, afastaria a responsabilidade do Estado e, conseqüentemente, o dever de indenizar?

A responsabilidade estatal se mostra ínsita quanto ao sistema prisional atual, indigno ao indivíduo, submetendo-o a uma condição desumana. Visando amenizar, ainda que de forma pouco satisfatória, as mazelas existentes, o legislador dispôs de medidas que acautelam a satisfação processual sem privar completamente o indivíduo de sua liberdade, conforme o disposto no artigo 319 do CPP.

Infelizmente, mesmo com toda a evidência disposta na configuração de um dano praticado em desfavor do indivíduo preso indevidamente, o Estado, responsável pelo *jus puniendi*, mas também pela garantia dos princípios constitucionais, opta por infringir a estes ao dispor da prisão como forma de cautela na garantia de uma punibilidade ainda incerta, sem trânsito em julgado.

Agindo desta forma, o Estado toma para si a responsabilidade de indenizar com todo o dano moral e material suportado pelo indivíduo preso indevidamente, ao não ser lhe oportunizada a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

O problema da superlotação prisional, de suas mazelas, da infração a integridade física e psíquica do preso é notório e reconhecido, mas as precauções para evitar a prisão cautelar não são dispostas pelo Estado, em desrespeito a normas criadas por ele próprio. Buscar soluções eficazes ao caos prisional é uma necessidade já comprovada, embora não resolvida.

Enquanto não se concretizam soluções capazes de coibir esse caos prisional, as medidas cautelares diversas da prisão devem fazer o papel amenizatório da superlotação e desumanidade no sistema prisional. Isso porque conforme o disposto no decorrer do presente trabalho, tais medidas foram promulgadas com o fim de desabalroar as prisões, oportunizando a aplicabilidade dos princípios constitucionais fundamentais, sem a privação plena da liberdade do indivíduo.

Salienta-se que referidas medidas cautelares apenas são aplicadas se preenchidos os requisitos legais, os quais não diferem, inicialmente, dos requisitos ensejadores da prisão cautelar, pois também privam o indivíduo de forma restrita ao seu direito de ir e vir, já que o limita a determinadas condições impostas conforme o dispositivo legal e cada caso concreto.

CONCLUSÃO

O presente trabalho dispôs a respeito da responsabilidade do Estado com a aplicação da medida cautelar prisional em situações de indivíduos presos sem a condenação transitada em julgado, mas que aguardam julgamento, enclausurados em condições degradantes, lançados à sorte dentro do sistema prisional brasileiro.

A situação do sistema penitenciário brasileiro é notória, principalmente pela infração aos direitos fundamentais do indivíduo garantidos constitucionalmente. Além da superlotação constante, existem diversos problemas decorrentes da precariedade das prisões, ferindo a dignidade, a intimidade, a higidez física e a integridade psíquica do preso.

Os direitos fundamentais são inerentes ao ser humano, devendo ser aplicados e respeitados mediante suas disposições constitucionais. A regra é a liberdade de cada um, a qual apenas deverá ser restrita em casos especificados pela legislação, em caráter excepcional, desde que respeitados os requisitos necessários.

Ao contrário disso, o Estado impõe a prisão cautelar como regra, sem mensurar a desumanidade aplicada ao indivíduo submetido ao cárcere sem uma sentença condenatória transitada em julgado, disposto como um preso provisório. Nestas condições, o indivíduo permanece cerceado de sua liberdade por um período incomputável, submetendo-se às maiores agressões possíveis em meio à prisão, sem qualquer cumprimento ao princípio do devido processo legal, dentre outros princípios constitucionais.

Assim, as prisões cautelares visam privar o indivíduo de sua liberdade apenas em situações comprovadas de *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, perfazendo-se numa exceção à regra da liberdade imposta.

O Estado, como órgão responsável pela persecução penal e detentor do *jus puniendi*, necessita dispor de condições satisfatórias para o cumprimento da

aplicabilidade das penas, sem submissão do indivíduo a condições degradantes e desumanas.

