

PRISÕES CAUTELARES: A INFRAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Ana Carolina Belleze Silva¹

RESUMO

A Constituição Federal brasileira traz normas de direitos fundamentais inerentes ao ser humano, garantindo o respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência em qualquer situação de ocorrência de uma infração penal, desde que ainda não exista uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Busca inibir a privação do direito de liberdade do indivíduo e sua manutenção na prisão por um prazo indeterminado. A prisão cautelar fere estes princípios, pois obriga o acusado ao cumprimento antecipado de uma pena, submetendo-o ao enclausuramento juntamente com condenados, por prazo indeterminado. Entende-se que a Lei nº 12.403/2011, ao dispor da aplicação de medidas cautelares substitutivas à prisão cautelar, garantindo a aplicação desta apenas nos casos de impossível substituição, objetivou estancar a decretação desmensurada e excessiva de sua decretação, em que pese o ordenamento jurídico assim não agir, preferindo manter a prisão do acusado como regra. Denota-se nesse cenário, a infração aos princípios fundamentais assegurados à todos, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos fundamentais. Prisão cautelar. Lei nº 12.403/2011.

¹ Advogada, Especialista em Direito Processual, Professora de Direito Penal na Faculdade La Salle de Lucas do Rio Verde/MT, Mestranda em Direito na Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha” – UNIVEM de Marília/SP. E-mail: carolbelleze@hotmail.com.

1. Introdução

O presente trabalho foi realizado por meio de material bibliográfico e artigos pré-selecionados, analisando seu resultado notadamente por meio do método dedutivo, enquanto nos métodos específicos das ciências sociais utilizou-se o método histórico que dispôs desde os primórdios os conceitos de direitos humanos e prisões cautelares elencados em nosso ordenamento jurídico.

Objetivou-se, assim, apresentar a infração aos princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência perpetrada pela decretação da prisão cautelar disposta em nossa legislação penal.

O princípio da dignidade da pessoa humana destaca-se por sua suma importância dentre os princípios fundamentais elencadas no artigo 1º da Constituição Federal, englobando os direitos individuais, os direitos políticos, os direitos sociais e os direitos econômicos.

Assim, a Constituição Federal do Brasil, ao dispor sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, o erigiu como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, constituindo-o no ápice do nosso ordenamento jurídico.

Da mesma forma dispõe quanto ao princípio da presunção de inocência, disposto em seu art. 5º, inciso LVII, garantindo que qualquer pessoa somente será considerada culpada após o trânsito em julgado de sua condenação, cabendo ao Estado a realização de toda a persecução penal para, ao final, declarar a culpa ou não do indivíduo, protegendo sua liberdade, integridade física, integridade psíquica e a prática de humilhações e constrangimentos proferidos por meio da incerteza de sua culpa.

A decretação da prisão cautelar submete o indivíduo ao cumprimento de uma pena antecipada, traduzindo-se em uma prisão sem pena, pois é exposto a convivência com qualquer condenado, sem que haja alguma restrição. Esta prisão pode ser substituída por diversas medidas cautelares substitutivas advindas do nosso ordenamento jurídico conforme a Lei nº 12.403/2011, sem qualquer desrespeito aos princípios fundamentais.

2. Os Direitos Fundamentais nas Constituições Federais Brasileiras

A Constituição Federal dispõe de normas sobre os direitos fundamentais, estabelecendo-se após a 2ª Guerra Mundial um ponto inicial para o surgimento de certos princípios indispensáveis ao desenvolvimento humano. Entende-se, a partir deste momento, a necessidade de proteção ao homem através do Estado, sem que

este agisse de forma ilimitada, mas atuando em defesa do homem como sujeito de direitos, sem que com isso precisasse prejudicar a sociedade.

