



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

CIÊNCIAS CRIMINAIS

BERNARDO TÔRRES LINS

**MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO: A
ESPERANÇA DE UM PROCESSO PENAL MAIS PRÓXIMO
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Salvador
2017

BERNARDO TÔRRES LINS

**MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO: A
ESPERANÇA DE UM PROCESSO PENAL MAIS PRÓXIMO
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de
Direito e Gestão, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Especialista em Ciências
Criminais.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

BERNARDO TÔRRES LINS

**MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO: A
ESPERANÇA DE UM PROCESSO PENAL MAIS PRÓXIMO
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia aprovado como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Ciências Criminais, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

Dedico o presente trabalho aos meus pais, Maria de Fátima Tôrres Lins e Oscar Bernardo D'Oliveira Lins, aos meus Irmãos Maria Fernanda e Menandro e a minha noiva, Ava, por nunca medirem esforços para essa conquista.

AGRADECIMENTOS

Por trás de um triunfo individual existe uma grande equipe. Primeiramente, quero agradecer a Deus por me presentear com o dom da vida, por todos os momentos maravilhosos e por me dar força e coragem para vencer todos os obstáculos.

Agradeço aos meus pais, Maria de Fátima e Oscar, pelo amor e apoio incondicional, e por nunca medirem esforços para essa conquista.

Agradeço aos meus irmãos Maria Fernanda e Menandro, pelo amor, proteção e confiança.

Aos meus sobrinhos e afilhados, pelos simples e inocentes gestos de amor.

A Ava, minha noiva, pelo companheirismo e amor pleno. Obrigado pelo teu carinho, tua alegria, tua atenção, tua vibração com as minhas conquistas e teu ombro em cada momento difícil que você ajudou a atravessar. Sem você, essa conquista não teria o mesmo gosto.

Aos meus familiares, que juntos constituem a base de sustentação da minha vida.

Aos meus amigos, por não apenas compartilharem muitos momentos de alegria como também por estarem sempre ao meu lado nos momentos de dúvida e desânimo. Em especial a José Rotondano, pelo auxílio na formatação do presente trabalho.

A todos os meus professores que contribuíram para o meu crescimento intelectual, em especial aos mestres do curso de Pós-Graduação da Faculdade Baiana de Direito.

A todos, o meu muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a inserção das medidas cautelares diversas da prisão no Direito brasileiro, tangenciando o tema para a ideia de efetivação dos mandamentos constitucionais, como o estado de inocência, a liberdade como regra e a prisão como exceção e a dignidade da pessoa humana. Para tanto, faremos breves e pontuais análises sobre aspectos diversos que tocam o tema, a exemplo do encarceramento enquanto medida ora adotada, ou o panorama do sistema prisional brasileiro, com ênfase nas prisões provisórias, cujas alternativas seriam as medidas cautelares diversas da prisão. O trabalho então avança no sentido de relacionar a *mens legis* das leis vigentes, bem como a *mens legislatores* que as lastreia e testá-las à luz da Constituição Federal de 1988, antes de apresentar os princípios constitucionais que inexoravelmente devem balizar a aplicação das medidas cautelares. Com o advento da nova Constituição Federal, instaurou-se um modo distinto de conceber o Direito e a relação Estado-cidadão, sendo, que além de dar nova interpretação aos textos pretéritos, quando possível, novas leis surgiram sob a nova era, tendo o trabalho abordado alguns diplomas relevantes. O trabalho debruçasse também sobre a cautelaridade no processo penal, comentando as medidas previstas no art. 319 do CPP.

Palavras-chave: Constituição Federal de 1988; direitos fundamentais e garantias individuais; medidas cautelares diversas da prisão; Lei 12.403/2011

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 A CRISE DO CÁRCERE: CONSIDERAÇÕES INICIAIS	
2.1 OS REFLEXOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NO PROJETO ORIGINAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941	16
2.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS NO PROCESSO PENAL	22
2.2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	22
2.2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	24
2.2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	25
2.2.4 PRINCÍPIO DO 'FAVOR REI' OU 'IN DUBIO PRO REO'	26
3 ALTERAÇÕES PONTUAIS NO PROCESSO PENAL APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	28
3.1 ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 9.099/1995: INTRODUÇÃO DE INSTITUTOS DESPENALIZADORES	28
3.1.1 PRINCÍPIO DA ORALIDADE	29
3.1.2 PRINCÍPIO DA SIMPLICIDADE	30
3.1.3 PRINCÍPIO DA INFORMALIDADE	30
3.1.4 PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL	31
3.1.5 PRINCÍPIO DA CELERIDADE	32
3.2 ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 9.714/1998: INTRODUÇÃO DE NOVAS PENAS ALTERNATIVAS	33
3.3 ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 11.340/2006: LEI MARIA DA PENHA E AS MEDIDAS PROTETIVAS	33
3.4 ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 12.403/2011: 'NOVA LEI DE PRISÕES'	35
4 A CAUTELARIDADE NO PROCESSO PENAL	38
4.1 REQUISITOS LEGAIS PARA APLICAÇÃO DAS CAUTELARES: <i>FUMUS COMMISSI DELICTI</i> E <i>PERICULUM LIBERTATIS</i>	39
4.1.1 PRISÃO CAUTELAR: PREVENTIVA OU TEMPORÁRIA	42
4.1.2 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	45
4.1.2.1 PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO	45
4.1.2.2 OS PRINCÍPIOS ADOTADOS ÀS MEDIDAS CAUTELARES	49
4.1.2.2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA	49
4.1.2.2.2 DURAÇÃO RAZOÁVEL DA MEDIDA OU PRISÃO CAUTELAR	50

4.1.2.2.3 O CARÁTER PROVISÓRIO DAS MEDIDAS CAUTELARES	54
4.2.2.3. AS ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ARTIGO 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	54
4.2.2.3.1 COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO NO PRAZO E NAS CONDIÇÕES FIXADAS PELO JUIZ, PARA INFORMAR E JUSTIFICAR ATIVIDADES	56
4.2.2.3.2 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	57
4.2.2.3.3 PROIBIÇÃO DE MANTER CONTATO COM PESSOA DETERMINADA QUANDO, POR CIRCUNSTÂNCIAS RELACIONADAS AO FATO, DEVA O INDICIADO OU ACUSADO DELA PERMANECER DISTANTE	58
4.2.2.3.4 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA QUANDO A PERMANÊNCIA SEJA CONVENIENTE OU NECESSÁRIA PARA A INVESTIGAÇÃO OU INSTRUÇÃO E PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO PAÍS	58
4.2.2.3.5 RECOLHIMENTO DOMICILIAR NO PERÍODO NOTURNO E NOS DIAS DE FOLGA QUANDO O INVESTIGADO OU ACUSADO TENHA RESIDÊNCIA E TRABALHO FIXOS	59
4.2.2.3.6 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	60
4.2.2.3.7 INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DO ACUSADO NAS HIPÓTESES DE CRIMES PRATICADOS COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, QUANDO OS PERITOS CONCLUÍREM SER INIMPUTÁVEL OU SEMI-IMPUTÁVEL E HOUVER RISCO DE REITERAÇÃO	60
4.2.2.3.8 FIANÇA	61
4.2.2.3.9 MONITORAÇÃO ELETRÔNICA	63
5 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

Com a chegada da Lei 12.403/2011, surgiu a esperança de um processo penal mais próximo da Constituição Federal de 1988, observando com mais seriedade os fundamentos que norteiam a decretação e manutenção das prisões preventivas, assim como a percepção das situações nas quais essas prisões são aferidas.

A aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, ao meu ver, se aplicada de forma correta, evitaria muitos problemas existentes no Brasil, como por exemplo a superlotação dos presídios nacionais.

Ainda, iremos debater assuntos trazidos com relação às alterações dadas em muitos artigos que contemplavam a prisão, contando que foram adicionadas outras condições para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Essas modificações tiveram a intenção de oferecer uma efetividade mais clara no controle da legalidade da prisão em flagrante pelo Juiz e ajustar ao que já era visto como premissa, e assim se avigora: a prisão cautelar deve ser a exceção e a liberdade individual a regra.

No presente trabalho, em momento algum será negada a importância do instituto da prisão processual penal, contudo iremos abordar de forma incisiva a necessidade da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, quando os requisitos estiverem presentes. Acontece que as arbitrariedades jurídicas perpetradas indevidamente em razão da prisão processual penal, aplicada diversas vezes como uma maneira de condenação sumária, o que é vedado expressamente pela Constituição Federal, em se tratando de pessoas que não têm contra si ainda uma sentença penal condenatória, muito menos transitada em julgado.

Visualizamos a possibilidade do acusado, observando o Princípio da Presunção de Inocência, receber tratamento mais justo, principalmente no sentido de proporcionar a espera ou o acompanhamento da investigação criminal ou da instrução criminal sem existir a necessidade da prisão cautelar, ou seja, sem estar o investigado ou acusado encarcerado, uma vez que, neste momento, impreterivelmente, existe direitos fundamentais que pesam em favor do indivíduo.

Em tempos passados, os indivíduos que não se adequavam aos requisitos para responder a investigação criminal ou ao processo criminal encarcerado, aguardavam presos preventivamente diversas oportunidades por mais tempo do que o necessário, sendo assim a medida cautelar era muito mais severa e desproporcional do que a própria pena condenatória, ferindo diversos princípios constitucionais.

Desde o início da entrada em vigor da Lei 12.403/2011 a doutrina vem debatendo a respeito das modificações, uma vez que existem pontos positivos e pontos negativos sendo apontados. Entretanto há uma restrição ainda maior a respeito da privação do cidadão de sua liberdade, que desde do ano de 2011 passou a ser, expressamente na lei, exceção.

Antes mesmo da promulgação da lei de prisões, muitas obras já tinham sido lançadas, algumas trazendo os benefícios da “nova” lei, outras questionando/criticando alguns dispositivos. Entretanto, não demorou muito para os doutrinadores travarem grandes questionamentos e debates sobre esses dispositivos, visto que muitas inovações seriam lançadas à sociedade, cogitando quais seriam os reflexos na prática, os pontos positivos e os negativos, trazendo questionamentos de como ficaria a aplicabilidade e de como seria administrada.

Iremos abordar o trabalho por um viés positivo, visualizando a real importância da lei de prisões, haja vista, que muitos indivíduos que são presos em flagrante e são merecedores de responder a investigação criminal ou ao processo criminal em liberdade, sem a necessidade da conversão automática em preventiva.

Trataremos os motivos pelos quais de nada adianta subtrair o *status libertatis* de um cidadão ainda suspeito e que dificilmente após a sentença será submetido à pena privativa de liberdade.

Diante das exposições supra, é importante tratarmos dos seguintes temas: inicialmente, abordaremos, de forma breve, os resquícios do sistema inquisitorial e persecutório que nos dias atuais ainda são utilizados nas normas anteriores à Constituição Federal de 1988, e apresentaremos os diversos problemas do cárcere brasileiro e em outros ordenamentos. Em contrapartida, iremos trazer os princípios que sustentam as garantias no âmbito penal, com a finalidade de colaborar para que as aplicações das sanções sejam mais fundamentadas e em harmonia com a Constituição Federal.

As reformas ocorridas no âmbito penal, trataremos no quarto Capítulo, dando ênfase nas alterações e enriquecimentos no tocante aos instrumentos repressivos, na busca de se aperfeiçoar o processo penal e dar maior efetividade à realização de justiça.

Chegando no Capítulo quatro, abordaremos o cerne do tema, a cautelaridade do Processo Penal, visando expor as medidas cautelares diversas da prisão instituídas com fundamento na lei 12.403/2011, juntamente com os pressupostos legais para sua determinação.

2 A CRISE DO CÁRCERE NO DIREITO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O problema do sistema carcerário no Brasil é esquecido aos olhos dos Governantes Brasileiros, gerando assim situações de terror e temor dentro de tal sistema. Contudo, o problema é diariamente noticiado, seja pelo fato da superlotação que sujeitam os presos a uma situação desumana, ou até mesmo por falta de preocupação da grande parte da sociedade por causa da grande polêmica da ressocialização. Justamente por isso, que ao pesquisar os assuntos, relacionados aos problemas carcerário no Brasil, os noticiários quase sempre são os mesmos. O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (INFOPEN) mais recente (2014) aponta que a população carcerária brasileira corresponde a mais de 622 mil presos, sendo mais de 40% presos provisórios. Notório que a cifra é superior ao que comportam os presídios. O debate acerca da ausência de efetividade do sistema prisional é algo rotineiro, haja vista que a reincidência é bastante comum entre os egressos.

Observa-se que o indivíduo levado à prisão, em qualidade tão desumana e precária, acarreta no afastamento da sociedade, mantendo em condições completamente insociáveis pelo fato da estigmatização que sofrem, quando ficam isolados com outros presos, muitas vezes mais agressivos, e durante esse tempo aprisionados aprendem, assimilam, cultuam as experiências uns dos outros, por esse motivo, voltam a praticar crimes com facilidade após o cumprimento da pena, ou ainda na prisão dão início na participação no crime organizado. Por essa razão, não se acredita que o sistema prisional por si só é capaz de descriminalizar.

Com base nas condições de manter um indivíduo recluso indiciados ou presos condenados, quando não existem a mínima condição de manter a integridade, dignidade ou humanidade, estudiosos ponderam sobre tal efeito que pode acarretar no futuro próximo, isso no caso de ordenamentos estrangeiros, quando as condições dos presídios são superiores ao sistema prisional brasileiro. O filósofo Michel Foucault (1999), reconhecido mundialmente, inclusive no ano de 1970 militou no Grupo de Informações sobre Prisões, quando transformou seus estudos em uma obra que retrata a triste história da violência nas prisões.

