



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

MATHEUS TONELLO EVARISTO

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL:
UMA ANÁLISE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A
EXCEPCIONALIDADE DAS PRISÕES CAUTELARES**

**Assis/SP
2019**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

MATHEUS TONELLO EVARISTO

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL:
UMA ANÁLISE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A
EXCEPCIONALIDADE DAS PRISÕES CAUTELARES**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando(a): Matheus Tonello Evaristo

Orientador(a): Fábio Pinha Alonso

**Assis/SP
2019**

FICHA CATALOGRÁFICA

E92a EVARISTO, Matheus Tonello.

A audiência de custódia e a constituição federal: uma análise ao princípio da presunção de inocência e a excepcionalidade das prisões cautelares / Matheus Tonello Evaristo. – Assis, 2019.

40p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Ms. Fábio Pinha Alonso

1.Audiência 2.Constituição Federal 3.Direitos Humanos

CDD341.4639

**A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL
UMA ANÁLISE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A
EXCEPCIONALIDADE DAS PRISÕES CAUTELARES**

MATHEUS TONELLO EVARISTO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Instituto Municipal de Ensino Superior de
Assis, como requisito do Curso de Graduação,
avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Fábio Pinha Alonso

Examinador: _____
Gisele Spera Máximo

RESUMO

O propósito do nosso trabalho foi abordar a evolução histórica dos Direitos Humanos, a fim de compreender como surgiram os modelos de sanções penais existentes atualmente. Abordamos, também, o crescente número de processos judiciais distribuídos em nossos Tribunais e como isso pode afetar sobremaneira uma decisão judicial, fazendo com que fiquem prejudicados os princípios da eficácia e eficiência estatal. Procuramos demonstrar de forma clara e objetiva a importância das medidas cautelares diversas da prisão, tanto em âmbito cautelar quanto em caráter definitivo de sanção, para que possa ocorrer o desencarceramento em massa no país e uma efetiva ressocialização da pessoa segregada sob a custódia Estatal, em estabelecimentos prisionais. Frisamos a importância da Polícia Civil para evitar prisões arbitrárias e ilegais, bem como sobre o poder do Delegado de Polícia de realizar o controle de convencionalidade das normas, antes de exarar sua decisão em sede de juízo de cognição sumária.

Palavras-chave: 1. Direitos Humanos. 2. Tratados Internacionais. 3. Audiência de Custódia. 4. Prisões Cautelares. 5. Ressocialização.

ABSTRACT

The purpose of these presentation was try to approach the historical evolution of Human Rights, in order to understand how the current penal sanctions models have emerged. We also address the growing number of lawsuits distributed in our Courtes and how this can affect a judicial decision, turning the Estate into a inefficient sistem. We tried to demonstrate in a objectively way the importance of the various precautionary measures of the prision, both in the precautionary and definitive terms, in order to be able to make the prisoners able to return to societ and the ressocialization of the segregated person under state custody, in prision establishments. We srtesst the importance of the Civil Police to avoid arbitrary and unlawful arrests, as well as on the power of the Police Comissioner to carry out the conventionally control of the norms, before he explecting his sumary cognation decision.

Keywords: 1. Human Rights. 2. Internacional Treaties. 3. Custody Audience. 4.Precautinary Arrests. 5. Ressocialization.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APFD	Auto de Prisão em Flagrante Delito
CPP	Código de Processo Penal
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
LEP	Lei de Execução Penal
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
§	Parágrafo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	08
2. OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....	09
2.1 Breves considerações sobre a evolução histórica dos Direitos Humanos.....	09
2.1.2 O Império Romano.....	10
2.1.3 A Idade Média.....	11
2.1.4 O Período Humanitário.....	11
2.1.5 As gerações de Direitos Humanos.....	12
2.2 O surgimento dos Tratados.....	13
2.2.1 A Promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	16
3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA... 	19
3.1 Considerações Iniciais.....	19
3.1.1 Presos Provisórios e o aumento dos processos judiciais.....	24
3.2 O Princípio da Presunção de Inocência.....	26
4. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.....	29
4.1 Considerações iniciais sobre as sanções penais e espécies de pena.....	29
4.2 As medidas cautelares.....	31
4.3 Formas de evitar o encarceramento em massa e garantir a ressocialização do ondenado.....	34.
5. CONCLUSÃO.....	38
6. REFERÊNCIAS.....	39

1. INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais remotos a sociedade civil se auto-organizava a fim de criar suas próprias normas e formas de conduta, prevendo mecanismos de punição pautados na ética e no retribucionismo, como forma de castigo àquele que praticava algum ato contrário aos ditames de determinado local.

Esses mecanismos de punição deram ensejo a barbáries e castigos atrozes que marcaram o tempo primitivo, visto que as punições eram descabidas e não havia a presença do Estado para regular a matéria.

Com o passar do tempo e o conseqüente avanço social, foram surgindo preocupações para resguardar direitos, principalmente o direito de propriedade, quando começaram a abandonar a ideia de coletividade e foram sendo adotadas as propriedades privadas.

Assim, começou-se a pensar em Direitos Humanos e passou-se a valorar de forma mais concreta a vida privada e a intimidade das pessoas, sem que o Estado pudesse intervir de forma arbitrária e injustificada.

A civilização deu azo a um maior controle Estatal para regulamentar as formas de sanção, abandonando por completo a ideia de punição privada e a justiça feita pelas próprias mãos.

Diante disso, foram surgindo as primeiras leis escritas, fruto da atuação do Poder Estatal, para regulamentar a vida em sociedade e impor limites tanto na atuação dos particulares quanto na do Estado, visto que este passou a ser obrigado a observar suas próprias leis.

2 - Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos

2.1 – Breves considerações sobre a evolução histórica dos Direitos Humanos

Preliminarmente, é salutar mencionar o conceito de Direitos Humanos, que segundo Alexandre de Moraes é o:

Conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio da sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. (MORAES, 1997, p. 39).

A história dos Direitos Humanos remonta de épocas antigas, passando pelo estado de natureza até a sociedade civil, ou seja, desde a época em que o homem primitivo organizava sua própria forma de viver, criando sua própria “lei”, até a época em que começam a surgir as primeiras sociedades civilizadas, surgindo a necessidade de organizar o poder punitivo. Esse estado primitivo ficou conhecido como época da felicidade dos homens, visto que estes eram livres para agir de acordo com suas vontades, fazendo aquilo que quisessem. Ocorre que essa liberdade fez com que nascessem as maiores atrocidades, sendo, portanto, uma época anárquica e violenta.

Nesse contexto, surgiu aquilo que ficou conhecido como *contratualismo*, isto é, a sociedade se firmava por meio de uma espécie de contrato social, e quem o descumprisse estaria sujeito a punições estabelecidas pelos membros da própria sociedade. Esse contrato seria capaz de resolver os conflitos sociais e de defender os direitos de propriedade contra injustiças.

Com o surgimento da humanidade e seu constante progresso, os Estados começaram a se estruturar e se organizar pautando-se pelas leis divinas, isto é, o grande clero apresentava ao povo as normas que eram enviadas diretamente por deuses e deveriam ser cegamente cumpridas. Nesse contexto, o descumprimento de uma determinada norma sujeitaria seu infrator a terríveis castigos que a própria lei impunha.