Neste contexto, surge o Estado Democrático de Direito, com base em uma sociedade preocupada com a dignidade, a liberdade e, conseqüentemente, os direitos humanos, elencados na Constituição Federal de 1988 de forma explícita e implícita, por meio de princípios referenciados como, dentre outros, direitos humanos (art. 4º, II); direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º); direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV); e direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI).

Denota-se da alusão aos direitos fundamentais, que a pessoa humana destaca-se como o bem jurídico de maior valor, devendo ser preservado de forma eficaz pelo Estado, sem que esse disponha da proteção da sociedade como um todo.

Nos dizeres de Gomes (1993, p. 93):

O exercício dos direitos fundamentais tem como pressuposto básico o império do ordenamento jurídico. Em um Estado Democrático de Direito, como o nosso, todos devem estar submetidos a este ordenamento, principalmente o Estado, porém quem pode assegurá-lo em sua plenitude só pode ser o Poder Judiciário, por meio da tutela judicial efetiva.

Sob a proteção do Estado os direitos humanos emanam para garantir ao indivíduo e à sociedade a aplicação do direito com o fim específico da satisfação da justiça, destacando-se, neste contexto, os princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência, visando a inaplicação de punições e penalidades não condizentes a cada caso concreto.

Os direitos fundamentais do homem dispostos na Constituição Federal englobam diversos direitos, como os individuais, os sociais, os políticos e os econômicos.

Os direitos fundamentais estão ligados à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão destacada na França, em 26 de agosto de 1789, onde se criaram diversos artigos relacionados ao tema dos direitos. Louvado documento, sendo a primeira declaração de direitos, inspirou a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela ONU (Organização das Nações Unidas) em 10 de dezembro de 1948, dispondo em seus artigos 1º:

O Artigo primeiro da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, diz: "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum".

O Artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Todos os homens 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”.

As Constituições Federais Brasileiras destacaram-se sempre no que tange à declaração dos direitos do homem brasileiro e também do homem estrangeiro residente no país. Inicia-se com a 1ª Constituição do Império em 1824, destacando-se a preocupação com a declaração dos direitos do homem anteriormente à própria declaração promulgada na Bélgica em 1831.

A Constituição do Império destacava a declaração dos direitos do homem em um título elencado: “Das Disposições Gerais”, e “Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, dispostos no artigo 179 e seus 35 (trinta e cinco) incisos.

A Constituição Federal de 1891 traz a declaração de direitos em seu título IV, na seção II, artigo 172 e seus 31 (trinta e um) parágrafos, resguardando a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança e à propriedade a brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Já a Constituição Federal de 1934 (1937) trouxe na declaração de direitos, os direitos e garantias individuais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos. Nos dizeres de Silva (2006, p. 171):

Além disso, essa Constituição incorporou, como já notamos, outra novidade, que se constituiu no Título “Da Ordem Econômica e Social”, na esteira das constituições de pós-Primeira Guerra Mundial, reconhecendo os direitos econômicos e sociais do homem, ainda que de maneira pouco eficaz.

A Constituição Federal de 1946 dispõe de dois capítulos que tratam sobre a nacionalidade e a cidadania, e os direitos e garantias individuais, inseridos na declaração dos direitos no título IV. Em consonância com esta Constituição, seguem as Constituições Federais de 1967 e 1969.

Atualmente, com a Constituição Federal de 1988, os princípios fundamentais estão inseridos no Título I, elencando no Título II os direitos e garantias fundamentais que abrangem os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos da nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos.

De forma singela podemos definir os direitos fundamentais, bem como caracterizando-os, de acordo com Silva (2006, p. 178, 180-181):

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. *Do homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*.(...)

Para a imposição de qualquer medida cautelar de restrição a liberdade do indivíduo, deve-se considerar alguns princípios constitucionais, a seguir descritos.

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana vem expressamente previsto em nossa Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso III, como um direito fundamental a todo ser humano, *in verbis*:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formando pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento.

III - a dignidade pessoa humana.