Foucault, na obra “Vigiar e punir”, relatou o fato de que a prisão pena, um grande fracasso, em tempo de devolver à sociedade indivíduos corrigidos, estaria espalhando na população delinquentes perigosos, em razão do grande isolamento que os presos eram submetidos. Para Michel Foucault:

“A prisão foi denunciada como o grande fracasso da justiça penal, uma vez que, ao invés de ajudar para a diminuição da criminalidade, apenas agrava o problema, pois fabrica indiretamente delinquentes ao fazer cair na miséria a família do detento”. (FOUCAULT, 1999)

Sobre algumas das misérias do sistema prisional brasileiro, é oportuno trazer à baila as seguintes observações de Eledison Sampaio e José Rotondano:

Dados do Ministério da Justiça, constantes no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de junho de 2014, atestam que 67% da população carcerária é negra, proporção maior do que a da população em geral do país, que é de 51%. Vê-se também que a maior parcela do sistema prisional (53%) é ocupada por pessoas com o ensino fundamental incompleto, questão intimamente ligada à condição econômica. Somada esses 53% aos 11% de cidadãos que não completaram o ensino médio, aos 9% dos alfabetizados sem cursos regulares e aos 6% dos analfabetos, temos que proeminentes 79% não possuem o nível médio de escolaridade. Ademais, 75% dos presos estão na faixa etária de 18 a 34 anos, período ideal ao ingresso no mercado de trabalho. Poder-se-ia dizer que isso não é desculpa, que poder estar trabalhando não exime a responsabilidade de “pagar pelo que fez”; entretanto quando a aludida pesquisa revela que, de 245.821 crimes pelos quais encontra-se presa a população carcerária, 97.206 são contra o patrimônio e 66.313 são relacionados ao tráfico de drogas, fica clara a fragilidade da defesa ao encarceramento em massa. É claro que a inclusão no mercado de trabalho diminuiria de sobremaneira estes números, haja vista ser difícil imaginar alguém que tenha condições de sustentar a si e à família com dignidade e, por hobby ou outro motivo, arrisque a vida na criminalidade. (ROTONDANO e SAMPAIO, 2016, p. 10 - 11)

Sob este prisma, vê-se que a finalidade a que se propõe, segundo o *mainstream* acadêmico, o Direito como um todo, que é a pacificação social, é, antes de cumprida, obstaculizada, afastando pessoas da possibilidade de convívio social adequado justamente no período mais propício à sua inclusão, sem se preocupar, o Estado, em estabelecer ou propiciar as condições para esta inclusão, ou ao menos discuti-las – parece que ninguém se dá conta que prisão não reduz a criminalidade.

Mas então por que encarcerar? A resposta para isso não se encontra nestas páginas, pois o caminho para traçá-la exige uma metodologia que fugira do que se pretende com o presente trabalho. Nada obstante, é salutar registrar aqui uma reflexão, retomando os mesmos autores:

Outro fator preocupante é a suspeição generalizada. O medo do monstro criado faz com que a hipocrisia daqueles que o criaram impere em detrimento de garantias constitucionais. Para evidenciar tal assertiva, basta invocar o dado de que em 41% das prisões não se tem condenação, mantendo o cidadão preso em nome de seu perigo potencial, ou para evitar que este desapareça ou não compareça aos atos processuais, portanto, mera suspeita! Não se propõe, em sede deste artigo, a extinção desta modalidade prisional, apenas se constata que, se ela ocupa quase a metade de todo o gráfico, é porque está desvirtuada.

Há um prazer, da parte dos menos vulneráveis ao sistema penal, nisso tudo; eles, os homens de ressentimentos, tal como colocado em *Genealogia da Moral* (NIETZSCHE, 2009), exercitam sua vaidade: o sofrimento do seu não-próximo é seu regozijo, sua projeção à além-vida prometida, na qual, como abençoados, para que sua bondade e justiça lhes dê maior satisfação, observam a pena dos miseráveis pecadores da moral e dos bons costumes (quem negaria a semelhança entre os presídios brasileiros e o inferno cristão?); de que lhes adiantaria sua beatitude se o diferente fosse igualmente a eles tratado? Não vêem, contudo, que acabam por se aprisionar na prisão projetada para o seu monstro, já que ela é a própria estrutura social. Aqueles que não cometem crimes acabaram tão inseridos no panóptico quanto os criminosos. (ROTONDANO e SAMPAIO, 2016, p. 11)

Tal pensamento pode ser tido como forte, chocante, mas traduz friamente os graves problemas existentes no momento que a decretação de uma prisão pode gerar, mais grave ainda se tal prisão for indevida, ilegal, visto que muitas vezes o preso é um pai, única fonte de renda da família, seus entes queridos tendem a “levar-se pela miséria”, o que para grandes estudiosos, acarretaria numa tendência ao cometimento de crime. Ora, o estado de miséria é um dos fatores que fazem com que o indivíduo passe a delinquir, utilizado até mesmo como justificativa, entretanto a sociedade não poderia aceitar, visto que resultaria numa insegurança arriscada. Sendo assim, nasceu a necessidade de punir, contudo, infelizmente, pouco se discute a forma de punir.

Nesta toada, reflete Aury Lopes Jr. (2010 A, p. 1):

A história das penas aparece, numa primeira consideração, como um capítulo horrendo e infamante para a humanidade, e mais repugnante que a própria história dos delitos. Isso porque o delito constitui-se, em regra, numa violência ocasional e impulsiva, enquanto a pena não: trata-se de um ato violento, premeditado e meticulosamente preparado. É a violência organizada por muitos contra um.

Como leciona Cezar Roberto Bitencourt (1993), até o final do século XVIII a prisão era tida unicamente como instrumento de custódia, para fim de contenção do

acusado até que proferida sua pena, a qual, normalmente, era de morte ou corporal e infamante, tendo sido na modernidade que ela alcançou o *status* de pena por excelência, sobretudo pela crença – pelo menos declarada – de que esta teria o potencial de melhorar o criminoso como pessoa, de ressocializá-lo.

O professor Luis Flávio Gomes (2012) leciona que o fenômeno da pena pode ser visto em seus aspectos fundamentais por dois prismas, sendo o primeiro deles o “estatal” e o segundo o “pessoal”. Com base no estatal a pena é visualizada como instrumento de manutenção da ordem jurídica, assegurada pelo Estado. Mas o aspecto pessoal também deve ser considerado, a pena deve ser enfocada para quem vivencia, experimenta, ou quem sofre a sanção aplicada pelo Estado.

Talvez falte pouco para estudiosos comprovarem que prisão não é minimamente suficiente para reprimir a delinquência, e mais um tanto para que a sociedade e o poder instituído o aceitem. Esse tema faz diversos especialistas do assunto refletirem por meio de sérias pesquisas, principalmente com enfoque nas prisões processuais, prevenindo o gravíssimo risco das antecipações da pena, que se mostram inadequadas, mas, infelizmente, muito banais, e notoriamente ilegais.

O fundamento real para as prisões cautelares deveria ser outro (de preferência, o seu declarado), visto que visivelmente não são abraçadas nos fundamentos de resguardar a investigação criminal ou até mesmo o andamento do processo de forma segura, e sim o de efetivamente punir. Não são raros os casos em que o indivíduo fica preso, esquecido em cárcere, por mais tempo do que a própria condenação penal. Esse problema pode ser evitado, quando no momento que se estabelece mais espécies de observância a requisitos, como a necessária fundamentação e imposição de medidas diversas da prisão, muitas vezes tão eficaz quanto a privação da liberdade, contudo, muito menos agressiva.

Neste sentido, a lei 12.403/2011 nos apresenta, teoricamente, um grande avanço, visto que oportuniza, assim como outros institutos descarcerizadores, outras formas de medidas diversas da prisão cautelar, o que faz surtir um efeito positivo no sistema cautelar. Importante salientar que é aceitável flexibilizar a prisão preventiva, cuja aplicação era imediata em diversas vezes, sem prejudicar a seriedade do sistema processual constitucional, que tem como garantias, os direitos fundamentais das vítimas e, não menos importante, os direitos fundamentais dos acusados, até que

seja provada a culpabilidade, e mesmo depois disto, haja vista, que a prisão deve ser a última medida a ser adotada, a *ultima ratio*.

O sistema progressivo foi adotado pelo Código Penal Brasileiro, momento em que a progressão de regime está subordinada ao cumprimento de, no mínimo, 1/6 da pena no regime anterior, crimes não hediondos, e, devendo o preso ter atestado o bom comportamento no sistema prisional. Ora, a punição e a ressocialização do sentenciado são pressupostos para atestar o bom funcionamento do sistema progressivo.

Nada adianta quando o ser humano é apenas castigado, em razão do sistema carcerário tratar o prisioneiro de forma desumana e em desacordo com a Constituição Federal de 1988; assim a prisão se torna ineficiente, visto que apenas privar o agente de sua liberdade não irá transformar, como em um passe de mágica, em um indivíduo melhor – muito antes o contrário. Se o objetivo for ressocializar, para quando o preso retornar à sociedade não sentir grandes dificuldades, é importante aproximar o sistema adotado com a realidade.

Pelo fato do cidadão está na prisão, diversas vezes, é enxergado como desmerecedor de atenção e cuidados, dessa forma a integridade física, psíquica e moral ficam completamente abaladas. Acontece que o julgamento antecipado ocorre em muitas oportunidades, quando o choque de valores, da preservação do bem da vida, e a necessidade de aplicar a lei penal mais rígida, faz com que o cidadão sofra com a antecipação do julgamento. Como o principal representante do Iluminismo Penal, Cesare Beccaria (2012, p. 43), já alertava ao grande risco de que “as ofensas dão vida a novas ofensas, pois o ódio é um sentimento mais durável do que o amor, na medida em que aquele retira sua força da continuidade dos atos que enfraquecem este último”.

2.1 O PANORAMA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941.

Como assevera Arthur Schopenhauer (2015, p. 8), *Nihil est sine ratione cur potius sit quam non sit* – nada é sem razão para ser ou não ser –, de sorte que tudo possui sua

causa suficiente, seu ensejo, sendo assim também com o Código de Processo Penal. Resta investigar: quais as causas do referido diploma? Encontrariam guarida estas causas sob a nova ordem constitucional?

Muito se pode dizer sobre o Código neste aspecto, sobre sua inscrição no ordenamento brasileiro naquele período histórico, mesmo em análise com o então direito comparado, mas poucos materiais são tão valiosos a essa incursão do que a própria exposição de motivos do Código, formulada e apresentada pelo à época Ministro da Justiça Francisco Campos, e que por oportuno, faz-se colação parcial:

GABINETE DO MINISTRO, em 8 de setembro de 1941

Senhor Presidente:

Tenho a honra de passar às mãos de Vossa Excelência o projeto do Código de Processo Penal do Brasil.

(...)

II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, **impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores**, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. **Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social.** Não se pode continuar a contemporizar com **pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.** O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. **Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código.** No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um **mal-avisado favorecimento legal aos criminosos.** O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.

É manifesto real motivo da elaboração do até hoje vigente Código de Processo Penal: viabilizar uma maior ação repressiva vinda do Estado contra os delinquentes. No entender do Ministro, a legislação anterior ostentava um vasto número de garantias e “favores”, o que tornava a intervenção estatal retardatária, defeituosa. A

solução, então, seria abolir a noção, injustificável para o expositor, de primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social, pois isso seria contemplar “pseudodireitos” em detrimento do bem comum, e qualquer força que se insurja a isto estará movida por individualismo mal compreendido ou sentimentalismo equivocado.

Mais adiante na exposição tem-se:

É restringida a aplicação do in dubio pro reo. É ampliada a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal. Tratando-se de crime inafiançável, a falta de exibição do mandato **não obstará à prisão**, desde que o preso seja imediatamente apresentado ao juiz que fez expedir o mandato. É revogado o formalismo complexo da extradição interestadual de criminosos. O prazo da formação da culpa é ampliado, para evitar o atropelo dos processos ou a intercorrente e prejudicial solução de continuidade da detenção provisória dos réus. Não é consagrada a irrestrita proibição do julgamento ultra petitum. Todo um capítulo é dedicado às medidas preventivas assecuratórias da reparação do dano ex delicto.

Pode-se notar que muito do que hoje temos como conquistas civilizatórias, decorrentes diretamente da dignidade da pessoa humana, eram à época tidas como estorvo à ação repressiva estatal e, por isso, visto com maus olhos, como instrumento de favorecimento do crime e frustração da justiça penal.

Outra mostra de pouca afinidade com as garantias do acusado se percebe nas expressões de quando se justificava o então novo tratamento da prisão em flagrante:

VIII – A prisão em flagrante e a prisão preventiva são definidas com mais latitude do que na legislação em vigor. O clamor público deixa de ser condição necessária para que se equipare ao estado de flagrância o caso em que o criminoso, após a prática do crime, está a fugir. Basta que, vindo de cometer o crime, o fugitivo seja perseguido “pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”: preso em tais condições, entende-se preso em flagrante delito. Considera-se, igualmente, em estado de flagrância o indivíduo que, logo em seguida à perpetração do crime, é encontrado “com o instrumento, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser autor da infração”. **O interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos, que redundam em assegurar, com prejuízo da futura ação penal, a afrontosa intangibilidade de criminosos surpreendidos na atualidade ainda**

palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciam sua relação com este.

Como se vê, novamente, ao invés de se limitar a abordar fatores eminentemente técnicos, o Ministro, traduzindo o espírito de seu tempo, demasiado afeito ao regime fascista italiano (COUTRIM, 2008).