Esse momento histórico é conhecido como o período da Vingança Divina, visto que os súditos eram punidos por não respeitar uma lei que supostamente era enviada diretamente um por um ser supremo, divino, e não cabia quaisquer margens de escolha, ante a proibição de se adotar essa ou aquela religião.

No Império da Babilônia, com a adoção das leis divinas, os castigos infligidos ao povo eram atrozes, causando um grande descompasso entre o fato supostamente delituoso e a pena imposta. Ademais, as punições eram impostas sem a observância de prévia persecução penal, bastando apenas o simples descumprimento da lei para que restasse admitido o castigo.

Frente a essa arbitrariedade por parte dos Imperadores, foi que o Rei da Persa, Ciro, reuniu sua tropa para poder libertar o povo da Babilônia, deixando esse ato registrado em um tablete de barro, conhecido como Tablete de Ciro, sendo esse um dos primeiros registros de proteção aos direitos humanos registrados na história.

2.1.2 – O Império Romano

Diante dos abusos cometidos durante a aplicação de leis ditas divinas, o povo Romano passou a exigir que as leis fossem elaboradas por homens, e não mais por deuses. Deu-se, então, início ao surgimento de dois grandes grupos em Roma: os Plebeus e os Patrícios. Aqueles, eram representados por pessoas de baixo poder aquisitivo, com pouca representação no Estado. Estes, por sua vez, eram representados por pessoas com alto *status* social, sendo, portando, uma classe privilegiada.

Os Plebeus eram explorados pelos Patrícios, para que aqueles garantissem o sustento destes. O povo explorado, então, decidiu se deslocar para o Monte Sagrado, local onde formou uma espécie de Estado independente e passou a exigir maior participação política e reestruturação das leis. Os Plebeus queriam que as leis deixassem de ser divinas e passassem a ser elaboradas por pessoas e mostradas ao povo, para que este tivesse conhecimento de seus direitos.

Diante da negativa em concordar com a reestruturação das leis, os Plebeus passaram a pressionar os Patrícios, pregando ao povo romano que as leis divinas não advinham de deuses como era dito, mas, sim, eram elaboradas pelos próprios reis como uma forma de controle social, a fim de que os súditos aceitassem a submissão que lhes era imposta.

A fim de evitar um conflito entre o povo romano, o governo da época concordou em reelaborar as leis, tornando-as escritas e disponíveis às pessoas, para que cada um tivesse ciência de seu direito. Surgiu, com isso, a Lei das XII Tábuas, abolindo o direito divino e dando ensejo à criação de direitos civis. A Lei das XII Tábuas é, também, considerada um grande marco na criação de normas que visam à proteção dos direitos humanos e proibição de arbítrios.

2.1.3 – A Idade Média

Com o surgimento e fortalecimento do Cristianismo, o Império Romano sofreu uma queda, caindo por terra as leis anteriormente elaboradas e o sistema de proteção às pessoas.

Nesse período inicial de fortalecimento da religião Cristã, não havia mais leis definidas para cada tipo de delito, bem como foi extinta a função do julgador, ou seja, não havia mais juízes.

Em face da fragilização enfrentada pelo Governo Inglês, o Rei João, conhecido como “João Sem Terra”, ordenou o aumento dos tributos sobre os feudos, gerando um malgrado por parte dos Barões, os quais passaram a pressionar o Governo para que elaborasse normas escritas que impusessem um controle sobre os atos daquele.

Foi nesse contexto histórico que surgiu a Magna Carta de João Sem Terra, em 1215, um documento considerado um marco histórico na evolução dos direitos humanos, visto que esse documento servia para controlar, também, as ações do próprio Governo, isto é, os governantes estavam sujeitos à observância de suas próprias leis.

2.1.4 – O Período Humanitário

Nas lições de Mirabete:

É nesse momento que o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é. Os temas em torno dos quais se desenvolve a nova ciência são,

sobretudo, os do fundamento do direito de punir e da legitimidade das penas. (MIRABETE, 2016, p. 18).

Depreende-se das exposições acima, que é nesse momento que começam a surgir as primeiras preocupações em se garantir um sistema de justiça penal eficaz, afastando a possibilidade de punição pelo seio social e tornando necessária a criação de medidas de punição estatal.

Foi nesse momento em que alguns princípios penais, ainda que timidamente, começaram a surgir, como a necessidade de criação de crimes e penas se dar apenas por lei; a criação de direitos indisponíveis, como a vida; a proibição da tortura como forma de alcançar a verdade, entre outros.

O Iluminismo, inspirando as Revoluções Inglesa e Francesa, deu azo a que se criasse uma preocupação internacional em garantir e proteger os direitos humanos.

2.1.5 – As gerações de Direitos Humanos

É salutar mencionar que, com o passar dos anos, novos direitos humanos foram surgindo e, assim, convencionou-se em classificá-los em gerações, ou dimensões. Essa divisão menciona o período da história em que a sociedade se preocupou mais em proteger determinado direito humano.

Em primeiro, temos os Direitos Humanos de Primeira Geração, compreendendo os direitos da liberdade, ou liberdade negativa, ou seja, abarcam os direitos civis e políticos. Tais direitos impõem uma abstenção ao Estado, por limitarem a atuação deste em defesa dos direitos das pessoas. Surgiu durante o regime absolutista, visto que, nesse período, o poder era concentrado nas mãos dos reis.

Dentro dos Direitos Humanos de Segunda Geração, estão os direitos relacionados à igualdade entre as pessoas, abrangendo os direitos sociais, econômicos e culturais. Relaciona-se com o período da evolução do Estado Liberal para o Estado Social. Esses direitos são também chamados de direitos de liberdade positiva, visto que os Estados deveriam atuar positivamente para assegurar os direitos sociais, econômicos e culturais da sociedade.

Por fim, temos os Direitos Humanos de Terceira Geração, envolvendo os direitos de solidariedade (ou fraternidade), e essa geração envolve os direitos difusos e coletivos,

tais como o direito do consumidor e o direito ao meio ambiente saudável. O marco histórico dessa geração é o fim da Segunda Guerra Mundial e o surgimento da ONU em 1945.

Perceba-se, portanto, que as gerações de direitos humanos guardam relação com o lema da Revolução Francesa, qual seja Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

2.2 -O surgimento dos Tratados

As declarações de Direitos Humanos até hoje em vigor, como já visto acima, são fruto de um longo processo de evolução social, passando por um período de barbárie até uma estrutura social capaz de respeitar e garantir a promoção de direitos a todos, sem distinção de qualquer natureza.

Os documentos em vigor são reflexos de outros escritos importantes surgidos com o passar do tempo, como a já citada Magna Carta de João Sem Terra, a *Petition Of Rights*, o *Habeas Corpus Act* e o *Bill Of Rights*. Esses documentos deram azo à elaboração dos documentos mais modernos existentes e são os primeiros exemplos de normas de garantias de direitos humanos.