Esse princípio garante ao ser humano um tratamento digno, como sujeito de direito e, mesmo que seja um criminoso, deve ser tratado de maneira digna e não como seres inanimados, devendo responder pelo erro cometido, dispondo esse o motivo da vedação pela Constituição Federal (artigo 5º, XLVII) das penas de morte (exceto em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis.

O legislador ao inserir o princípio da dignidade da pessoa humana no título dos princípios fundamentais da Constituição Federal Brasileira, reportou-se àquele como um direito essencial e inerente ao homem, podendo exercê-lo indistintamente para que seja protegido de quaisquer ilegalidades capazes de lhe perpetrarem.

O princípio a dignidade da pessoa humana vem definido de diversas formas, por vários autores.

Dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico. (PLÁCIDO E SILVA, 1967, p. 526)

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2007, p. 62)

Ao se falar no princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar que estamos diante de um princípio para quem e além do qual o Estado e a sociedade não podem ir. Origina as premissas de fundamentação jurídica e a razão de ser do direito, sendo um princípio absoluto.

(...) é um valor em si absoluto, sendo fundamental para a ordem jurídica, pois, como o fundamento dos direitos humanos é também a condição prévia para o reconhecimento de todos os demais direitos, devendo sua presença na Carta Magna ser uma condição *sine qua non* para a validade do contrato social, tudo pelo motivo de ser este princípio fundado no respeito mútuo entre os seres humanos e ser esta a condição mínima para a existência dos nichos sociais, sendo assim sempre ocupou um lugar de destaque no pensamento filosófico, político e jurídico, inclusive tendo sido positivado por inúmeras constituições (LIMA, 2012, p. 1).

Como se pode verificar, o princípio da dignidade da pessoa humana vem definido em diversas maneiras, mas sempre designando a proteção do homem, seja de forma individual ou social, valorizando o espiritual e moral inerente à pessoa humana na própria vida, com a intenção de impor o respeito perante todos,

independentemente de sua classe social ou situação proveniente.

Neste sentido, podemos afirmar que a dignidade humana da pessoa humana engloba o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem e outros direitos inerentes a cada um, estando o ser humano em liberdade ou privado desta pela prática de qualquer delito, devendo ser respeitado intrinsecamente.

2.2 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência está previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 9º; na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, art. XI; no Pacto de San José da Costa Rica, no art. 8º, 1ª parte; surgindo com o objetivo de por fim ao sistema de prova legal e da tortura.

É inserido expressamente na Constituição Federal brasileira de 1988 em seu art. 5º, inciso LVII: *“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”*

Esse princípio garante que qualquer pessoa somente será considerada culpada após o trânsito em julgado de sua condenação, cabendo ao Estado a realização de toda a persecução penal para, ao final, declarar a culpa ou não do indivíduo, protegendo sua liberdade, integridade física, integridade psíquica e a prática de humilhações e constrangimentos proferidos por meio da incerteza da culpa daquele, mediante o disposto por 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.

No mesmo sentido dispõe Capez (2006, p. 44):

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando

houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.

Ver-se-á que a prisão é algo que, nos termos legais, deve ser decretada em caráter excepcional, devido seu fim punitivo aplicado ao criminoso.

Se por um lado a Constituição diz que ninguém será considerado culpado, senão após sentença condenatória transitada em julgado, por outro, permite que outros tipos de prisões sejam feitas sem a existência de uma sentença com trânsito em julgado (prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva), desde que advindas de ordem escrita e fundamentada de órgão jurisdicional competente, nos termos do artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal.

De acordo com Capez (2006, p. 244):

PRISÃO

É a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito.