Mais próximo do tema em apreço, podemos avaliar o que foi dito sobre a prisão preventiva:

A prisão preventiva, por sua vez, desprende-se dos limites estreitos até agora traçados à sua admissibilidade. Pressuposta a existência de suficientes indícios para imputação da autoria do crime, a prisão preventiva poderá ser decretada toda vez que o reclame o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal. **Tratando-se de crime a que seja cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva será obrigatória, dispensando outro requisito além da prova indiciária contra o acusado. A duração da prisão provisória continua a ser condicionada, até o encerramento da instrução criminal, à efetividade dos atos processuais dentro dos respectivos prazos; mas estes são razoavelmente dilatados.**

O comando de obrigatoriedade da prisão preventiva é um excelente exemplo do manejo de uma medida cautelar como pena, fazendo-se vista grossa de seu estado de inocência, ou, na prática, criando um novo delito, desta vez implícito: o crime de ser acusado. Nada além disso pode dar conta de uma explicação, pois a lógica que impõe o estado de inocência para crime cuja pena máxima não passa de dois anos é rigorosamente a mesma que se aplica ao crime cuja pena máxima seja trinta, sendo que o que deverá conduzir a uma medida cautelar serão elementos concretos do caso, nunca um dado abstrato, como os marcadores penais.

O contexto em que foi germinado o diploma foi ditatorial, bem como foi ditatorial boa parte do tempo em que ele vigeu, destacando-se 1964-1985. Ou seja, o Código de Processo Penal, muito embora possua alguns méritos garantistas, impossível olvidar, é uma lei que não respondeu, bem como não corresponde a aspirações típicas de um Estado Democrático de Direito, no qual tem-se como baluarte o respeito isócrono à sociedade como um todo e aos indivíduos isoladamente considerados.

Sob a nova Constituição, a forma no processo é garantia (LOPES JR., 2015), e não um obsoleto escrúpulo formalístico, bem é afirmada veementemente a presunção de

inocência, algo outrora chamado pseudodireito individual marcado por sentimentalismo equivocado. A Lei Maior felizmente guarda em si a ideia de que o Estado é muito maior do que o indivíduo, sendo natural que, sem um rígido controle da atividade persecutória estatal, abusos os mais diversos.

Deste modo, não há que se falar em primazia do interesse privado, mas em primazia dos direitos e garantias fundamentais, dentre os quais são numerosos os que protegem os indivíduos de investidas estatais, isto como resposta ao período ditatorial por que passou o Brasil, buscando proteger os cidadãos de uma conjuntura que propicie abusos sistemáticos e seletivos por parte daqueles que ocupam cargos públicos.

O aparato repressivo-penal é de praxe utilizado por governos truculentos contra os cidadãos, e, além disso, mesmo em tempo de relativa estabilidade institucional, é certo que em Estado de Direito cidadania é muito mais do que simplesmente pertencer uma nação, sendo mais próximo de pertencer a si mesmo em uma nação que organizada em um Estado possa tutelar seus direitos e uma vida harmônica em sociedade, desenvolvendo cada vez mais o nível humanístico da civilização (BRITTO, 2012).

Destarte, é imprescindível que se saiba reconhecer em cada um uma parcela da soberania da República, um valor inestimável, tudo isso contido na dignidade humana, erigida a fundamento da República brasileira. Neste sentido, é inconcebível que se atrole a dignidade em prol de um afã punitivista; que sejam inocentes constrangidos até que, ao fim do processo, não reste provada a sua culpa. E é sobre isto que vais se fundar a presunção de inocência:

A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência, um dos princípios brasileiros do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal. Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal, permitindo-se o odioso afastamento de direitos e garantias individuais e a imposição de sanções sem o devido processo legal e a decisão definitiva do órgão cometente. (MORAES, 2013, p. 122)

Tal direito, tão caro à temática deste trabalho, encontra-se cristalizado no Texto Maior, entretanto não se deve achar que esta categoria foi inaugurada no Brasil em

1988, pois mesmo antes de promulgada a Constituição o conceito era conhecido pelos juristas (MENDES et al., 2008), tendo, inclusive o Tribunal Superior Eleitoral o manejado para o reconhecimento de inconstitucionalidade de norma que tornava inelegível aquele que respondesse a processo criminal.

No entanto, não há que se negar, a norma ganhou uma envergadura demasiado proeminente quando inclusa no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição brasileira, sendo que a partir daí o Supremo Tribunal Federal passou a adotar uma postura declaradamente mais humanista, mais garantista, assegurando o estado de inocência, mesmo que para isso fosse preciso adequar-lhe a lei infraconstitucional:

Observe-se, porém, que o STF posicionou-se pela inconstitucionalidade de vedação legal compulsória à concessão de liberdade provisória, pois conforme destacado pelo Ministro Celso de Mello, essa vedação legal causa “ofensa aos postulados constitucionais da presunção de inocência, do *due process of law*, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, visto sob a perspectiva da proibição do excesso”, inclusive em relação a tráfico ilícito de entorpecentes. O Supremo Tribunal Federal, da mesma forma e alterando seu tradicional entendimento ao interpretar o princípio da não culpabilidade, decidiu pela não recepção do art. 599 do CPP (“se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação”). Igualmente, declarou a impossibilidade da execução provisória da pena em face do mesmo princípio, tendo inclusive, a Corte deliberado pela possibilidade dos Ministros relatores julgarem individualmente o mérito dos *habeas corpus* que versem sobre esse assunto, uma vez que é a posição pacificada na Corte. O lançamento do nome do acusado no rol dos culpados viola o princípio constitucional que, proclamado pelo art. 5º, inciso LVII da Carta Política, consagra, em nosso sistema político, a presunção *juris tantum* de não culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios. (2013, p. 122-123).

Este é um dos aspectos da Constituição que tangenciam para as garantias mínimas clamadas a qualquer Estado de Direito (BOBBIO, 2004), que desenham um poder instituído que não trate seu povo de nenhuma maneira senão como seres humanos, pessoas dotadas de um valor próprio e único, de uma dignidade inabalável e inviolável.

Com vistas a este programa, a Constituição Federal de 1988 assegura, em seu artigo 5º, como garantias fundamentais um catálogo extenso, com 78 incisos, dos quais apresentamos alguns que guardam pertinência com o que é dito:

Artigo 5º, inciso XLI: a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Artigo 5º, inciso XLVII: não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis.

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (presunção de inocência; melhor compreendida como presunção de não-culpabilidade).

Logo, impossível não notar que a lógica que opera hoje em dia, a régua axiológica é muito de diversa daquela então vigente quando do surgimento do Código de Processo Penal, sendo necessário dar-lhe conformidade temporal, dada a superioridade hierárquica da Carta Magna, bem como é normal que surjam alternativas às práticas e técnicas contidas no diploma, pois a forma de ver o mundo mudou, a experiência com o sistema prisional não foi exitosa e está claro que o principal combate com as formas de criminalidade não se encontra no aparato punitivo, pois este, por natureza, só é chamado a agir quando é tarde demais.

2.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS NO PROCESSO PENAL

2.2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A origem dos direitos humanos consagrados em nossa Constituição Federal de 1988 surge com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, este princípio se conjetura em todos os ramos do direito, entretanto podemos dizer que é no direito penal que ele está mais atrelado.

O direito penal exerce o cargo de expor as condutas que são tipificadas como crime, além de indicar as penas para quem nelas infringir. Acontece que é fundamental barrar o Estado em sua ânsia de punir, principalmente quando nos deparamos com a situação que provoca um grande clamor social.

Por essas questões acima elencadas que a CF/88 trata como cláusulas pétreas. Rotineiramente ficamos diante de crimes que ganham destaque na mídia e geram uma comoção social em todas as classes brasileiras. A grande maioria das pessoas ficam sensibilizadas com tais crimes e acabam gerando um ar de revolta.

Por causa disso que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana repercute de forma profunda no direito penal. Ele seria o próprio fundamento de onde se origina os demais direitos, além de um pilar para o Estado Democrático de Direito. O respeito à dignidade condiciona a própria legitimidade do Direito Penal, que só teria como estabelecer uma sanção penal, observando tal princípio.

Com base na dignidade e igualdade, podemos entender como um recurso para pacificar a forma de agir com os menos privilegiados, já que não é o status, o local que ocupa na sociedade ou a situação financeira que faz com que o cidadão seja digno ou não.

Há muito tempo que foi superada a maneira de pensar, de que a dignidade humana estava relacionada a posição em que o cidadão ocupava na sociedade, como era discutido na Idade Média. No momento em que a sociedade passou a evoluir, as relações de escravidão ou servidão foram deixadas de lado, e ideais filosóficos passaram a torner o conceito, nos apresentando a relação do homem que se justifica pela sua própria existência, como um ser dotado de uma nobreza própria.

O professor Sebastián Mello (2010, p. 28) faz referência a muitos pensadores, sobressaindo entre eles a inteligência de Tomás de Aquino que numa extensão igualitária considera todos como humanos, ainda que sendo pecadores, dessa forma, credores de dignidade e tratamento invariável, já que dotados da mesma racionalidade. Sebastián também nos trouxe o conceito de Kant: “o homem (ser racional, livre e digno) é o limite ao livre-arbítrio de outro homem”

Justamente por isso, que o princípio da dignidade da pessoa humana foi consagrado o norteador e instigador dos demais direitos fundamentais. Direitos estes, que por sua vez, são aqueles sem os quais a condição humana fica vulnerável, que evitam o esquecimento do ser humano. Ainda tratando sobre este princípio, os filósofos e estudiosos do direito penal já vinham afirmando a respeito da necessidade de suavizar as penas, para dar mais efetividade ao sistema.

Dessa forma, barrou-se a utilização 'sem freios' das prisões desnecessárias, condicionando-a às situações de necessidade, oportunidade em que comprovada ao mínimo os elementos autoria e materialidade.

2.2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da legalidade é visto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. No direito penal e processo penal, apenas se pode disciplinar as condutas se for por meio de lei. A legalidade pode ser analisada de forma ampla, visto que tem garantia que ninguém tem dever de se comportar de forma diversa dos limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Ora, o Estado deve se limitar a lei, atuando sempre com base na legalidade, reservando-se a não preferir o seu poder de polícia, quando existirem diversos outros meios menos invasivos a serem aplicados, visualizando ainda a condição de que o direito penal deve ser aplicado como a '*ultima ratio*':

O Direito Penal só deve se preocupar com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade. O legislador, por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre que entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal. Percebe-se, assim, um princípio limitador do poder punitivo do Estado (GRECO, 2008, p. 49).

O Princípio da Legalidade também é conhecido como Princípio da Reserva Legal, portanto, é importante para assegurar as pessoas proteção perante o poder do Estado, que é dotado de regalias e atribuições, e uma delas é a possibilidade da utilização da força coercitiva na estrita medida em que está é utilizada para promover o bem da coletividade ou da população.

O princípio da legalidade, por um viés constitucional do sistema processual penal, tem-se a observância da medida cautelar pessoal também como exceção, porquanto

no Brasil, a prisão de qualquer indivíduo deve ser aplicada após a análise dos requisitos estritos.

2.2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é, atualmente, considerado um dos principais princípios do direito penal. Ele integra uma exigência inserida ao Estado Democrático de Direito enquanto tal, que assegura a proteção ao cidadão contra interferências estatais escusadas ou demasiadas, que provoquem aos indivíduos danos mais gravosos que o indispensável para o resguardo dos interesses públicos.

É demasiado importante a função desenvolvida pelo princípio da proporcionalidade no âmbito penal, oportunidade em que ele é inerente à essência dos direitos fundamentais. E esta é, atualmente, o grande cerne da situação: buscar o verdadeiro limite de restrição de direitos, sem impor ao cidadão uma restrição desmedida a um direito fundamental.

BECCARIA (2012, p. 43), assevera que:

Dentre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos crimes, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficiente e mais perdurável e, igualmente, menos cruel no organismo do culpado.

A subtração da liberdade do cidadão é algo discutido de forma criteriosa a partir da avaliação do princípio da proporcionalidade, a possibilidade de se alcançar a esfera particular de um cidadão, a exemplo da decretação da prisão cautelar, só é aceitável quando o indivíduo pratica a conduta delituosa que tenha como sanção a prisão pena assegurada no tipo penal. Logo, não há de se falar em decretação de prisão preventiva em situações cuja eventual condenação não coloque o sentenciado sequer para o cárcere, oportunidade em que teria direito a outros tipos de regime, o semi-aberto ou aberto.

Neste sentido Edilson Bonfim (2011, p. 33) destaca:

Para o ajustamento do princípio da proporcionalidade, tal como prevê o legislador, deve haver uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente identificáveis, um meio e um fim, a que se

chama *pressuposto material* ou de *justificação teleológica*, de forma que se possa proceder ao exame dos sub-requisitos do princípio.

Edilson Bonfim entende que não se deve aplicar a sanção mais gravosa, quando se entre os meios a serem aplicados existem menos restritivo do direito. Esse tipo de análise deve ser feita no momento certo para não ser tardio, o que influência que com base na valoração dos bens jurídicos tutelados, em sede cautelar, quando ainda não se tem ao certo qual deles deve prevalecer, não há como graduar de forma desproporcional qualquer forma de repressão: deve existir um nexo de causalidade entre a conduta típica denunciada, e o resultado típico previsto para a condenação. Qualquer equívoco pode propiciar um injustificado excesso.

Dessa forma, podemos afirmar que no âmbito do direito penal o princípio da proporcionalidade sugere que este não deve ser empregado como mero instrumento de poder. Devendo sempre estar sempre a disposição dos valores coletivos e individuais. Logo, deve ser guardada a proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato delituoso, como requisição indispensável da justiça e da dignidade da pessoa humana.