Com o fim da Segunda Grande Guerra, em 1945, e o receio de que as atrocidades ocorridas anteriormente voltassem a ser praticadas, surge a necessidade de se preocupar com a proteção dos direitos humanos em âmbito internacional, isto é, a criação de Cortes Internacionais voltadas a proteção de direitos humanos, não pelo fato de serem positivados no âmbito interno de cada nação, mas, sim, pelo simples fato de que as pessoas possuem esses direitos desde o nascimento, em virtude de serem cidadãos. São, portanto, direitos naturais do homem, que os acompanha desde o nascimento até sua morte, uma vez que esses direitos são imprescritíveis, irrenunciáveis e inalienáveis.

Surge, nesse diapasão, a Organização das Nações Unidas, com o fito de dar efetividade à proteção de direitos em âmbito internacional e prevenir que atrocidades como as ocorridas nas Duas Guerras Mundiais voltassem a ocorrer. A ONU, em seu preâmbulo, dispõe:

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvemos a perseverar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, da dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla. E para tais fins, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, nossos respectivos governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será reconhecida pelo nome das Nações Unidas.

Como se percebe, o período antecessor à criação da ONU foi marcado por barbáries e atrocidades, com notório desrespeito a direitos básicos, tolhendo-se a liberdade dos indivíduos da época. A Alemanha Nazista, em especial com sua preocupação com a “supremacia racial”, haja vista o interesse dos alemães em manter o “sangue puro”, eliminando os Judeus, fez com que surgissem os castigos mais cruéis imagináveis.

Desse Holocausto, surgiu a necessidade de se criar órgãos de punição a nível internacional, sendo criado, então, o Tribunal de Nuremberg para o julgamento dos envolvidos na morte dos judeus.

A ONU, originariamente constituída por 58 Estados-membros, dentre eles o Brasil, instituiu em 1948, por meio da resolução 217 A (III), a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Essa resolução foi editada para servir como diretrizes a serem seguidas por seus signatários, não possuindo, então, força vinculante. Todavia, os Tribunais Internacionais passaram a enxergar a resolução como um “espelho” a ser seguido por todos os países para a elaboração de normas de proteção aos direitos humanos, e, por conseguinte, passou a ser de observância obrigatória.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, possuindo apenas trinta artigos, é um documento que contém regras básicas de proteção e promoção à dignidade humana. A resolução visa a impedir arbitrariedades dos indivíduos e dos Estados com ações que firam os direitos humanos.

Em seu artigo 1º, a DUDH declara:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Em virtude das torturas e dos tratamentos impostos ao povo, com caráter de pena, a Declaração se preocupou em impedir que castigos cruéis continuassem a ocorrer, dispondo no artigo 5º que:

Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Preocupados, ainda, com as prisões arbitrárias ocorridas e imposição de exílio, a Declaração, em seu artigo 9º, dispõe:

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

As prisões realizadas anteriormente eram marcadas pela imposição de crueldade, com a tortura dos presos para a obtenção de confissão, mutilação e até mesmo castigos tão fortes que acarretavam mortes. Uma das preocupações da ONU era impedir que esse

tipo de punição continuasse a ocorrer, criando mecanismos para promover a dignidade do cidadão, mesmo daquele que praticava algum tipo de delito.

É cediço e notório que nem mesmo os países mais desenvolvidos estão livres da prática de delitos por seus conterrâneos, fazendo surgir a necessidade de que o Estado, utilizando-se de seu poder-dever de punir, aplique uma sanção ao infrator. Todavia, não se pode deixar de considerar que aquele infrator também é um sujeito de direitos e merece ser tratado nos limites e rigores da lei, sem excesso ou punições desarrazoadas, com observância do devido processo legal e demais garantias fundamentais.

2.2.1 – A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Em que pese a existência de tratados internacionais que impeçam a imposição de penas cruéis, desumanas ou degradantes, o Brasil, em 1964, “deixou de lado” a existência dessas imposições e adotou o Regime Militar (1964 a 1985).

Durante vinte e um anos o país foi marcado por imposição de medidas de caráter cruel, permitindo a tortura, o desrespeito à pessoa presa e/ou condenada e descumprindo quaisquer preceitos da dignidade humana.

Em 1984, em oposição ao governo militar, surgiu o movimento das “Diretas Já”, reivindicando a volta das eleições diretas no país para que pudesse ser eleito um Presidente da República. Em um primeiro momento, o movimento não obteve êxito, mas, depois de muita perseverança, conseguiu devolver o poder nas mãos do povo.

Após a eleição da Assembleia Nacional Constituinte, a Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 05 de outubro de 1988, marcando o recomeço da democracia, o respeito às pessoas e a observância de regras pelo próprio Estado. Conhecida como “Constituição Cidadã”, a atual Constituição Federal deu prevalência para o respeito dos direitos e garantias fundamentais, garantindo, em seu artigo 1º, inciso III, o respeito à dignidade humana.

Ainda, logo no início, fez constar de seu artigo 5ª os direitos e deveres individuais e coletivos, representando uma harmonia do Brasil com os Direitos Humanos.

Mostrando sua preocupação em proteger os cidadãos de arbítrios estatais, o Poder Constituinte Originário elencou alguns princípios de observância obrigatória no artigo 5º da Constituição Federal, tais como, a afirmação de que “a lei não prejudicará o direito

adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (artigo 5º, inciso XXXVI); “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (artigo 5º, inciso XXXIX); “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (artigo 5º, inciso XL); e “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, inciso LV).

Esses princípios demonstram o devido respeito à dignidade humana, cumprindo com o dever de um Estado Democrático de Direito, no qual as pessoas, independente de sua condição, devem ser tratadas sempre com igualdade e respeito.

Não bastasse a previsão dessas garantias fundamentais na Carta Política, o Brasil, no ano de 1992, depositou a carta de adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgando a convenção por meio do Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992. Com a ratificação do Tratado, o Brasil firmou mais uma vez sua preocupação em garantir a observância dos direitos humanos.

Esse Tratado Internacional foi firmado entre os países da Organização dos Estados Americanos (OEA), acordado durante a Conferência Interamericana Especializada de Direitos Humanos em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica.

Discorre, em seus oitenta e dois artigos, diretrizes de respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, com observância ao direito à vida, à liberdade, à dignidade, à educação, entre outros.

No ano de 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, foi incluído ao artigo 5º o parágrafo terceiro, do qual consta a seguinte redação:

Os tratados e convenções internacionais sobre **direitos humanos** que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, **serão equivalentes às emendas constitucionais.** (grifo nosso).

A partir da inclusão do retromencionado parágrafo, o Brasil permitiu que tratados internacionais sobre direitos humanos fossem equiparados às Emendas Constitucionais, ocupando, na pirâmide de Hans Kelsen, posição acima das leis ordinárias.

Ou seja, em virtude da exposição dos fatos acima, fácil é notar que os países cada vez mais passaram a garantir direitos aos cidadãos, garantindo a todos o direito a uma

vida digna, sem interferências estatais desnecessárias, observando-se sempre a promoção da dignidade humana, proibindo penas cruéis, desumanas ou degradantes.