Além das hipóteses de flagrante delito e ordem escrita e fundamentada do juiz, consubstanciada em um documento denominado mandado (CF, art. 5º, LXI), a Constituição Federal permite a constrição da liberdade nos seguintes casos: (a) crime militar próprio, assim definido em lei, ou infração disciplinar (CF, art. 5º, LXI); (b) em período de exceção, ou seja, durante o estado de sítio (CF, art. 139, II). Além disso, “a recaptura do réu evadido não depende de prévia ordem judicial e poderá ser efetuada por qualquer pessoa” (CPP, art. 684). Neste último caso, pressupõe-se que o sujeito esteja regularmente preso (por flagrante ou ordem escrita do juiz) e fuja. Evidentemente, o guarda penitenciário, vendo o prisioneiro em desabalada carreira, não vai, antes, solicitar uma ordem escrita para recaptura.

Em que pese os princípios constitucionais prezarem pela dignidade humana e presunção de inocência, há na legislação dispositivos legais dispostos a enclausurar o indivíduo de forma a impor-lhe um cumprimento de pena sem a devida condenação e consequente trânsito em julgado de uma decisão condenatória. É o que acontece em relação às prisões cautelares, em que se inverte o ônus da prova, cabendo ao acusado preso cautelarmente provar sua não culpabilidade, e se infringe o princípio do *in dubio pro réo*, pois, na dúvida, mantém-se aquele preso de maneira cautelar, prisões justificadas através de pressupostos ditos legais.

3. Prisões cautelares

A regra em nosso ordenamento jurídico é a liberdade, direito emanado pela própria Constituição Federal, merecendo ser restringida e cerceada apenas em situações excepcionais, explicitadas por meio de limitações legalmente expressas e taxativas. Infelizmente o que se constata é a não aplicação da premissa: todo mundo é considerado inocente até prova em contrário, ferindo, também, o princípio da presunção de inocência.

Esse cerceamento de liberdade e infração à presunção de inocência vem disposto nas chamadas prisões cautelares, as quais se subdividem em: prisão preventiva, prisão em flagrante e prisão temporária.

A prisão cautelar é uma medida cautelar que restringe a liberdade do acusado, decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por razões de necessidade, perfazendo-se num cumprimento de pena de uma prisão sem pena, pois o preso permanece enclausurado com o fundamento da garantia da eficácia nas investigações ou no processo criminal, quando preenchidos os requisitos do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Tais requisitos traduzem-se, respectivamente, na probabilidade de ocorrência de um delito e no perigo da liberdade do acusado, justificando-se a concessão da medida cautelar em caráter excepcional com o fim da preservação do processo e sua efetividade.

A legislação pátria justifica a prisão cautelar como forma de garantia processual, em regra, alegando não infringir a mesma qualquer princípio constitucional, o que na prática não ocorre, pois a partir do momento em que se decreta esta medida classificada como “excepcional”, verifica-se, na realidade, a imposição de um cumprimento de pena ao acusado sem ao menos a prolação de uma sentença penal condenatória.

Neste sentido, os princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência mostram-se previamente mitigados e cassados pela aplicação da medida cautelar excepcional imposta, uma vez que o acusado está diante de uma prisão, em cumprimento de uma pena de caráter indeterminado e ilegal.

As prisões cautelares a que se refere o presente trabalho são: a prisão temporária, a prisão em flagrante e a prisão preventiva, as quais impõem ao indivíduo sua privação de liberdade cumulado com um cumprimento de pena antecipado.

3.1 Prisão temporária

Esta modalidade de prisão vem regulamentada pela Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, substituindo a prática ilícita das prisões para averiguações utilizadas constantemente para as investigações policiais.

Objetiva-se a manutenção do acusado preso por um período determinado através de um mandado judicial fundamentado, para a investigação criminal, não se perfazendo em uma prisão por prazo indeterminado, mas da mesma forma violando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de presunção de inocência.

Traduz-se, conforme Nucci (2005, p. 578):

[...] é uma modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave. Está prevista na Lei 7.960/89 e foi idealizada para substituir, legalmente, a antiga prisão para averiguação, que a polícia judiciária estava habituada a realizar, justamente para auxiliar nas suas investigações. [...]