2.2.4 PRINCÍPIO DO ‘FAVOR REI’ OU ‘IN DUBIO PRO REO’

O princípio do “*in dubio pro reo*”, também conhecido como princípio do “*favor rei*”, implica em que na dúvida gerada no processo criminal interpreta-se em favor do réu. Motivo em que a garantia da liberdade do cidadão deve prevalecer sobre o anseio punitivo do Estado.

A proposição “na dúvida, em favor do réu” tem grande aplicação com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, vejamos:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

VII – não existir prova suficiente para a condenação

Caso o Estado não consiga colecionar provas suficientes da materialidade e autoria do crime, o magistrado deverá absolver o réu. Logo, *in dubio pro reo*.

Observa-se que seu alcance aconselha uma necessidade de se comprovar pelo menos os elementos autoria e materialidade, sem os se impede que qualquer tipo de restrição à liberdade seja aplicada.

O magistrado tem limites a serem seguidos, ainda que suas decisões sejam livres de convencimento, desde que motivadas. Contudo, um desses limites é a pertinência em relação às provas produzidas, sob as quais produzira seu juízo de valor, devidamente fundamentado à luz da situação concreta.

Durante o andamento do processo criminal, até transitar em julgado a sentença penal condenatória, o encaminhamento ao cárcere devem ter função cautelar, garantir o processo e a futura prestação jurisdicional.

A antecipação da culpa é vedada, razão em que a autoria só restará satisfatoriamente confirmada após o efetivo julgamento pelo juiz. Só será possível uma condenação se o magistrado apontar provas satisfatórias, caso contrário a dúvida prepondera em favor do réu.

Adentrando, neste quesito, vale a observação que o rol do artigo 319, do Código de Processo Penal Brasileiro, modificado pela lei 12.403/11, é bastante taxativo, justamente por essa questão é que a aplicação deve ser restrita.

Tal princípio, *in dubio pro reo*, tão exaltado pela defesa, é assegurado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Refletindo fundamentalmente na vida do cidadão, seja nos documentos dos antecedentes, que até o trânsito não podem influenciar na sentença do magistrado, quanto na aplicação das medidas acautelatórias.

Observa-se ainda, que o recolhimento do indivíduo ao cárcere não é obrigatório, nem para quando existe condenação, pois existe a possibilidade de recorrer da sentença em liberdade inclusive quando se está diante de crimes mais gravosos. Razão pela qual, inexistindo os pressupostos que justifiquem a prisão, não se pode falar em prisão cautelar, visto que tal prisão seria completamente ilegal.

3 ALTERAÇÕES PONTUAIS NO PROCESSO PENAL APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.1 ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 9.099/1995: INTRODUÇÃO DE INSTITUTOS DESPENALIZADORES

Uma das maiores preocupações dos constituintes de 1988 era com relação a lentidão do Poder Judiciário, visto que o contexto histórico trazia sistemas processuais burocráticos e morosos. A Lei de 9.099/95 chegou para resolver essa questão que tanto afligiu a sociedade brasileira, visando a pacificação social e a satisfação dos juristas.

Essa lei trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, conjecturando a proteção das pessoas menos favorecidas, cidadãos que fazem parte da grande massa da população brasileira. A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, foi elaborada com a finalidade de desafogar os sistemas prisionais e judiciário, abarrotados, na época da criação e atualmente, com uma procura muito elevada à sua capacidade de atendimento.

O artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, foi regulamentado por esta lei, ao prescrever sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, invocando quatro institutos apresentados pela doutrina como despenalizadores: a suspensão condicional do processo, a representação, o acordo civil e a transação penal. Os dois últimos institutos foram previstos nos casos cuja a pena não ultrapasse dois anos, ou seja, para infrações de menor potencial ofensivo.

Ora, a maior finalidade desta Lei consistiu em aumentar a oportunidade da população na tentativa de solucionar seus conflitos, se aproximando cada vez mais da justiça, sendo aplicado alguns princípios como a economia processual, a aplicação de penas alternativas às penas de prisão, a celeridade e a informalização, a diminuição da burocracia.

O que prevê o artigo 2º da referida lei, é a oralidade, informalidade, economia processual, simplicidade e celeridade, visando, sempre que possível a transação penal ou conciliação. Fazendo alusão a um sistema mais simples e célere,

colaborando para a aplicação de penas alternativas, de cunho mais social e menos punitivo.

Vale esclarecer que, com a chegada do Juizados Criminal, os crimes de menor potencial ofensivo, por óbvio, passaram a ser decididos com mais celeridade, visto ser um dos princípios que rege tal procedimento, além de outros princípios. Como forma de didática tratarei de forma breve aspectos importantes a respeito de alguns princípios que regem o JECRIM:

3.1.1 PRINCÍPIO DA ORALIDADE

Com fulcro no artigo 81, parágrafo 2º, da Lei 9.099/95 assegura que durante as audiências, o que ocorrer, será feito um breve resumo dos principais pontos levados na assentada. Dessa forma, existe um registro, mas não há uma pormenorização a termo.

Ana Pellegrini (2005, p. 74) menciona:

A concentração, corolário da oralidade, esta presente na previsão de que, antes da acusação, tudo seja resumindo em uma audiência preliminar, e, instaurado processo, há uma só audiência no procedimento sumaríssimo. Essa concentração permitirá que, na maioria das vezes, o mesmo juiz participe da fase preliminar e do processo, tendo contato direto com as provas e com as partes. Acompanhará os que podem ou não conduzir a conciliação quando à reparação do dano e à aplicação imediata da multa ou restrição de direito, ouvindo as razões das partes e da vítima. Posteriormente, presenciará, os atos de instrução, devendo sentenciar em seguida.

A aplicação do princípio e a sua eficácia é exemplificado de forma clara por Figueira Júnior (2005, p. 67):

Porquanto o princípio enfocado nada mais significa do que a exigência precípua da forma oral no tratamento da causa, sem que com isso se exclua por completo a utilização da escrita, o que, aliás, é praticamente impossível, tendo em vista a imprescindibilidade na documentação de todo o processado e a conversão em termos, no mínimo, de suas fase e atos principais, sempre ao estritamente indispensável. Ademais, processo oral não é sinônimo de processo verbal.

Dessa maneira, as partes tem a possibilidade de agilizarem o processo, visando resultados mais reais ao caso, ou seja, afastando os traumas da lentidão do processo predominantemente escrito, burocrático.

3.1.2 PRINCÍPIO DA SIMPLICIDADE

O procedimento no JECRIM deve ser franco, natural, com a finalidade de deixar as partes à vontade para exporem suas ideias e objetivos, ou seja, deve reger o princípio da simplicidade.

Nesse norte muito bem observa Mirabete (1998, p.24):

Pela adoção do princípio da simplicidade ou simplificação se pretende diminuir tanto quanto possível a massa dos materiais que são juntados ao processo sem eu se prejudique o resultado prestação jurisdicional, reunindo apenas os essenciais num todo harmônico. Tem-se a tarefa de simplificar a aplicação do direito abstrato aos casos concretos, que na quantidade, que na qualidade dos meios empregados para a solução da lide, sem burocracia. Assim, prevê a lei a dispensa do inquérito policial e do exame de corpo de delito para o oferecimento da denúncia com a admissão da prova da materialidade do crime boletim médico ou prova equivalente. Por isso, a lei afasta do Juizado as causas complexas ou que exijam maiores investigações, como remete ao juízo comum às peças existentes quando não for encontrado o denunciado para a citação pessoal. Em consequência do princípio, também se declara que não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo que, na sentença é dispensado o relatório.

Observa-se ainda, que neste contexto, as causas de maior complexidade jurídica não são admitidas no Juizado Especial Criminal. Devendo o JECRIM reger o procedimento de forma mais simples possível.

3.1.3 PRINCÍPIO DA INFORMALIDADE

Este princípio, também, é instituído pela Lei de nº. 9.099/95 com o objetivo de fornecer às partes o máximo de liberdade na condução da ação.

Tourinho Neto define da seguinte forma (1999, p. 479):

Procurarão o Juiz, os conciliadores e os servidores do Juizado evitar ao máximo o formalismo, a exigência desproporcional no cumprimento das normas processuais e cartorárias; o cerimonial que inibe e atormenta as partes; mas isso não quer dizer que o

tratamento seja íntimo, é preciso que seja um pouco cerimonioso (Senhor, Senhora). Uma formalidade cordial. A vulgaridade será sempre reprovável. Somente as formas solenes, burocratizantes e vexatórias, que não levam a nada, são desnecessárias aos atos.

O princípio da informalidade tem como base que, dentro da lei especial, existe a possibilidade da dispensa de alguma condição formal sempre que a inexistência não prejudicar o interesse público ou terceiros.

Mirabete complementa tal ensinamento: (1998, p.54):

Decorrência do princípio da instrumentalidade das formas, o princípio da informalidade revela a desnecessidade da adoção no processo de formas sacramentais, do rigorismo formal do processo. Embora os atos processuais devam realizar-se conforme a lei, em obediência ao fundamental princípio do devido processo legal, deve-se combater o excessivo formalismo em que prevalece a prática de atos solenes estéreis e sem sentido sobre o objetivo maior da realização da justiça.

Sendo assim, é esse princípio que assegura a ideia da mínima formalidade. Almeja-se que os atos jurídicos reduzam sua forma ao mínimo fundamental para demarcar o seu conteúdo, diferenciando dos demais atos.

3.1.4 PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

Este princípio visa mostrar às partes do processo um resultado rápido, efetivo, prático, visando o gasto mínimo de tempo e esforços.

Vejamos o ensinamento de Mirabete (1998, p. 62), que descreve com clareza a importância da Economia Processual:

Pelo Princípio da Economia Processual se entende que se deve escolher, entre duas alternativas, a menos onerosa às partes e ao próprio Estado. Procura-se sempre buscar o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo possível de atos processuais ou despachos de ordenamento. Não significa isto que se suprimam atos previstos no rito processual estabelecido na lei, mas a possibilidade de se escolher a forma que causa menos encargos. Sendo evitada a repetição inconsequente e inútil de atos procedimentais, a concentração de atos em uma mesma oportunidade é critério de economia processual. Exemplos dessa orientação são a abolição do inquérito policial e a disposição que prevê a realização de toda a instrução e julgamento em uma única audiência, evitando-se tanto quanto possível a sua multiplicidade.

Assim, o Princípio da Economia Processual tem como objetivo uma grande efetividade do processo junto ao JECRIM, adequando, uma prestação da tutela jurisdicional mais ligeira.

3.1.5 - PRINCÍPIO DA CELERIDADE

Esse modelo de conciliação nos processos que envolvem crimes foi limitada, em regra, aos tipos penais de menor potencial ofensivo e alargou aos de médio potencial ofensivo, trazendo uma grande modificação na política criminal, visto que foram admitidas medidas despenalizadoras, a modelo da transação penal, da composição dos danos, e do sursis.

Por meio desses institutos, assim sendo, buscaram-se medidas eficazes com a finalidade da postulação de direitos e valorização das pretensões destes. A ideia principal é que sejam alcançados meios eficientes para pacificar a sociedade por intermédio de um sistema jurisdicional mais eficaz e ágil, facilitando o acesso à Justiça por parte da população com menor recurso financeiro ou intelectual, diminuindo a prestação jurisdicional respaldando sempre no devido processo legal, juntamente com a segurança jurídica dos julgados.

Algumas modificações já foram realizadas na Lei dos Juizados Especiais. No aspecto das infrações de menor potencial ofensivo, o art. 61 (alterado pela Lei 11.313/2006) passou a considerar como sendo de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes com pena máxima cominada não superior a 02 (dois) anos, cumulada ou não com a pena de multa, isentando-se os casos em que a lei tipifique procedimento especial, trazendo novidades à jurisdição desses delitos, como o instituto da transação penal.

A transação penal ocorre quando o membro do Ministério Público propõe ao autor do fato formas de cumprimento, a exemplo da prestação de serviços à comunidade, ou pagamento de acordo, prestação pecuniária. Conferidas tais condições, caso o indivíduo as desempenhe, fica com sua primariedade conservada.

Outra modificação foi com relação aos casos de violência doméstica. Com a finalidade de minorar os excessos perpetrados pelo homem contra a mulher, a Lei

10.455/2002, de 13 de maio de 2002, acrescentou ao parágrafo único do artigo 69, a faculdade de o magistrado, cautelarmente, aplicar o afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Não é o objetivo dos juizados a aplicação de penas severas contra o autor do fato. Inversamente, a finalidade principal é buscar a despenalização por meio da aplicação de penas não privativas de liberdade, com evidência à pena restritiva de direitos e à pena pecuniária. Entretanto, fala-se com relação da modificação não ter trazido a revolução que era aguardada no sistema-processual brasileiro, em que pese as vozes à época que defenderam as novas medidas despenalizadoras.

3.2 ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 9.714/1998: INTRODUÇÃO DE NOVAS PENAS ALTERNATIVAS

Como já dito, sob a nova ordem constitucional e ante a constatação de que as prisões não são meios efetivos na repressão da criminalidade, é natural que surjam propostas que objetivem substituir ou oferecer alternativa ao modelo posto.

A lei 9.714/1998 tem o mérito de possibilitar uma solução distinta da prisão a determinados crimes, a depender, conforme o artigo 44 do Código Penal, com redação dada pela referida lei: em virtude de sua pena, que não pode ser superior a quatro anos, se não houve emprego de violência ou grave ameaça; de ser o crime culposos, independente da pena; de, ainda em virtude, não ser o réu reincidente.

O art. 43 do Diploma Repressor brasileiro elenca as penas restritivas de direitos, e também foi incluído, tal como está, pela lei 9.714. São as penas:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III - limitação de fim de semana.

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana.