A ratificação de Tratados Internacionais pelo Brasil cria mecanismos que dão suporte à proteção dos direitos humanos, visto que, em ocorrendo algum tipo de arbitrariedade por parte do Estado, aquele que se sentir prejudicado ou ter seu direito desrespeitado, poderá se socorrer a Tribunais Internacionais para que estes resolvam o conflito.

3 - Audiência de Custódia e o Princípio da Presunção de Inocência

3.1 – Considerações iniciais

A audiência de custódia surgiu como um mecanismo para prevenir que o indivíduo preso em flagrante delito seja levado à prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal, caso condenado, é claro.

Segundo Márcio Alberto Gomes Silva

Audiência de custódia, em rápidas palavras, é a apresentação imediata do preso em flagrante delito a um juiz, para que este delibere acerca da sua manutenção no cárcere e avalie as circunstâncias que gravitaram em torno da sua prisão. (2018, p. 310).

É uma salvaguarda para que aquele que fora conduzido à presença do Delegado de Polícia, em situação de flagrante delito, possa ter seu direito constitucional à liberdade garantido, impedindo que ocorram prisões desnecessárias ou ilegais e garantindo que o preso responderá ao processo em liberdade. Ou seja, é um mecanismo eficiente para assegurar que as garantias fundamentais do investigado ou acusado serão respeitadas.

Trata-se de uma garantia fundamental e de um direito positivado em âmbito internacional que determina que toda pessoa presa deverá ser apresentada, sem demora, ao juiz competente após a prisão em flagrante delito a fim de que o magistrado, em decisão inicial e sem análise de mérito, decida, fundamentadamente, pela decretação da prisão preventiva com base no artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro ou exare sua decisão no sentido de decretar a liberdade provisória do indivíduo, quando ausentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva, impondo, se for o caso, medidas cautelares diversas da prisão, elencadas no artigo 319 do CPP. Vejamos, pois, uma decisão sobre o exposto:

HABEAS CORPUS – PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE PELA PRÁTICA, EM TESE, DO CRIME DE TRÁFICO – ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE

FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA DECISÃO QUE CONVERTEU A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA BEM COMO AQUELA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO – TESE ACATADA – LIMINAR DEFERIDA – DECISÃO QUE SE BASEOU EM FUNDAMENTOS GENÉRICOS PARA JUSTIFICAR A EXISTÊNCIA DE RISCO PARA A ORDEM PÚBLICA E A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – NECESSIDADE DE EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS CONCRETOS, EXTRAÍDOS DOS AUTOS, PARA JUSTIFICAR A PRISÃO PREVENTIVA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO, NOS TERMOS DO ART. 282 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ORDEM CONCEDIDA, CONFIRMANDO A LIMINAR COM APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. “A indicação da gravidade genérica do delito, sem apontar elementos concretos extraídos da prova até então existente nos autos, não pode justificar a necessidade da segregação para garantir a ordem pública” (TJPR – 3ª CCR. HC 599198-8 – REL. JUIZ RUI BACELLAR FILHO – DJ 23.10.2009).

(TJ-PR – HABILITAÇÃO: 10524131 PR 1052413-1 (Acórdão), Relator: Marques Cury, Data do Julgamento: 06/06/2013, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ 1122 18/06/2013).

Nesse contexto de prisão cautelar, o magistrado não poderá fazer qualquer análise de mérito em relação aos motivos que ensejaram a prisão do custodiado e, por conseguinte, não poderá proferir uma sentença penal condenatória ou absolutória, visto que ainda não existe um processo penal formal instaurado em face daquele que se encontra preso e tampouco poderá a audiência de custódia ser considerada como uma antecipação do interrogatório do réu. O magistrado deverá analisar apenas, e tão somente, se a prisão ocorreu de forma legal e se foram observados todos os direitos daquele que fora conduzido à presença da Autoridade Policial, tais como o direito de permanecer em silêncio, o direito de contatar um advogado, o direito de avisar uma pessoa da família, dentre outros previstos em nossa Constituição Federal de 1988.

Em que pese estar assegurada a apresentação do preso ao juiz em nossa Constituição Federal, a audiência de custódia já era um meio de proteção individual previsto em tratados internacionais de direitos humanos, tais como o Pacto de San Jose da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil no ano de 1992.

Ainda no ano de 1992, foi promulgado o Decreto nº 678/1992¹, no qual o Vice-Presidente da República, Itamar Franco, ocupando o cargo na ausência do Presidente Fernando Henrique Cardoso, decretou que o Brasil está obrigado a cumprir integralmente o tanto quanto disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), senão vejamos a redação do artigo 1º do decreto em comento:

Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), celebrada em San Jose da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Todavia, mesmo estando expressamente previsto que o Brasil deve cumprir integralmente o quanto contido no referido Tratado Internacional, essa disposição legal não passou de uma letra morta durante muitos anos. No que tange à audiência de custódia, por exemplo, a medida sequer chegou a ser regulamentada.

Em relação ao Pacto de San Jose da Costa Rica, seu artigo 7º, item 5, apenas expressa que a apresentação do preso ao juiz deverá ser feita “sem demora”, e essa redação deu azo a interpretações que pudessem acarretar um prejuízo ao preso, visto que o conceito de “demora” é muito amplo e subjetivo, mas – infelizmente – era apenas com base nesse subjetivismo que os presos eram conduzidos à presença da autoridade judiciária após a prisão cautelar em virtude de flagrante delito.

Em razão disso, e mostrando-se preocupado com a pessoa encarcerada, foi que o Brasil promulgou, apenas em 2011, a Lei nº 12.403/2011, a qual deu a seguinte redação ao § 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal Brasileiro:

¹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em 20/07/2019.

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

[...]

§1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

A novel legislação fez constar expressamente de seu texto o prazo máximo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso ao Juiz, a fim de resguardar sua integridade física e moral e garantir que arbítrios e prisões ilegais por parte do poder estatal não ocorrerão, conforme se espera de um Estado Democrático de Direito.

O Poder Constituinte Originário, quando da promulgação da Constituição Federal, assegurou no artigo 1º da Carta Política que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos. (grifamos).

Ao declarar que o Brasil é um Estado Democrático, o Legislador Originário buscou garantir que o país será regido por leis, a fim de que não haja interferências arbitrárias do Estado na vida privada e que todos os direitos positivados devem ser respeitados, razão pela qual é um dever do Estado, também, zelar por aquele que se encontra sob sua custódia, respeitando-se os direitos individuais de cada um, para que, no futuro, após uma eventual condenação penal, seja possível a efetiva ressocialização do condenado.

Muito embora haja previsão expressa do prazo para apresentação do preso ao juiz, foi apenas no ano de 2015 que o Conselho Nacional de Justiça formulou um projeto com o fito de instituir a audiência de custódia no país, por intermédio da Resolução 213/2015, firmando acordos de cooperação com o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, visando dar mais agilidade à implantação da audiência de custódia, a

fim de combater o encarceramento em massa, principalmente no que diz respeito aos presos provisórios.