Esta modalidade de prisão cautelar somente pode ser aplicada desde que respeitados seus requisitos, mostrando sua imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial, desde que haja fundada razão da autoria ou participação do acusado em determinados crimes, e quando aquele não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários o esclarecimento de sua identidade.

3.2 Prisão em flagrante

A palavra flagrante vem do latim *flagrans* ou *flagrantins*, que significa queimar, arder, perfazendo-se em uma prisão decorrente do instante em que se consuma ou se tenta praticar a infração penal.

Ensina Nucci (2005, p. 560):

[...] flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar o exato momento em que ocorre. Neste sentido, pois, a prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal). [...]

Tal prisão, excepcionalmente, independe de uma ordem judicial, possuindo uma natureza administrativa, obrigando-se a respeitar apenas um dos dispositivos elencados no artigo 302 do CPP para sua decretação face a liberdade do indivíduo.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido, ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Em decorrência do flagrante, necessita-se coagir urgentemente e de forma imediata o suposto agressor para que seja impedido de causar lesão ao bem jurídico protegido legalmente. Referida modalidade de prisão acontece e, para sua manutenção, precisa-se de sua conversão em prisão preventiva, pois caso contrário não mais prevalecerá, colocando o indivíduo em liberdade.

3.3 Prisão preventiva

Define-se como uma medida cautelar que restringe a liberdade do indiciado ou réu, por meio de razões fundamentadas e preenchimento dos requisitos legais. Está prevista nos artigos 311 a 316 do CPP, trazendo no requisito do *periculum libertatis* uma das hipóteses do artigo 312 do CPP.

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

Os requisitos elencados traduzem-se da seguinte forma:

- a) conveniência da instrução criminal como garantia a produção da prova;
- b) assegurar a aplicação da lei penal com o fim de impedir a fuga do acusado;
- c) garantia da ordem econômica para evitar que o acusado continue praticando atos ofensivos à ordem econômica;
- d) garantia da ordem pública para evitar a reiteração criminosa por

parte do acusado.

O maior problema enfrentado nesta modalidade de prisão justamente se impõe neste último dispositivo, justificado na maioria dos casos de concessão da medida cautelar, presumindo-se que o acusado, se solto permanecer, continuará praticando delitos, não sendo este seu verdadeiro fundamento.

Assim, a prisão preventiva figura-se como uma prisão sem pena a ser cumprida desde sua determinação, através de mandado judicial fundamentado, enclausurando-se o acusado por um prazo indeterminado, sem qualquer distinção dos demais presos sentenciados definitivamente por uma condenação irrecorrível.

3.4 Modalidades diversas da prisão de medidas cautelares

A Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, alterou alguns dispositivos no código de processo penal referente à decretação da prisão preventiva, entendendo ser esta devidamente aplicada de forma excepcional, apenas em caso da impossibilidade da determinação de outras medidas cautelares elencadas nos dispositivos a seguir.

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

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

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

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como

voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).” (NR)

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1o (Revogado).

(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

(Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2o (Revogado).

(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

(Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3o (Revogado).

(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

. (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4o A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Conforme se verifica, existem diversas formas de medidas cautelares possíveis de serem impostas ao acusado, sem que sua liberdade seja cerceada, e o mesmo se submeta a um cumprimento de pena antecipado sem sequer saber se será condenado.

Tais medidas cautelares, desde que aplicadas com deslinde e fiscalização, podem ser consideradas eficazes à investigação criminal sem a submissão do acusado a uma prisão sem pena, como ocorre infelizmente na prática, pois ao se decretar uma prisão cautelar, o acusado é lançado à própria sorte junto aos presos condenados, sem qualquer distinção entre ambos, passando por situações humilhantes, degradantes, enquanto aguarda uma sentença com trânsito em julgado.