3.3 ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 11.340/2006: LEI MARIA DA PENHA

A lei n. 11.340/2006, que ganhou notoriedade como lei Maria da Penha, é certamente um dos diplomas mais conhecidos da população brasileira, seja pelo alarde causado pela mídia à época, seja por suas polêmicas, seja pela grande frequência e escala com que é acionada a lei, seja pela junção de alguns ou todos estes fatores.

O certo é que a referida lei inovou no processo penal, com a pretensão declarada de favorecer a mulher vítima de violência doméstica e combater este tipo específico de criminalidade. Todavia, apesar de suas boas intenções, não é isenta de críticas, as quais são despiciendas em grande parte para o que se propõe este trabalho, pois o foco será focar sua afetação no regime de medidas cautelares criminais.

A lei 11.340 choca frontalmente com o Código de Processo Penal quando este determina a impossibilidade de o juiz decretar *ex officio* uma medida cautelar, pois seu artigo 282, §2^a deixa claro que deve haver representação da autoridade policial ou requerimento ministerial, enquanto a lei Maria da Penha o permite para a realização de medida protetiva, pelos artigos 18 e 19, sem ouvir as partes ou mesmo o Ministério Público – ou seja, inquisitorial a não mais poder.

Isto decorre, todavia, por conta da diferença de finalidade que há entre as medidas da lei 11.340 e as tradicionais (PIRES, 2011), pois enquanto a medida protetiva da lei especial visa a manter a integridade física da suposta vítima, as cautelares gerais buscam garantir o próprio andamento da persecução e o resultado útil deste, além da garantia das ordens pública e econômica.

Ocorre, todavia, que o magistrado não pode aplicar, ainda se trate de caso afeto à lei Maria da Penha, as medidas cautelares do Código de Processo Penal (LIMA, 2017), porquanto se trata de medidas com caráter diverso.

Ademais, a lei 11.340 torna defeso que a autoridade policial pactue fiança com o imputado, independentemente da pena prevista para o fato em tese praticado, o que contribui para o encarceramento mesmo quando há possibilidades alternativa.

Outro ponto que afasta a lei Maria da Penha da deontologia constitucional é que ela, diferentemente do que ocorre com a lei 12.403/2011, não impõe à prisão preventivo o caráter subsidiário, ou seja, em tese, o sujeito pode ser encarcerado ainda que haja medida diversa da prisão que seja suficiente para proteger a vítima, por exemplo.

3.4 ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 12.403/2011: 'NOVA LEI DE PRISÕES'

Durante a edição das leis ordinárias vimos que, foram constituídos diversas formas de garantia e segurança às liberdades individuais, com grande destaque na lei 12.403/2011, também pela maneira da exposição de motivos. Ao encaminhar a proposta, o Ministério da Justiça demonstrou os diversos objetivos do projeto, da qual vale o destaque a este trecho importante:

O projeto sistematiza e atualiza o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. Busca, assim, superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária, desfiguraram o sistema. Exemplo significativo é o da fiança, que passa, com as alterações do Código, de instituto central no regime de liberdade provisória, a só servir para poucas situações concretas, ficando superada pela liberdade provisória sem fiança do parágrafo único do artigo 310. As novas disposições pretendem ainda proceder ao ajuste do sistema às exigências constitucionais atinentes à prisão e à liberdade provisória e colocá-lo em consonância com modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal (Exposição de Motivos nº 00022, publicada em 25 de janeiro de 2001, do Ministério da Justiça).

Importante exame foi elaborado, e merece evidência, ainda à época em que se conjecturavam quais seriam as essenciais alterações:

As disposições legislativas sobre cautelares penais há muito merecem uma ampla revisão, diante da medíocre dicotomia atualmente existente na legislação processual. Ao constatar comportamentos que perturbam a ordem processual, o magistrado dispõe de apenas um instrumento para preservar a persecução: a prisão preventiva. Assim, ou o juiz decreta a prisão — com todas as conseqüências psicológicas e sociais daí advindas — ou não determina medida alguma.

Não há outra opção a nosso ver, vez que o juiz, na seara processual penal, não detém o poder geral de cautela e não pode inovar e criar outras restrições intermediárias ou as chamadas cautelares inominadas, como, por exemplo, a retenção de documentos ou passaportes. O que não está previsto não existe em matéria de restrição de direitos na seara penal, de forma que, atualmente, a ausência dos requisitos para prisão preventiva impedem — ou deveriam impedir — a aplicação de qualquer cautelar alternativa. No entanto, tais medidas são usuais e recorrentes, o que revela que a pobreza de mecanismos cautelares previstos no Código e a imperiosa necessidade de mudança (BOTTINI, 2010, p. 112).

As novidades elencadas na lei 12.403/2011 permitem aos operadores do direito resguardarem algumas garantias que em diversas oportunidades ficaram esquecidas pelo Código Penal Brasileiro, seja por não existir regulamentação lei, seja por uma exagerada liberalidade que era oportunizada e aplicada pelos magistrados, que até então conduziam os processos criminais apenas com os preceitos fundamentais, mas até a chegada da desta lei de prisões não tinham obrigações de consagrá-los materialmente. Ora, antes da Lei haviam exceções com relação a possibilidade de colocar o cidadão em cárcere, após o ano de 2011 foi consagrado em reserva aos delitos cuja pena privativa de liberdade não ultrapassasse a 04 (quatro) anos.

Trinta e dois artigos foram modificados. Em meio a outras providências, modificaram-se muitos dispositivos do Código de Processo Penal, referentes à prisão processual, fiança liberdade provisória e outras medidas cautelares.

Com relação à tramitação da lei, esta durou 10 anos, visto que o projeto de lei nº 4.208, de 2001 foi encaminhado pela Câmara dos Deputados em 13 de abril de 2011 para sanção ou veto presidencial; em 04 de maio de 2011 o projeto foi sancionado e em 05 de maio do mesmo ano foi publicada a lei, momento em que passou a ser dotada de obrigatoriedade. Após os sessenta dias da vigência, em 04 de julho de 2011, consagrou a aplicação imediata do dispositivo.

Com a aplicabilidade desta lei, foram inseridas alternativas ao cárcere, algumas que já eram aplicadas usualmente ou com restrição por alguns magistrados na prática, e outras em decorrência de leis específicas, que então tiveram sua aplicação reforçada com a promulgação desta lei.

A respeito dos ensinamentos de Leonardo Tavares (2011), a finalidade política da aprovação da Lei nº 12.403/2011 foi fazer com que a superlotação carcerária diminuísse. Contudo, para Leonardo a circunstância não era a ideal para tais mudanças, visto o desconforto social pela impunidade, a crescente no número de delitos e a ausência de recursos na segurança pública.

Vejamos os ensinamentos de Tavares, com uma visão mais otimista do caso:

mais justo e mais consentâneo às formulações constitucionais e ao sistema acusatório, propiciando ao juiz instrumentos a mais de tutela

processual, menos incisivos à liberdade individual (TAVARES, 2011, p.11).

Com o advento da lei 12.403/11, foram incorporadas algumas novidades, como por exemplo a possibilidade da autoridade policial aplicar a fiança, nos casos em que a pena do delito não ultrapasse 04 anos; o recolhimento domiciliar; e o monitoramento eletrônico, com a finalidade de fazer com quem o condenado não fosse retirado de forma agressiva do seu meio social.

4 A CAUTELARIDADE NO PROCESSO PENAL

A noção de cautelaridade implica no poder do juiz tomar uma providência, mediante exercício cognitivo sumário, para assegurar um determinado fim. É certo, todavia, que cautelaridade no âmbito do processo civil e penal não se confundem, ou ao menos não devem se confundir.

Conforme Aury Lopes Jr. (2015, p. 591), o Direito Processual Penal possui um poder cautelar demasiado restrito em relação ao Civil, tendo aumentado com o advento da lei n. 12.403, que versa sobre as medidas cautelares. No entanto, denuncia o autor a insistência em se arvorar a protetores máximos dos interesses sociais, a despeito das normas que justificam seus próprios poderes, *in verbis*:

Até o advento lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, o sistema cautelar brasileiro era, morfológicamente, bastante pobre, resumindo-se à prisão cautelar ou liberdade provisória. Diante disso, começaram a surgir decisões que, por exemplo, revogando uma prisão preventiva, impunham “condições” ao imputado, tais como entrega de passaporte, restrição de locomoção, dever de informar viagens etc. No mais das vezes, tais medidas vinham decretadas a título de “poder geral de cautela”, invocando o art. 798 do CPC.

Como se vê, a cautelaridade, por dispensar uma certa maturidade processual, típica das decisões de cognição exaurientes, deve ser exercida com prudência, pois seu caráter intrusivo e potencial estigmatizador são enormes, podendo simbolizar verdadeiras penas, quando indevidamente acionada, devendo ser, por essa razão, balizada com técnica e sensibilidade, à luz dos vigentes mandamentos legais e constitucionais.

É salutar também que haja uma coerente delimitação dos papéis de cada agente ao curso de uma persecução penal, sob pena de confundirem-se em uma só pessoa papéis antagônicos, de modo que uma função prevaleça em detrimento de outra, quando, é sabido, a que mais se vê abandonada é a de salvaguarda das garantias:

São logicamente incompatíveis as funções de investigar ao mesmo tempo garantir o respeito aos direitos do imputado. São atividades que não podem ficar nas mãos de uma mesma pessoa, sob pena de comprometer a eficácia das garantias individuais do sujeito passivo e a própria credibilidade da administração da justiça. (...) Em definitivo, não é suscetível de ser pensado que uma mesma pessoa se transforme em um investigador eficiente e, ao mesmo tempo, em um

guardião zeloso da segurança individual. É inegável que ‘o bom inquisidor mata o bom juiz, ou, ao contrário, o bom juiz desterra’. (LOPES JR., 2001, p. 74)

4.2 REQUISITOS LEGAIS PARA APLICAÇÃO DAS CAUTELARES: *FUMUS COMMISSI DELICTI* E *PERICULUM LIBERTATIS*

É de suma importância tal pressuposto, na esfera do processo criminal, por se tratar de um dos requisitos para a aplicação da prisão preventiva e das medidas cautelares alternativas apresentadas pela Lei 12.403/11. Inexistindo tal requisito, não será possível a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, muito menos a aplicação da prisão preventiva.

Importante salientar que alguns doutrinadores consideram que o *Fumus Commissi Delicti* deverá estar presente com o *Periculum Libertatis* para que seja autorizada a aplicação da prisão preventiva ou das medidas cautelares diversas da prisão. Criando assim, um risco que o indivíduo em liberdade possa criar à garantia da ordem pública, da conveniência da instrução criminal, da ordem econômica e para a aplicação da lei penal.

O *Fumus Commissi Delicti* é um requisito cautelar exclusivo do processo penal, e seria um pressuposto *stricto sensu*. Não podendo ser confundido com o instituto do processo civil, *Fumus Boni iuris*, que indica a provável existência de um direito demandado.

Para o professor Aury Lopes (2011, 93): “como se pode afirmar que o delito é a fumaça do bom direito? Ora, o delito é a fumaça do bom direito? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese!”

A divergência entre o processo penal e o processo civil, nesse quesito, é que para o processo penal a cautela reside na ocorrência do delito e para o processo civil, o fundamento encontra-se na existência de um direito. Nota-se que são situações bastante diferentes.

Tratando da materialidade observamos que corresponde à constatação da existência do crime. Quando afirmamos que existe materialidade, subentende-se que a existência do crime está provada, quer dizer que a infração está evidenciada

por elementos comprobatórios eficazes de serem analisados ou apreciados sensorialmente. Estando demonstrada a materialidade, está o corpo de delito comprovado, vejamos:

O registro sobre a existência do crime, com todas as suas circunstâncias, tornando-se, por essa forma, a base para o procedimento penal. E por isso, por ser a prova material do crime (sem grifo no original), que se fixa nela, para conservá-lo sempre em evidência, torna-se peça substancial do processo (FONSECA, 2003).

Com relação a infração penal, a materialidade está relacionada à prova que traz a tona o corpo de delito, momento em que, as noções que caracterizam o tipo penal imputado ao réu e que, portanto tem de ser demonstrada pelo juiz, caso contrário o acusado deverá ser absolvido, com base no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal Brasileiro.

Vejamos os ensinamentos de Rogério Lauria Tucci (1978, p. 19)

Em epítome, na sua acepção estritamente processual, *corpo de delito*, - expressão multissecular e, não obstante, imperfeitamente adotada para significar, ao invés do *objeto* da constatação, a *própria atividade constatatória*, - diz com a necessidade de cognoscer e documentar, procedimentalmente, mediante a observância de regras específicas, a prática criminosa.

O autor, na mesma obra e página, em nota de rodapé, adverte:

também quanto aos “facta transeuntes” deverá ser, oportunamente, procedida à comprovação do *corpus delicti*, para que se possa impor a punição ao imputado de prática criminosa. A injúria verbal, por exemplo, será provada por testemunhos, ou outro meio admitido em Direito, como a prova complementar consistente numa gravação – um dos métodos da moderna técnica eletrônica de perpetuação do som.

Com base nos ensinamentos de LIMA e NOGUEIRA (2011), o *periculum libertatis*, seria um requisito alternativo, visto que subdivide em outras quatro proposições: garantia da ordem econômica; garantia da ordem pública; conveniência da instrução criminal; assegurar a aplicação da lei penal. Acontece que na existência de uma dessas hipóteses já bastava. Sendo assim, seriam, critérios concorrentes ou concomitantes.

Para Edilson Bonfim (2011), deve ser observada a existência de um lastro probatório mínimo sobre a existência do ato criminoso e dos elementos subjetivos dele, dolo ou culpa, quando tratamos sobre a decretação da prisão cautelar, quanto da concessão da liberdade provisória mediante a algumas medidas cautelares diversas da prisão, esse lastro probatório deve, necessariamente, existir.