Porém, a demora na implantação desse mecanismo de garantias fez com que o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), ajuizasse no STF uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para que fossem tomadas as providências necessárias com relação ao número de presos no país e as constantes violações a direitos fundamentais. Durante o julgamento da Ação, o relator, Ministro Marco Aurélio, direcionou seu voto para que os juízes, quando da determinação ou manutenção da prisão provisória, o fizessem de maneira fundamentada e clara, a fim de que os magistrados avaliassem o cenário do cárcere no país, para que apenas permanecessem presas as pessoas que realmente praticassem crimes graves ou quando as medidas cautelares diversas da prisão não se mostrassem úteis o suficiente para evitar a prática de novas condutas delitivas. Portanto, quis o STF dizer que o sistema carcerário brasileiro não suporta a quantidade de presos que para ele são encaminhados todos os dias e que as circunstâncias da prisão devem ser analisadas com cautela.

Embora seja sempre mencionado que cabe ao juiz analisar todo o contexto fático em que ocorreu a prisão antes de exarar sua decisão, não podemos deixar de comentar sobre a importantíssima função desempenhada Delegado de Polícia, única Autoridade Policial competente para deliberar sobre uma ocorrência que lhe é apresentada.

Em que pese não ser parte integrante do Poder Judiciário, a Polícia Judiciária, Civil ou Federal, atua como um *longa manus* deste, visto que é a responsável por conduzir as investigações, bem como lavrar o Auto de Prisão em Flagrante Delito. Além do mais, o Delegado de Polícia age *strictu sensu* em nome do Estado, ocupando carreira jurídica. Nesse cenário pré-processual, todos os direitos do investigado ou indiciado deverão ser respeitados.

Insta salientar que o Delegado de Polícia possui independência funcional durante sua atuação e deve fazer um criterioso juízo de valor sobre os fatos que lhe são relatados antes de proferir a decisão de segregar cautelarmente ou não aquele que fora conduzido à sua presença. Nesse juízo de cognição sumária, a autoridade policial não está obrigada a lavrar o APFD caso não esteja convicta da prática do delito, ou se não estiverem presentes indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva. Não se pode mais imaginar que a função da polícia é apenas prender e, hodiernamente, deve ser rechaçada qualquer ideia ou argumento que diga o contrário, visto que o direito penal é

regido, dentre outros, pelo princípio da intervenção mínima e deve atuar como a *ultima ratio*. Deve-se pensar em prisão, em qualquer modalidade, apenas quando não houver outras medidas suficientes para punir o infrator. Portanto, é salutar mencionar que a Polícia Judiciária não existe apenas para prender aquele que pratica algum delito, mas também impede acusações infundadas e colhe elementos de informações necessários para embasar e fornecer justa causa para uma futura ação penal, buscando, com isso, a democratização do Direito Processual Penal e o respeito ao sistema acusatório, adotado em nosso ordenamento pátrio.

Assim, cabe também ao Delegado de Polícia fazer um juízo de convencionalidade antes de decretar a prisão em flagrante da pessoa conduzida. Esse juízo de convencionalidade consiste em uma análise comparativa entre o ordenamento jurídico nacional e internacional, ou seja, deverá averiguar a simetria das normas internas em relação às internacionais para decidir se a conduta em tese praticada é contrária ao direito ou se, de alguma maneira, encontra-se respaldada nele. Isso não implica, frise-se, que não haverá uma posterior decisão judicial sobre os fatos.

Ainda nesse contexto, faz-se necessário assinalar que o Estado Brasileiro, dentre seus vários princípios, adota o da presunção de inocência, ou estado de inocência para alguns doutrinadores. Tal postulado indica que não haverá antecipação de culpa, ou presunção desta, sem que haja uma formal persecução penal, na qual foram observados todos os direitos daquele que se encontra no polo passivo da demanda. Ou seja, para que uma pessoa seja efetivamente condenada e considerada culpada pela prática de um determinado delito, é necessário que o Estado tenha passado por toda a fase de investigação até o efetivo processo judicial, com observância do contraditório e da ampla defesa, para que o réu tenha a possibilidade de se defender de todas as acusações que lhe são imputadas, nas mesmas igualdades de condições do Estado-acusador.

Pois bem. Percebe-se então, que a audiência de custódia é uma salvaguarda para o possível infrator que se encontra preso em virtude de prisão em flagrante, visto que é nesse momento que o Estado-juiz analisará se foram obedecidos todos os requisitos previstos em lei para que uma pessoa seja levada à prisão ou nela mantida.

3.1.1 – Presos Provisórios e o aumento dos processos judiciais

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça², atualmente existem no Brasil 245.865 (duzentos e quarenta e cinco mil, oitocentos e sessenta e cinco) presos provisórios, ou seja, trata-se de pessoas que estão mantidas sob a custódia do Estado, antes mesmo de terem sido julgadas pelo Estado-juiz, com condenação transitada em julgado. E, diante do número de processos judiciais em trâmite por todo o território nacional, há grandes chances desses presos permanecerem mais tempo aprisionados provisoriamente do que efetivamente receberiam de pena quando da prolação de uma sentença penal.

O aumento de demandas distribuídas no país é muito alto, fazendo com que haja demora no julgamento das lides, tanto em âmbito cível quanto em âmbito penal. Todavia, quando a demora para julgar ocorre em âmbito penal, as consequências podem ser ainda mais severas, visto que quanto mais tempo permanece preso, mais remotas serão as chances de ressocialização e maior será o índice de reincidência, tornando-se maiores, portanto, os índices de crimes cometidos no país.

Segundo informações constantes do Boletim Estatístico³ elaborado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, com base nos meses de janeiro a junho de 2019, foram distribuídos naquela Corte Superior a quantia de 181.141 (cento e oitenta e um mil, cento e quarenta e uma) demandas judiciais, sendo que 179.973 (cento e setenta e nove mil, novecentos e setenta e três) representam as demandas brasileiras, e a quantia restante abarca as cartas rogatórias e as sentenças estrangeiras.

Nesse contingente de processos judiciais, o Estado de São Paulo está no topo da lista, com 72.901 (setenta e duas mil, novecentas e uma) demandas distribuídas no STJ, ou seja, ocupa o total de 40,51% das lides naquela Corte de Justiça. Seguindo esses números, ocupam a segunda e terceira posições os Estados do Rio Grande do Sul, com 10,25% e do Rio de Janeiro, com 7,73% dos processos, respectivamente.

Ainda no Estado de São Paulo, de acordo com a Secretaria de Segurança Pública⁴ deste Estado, o número de prisões aumentou em 58% (cinquenta e oito por cento) entre os anos de 2010 e 2016. Em havendo um aumento no número de presos, inexoravelmente aumentará o número de processos judiciais e, conseqüentemente, as lides terão mais demoras para serem resolvidas.

² Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php> Acesso em: 27/07/2019.

³ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=336>> Acesso em 27/07/2019.

⁴ Disponível em: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/acoes-governo/administracao-penitenciaria/>> Acesso em 27/07/2019.

Compulsando os dados apresentados, nota-se que as prisões devem ser mais bem analisadas, principalmente no que diz respeito às ocorridas em sede cautelar, sendo certo que o juiz, ao decidir, deverá levar em conta a efetiva necessidade e imprescindibilidade da medida, a fim de evitar um encarceramento em massa e uma dificuldade maior na ressocialização, tendo em vista que os estabelecimentos prisionais são verdadeiras “escolas do crime”, ou seja, manter alguém durante muito tempo em situação prisional pode favorecer a criminalidade.