Isso comprova a infração aos princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana impetrados pela decretação da prisão cautelar, ainda que devidamente fundamentada, aplicando-se medida de maior gravidade quando da existência de medidas alternativas expostas na Lei nº 12.403/2011, privando o indivíduo de sua liberdade juntamente com condenados comuns, contrariando o princípio da intervenção mínima.

Acredita-se que a alteração trazida pela Lei 12.403/2011 visou justamente inibir o abuso em excesso com que se expede decretos de prisões cautelares, em especial a prisão preventiva, fundamentada, na maioria dos casos, na garantia da ordem pública pela presunção da reiteração da prática de delitos pelo acusado. Esta justificativa não merece prosperar, por não ser capaz de, por si só, privar o acusado de sua liberdade, em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência.

Os dispositivos condicionais de medidas cautelares elencados pela Lei nº 12.403/2011 mostram-se satisfatórios e capazes de inibir a necessidade de decretação de prisão cautelar ao acusado, submetendo-o a um cumprimento de pena por prazo indeterminado, sem a condenação transitada em julgado, privando-o de seu direito de ir e vir.

4 Conclusão

A Constituição Federal dispõe de direitos e garantias fundamentais ao ser humano, preservando o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência, mediante o disposto nos artigos 5º, inciso LVII, e 1º, inciso III, prevalecendo, em regra, o direito de ir e vir de qualquer indivíduo.

O cerceamento da liberdade da pessoa humana apenas é possível em caráter excepcional, mediante dispositivo legal traduzido na prisão cautelar, em que restam presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Ao contrário do que prevê nossas legislações, a prisão cautelar tem sido aplicada como regra geral, ignorando-se as demais medidas cautelares determinadas com a Lei nº 12.403/11, para a possibilidade de uma investigação criminal eficaz, sem a manutenção do acusado em uma prisão com a imposição de cumprimento de pena sem qualquer sentença condenatória irrecorrível.

Esse enclausuramento do indivíduo submete-o a situações humilhantes e constrangedoras, sem qualquer prazo determinado para encerrar, pois ao ser preso cautelarmente, passa a cumprir uma pena juntamente com demais condenados em uma prisão comum, como se condenado fosse.

Assim, a prisão cautelar traduz-se em uma prisão sem pena, infringindo os princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência, algo inaceitável em nosso ordenamento jurídico, pois o cerceamento do direito de ir e vir do acusado sem uma condenação processual com trânsito em julgado o obriga a um cumprimento de pena por prazo indeterminado, uma vez que existem dispositivos com medidas cautelares substitutivos à prisão e eficazes.

Com isso, a decretação da prisão cautelar deve ser tratada como exceção, mediante o disposto legal, e não como regra da forma corriqueira dos processos, pois os direitos fundamentais devem ser respeitados, algo não observado constantemente quando da aplicação da prisão cautelar, a qual se destaca como regra e não como exceção de acordo com o determinado legalmente.

O que se verifica, na prática, é a inaplicação da regra que dispõe a prisão cautelar como uma medida de caráter excepcional, apenas em casos de impossibilidade de oportunização de medidas cautelares substitutivas não privativas à liberdade do acusado. O período em que se mantém preso um indivíduo cautelarmente, sem a preservação de sua integridade física e psíquica, pois seu cárcere ocorre juntamente com demais condenados que efetivamente estão cumprindo pena.

Referências

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2009.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Net**, Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DELMANTO, Celso...et al. **Código penal comentado**. 7. ed. atual. e ampli.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. As modalidades de prisão temporária e seu prazo de duração. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GOMES, Luiz Flávio. A questão do controle externo do poder judiciário. 2. ed. São Paulo: RT, 1993.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed, rev. atual. ampl.. São Paulo: Saraiva, 2010.
- JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2005.
- PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang . **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Amaury; SANTOS, Felipe Miranda dos, **Liberdade provisória e outras medidas cautelares**. São Paulo: J.H.Mizuno, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed, rev. atual.. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Código de processo penal comentado**. v. I, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias constitucionais no direito penal brasileiro**. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.