Além destes, a importância e necessidade surgem como condições de suma importância, dos quais é possível se valer tanto para a imposição de alguma medida cautelar diversa da prisão quanto para o encarceramento do indivíduo. Existe a necessidade de observar uma graduação aplicada pelo juiz de acordo com a pena prevista para o delito, gravidade do crime, e características pessoal do acusado.

Observa-se ainda que, para alguns doutrinadores, o fundamento da necessidade pautado na busca para se evitar a prática de infrações penais é apontado como equivocado, visto que acaba determinando uma cautelar e prejudicando o acusado, considerando-se já a certeza da autoria, o que levaria a uma antecipação da pena, influenciado um pensamento acusatório e não imparcial para o magistrado.

Os pressupostos acima elencados fizeram com que a doutrina passasse a analisar a respeito das condições e possível aplicação da prisão preventiva com as modificações trazidas pela lei 12.403/2011. Tal lei chegou para trazer mais efetividade no controle da legalidade do flagrante pelo juiz, e adequação ao que a lei aponta como premissa: de que a liberdade individual deve ser a regra e a prisão cautelar exceção.

Por essas razões, passou-se a exigir que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva fosse efetivamente fundamentada, caso contrário a prisão é ilegal, devendo ser relaxada.

A Lei 12.403/2011 trouxe ainda a previsão de que o assistente de acusação tem legitimidade para requerer a concessão das medidas. Já o Ministério Público deve ser o fiscal da lei que deverá ser informado a respeito de qualquer prisão e, por óbvio, legitimado para requer as medidas.

Vale comentar outras alterações importantes sobre o tema: a divisão dos presos provisórios e dos presos definitivos: A separação dos presos provisórios e dos presos sentenciados tornou-se necessária, sendo retirar a expressão “sempre que possível” da antiga redação do artigo 300 do Código de Processo Penal.

Oportunidade em que não se tem mais uma ‘escolha’ ou faculdade e sim uma obrigatoriedade.

Reservou-se a possibilidade da decretação desmedida pelo magistrado ao ponto de prever expressamente na nova redação do artigo 311 do Código de Processo Penal Brasileiro que na fase investigatória a prisão preventiva somente poderá ser decretada a partir da representação da autoridade policial, ou requerimento do Ministério Público, ou do ofendido.

Dessa forma, só será cabível a prisão preventiva decretada de ofício no curso da ação penal, diminuindo o poder de polícia do magistrado, existindo assim uma proteção à imparcialidade.

O artigo 306 do Código de Processo Penal Brasileiro passou a exigir que a prisão de qualquer cidadão seja, imediatamente, comunicada não apenas ao magistrado e a família do encarcerado, mas também ao Membro do Ministério Público: “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”.

4.1.1 PRISÃO CAUTELAR: PREVENTIVA OU TEMPORÁRIA

A Lei 12.403/2011 alterou o artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro, vejamos:

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.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).” (NR)

O primeiro requisito para a decretação da prisão preventiva prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal é a garantia da ordem pública. Esse fundamento é vulgarmente conhecido, pelos doutrinadores mais críticos, como “soldado reserva”, sendo cabível na maioria dos casos criminais.

É certo que *ordem pública* é um conceito vago, aberto, de modo que é difícil saber específica e cabalmente o que ela é, mas facilmente se nota o que ela não é.

A garantia da ordem pública pressupõe uma desestabilização nas relações da sociedade, um sentimento *social* de insegurança e instabilidade, seja considerado um plano macroscópico ou microscópico, uma região intermunicipal ou mesmo um bairro. Parece claro, pois, que a noção de ordem pública não deve ser invocada para justificar uma tutela individual, de pessoas específicas, pois tal apartar-se-ia da moldura semântica do instituto.

É certo também que cada caso atinge a comunidade de uma forma diferente, sendo que na maior parte a ordem pública não é afetada, as pessoas não se sentem inseguras para fazer aquilo que comumente fazem em seu cotidiano.

Há casos em que a ordem pública é perturbada quando do cometimento do crime, ocasião em que um grande número de cidadãos fica impressionado e temeroso, mas que, passado certo tempo, vão se arrefecendo a impressão e a lembrança do crime, de sorte que muitos nem se lembrarão dele.

Outros casos oscilarão. Haverá clamor popular quando do suposto cometimento da conduta, bem como quando forem noticiados na mídia fatos do processo, trazendo a lume o que já era inexpressivo na alma.

Em alguns casos, na maior parte, os crimes violentos, é possível que esta perturbação tenha uma certa perenidade, dure um tempo considerável no sentimento das pessoas do local.

Há também casos em que não há perturbação alguma, em que as pessoas não se chocam, não se atemorizam, não se sentem inseguras nas práticas do dia-a-dia, casos em que não se desperta o clamor popular, seja pela falta de expressividade da conduta, seja pela desconfiança de que o fato tenha realmente ocorrido.

A paz e a tranquilidade no meio social é que são assegurados pela ordem pública. Dessa maneira, aquele imputado tendencioso à vida criminosa acaba por chacoalhar essa paz social, o que justifica o seu encarceramento de maneira cautelar.

Para Basileu Garcia (1945, p. 169) o tema é interpretado da seguinte forma:

Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Trata-se, por vezes, de criminosos habituais, indivíduos cuja

vida social é uma sucessão interminável de ofensas à lei penal: contumazes assaltantes da propriedade, por exemplo. Quando outros motivos não ocorressem, o intuito de impedir novas violações determinaria a providência.

Eugênio Pacelli (2012, p. 582), por sua vez, leciona que:

a prisão para a garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello (2010, p.83), pontua, que:

a prisão preventiva, que não deve ser confundida com a prisão penal, pois não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas sim atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal, não pode ser decretada com base no estado de comoção social e de eventual indignação popular, isoladamente considerados. Também não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação de segregação cautelar, a alegação de que o acusado, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública.

Ora, a prisão cautelar é aquela que não gera após a sentença penal condenatória transita em julgado. Ela é antecedente, e por isso os critérios de fixação e individualização deve ser respeitados. Caso existisse determinação de acordo com a natureza da infração, e não de acordo com as circunstâncias do delito, estas sim autorizadas de influenciar a decisão, pelo magistrado, diante do caso concreto, de qual medida atende as finalidades, estaria se afastando a ideia da individualidade.

Sendo assim, o fundamento da garantia da ordem pública não deve ser usada pelo Poder Público como instrumento de sanção antecipada daquele a quem se imputou a prática do crime, pois tem o condão de atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Neste momento, nem a natureza da infração penal pode ser medida.

Acontece, que para o ilustre professor Aury Lopes Jr. (2011, p. 146), a decretação da prisão preventiva com o fundamento na garantia da ordem pública estaria infringindo a Constituição Federal. Vejamos:

não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até, porque, nessa matéria, é

imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam artem*) que amplie o conceito de *cautelar* até o ponto de transformá-la em *medida de segurança pública*.

Dentre as cautelares temos a prisão preventiva, aquela que a qualquer tempo pode ser decretada, tanto na fase investigativa quanto na fase processual. Temos ainda, a prisão temporária, que é aquela que pode ser aplicada durante a investigação.

Deve prevalecer no momento da decretação de qualquer uma dessas prisões, ou de qualquer outra medida alternativa na fase investigativa é o caráter provisório, já que ainda não existe constatação da autoria do fato, que somente na instrução criminal será possível a confirmação, diante o contraditório do suspeito e apresentação das provas produzidas durante a investigação criminal.

A prisão decretada em caráter permanente, correspondente ao tempo e pena previsto para o delito que se praticou, só será possível após o termino da instrução criminal e o transito em julgado de tal sentença.

4.1.2 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

4.1.2.1 PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

“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.

(Redação do CPP após a Lei. 12.403/11)

Vejamos a visão do professor Rômulo Moreira (2011,p.13)

Alem destes requisitos (cuja presença não precisa ser cumulativa, mas alternativamente), a lei estabelece critérios que deverão orientar o Juiz no momento da escolha e da intensidade da medida cautelar, a saber: a gravidade do crime, as circunstancias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado (*fumus commissi delicti*). Evidentemente, merecem críticas tais critérios, pois muito mais condizentes com as circunstâncias judiciais a serem aferidas

em momento posterior quando da aplicação da pena, além de se tratar de típica opção pelo odioso Direito Penal do Autor.

Para assegurar e respeitar o artigo 5º, inciso LXVI da Constituição Federal, que prevê que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, foi consagrado diversas alternativas de medidas para a proteção regular do Processo Penal.

Enquanto vigora a presunção de inocência, pressuposto que deve existir até que haja uma condenação, é importante analisar não apenas o desvalor do crime praticado pelo agente, mas em que medida ele deve ser penalizado.

Vejamos o artigo 319 do Código de Processo Penal, cujo rol é taxativo:

São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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

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

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

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

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

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

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

IX - monitoração eletrônica.

Algumas medidas cautelares diversas da prisão foram reforçadas usualmente utilizadas e criadas novas medidas com a finalidade de substituir a aplicação da prisão preventiva ou atenuar os rigores da prisão temporária.

Dessa forma, iniciou-se a analisar como seria essa aplicação, já que é algo muito tênue, a ser ponderado, pois diante de diversas possibilidades, existe o risco de impor uma medida ao invés de simplesmente preservar a liberdade do sujeito, ou de ainda se preservar a prisão preventiva como cautelar pela falta de credibilidade de que a medida será cumprida.

Na época da criação da Lei, alguns se mostraram inseguros diante do rol. Vejamos a orientação dos magistrados a respeito, segundo a percepção de Admara Schneider (2011, p. 226):

No rol do art. 319 do diploma processual penal, a própria medida de comparecimento periódico, e também as proibições de frequentar determinados lugares, manter contato/distância com certa pessoa, ausentar-se da comarca e o recolhimento domiciliar noturno ou nos dias de folga, serão de difícil efetividade em havendo desrespeito do réu, ressalvada fiscalização pela própria vítima. Cada magistrado devesse valer dos instrumentos legais a sua disposição para este fim, v.g., contar com auxílio policial no serviço de patrulhamento, especialmente nas hipóteses dos incisos II a V, retro mencionado.

Em resumo, antes de ser decretada a prisão, em se tratando de crimes como furto simples, porte de arma de fogo, disparo de arma de fogo, apropriação indébita, receptação, cárcere privado, homicídio culposo no trânsito, corrupção de menores, formação de quadrilha, armazenamento e transmissão de foto pornográfica de criança, comercialização de produto agrotóxico sem origem, destruição de bem público, dentre outros, e, presentes as condições pessoais do agente favoráveis, que não se enquadrem nos fundamentos de decretação que permaneceram dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, o juiz deverá verificar qual medida deverá aplicar.

Iremos dividir as medidas conforme a sua gravidade. Visto que tais medidas devem ser analisadas de forma progressiva, devendo ainda ser ponderadas, e que o magistrado deverá graduar conforme a necessidade, optar pela mais leve, pela moderada, ou até mesmo pela mais invasiva, a depender dos pressupostos requisitos legais já então avaliados.

Medidas cautelares de natureza mais leve: O comparecimento periódico em juízo; a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; e a proibição de manter contato com pessoa determinada (artigo 319, incisos I, II, III):

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

Medidas cautelares de natureza média: proibição de ausentar-se da comarca; fiança; retenção do passaporte (artigo 319, incisos IV, VIII e artigo 320):

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

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;

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

Medidas cautelares de natureza grave: Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para prática de infrações penais; Monitoração eletrônica; e recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; e internação provisória (artigo 319, incisos V, VI, VII, IX):

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

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

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

IX - monitoração eletrônica.

4.1.2.2 OS PRINCÍPIOS ADOTADOS ÀS MEDIDAS CAUTELARES

É primordial a necessidade da fundamentação, colocando-se como prioridade a motivação, o que vai assegurar a legalidade no momento da imposição das medidas cautelares é a possibilidade do magistrado revisar tais medidas, por ter o ofendido o direito de recorrer também em relação à decisão que lhe imponha qualquer tipo de medida cautelar.

O artigo 282, §1º do Código de processo Penal assegura a possibilidade a aplicação isolada ou cumulativa das medidas cautelares. Já o §4º dispõe que se existir o descumprimento injustificado das medidas cautelares aplicadas ao agente, o juiz poderá substituir a medida cautelar por outra mais gravosa, cumular a medida descumprida com outra mais eficiente ou decretar a prisão preventiva.

Entendemos que a modificação das medidas cautelares deverá observar a manifestação do contraditório e da ampla defesa. Sendo assim, existindo risco de descumprimento, poderá, o magistrado, decretar a prisão preventiva, ainda que de ofício, mas, tal medida deverá ser em última hipótese.

4.1.2.2.4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA

Como já foi dito, dada a grande abertura semântica que decorre da cautelaridade, é preciso que a imposição de suas medidas sigam em conformidade com o regramento legal e constitucional, sendo uma importantíssima diretriz o princípio da legalidade estrita, que implica na taxatividade do rol de suas espécies, vedadas as analogias.

Conforme aponta Aury Lopes (2015, p.192):

Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais “poderes gerais de cautela”.

Como se vê, Aury Lopes (2015, p.192) é um veemente pugnador da segurança jurídica na seara penal, advogando pela noção de estrita legalidade no que concerne a medidas cautelares:

A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para a compreensão do tema o conceito de *fattispecie giurídica processuale*, isto é, o conceito de *tipicidade processual* e de *tipo processual*, pois *forma é garantia*. Isso mostra, novamente, a insustentabilidade de uma teoria unitária, infelizmente tão arraigada na doutrina e jurisprudência brasileiras, pois não existe conceito similar no processo civil.

Ora, se estas medidas afetam direitos fundamentais do indivíduo, tal como o de ir e vir, é certo que devem estar categoricamente previstos em lei, como homenagem à segurança jurídica, bem como em cumprimento à Constituição, pois ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, a teor do art. 5º, II.