3.2 – O princípio da Presunção de Inocência

Trata-se de um postulado que garante que toda e qualquer pessoa não será considerada culpada antes de haver contra si uma sentença penal condenatória definitiva – com trânsito em julgado. Essa garantia implica em que o investigado ou acusado não poderá sofrer quaisquer restrições em sua liberdade – salvo algumas exceções – antes de um processo penal em que tenha sido dada ao réu a oportunidade de defesa.

Esse princípio garante que o infrator não será compelido a produzir provas contra si e isso não implicará em prejuízo para defesa, ou seja, caso o réu fique em silêncio ou se recuse a participar de algum ato processual, não se admitirá sua presunção de culpa, afastando-se a máxima popular de que “quem cala, consente”.

O direito ao silêncio está previsto em nossa Constituição Cidadã de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXIII, e isso resultou na revogação implícita do quanto dispunham os artigos 186 e 198 do CPP. Em relação àquele, houve uma nova redação dada pela Lei nº 10.792/2003, da qual consta que o réu será cientificado pelo juiz, antes do interrogatório, que não será obrigado a responder às perguntas e que poderá permanecer calado.

A adoção desse princípio garante que as decisões que determinem ou mantenham alguém em custódia prisional serão fundamentadas em todos os aspectos e será nessa oportunidade que o juiz deixará à mostra que a medida é a única eficiente e que não serão suficientes outras medidas cautelares. Caso não o faça, estaremos diante de uma prisão flagrantemente ilegal, na qual os direitos básicos do indivíduo foram desrespeitados pelo Estado-julgador.

Passemos à análise de algumas decisões sobre o postulado em comento:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITOS E PROCESSOS PENAIS EM CURSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 1. A CONSIDERAÇÃO DE INQUÉRITOS E PROCESSOS PENAIS EM CURSO, POR OCASIÃO DA ANÁLISE DO ART. 59, DO CP, IMPLICA EM OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (PRECEDENTES DO STJ). 2. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

(TJ – DF – APR: 74149520058070004 DF 0007414-95.2005.807.0004, Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, Data de Julgamento: 13/11/2008, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 11/02/2009, DJ-e Pág. 352).

HABEAS CORPUS CONDIÇÕES PESSOAIS – OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – ORDEM DENEGADA. 1) A primariedade e os bons antecedentes, bem como a profissão e residência fixa, etc., não se constituem em óbice para a decretação da prisão preventiva. 2) Existindo motivos autorizadores para a decretação da prisão cautelar, na forma da Lei, bem como se devidamente fundamentada sua decretação/manutenção, não cabe alegação de ofensa ao princípio da presunção de inocência. 3) Estando presentes os requisitos para a manutenção da custódia cautelar do paciente, quais sejam aqueles pre. 4) Ordem denegada.

(TJ-ES – HC 100090011907 ES 1000911907, Relator: ADALTO DIAS TRISTÃO, Data de Julgamento: 08/06/2009, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 03/08/2009).

Extrai-se do excertos acima que a presunção de inocência é um fator que implica na devida fundamentação quando da decisão do magistrado, visto que ele deve ser analisado amplamente, todavia, não significa que, em razão dele, não será decretada a prisão cautelar.

O postulado deve ser analisado com cautela, a fim de não prejudicar ou favorecer aquele que, em tese, praticou algum ilícito penal. Isso quer dizer que o juiz deverá analisar todo o contexto fático em que se fundam as acusações em face do investigado ou acusado sob o prisma do princípio da tipicidade conglobante, isto é, todo o ordenamento jurídico deve ser levado em conta para poder concluir se determinada conduta é contrária ou não ao direito e se dela devam resultar punições. Para entender melhor o retromencionado princípio, vejamos uma decisão acerca dele:

EMBARGOS INFRINGENTES – FURTO QUALIFICADO – ÍNFIMO VALOR DA RES FURTIVA – FALTA DE TIPLICIDADE CONGLOBANTE – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – APLICABILIDADE – ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. 01. A tipicidade penal, elemento “constitutivo” do crime, congrega a adequação típica e a lesividade da conduta. Falta tipicidade conglobante à conduta do agente que, perseguindo seu intento criminoso, produz dano de valor ínfimo ao patrimônio da vítima. Assim, caracterizada a atipicidade material do fato atribuído ao processado, a absolvição é medida que se impõe. V.V EMBARGOS INFRINGENTES. FURTO. INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. Não sendo irrisório o valor da res furtiva, não há como aplicar o princípio da insignificância, por se fazer presente a lesividade da conduta do agente.

(TJ-MG – Bem Infing e de Nulidade: 10056081747562003 MG, Relator: Maria Luíza de Marilac, Data de Julgamento: 06/08/2013, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 13/08/2013).

É de fácil constatação que para que seja decretada a segregação do investigado ou acusado, deverão ser analisadas todas as circunstâncias em que ocorreram a prisão, se estão presentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva ou se outras medidas cautelares não seriam suficientes para a punição e, antes de tudo, se a conduta do possível infrator é contrária ao direito, após uma efetiva análise do ordenamento jurídico como um todo, visto que o Direito é uno.

4 – Medidas Cautelares Diversas da Prisão

4.1 – Considerações iniciais sobre as sanções penais e espécies de penas

Antes de entendermos quais são as medidas cautelares diversas da prisão e seus aspectos jurídicos, penais e processuais penais, é necessário entender qual o conceito de pena, sua origem e espécies.

Podem ser conceituadas como a perda ou a privação do gozo pleno de um direito para aquele que cometeu um ato ilícito a fim de castigar o infrator e impedir que ele pratique um novo delito.

As penas remontam de muito tempo atrás, desde os tempos primitivos, no qual os homens se organizavam em sociedade e estabeleciam as suas próprias normas de conduta. Nesse contexto inicial, as penas tinham efeito de correção dos indivíduos que infringissem as leis da época, servindo como uma forma de castigo e de justiça, mas pouco se falava em pena de prisão, sendo certo que os castigos eram físicos, muitas vezes consistentes em torturas ou penas de morte.

Quando do estudo das penas e de suas reais finalidades, algumas teorias começaram a surgir para explicá-las, levando em consideração cada momento histórico vivido e o objeto da sanção.

Segundo leciona Mirabete:

Devem existir na pena várias características: legalidade, personalidade, proporcionalidade e inderrogabilidade. (2016, p. 232).

Primeiramente, surge a teoria absoluta para explicar o poder de punir do Estado (*jus puniendi*), e essa teoria dizia que o agente seria punido unicamente por ter praticado um crime (*punitur quia peccatum est*). Nesse cenário, a pena era uma forma de retribuição jurídica, ou seja, um castigo imposto por uma exigência ética, reparando-se a moral anteriormente abalada pela prática delitiva. Os adeptos dessa teoria diziam que para um mal causado, haveria uma punição a ser imposta àquele que o causou.