A lei nº 12.403 de 2011 alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal Brasileiro, dispondo um rol de medidas cautelares diversas da prisão no artigo 319, objetivando a redução dos presos provisórios no sistema carcerário. Isso decorre não só da superlotação, mas das condições desumanas a que se encontram submetidos estes presos, dos quais 34% são presos provisórios que aguardam julgamento, esperando, em média, 180 dias por uma decisão de 1º grau.

Tais medidas cautelares diversas da prisão também restringem a liberdade do indivíduo, privando-o de sua locomoção plena em determinados casos. Mas, diferentemente do enclausuramento precário na prisão, pois aqui, além de privar o indivíduo de sua liberdade total, o submete a condições indignas e humilhantes.

Assim, em sendo possível a substituição da prisão cautelar pelas medidas cautelares diversas, estas se impõem à aplicação ao caso concreto, por disporem sobre o indivíduo condições menos gravosas do que as dispostas no sistema prisional atual.

Denota-se no decorrer do trabalho, através de julgados dispostos, o reconhecimento da situação desumana deflagrada no sistema prisional brasileiro, onde a maioria dos presos aguarda por uma decisão processual, permanecendo durante todo esse período juntamente com os demais condenados. Inexiste qualquer distinção entre estes presos, dividindo o mesmo espaço, algo não permitido pela própria lei de execução penal.

Reconhecesse, ainda, o direito à indenização ao preso submetido à prisão indevida, em diversas condições, bem como o Estado de Coisas Inconstitucionais pelas condições desumanas de custódia e violação aos direitos fundamentais.

Portanto, conforme se visualiza, a prisão cautelar é aplicada como uma prisão pena no país, perfazendo-se como regra e não exceção e, sua aplicação desmedida, viola os princípios fundamentais do indivíduo. Dessa violação surgem a responsabilidade do Estado e o conseqüente dever de indenizar o indivíduo pelos danos suportados, já que seu dever é a aplicabilidade da lei e defesa do ser humano.

Conforme o exposto até o momento denota-se, que o Estado tem o dever de preservar o direito de liberdade, ir e vir do indivíduo, decorrente de um direito fundamental. Em casos excepcionais, como *ultima ratio*, o Estado possui legalidade para privar o indivíduo de sua liberdade, decretando sua prisão desde que preenchidos os requisitos legais.

Para tanto, o Estado, dentro desta legalidade privacional de liberdade do indivíduo, além de seu caráter excepcional de aplicabilidade, necessita submeter àquele a condições humanas na prisão, em respeito à dignidade humana, garantindo sua integridade física e psíquica. Em desacordo com referidas medidas, a prisão do indivíduo se torna desumana e passível de indenização pelo Estado.

O direito à indenização se justifica justamente pela possibilidade disposta ao Estado de substituição da prisão por medidas cautelares diversas, as quais visam privar o indivíduo de seu pleno direito de ir e vir, mas não o submetendo às condições degradantes de uma prisão.

Assim, uma forma paliativa às mazelas do sistema prisional pode se destacar na efetivação das políticas públicas obrigatórias ao Estado, dispondo de condições humanas para a imposição da prisão, quando realmente comprovada a impossibilidade de substituição desta medida por medida diversa da prisão, nos termos do artigo 282 do CPP.

As mazelas do sistema prisional o Estado conhece, bem como das leis possibilitadoras da substituição da prisão do indivíduo com o fim específico de não mais abalroar as prisões, além de ter possibilidades de melhorar tais condições através das políticas públicas, bastando aplicabilidade de todo o aparato judicial para neutralizar sua responsabilidade e o dever de indenizar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 9 ed. São Paulo: Ícone, 2001.

AVENA, Norberto. Manual de processo penal. 3 ed. São Paulo: Método, 2015.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios constitucionais. 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 21. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002.