Destarte, a legalidade estrita e a disso decorrente tipicidade das medidas cautelares são de extrema valia, além de condição para uma consonância ao texto constitucional à cautelaridade na seara processual penal, que não pode se confundir com poder geral de cautela.

4.1.2.2.2 DURAÇÃO RAZOÁVEL DA MEDIDA OU PRISÃO CAUTELAR

Assim como a exigência de legalidade estrita decorre da Carta Maior, exige-se com vistas a ela a duração razoável da medida cautelar. É certo que o artigo 5º, LVXXVIII da Constituição se refere a qualquer processo, no entanto, na seara processual penal é preciso analisar a questão com maior profundidade reflexiva, pois o tempo em uma persecução penal pode ser um agente devastador.

Sobre o tempo e sua relação com o processo, é oportuno trazer o ensinamento de Aury Lopes Jr.:

O processo não escapa do tempo, pois ele está arraigado na sua própria concepção enquanto concatenação de atos que se desenvolvem, duram e são realizados numa determinada temporalidade. O tempo é elemento constitutivo inafastável do nascimento, desenvolvimento e conclusão do processo, mas também na gravidade com que serão aplicadas as penas processuais, potencializadas pela (de)mora jurisdicional injustificada. (2007, p. 55)

É por demais famosa a frase do notabilíssimo jurista baiano Rui Barbosa (2017), que “justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”, a qual transparece bem a *mens legis* do citado dispositivo constitucional.

Não há dúvidas de que o mero fato de ser alvo de um processo criminal é algo penoso, de sorte que a angústia não pode se estender por um longo período, no entanto, para além disso, se é imposta ao acusado qualquer medida cautelar, é óbvio que urge ser célere o andamento do processo, para que seja cessada o quanto antes os efeitos da medida.

Toda medida cautelar, mesmo as diversas da prisão, impõem uma restrição da liberdade, mesmo que não tão diretamente à liberdade de locomoção, como ocorre com a prisão preventiva. Deste modo, mesmo que não seja findado o processo, deve ser cassada a medida por excesso prazal sempre que o desarrazoado decurso do tempo avilte direitos fundamentais do imputado.

Tanto é assim, que é expressamente reputado constrangimento ilegal o excesso prazal, conforme preceitua o artigo 648, II, do Código de Processo Penal, sanável por *habeas corpus*.

A Jurisprudência pátria, assentada em brilhante julgado do Superior Tribunal de Justiça, confirma e reforça este entendimento, que é conforme à lei:

Penal – Processual – Excesso de prazo no julgamento. ‘A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada pelo Brasil através do Dec. 678/92, consigna a idéia de que toda pessoa detida ou retida tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. A jurisprudência tem sido rigorosa no que diz respeito ao excesso de prazo na instrução criminal, ficando, porém, inerte no que pertine ao próprio julgamento.’ (STJ – Resp. – Rel. Edson Vidigal – RSTJ 102/427).

O devido processo penal formal que prescreve dever ser o réu julgado em prazo razoável ou colocado, *incontinenti*, em liberdade, decorre também de tratados assinados por nosso país, com espeque no art. 5º, §2º, da Constituição Federal:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim sendo, não só o art. 5º de nossa Carta Política não exclui outros direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais aderidos pelo Brasil, como erigem tais ao ordenamento constitucional. Nessa esteira, vejamos o que nos diz alguns deles:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 3º).

E mais:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, art. 7º, nº 5).

Neste diapasão, Flávia Piovesan (1996, p. 89) trata da abertura proporcionada pela Constituição da República, ao recepcionar normas de tratados ao bloco constitucional pátrio, cumprido o devido processo previsto no próprio dispositivo:

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhe natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.

Por sua vez, Rogério Lauria Tucci (1993, pp. 287-288) comenta, atento às questões sensíveis que tocam a problemática do tempo no processo penal, que:

Afigura-se, com efeito, de todo inaceitável a delonga na finalização do processo de conhecimento (especialmente o de caráter condenatório), com a ultrapassagem do tempo necessário à consecução de sua finalidade, qual seja a de definição da relação jurídica estabelecida entre o ser humano, membro da comunidade, enredado na *persecutio criminis*, e o Estado: o imputado tem, realmente, direito à pronta resolução do conflito de interesses de alta relevância social que os respectivos autos retratam, pelo órgão jurisdicional competente.

O doutrinador Alberto Silva Franco (1992) continua na mesma linha dos mestres acima citados:

(...) A duração temporal do processo tem de ser devidamente demarcada, não só em respeito aos princípios constitucionais já enunciados, mas também em consideração ao princípio da inocência, que não suporta que um acusado fique preso, a título provisório, no aguardo, sem limitação temporal, do encerramento do processo penal.

O Poder Judiciário não raro é instado a se manifestar sobre casos de quebra de razoabilidade na duração de uma medida cautelar, ao que se sedimentaram algumas valiosas conclusões, que ajudam a manter a segurança e o padrão na aplicação do Direito no Brasil, como é exemplo o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PACIENTE PRESO HÁ MAIS DE UM ANO E TRÊS MESES SEM QUE TENHA SIDO PRONUNCIADO. **VIOLAÇÃO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E À PROIBIÇÃO DO EXCESSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA**, CONFIRMANDO OS EFEITOS DA LIMINAR.

1. O paciente foi preso preventivamente em 24/06/14 (fls. 31), pela suposta prática do crime de homicídio qualificado tentado, havendo, na audiência instrução e julgamento realizada em 31/10/14 (fls. 33/35), sua conduta sido desclassificada para lesão corporal grave. Em consequência, foram os autos encaminhados ao Juiz de Direito do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra mulher que, em 01/12/14, suscitou conflito negativo de competência por entender que o juízo competente seria o Tribunal do Júri (fls. 36/47). Em 13/08/15 (fls. 53), o Tribunal de Justiça decidiu o conflito, declarando competente o Juízo da 2ª Vara do Tribunal do Júri para processar e julgar o feito. 2. **Em resumo, o paciente está preso há mais de 01 (um) ano e 03 (três) meses e ainda não foi pronunciado (fls. 56/58 e Sistema Themis), não podendo tal demora ser atribuída à defesa. 3. O atraso é desmedido, por culpa exclusiva do aparelho repressor estatal, violando, assim, os princípios da razoabilidade dos prazos processuais e da proibição do excesso. 4. A demora injustificada na condução do feito, não atribuída à defesa, impõe o imediato relaxamento da prisão pela autoridade judiciária, atendendo-se, assim, aos preceitos do art. 648, II, do CPP e do art. 5º, LXV, da Constituição Federal. 5. Ordem concedida, confirmando os efeitos da liminar.** (Processo HC 00076357120138180140 PI 201500010084041. Órgão Julgador 2ª Câmara Especializada Criminal. Publicação 04/11/2015

Julgamento 28 de Outubro de 2015. Relator Des. Erivan José da Silva Lopes. **GRIFOS NOSSOS**).

Como se vê, o procedimento que visa a se estender indeterminadamente, numa projeção que indica o *ad eternum*, é tido em nosso ordenamento jurídico como antijurídico, devendo ser cessado, findo ou não o processo de conhecimento, pois não é dado confundir a finalidade de uma medida cautelar com aquela de uma pena, pois esta última pressupõe um lastro de instrução que preenche a noção de devido processo legal e respeito ao estado de inocência, haja vista somente ser possível, dentro do Direito, a condenação mediante apresentação bastante de provas da culpa do agente.

4.1.2.2.3 O CARÁTER PROVISÓRIO DAS MEDIDAS CAUTELARES

O caráter provisório deve prevalecer no momento da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra medida cautelar diversa da prisão, visto que na fase inquisitorial ainda não existe a comprovação da autoria, momento em que só na instrução processual será possível, diante o contraditório do suspeito e apresentação das demais provas trazidas aos autos.

Qualquer entendimento em contrário implicaria em séria violação do estado de inocência, além de perverter a própria ordem do processo, uma vez que não pode ter *status* de definitiva a decisão que é tomada em sede de cognição sumária, sobretudo quando para prejudicar o imputado.

Se definitiva, e não provisória, fosse a medida cautelar, de nada valeria a exigência do devido processo legal, do *in dubio pro reo*, do estado de inocência, o que não seria compatível com a vigorante ordem constitucional.

4.2.2.3. – AS ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ARTIGO 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal prevê medidas cautelares como meio de garantir regular trâmite processual, bem como o resultado útil do feito.

De acordo com a nova edição, a Lei dispõe que o juiz, antes de decretar a prisão preventiva, deve analisar se cabíveis outras medidas cautelares alternativas, enfatizando o que já está na Constituição Federal de que a liberdade é a regra, a prisão é exceção. Aludindo à nova redação do §6º do artigo 282 do CPP “*A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar*”, demonstrando-se que a prisão preventiva é a *ultima ratio*.

Face ao dispositivo expresso na Lei nº 12.403/11, uma vez inexistentes as hipóteses autorizadoras da imposição de medida extrema (art. 312 do CPP), requer a substituição da prisão por outra medida cautelar, conforme entendimento do art. 319 do Código de Processo Penal que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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

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

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

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

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

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

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

IX - monitoração eletrônica”.

Ressalta-se, agora, mais do que nunca, com entendimento das Cortes Superiores planejado em dispositivo legal: “*A liberdade é a regra e a prisão, exceção*”.

Por isso, mesmo considerando legal a prisão, considerada cabível e imperiosa a substituição da prisão preventiva por outra medida cautelar menos rigorosa, com base na doutrina mais avançada do processo penal garantista, bem com expresse e inequívoco comando legal, ao que podem ser as medidas aplicadas isolada ou cumulativamente, conforme necessário.

4.2.2.3.1 – COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO NO PRAZO E NAS CONDIÇÕES FIXADAS PELO JUIZ, PARA INFORMAR E JUSTIFICAR ATIVIDADES.

Já no primeiro inciso, passou a ter a inovação da periodicidade do comparecimento repetitivo em juízo. Nos casos de suspensão condicional do processo, conforme a lei de nº 9099/95, tal medida já era aplicada. Essa medida cautelar é vista pelos doutrinadores como a mais leve, na qual tem como objetivo a fiel aplicação da lei penal.

O juiz exerce controle do réu onde está se trabalhando. Os questionamentos aos quais serão submetidos os acusados variam de acordo com a natureza do crime cometido e são formuladas em regra pelo Diretor da Secretaria da Vara Criminal, responsável por registrar o comparecimento do réu. (TOURINHO, 1999, p.577)

Para Eugênio Pacelli (2013, p.507), na hipótese do investigado ou acusado residir em outra comarca é admitida a possibilidade da aplicação dessa medida cautelar no juízo da residência do agente:

A nosso aviso, ainda que o investigado ou indiciado resida fora da sede do juízo em que se processa a acusação será possível a imposição do comparecimento periódico e obrigatório, cabendo, porém, ao juiz do local da residência a fiscalização da execução da medida, seja por meio de carta precatória, seja pelo simples registro em livro próprio e confirmação posterior ao juiz da causa.

O comparecimento periódico em juízo tem o condão de monitorar o indivíduo, ainda que em intervalos de tempo escalados e determinados, evitando-se a sua fuga.

Para o professor Badaró (2011, p.237) pode existir uma outra interpretação:

Outra possível interpretação é a possibilidade de a medida ser decretada com a finalidade de assegurar a realização de meios de prova, contudo, considerando que uma vez comparecendo, o indivíduo acusado poderá se negar a praticar o ato probatório.

4.2.2.3.2 PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES QUANDO, POR CIRCUNSTÂNCIAS RELACIONADAS AO FATOS, DEVA O INDICIADO OU ACUSADO PERMANECER DISTANTE DESSES LOCAIS PARA EVITAR O RISCO DE NOVAS INFRAÇÕES.

Na lei dos juizados especiais cíveis e criminais, lei nº 9.099/95, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares era utilizada em algumas circunstâncias costumeiramente imposta.

Sua aplicação se mostra adequada quando, por circunstâncias relacionadas com o fato, deve o indiciado permanecer distante do local da ocorrência, ou de possíveis novas ocorrências, para evitar o risco de novas infrações criminais.

A finalidade da medida proíbe o 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 está explícita no seu texto ao demonstrar, evitar o risco de novas infrações, embora deva respeitar a liberdade física do indiciado ou réu tem por finalidade privá-lo de acesso ou frequência a determinados locais. (TOURINHO, 1999, p.578)

No mesmo sentido de Tourinho, Badaró (2011, p.240) assegura que deve existir uma relação entre o local cujo acesso está proibido e o delito cometido:

No entanto, deve haver uma relação, um nexos entre o local cujo acesso se tornou proibido e o delito cometido pelo indivíduo, uma vez a medida é imposta com o fim de afastar o acusado de locais que venham a facilitar ou estimular a prática

delitiva. Não sendo possível, todavia, a proibição de acesso a uma determinada cidade, fato que acarretaria restrição excessiva a direitos fundamentais. Para evitar esse excesso a decisão deve individualizar, definir o local correspondente à proibição.

Da mesma forma como aconteceu na hipótese do inciso I, o legislador deixou em aberto como seria a fiscalização do cumprimento da medida cautelar, ficando a critério do caso concreto.

4.2.2.3.3 PROIBIÇÃO DE MANTER CONTATO COM PESSOA DETERMINADA QUANDO, POR CIRCUNSTÂNCIAS RELACIONADAS AO FATO, DEVA O INDICIADO OU ACUSADO DELA PERMANECER DISTANTE

Na lei nº 11.340/06, lei “Maria da Penha”, a proibição de manter contato com pessoa determinada, já era uma das possibilidades previstas como medida assecuratória.