As teorias relativas, ou utilitaristas, atribuíam às penas um propósito unicamente prático, levando-se em consideração a prevenção. Ou seja, queriam os adeptos a essa teoria garantir que as penas impostas serviriam como um mecanismo eficiente para impedir que houvesse reincidência ou a prática de delitos por outras pessoas, seja por meio da coação psíquica, como forma de amedrontamento, ou da física, segregando aquele que praticou a infração penal. Assim, a pena intimidava as pessoas, impedindo que elas praticassem delitos.

Com base nas duas teorias anteriores, surgiu a teoria mista, também chamada de eclética, a qual mesclou elementos das teorias absolutas e relativas. Assim, para os discípulos da teoria mista, a pena tinha função retributiva, levando-se em consideração os aspectos morais, mas, ainda, tinha como finalidade a prevenção e um misto de educação e correção. Ou seja, prevenção geral para intimidar a sociedade a não praticar crimes e prevenção especial para aquele que já havia praticado uma infração penal.

No Brasil, as penas admitidas no ordenamento jurídico estão previstas no art. 32 do CP, são elas:

Art. 32. As penas são:

I – privativas de liberdade;

II – restritivas de direitos;

III – de multa.

As penas privativas de liberdade são aquelas que efetivamente restringem a liberdade de ir e vir do cidadão, e, quando condenado a essa modalidade de sanção, permanecerá encarcerado, a depender do regime de cumprimento da pena, ou seja, fechado, semiaberto ou aberto. Essa modalidade de pena é severamente criticada, visto que a falência dos estabelecimentos prisionais brasileiros é de conhecimento notório e a prisão pode contaminar moralmente o infrator primário, fazendo com que ele “aprenda” novos métodos de praticar delitos e dificultando sobremaneira sua ressocialização. Ainda, sua capacidade para o trabalho e para as atividades habituais se perderá paulatinamente.

No que tange às penas restritivas de direitos, sua utilização ainda é muito tímida pelos juízes brasileiros. Consistem em prestação pecuniária; perda de bens e valores;

prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; e limitação de fim de semana. Ao ser aplicada essa modalidade de sanção ao infrator, serão evitados inúmeros desgastes, seja físico, moral ou financeiro, visto que o Estado não precisará custear a estadia do condenado em estabelecimentos penais e o infrator não deixará de ser efetivamente punido.

Nada obstante às críticas feitas à forma de sanção estatal, não podemos fechar os olhos para o fato de que alguns criminosos são de alta periculosidade e se dedicam à vida criminosa, ou seja, demonstram que estão aptos a praticarem novos delitos, dos mais leves aos mais graves previstos em nossa legislação penal. Nesses casos, não resta outra alternativa ao Estado-juiz senão determinar que esse tipo de indivíduo permaneça preso, para impedir a prática de delitos e preservar a própria sociedade.

Tecer duras críticas a prisões infundadas ou inúteis, não significa dizer que as prisões não devam ocorrer ou que serão sempre injustas com aquele que praticou o delito. Significa, apenas, dizer que toda a prisão imposta deve ter seus motivos declarados de forma clara e objetiva em uma decisão judicial, para que reste cabalmente demonstrado que essa foi a única medida a ser adotada no caso concreto, evitando prejuízos tanto para o Estado quanto para aquele que será submetido à sanção.

4.2 – As medidas cautelares diversas da prisão

Para entendermos o conceito de medidas cautelares, devemos, antes de tudo, fazer uma análise ao significado da palavra “cautela”, que, segundo descrito pelo Dicionário Online de Português⁵ significa:

Precaução; excesso de cuidado que se toma com o objetivo de prever um mal, um dano, um perigo.

Diante do significado supramencionado, podemos concluir que, ao dar sua decisão, o magistrado deverá analisar se as medidas previstas em nosso ordenamento jurídico são capazes de prevenir um mal, um dano ou um perigo à sociedade e ao próprio indiciado ou

⁵ Disponível em <https://www.dicio.com.br/cautela/>> Acesso em 28/07/2019.

acusado, e, se a resposta for positiva, essas medidas deverão ser levadas em conta, ao invés de ser decretada a prisão do infrator.

Ou seja, é de fácil percepção que a prisão apenas poderá ser decretada quando não houver outra medida útil o suficiente para o caso concreto, diante do princípio da *ultima ratio* do direito penal.

Em razão dos diversos princípios adotados pelo Brasil e pelos motivos já explanados nos primeiros tópicos deste trabalho, surgiu a necessidade de se alterar a forma como as prisões ocorreriam no país, não sendo mais admitido, portanto, que pessoas fossem colocadas ou mantidas em cárcere quando outras medidas se mostrassem adequadas e suficientes para uma efetiva punição ou para garantia da instrução processual penal.

Diante disso, após ter uma tramitação longa e demorada no Congresso Nacional, foi aprovado o Projeto de Lei nº 4.2058/2001, trasmudado para a Lei nº 12.403/2011, para incluir algumas medidas cautelares diversas da prisão em nosso ordenamento jurídico pátrio. Essas medidas estão elencadas no artigo 319 do CPP e serão mencionadas 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 atividade de natureza econômica ou financeira quanto 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.

Conforme já explicitado, o número de prisões ocorridas e de processos judiciais no Brasil é muito alto, prejudicando sobremaneira a eficiência estatal, fazendo com que haja prejuízos irreversíveis àqueles que aguardam a tutela jurisdicional no tocante a sua liberdade, visto que, na maioria dos casos, aguardarão o julgamento trancafiados em celas apertadas e com condições precárias de higiene e saúde, violando direitos e garantias previstos em Tratados em relação aos quais o Brasil manifestou adesão e se obrigou a cumprir.

Em decorrência do postulado do estado de inocência e do princípio da dignidade da pessoa humana, adotado por nosso país, um Estado Democrático de Direito, passou-se a pensar mais na observância dos direitos da pessoa presa e a trata-la como um sujeito de direitos e não mais como mero objeto do processo. Assim, todos os direitos previstos em nosso ordenamento e em Tratados Internacionais de Direitos Humanos devem estender-se ao preso, naquilo em que forem compatíveis.

Referias medidas cautelares são importantes para evitar que sejam levadas à prisão pessoas que não cometeram crimes graves ou que nela sejam mantidas quando não haja a real necessidade da segregação cautelar.

Assevera Eugênio Pacelli sobre as medidas cautelares:

“No entanto, e exatamente em razão das premissas constitucionais que devem orientar e vincular a atuação estatal, toda prisão, bem como qualquer outra medida acautelatória da jurisdição penal, há que partir de ordem judicial escrita e fundamentada, ancorada na indispensabilidade da providência” (Pacelli, 2017, p. 506).

Ao mencionar que toda decisão judicial deve ser fundamentada, Pacelli referira-se ao artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988, que assim preleciona:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

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

O referido inciso da Carta Política dá às partes do processo a garantia de que as decisões serão pautadas na legalidade, com observância dos princípios da imparcialidade e impessoalidade, a fim de evitar que arbítrios ocorram durante a decisão judicial que determina a segregação do investigado ou acusado.