_____. A quinta geração de direitos fundamentais. Direitos fundamentais & Justiça Nº 3, Abr./Jun. 2008.

BRAGA NETTO, Felipe P. Manual da responsabilidade civil do Estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

BRANCO, Tales Castelo. Da prisão em flagrante. 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 126.292-SP. Ministro Relator Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 322.737-RJ. Ministro Relator Nefi Cordeiro, julgado em 07.05.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 177.276-GO. Ministro Relator Nefi Cordeiro, julgado em 29.05.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 58.834-PR. Ministro Relator Ericson Maranhão, julgado em 11.06.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 50.513-ES. Ministro Relator Gurgel de Faria, julgado em 07.04.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Ministro Relator Marco Aurélio, julgado em 11.11.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 102.974-SP. Ministra Relatora Ellen Gracie, julgado em 04.03.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 580.252-MS. Ministro Relator Teori Zavascki, julgado em 17.02.2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei 12.403 comentada: medidas cautelares, prisões provisória e liberdade provisória. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAMPOS, Haddad Campos. O devido processo proporcional: o princípio da proporcionalidade constitucional na teoria processual. São Paulo: Lejus, 2001.

CARVALHO. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. O processo penal em face da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

CHEREM, Cristiane Goulart. Medidas cautelares em face da Lei 12.403/11: o novo paradigma de alternativas às prisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito Processual Constitucional. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de processo penal. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de direitos fundamentais: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão. Campinas: Millennium, 2011.

FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 7 ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 6 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOCAULT, Michael. Vigiar e punir. 41. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

FRAGOSO, Heleno. Direitos humanos e justiça criminal. IBCCrim, Boletim 150, Maio/2005.

GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. Sobre direitos humanos na era da bio-política. Kriterion, Belo Horizonte, nº 118, Dez./2008, p. 267-308.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2000.

JARDIM, Afranio Silva. Direito processual penal; estudo e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. 8. ed. São Paulo: Schwarcz S.A., 2015.

LEAL, Rogério Gesta. Direitos humanos do Brasil. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1997.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. Acesso à moradia. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues de. O princípio da dignidade da pessoa humana nas constituições do Brasil. Âmbito jurídico, Rio Grande, XV, n. 97, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. Nova prisão cautelar. 3 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Direito processual penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Prisões cautelares. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARANHÃO. Ney Stani Morais. A afirmação histórica dos direitos fundamentais. A questão das dimensões ou gerações de direito. Jus Navegandi, Teresina, v. 13, n. 2225, ago. 2009, p. 04. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13261>>. Acesso em: 19/05/2009.

MARINELA. Fernanda. Direito administrativo. 6 ed. Niterói: Impetus, 2012.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Vol. IV. 1 ed. Campinas: Bookseller, 1997.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. Dano moral, dano material e reparações. 4 ed. Porto Alegre: Sagra-Luzzato, 1998.

MAZZUOLI. Valério de Oliveira. Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais. São Paulo: J. de Oliveira, 2002.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues de. A proteção constitucional da vida privada. São Paulo: LED, 1996.

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

_____. Direitos humanos fundamentais. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOSSIN. Heráclito Antônio. Comentários ao código de processo penal: à luz da doutrina e da jurisprudência. Barueri: Manole, 2005.

MOURA. Elizabeth Maria de. O devido processo legal na Constituição Brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

MUJALLI, Walter Brasil. Direito constitucional e a Constituição Federal. Campinas: Agá Juris Editora e Distribuidora Ltda, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da lei nº 12.403/11. São Paulo: Atlas, 2013.

PATTO, Belmiro Jorge; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Diante da lei: acesso à justiça no processo penal e os reflexos nos direitos da personalidade. *In*: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; Ruiz, Ivan Aparecido (Org.). Acesso à justiça e os direitos da personalidade. 1 ed. Birigui: Boreal Editora, 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. Temas de direitos humanos. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

POZZOLI, Lafayette. Maritain e o direito. Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

QUIRINO, Arnaldo. Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Atlas, 1999.

RUDÁ, Antonio Sólón. Breve histórico do direito penal e da criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. Medidas cautelares no processo penal. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 38. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. Comentário contextual à Constituição. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Processo Penal. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000

SZNICK, Valdir. Princípios de defesa na constituição. São Paulo: Iglu, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 4 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 43 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2005.

_____. Dano moral. 8 ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Tradução: André Telles. 2004.

WEIS, Carlos. Direitos humanos contemporâneos. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1999.