De se ver, portanto, que a ausência de fundamentação fará com que o enclausurado se socorra do remédio constitucional competente, *in casu*, o *habeas corpus* para poder ter seu direito à liberdade restabelecido.

4.3 – Formas de evitar o encarceramento em massa e garantir a ressocialização do apenado

Tendo em vista que é um hábito no Brasil que juízes de primeiro grau decidam pela segregação cautelar no investigado ou indiciado durante a audiência de custódia, o número de pessoas levadas ao cárcere diuturnamente passou a crescer demasiadamente e, em consequência disso, o Estado, com suas limitações naturais, passou a não ter mais condições de manter essas pessoas sob sua custódia, gerando graves violações aos direitos humanos e aos princípios penais e processuais penais adotados por nosso ordenamento jurídico pátrio.

Para evitar que pessoas fossem colocadas em unidades prisionais a bel prazer do julgador, passou-se a pensar que toda e qualquer prisão deverá ser baseada na necessidade e na indispensabilidade da medida, devidamente demonstrada pelo magistrado com fundamentos concretos, sem margem para dúvidas, que a prisão é a única saída para aquele que fora apresentado em juízo após ser preso em flagrante delito ou quando da prolação de uma sentença penal condenatória.

Pensamos que para que uma pessoa possa ser colocada na prisão, mesmo ao término do processo penal, com o respectivo comprovante do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a alternativa mais eficiente é a imposição de medidas cautelares para uma efetiva punição, a depender da gravidade do delito praticado e das condições do infrator, por óbvio.

Ademais, a depender do caso concreto, penas restritivas de direitos ou medidas cautelares diversas da prisão podem ser mais eficientes para punir aquele que praticou um delito e garantir que o sistema prisional brasileiro apenas contará com pessoas que devem estar ali, seja em razão da gravidade do delito ou por conveniência da instrução processual penal, o que de fato impedirá prisões desnecessárias e inúteis.

Se tomarmos como exemplo a medida cautelar prevista no inciso I do art. 319 do CPP, isto é, a obrigação periódica de comparecimento em juízo para informar e justificar atividades, perceberemos que essa medida é uma forma eficiente do Estado tomar conhecimento e controlar as condutas daquele que praticara um delito. Dessa forma, será mais eficiente para evitar a reiteração de condutas criminosas, visto que haverá uma maior controle do Estado em relação às atividades praticadas pelo infrator e será um mecanismo eficaz para impedir que aquele condenado pratique novas condutas, visto que

ele terá um conhecimento prévio de que todas as suas atividades serão fiscalizadas pelo Estado.

Para tentar uma eficaz ressocialização do condenado, a Lei de Execuções Penais estabeleceu formas de progressão de regime estabelecido na sentença, e essa forma de progressão pode fazer com que o indivíduo preso, ainda que de forma um pouco mais lenta, possa novamente conviver em sociedade e recuperar sua aptidão para o trabalho.

Essas formas de colocação do indivíduo novamente em sociedade estão previstas nos artigos 120 a 146-D da LEP. Nesses artigos, estão descritos os requisitos para a permissão de saída; saída temporária; remição; livramento condicional; e monitoração eletrônica.

Todos esses mecanismos contribuem para que o condenado consiga se ressocializar de forma eficiente, visto que ele irá conviver em sociedade, ainda que com algumas restrições, e poderá restaurar seus princípios éticos, possibilitando o trabalho e a vida comunitária harmônica.

Dessa maneira, o Estado poderá evitar a ocorrência de novos crimes, bem como a reincidência. O que falta, todavia, é implantação de políticas públicas eficazes voltadas ao tema.

Vejamos o que dizem os Tribunais a respeito da ressocialização (transcreveremos apenas parte dos acórdãos):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA. APROVAÇÃO PARCIAL NO EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO – ENEM. INCENTIVO AO ESTUDO. CARÁTER DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PENA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – LEP. POSSIBILIDADE. RECOMENDAÇÃO 44/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. UTILIZAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ODEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(STJ – HC: 421176 SC 2017/0271427-0, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 11/09/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/09/2018).

AGRAVO EM EXECUÇÃO. VISITA POR FAMILIAR (AVÓ). DIREITO DE RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO.

(TJ-RS – AGV: 70079614731 RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Data de Julgamento: 30/01/2019, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/04/2019).

AGRAVO EM EXECUÇÃO. SERVIÇO EXTERNO. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. RESSOCIALIZAÇÃO. PRECEDENTES. Preenchidos os requisitos do art. 37 da LEP, é possível a concessão do serviço externo ao apenado. [...]

(TJ-RS – AGV: 70078894433 RS, Relator: Julio Cesar Finger, Data de Julgamento: 18/10/2018, Quarta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/11/2018).

Percebe-se, após uma leitura dos excertos, uma preocupação dos Tribunais pátrios no sentido de garantir a ressocialização do apenado.

Desde o mais singelo contato com a família enquanto estiver preso até o efetivo retorno em sociedade, deve haver um processo de reabilitação do condenado, visto que muitos ficam afastados do convívio social durante anos, e essa segregação faz com que haja uma maior dificuldade em ressocializar-se. O contato com pessoas próximas, o incentivo ao estudo e ao trabalho, podem ser influências decisivas para que o apenado retorne ao seio social de forma harmônica, livre da incidência criminosa e capaz de se autorregular.

CONCLUSÃO

Por tudo o que fora explanado durante a elaboração dos trabalhos, após uma sintética análise pela evolução histórica dos Direitos Humanos até o surgimento do atual modelo Estatal para o controle da sociedade, pudemos observar que ocorreram várias mudanças nas modalidades de aplicação de sanções, bem como no controle concentrado do poder-dever de punir nas mãos do Estado, sendo este o único detentor do *jus puniendi*).

Concluimos que as sanções penais devem ser analisadas com muita cautela, a fim de evitar que o número massivo de presos no sistema carcerário aumente, causando uma superpopulação de custodiados, impedindo um eficiente cumprimento de pena e prejudicando sobremaneira a ressocialização do condenado, visto que o cárcere causa perda da aptidão para o trabalho e, também, perda da capacidade moral, visto que os estabelecimentos prisionais brasileiros não estão preparados para o número de presos que neles são inseridos diuturnamente.

Analisamos, ainda, que as medidas cautelares diversas da prisão devem prevalecer em detrimento das prisões em estabelecimentos penais, visto que não se pode usar as sanções como forma de vingança àquele que praticou a infração penal, bem como as punições devem guardar relação direta com os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e indispensabilidade da medida.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, Senado: 1941.
- BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Brasília, DF, Senado: 1984.
- FONTES, Eduardo; HOFFMAN, Henrique. **Temas avançados de Polícia Judiciária**. 3. ed. Bahia: JusPodivm, 2019.
- MIRABETE, Julio Fabbrini e Renato N. Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.
- NETO, Silvio Beltramelli. **Direitos Humanos**. 5. ed. Bahia: JusPodivm, 2018.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- SÃO PAULO (ESTADO). Polícia Civil. **Manual de Polícia Judiciária: doutrina, modelos, legislação**. São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2010.
- SILVA, Márcio Alberto Gomes. **Inquérito Policial**. 4. ed. Bahia: JusPodivm, 2018.