Essa medida cautelar, presente no inciso III, também já existia no rol da lei dos juizados especiais cíveis e criminais, lei nº 9.099/95. Observa-se ainda, que o artigo 320 do Código de Processo penal prever expressamente a proibição de ausentar-se do país.

4.2.2.3.4 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA QUANDO A PERMANÊNCIA SEJA CONVENIENTE OU NECESSÁRIA PARA A INVESTIGAÇÃO OU INSTRUÇÃO E PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO PAÍS

A medida que proíbe o indivíduo de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução, se faz adequada quando o juiz ou autoridade policial precisam realizar alguma diligência em que deve o indiciado ou réu estar presente, uma vez que a presença do indivíduo na Comarca facilita o trabalho das autoridades. (TOURINHO, 1999, p. 579)

A proibição de ausentar-se do país passou a ser previsto no artigo 320 do Código de Processo Penal, sendo considerada mais uma medida cautelar a ser usada apesar de não expressa no rol taxativo do artigo 319 do Código de Processo Penal:

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

A adequação da medida se contrapõe à expressão “conveniente” taxativamente presente no texto do artigo, expressão essa a ser ignorada, haja vista que uma medida restritiva de direito não deve estar ao arbítrio das autoridades. (MACIEL, 2011, p. 181)

Vale destacar que essa medida cautelar é complicada para que possa existir uma fiscalização do Poder Público, sendo assim não se credita muito efeito à proibição de ausentar-se da Comarca.

Outrossim, acredita-se no seu efetivo cumprimento, simplesmente, com base no princípio da “boa-fé processual”.

Porém, cumpre salientar que o acusado ou investigado poderá se recusar a participar do ato, uma vez que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. (BADARÓ, 2011, p.244)

Sendo assim, deve-se analisar o local em que reside o cidadão, vez que o mesmo pode residir em Comarca diferente da que supostamente teria cometido o delito, dessa forma viria a ser desarrazoada a decisão do Juiz que determine a presença do indivíduo na Comarca diversa onde reside.

4.2.2.3.5 RECOLHIMENTO DOMICILIAR NO PERÍODO NOTURNO E NOS DIAS DE FOLGA QUANDO O INVESTIGADO OU ACUSADO TENHA RESIDÊNCIA E TRABALHO FIXOS

A aplicação da medida que determina o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixo está associada a dois requisitos: os indivíduos precisam ter residência fixa, bem como trabalho, entretanto, hoje tem existido uma flexibilização, existindo a possibilidade de conceder quando o acusado ou investigado esteja estudando. (BADARÓ, 2011, p.246)

Ora, o recolhimento em período noturno ou nos dias de folga tem natureza cautelar, tanto para tutelar a prova, quanto para diminuir o risco de fuga do indivíduo, embora seja verdade que sua eficácia para tais situações é pequena, de difícil controle.

Entretanto, entendemos que a medida acaba sendo mais empregada com fins diversos dos cautelares, como a prevenção geral ou específica, traduzindo-se em mais uma subversão à presunção de inocência, representando uma verdadeira antecipação de pena, visto que coincide com a pena que é cumprida no regime aberto.

4.2.2.3.6 SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA QUANDO HOVER JUSTO RECEIO DE SUA UTILIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE INFRAÇÕES PENAIS

A medida cautelar da 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, tal medida se restringe aos crimes de natureza econômica, bem como peculato, concussão, ou corrupção.

Outrossim, este afastamento já era possível de ser determinado através da via administrativa, mas também pode ser aplicada pelo próprio magistrado. Entretanto, deverá ser decretada quando houver “justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”, a exemplo da destruição de provas do crime.

4.2.2.3.7 INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DO ACUSADO NAS HIPÓTESES DE CRIMES PRATICADOS COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, QUANDO OS PERITOS CONCLUÍREM SER INIMPUTÁVEL OU SEMI-IMPUTÁVEL E HOVER RISCO DE REITERAÇÃO

Com o advento da lei 12.403/2011 foram retomadas as medidas de internação provisória do acusado para os crimes praticados com violência ou grave ameaça, aos semi-imputáveis ou inimputáveis, como prevê o inciso VII do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Tal determinação é considerável a mais danosa ao acusado, devido a falta de prazo prevista para duração das medidas de segurança. Existe o risco de que algo caracterizado como terapêutico passe a ter caráter punitivo.

Destaca-se a situação da internação obrigatória do usuário de drogas. O cárcere não é diferente. É complicado ponderar cautelarmente ao quanto de terapia submeter o paciente, visto que qualquer determinação a respeito pode gerar em um julgamento antecipado.

4.2.2.3.8 - FIANÇA

A fiança é uma medida bastante conhecida da população brasileira, cuja grande parcela já escutou certamente a frase “foi solto mediante fiança”, ou “crime inafiançável”, que já caíram no senso comum vulgar, não sendo patrimônio exclusivo de juristas.

A fiança consiste no depósito de quantia pelo imputado, que em contrapartida tem a seu favor a liberdade provisória. O instituto da fiança tinha perdido muito da sua força, até o advento da lei 12.403, como explica Pierpolo Bottini (2017):

Uma das propaladas novidades da nova lei de cautelares pessoais penais — Lei 12.403/11 — é a *revalorização da fiança*. Pela redação anterior, as hipóteses do pagamento de fiança eram regulada pelos artigos 321 e seguintes do Código de Processo Penal, relacionadas aos casos de *prisão em flagrante*. Assim, o agente preso em flagrante pagava *fiança* — nas hipóteses admitidas — e obtinha a *liberdade provisória* para responder o processo. Ocorre que o marco legal do instituto da fiança padecia de um problema: o artigo 310, especialmente seu parágrafo único — acrescentado em 1977 — que dispunha que, diante da prisão em flagrante, o juiz concederia liberdade provisória quando verificasse a inocorrência de qualquer das hipóteses da *prisão preventiva* (CPP, art. 312), mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo.

Este enfraquecimento se deu porque a fiança, antes da lei 12.403, só podia ser aplicada caso não se afigurassem presentes os critérios da prisão preventiva. Ocorre que, ausentes os requisitos para a medida extrema, concedia-se, sem encargos, a liberdade provisória, esvaziando a utilidade e a razão de ser do instituto. Ainda mais claramente sintetiza Bottini (2017):

Em outras palavras: se após a prisão em flagrante fosse constatado algum dos requisitos do artigo 312, era decretada a *prisão preventiva* do agente — *sem possibilidade* de pagamento da fiança para liberdade. Por outro lado, se ausentes os elementos do artigo 312, o sujeito era libertado *independente* do pagamento da fiança. Logo, a *fiança* era *inviável* ou *desnecessária*, a depender da situação do preso. Em suma, era um instituto atrofiado e inútil.

Com a mudança legislativa (lei 12.403), entretanto, a fiança recobrou sua relevância, uma vez que, na condição de medida cautelar diversa da prisão, ela pode substituir a prisão preventiva ou alguma outra medida cautelar. Isso ocorrerá quando o magistrado julgar conveniente, a partir de um receio de descumprimento futuro por parte do imputado, impor uma garantia, algo que o faça sentir-se compelido a praticar os atos, para que não perca o valor depositado.

Além disso, os valores também se alteraram, como se vê no art. 325:

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

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

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

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

I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;

II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

Toda a redação foi dada pelo novel legislativo, e dela se pode ver que a fiança alcançou um potencial gigantesco como medida coercitiva, pois o arbitramento do valor é demasiado elástico, variando de dois terços de um salário mínimo até mil vezes o valor do salário mínimo multiplicado por 200, o que daria, atualmente, mais de cento e oitenta e sete milhões de reais.

Por óbvio, tratando-se de uma medida tão poderosa, com tamanho potencial devastador, o magistrado deve arbitrar o valor com base na razoabilidade e na proporcionalidade, a fim de que não se desvirtue o real papel da medida, que é garantir o regular prosseguimento do feito e a aplicação da lei, e não a imposição de pena, privando o acusado de quantia que é demasiado significativa e cuja falta seria um colossal estorvo em sua vida. Não se pode nunca perder de vista a presunção de inocência, que é mandamento constitucional.

4.2.2.3.9 - MONITORAÇÃO ELETRÔNICA

A monitoração eletrônica é uma espécie de cautelar que consiste na possibilidade de se aferir a localização do imputado através de tecnologias que se utilizam de ondas de rádio ou GPS (Global Positioning System).

Um doutrinador que muito se aprofundou na matéria foi Rogério Greco, que proficuamente descreveu a sua recente e curiosa origem histórica:

Em que pese podermos atribuir as origens do monitoramento eletrônico aos irmãos Ralph e Robert Schwitzgebel, que realizaram as primeiras experiências no ano de 1964, nos EUA, com dezesseis jovens reincidentes, podemos apontar o Juiz Jack Love, do Estado do Novo México, como sendo o precursor da idéia que, atualmente, vem sendo utilizada em vários países.

O mais interessante é que o Juiz Jack Love inspirou-se numa edição de Amazing Spider-Man de 1977, onde o rei do crime havia prendido um bracelete ao homem-aranha, a fim de monitorar seus passos pelas ruas de Nova York. Após ler a história, o Juiz Jack Love achou que a idéia poderia, efetivamente, ser utilizada no monitoramento de presos, razão pela qual procurou seu amigo Mike Gross, técnico em eletrônica e informática, a fim de persuadi-lo a produzir os receptores que seriam afixados nos pulsos, tal como havia visto na história em quadrinhos.

Em 1983, ou seja, aproximadamente 6 anos depois, após ter realizado, durante três semanas, testes em si mesmo com o bracelete, o Juiz Jack Love determinou o monitoramento de cinco delinqüentes na cidade de Albuquerque, a maior cidade do Estado do Novo México. Nascia, também, naquele momento, conforme nos esclarece Edmundo Oliveira, a National Incarceration Monitor and Control Services, a primeira empresa a produzir instalações eletrônicas destinadas ao controle de seres humanos.

Atualmente, existem quatro opções técnicas de monitoramento eletrônico, que podem ser adaptadas à pessoa em forma de: a) pulseira; b) tornozeleira; c) cinto; e d) microchip (implantado no corpo humano). Nas quatro hipóteses apontadas, a utilização pode ocorrer de maneira discreta, permitindo que o condenado cumpra a sua pena sem sofrer as influências nefastas do cárcere.

Como um modo de vigilância constante e remota, esta medida cautelar cumpre muito bem com o propósito de uma medida não definitiva e de matiz garantidor, sem as nefastas consequências de uma prisão preventiva, pois não cerceia, antes da constatação da culpa, a liberdade motora do acusado, o que se confundiria em

muitos casos com a própria pena pretendida, visto que a modalidade é a mesma: privativa de liberdade.

Por esta constatação é que o Direito brasileiro importou dos países anglo-saxônicos e nórdicos, que já faziam do monitoramento eletrônico desde a década de 1990 (FREITAS, 2017). De acordo com Luiz Flávio Gomes (2017), ao fim da década de 90 a Inglaterra já tinha mais de 50.000 pessoas catalogadas no sistema. Na Suécia, já havia cerca de 15.000 pessoas controladas.

Fatores como a superpopulação carcerária foram determinantes para a implantação da medida no Brasil, o que levou primeiramente à introdução da referida medida pela promulgação da Lei nº 12.258/10, que modificou a Lei de Execuções Penais, prevendo monitoração eletrônica nas saídas temporárias, no regime semiaberto e na prisão domiciliar. Após, tivemos a Lei nº 12.403/11, que a incluiu como medida cautelar diversa da prisão no Código de Processo Penal.

Importante ressaltar que o número de dispositivos de monitoramento é muito aquém da demanda, o que representa uma lastimável perda para o Estado brasileiro, e não só uma perda moral, por não ser capaz de pôr em prática aquilo a que se obriga pelas próprias leis e por ter violados direitos básicos dos seus cidadãos hodiernamente pela calamitosa situação do sistema prisional operante ou pelas prisões desnecessárias, mas por uma significativa perda econômica, haja vista ser custoso ao Estado manter encarcerado um acusado, de sorte que seria desonerado de significativos gastos, como pontua Paulo Henrique Freitas (2017), que destaca este fato entre outros, que constituem vantagens privadas ou públicas:

Baixo custo (se comparado ao presídio tradicional), evita a superpopulação carcerária (aplicação com prudência como medida substitutiva da prisão cautelar), evita o recolhimento de pessoas pouco perigosas junto a criminosos profissionais, possibilita que o condenado ou liberado trabalhe, que pague sua dívida com a vítima do delito, evita a dessocialização do presídio clássico, possibilita o controle da pessoa, evita o contágio criminógeno dos presídios, possibilita a ressocialização alternativa do condenado e é uma forma mais humana (em tese) de cumprimento de pena. Outrossim, pode-se citar, ainda, como vantagens da monitoração eletrônica o seu papel de importante instrumento de segurança da ordem pública na progressão de regimes da pena, assim como a criação de situação benéfica e favorável à ressocialização do apenado na medida em que possibilita a este a convivência com a família, a sociedade, o trabalho e o lazer. O emprego da monitoração eletrônica também ajuda a prevenir o crime e os desvios no cumprimento da pena

imposta, contribuindo, assim, para um sistema penal eficaz sob o ponto de vista do papel constitucional do direito penal, qual seja, a garantia dos bens jurídicos e instrumento de realização de direitos fundamentais.

Deste modo, ante os benefícios da medida, é imperioso difundi-la, uma vez que se encontra atualmente restrita, por circunstâncias de fato, à Justiça Federal, bem como investir no seu desenvolvimento e mitigar ainda mais o constrangimento do imputado, reduzindo o tamanho do aparelho utilizado, a fim de evitar o estigma de quem o usa.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho, como se viu, discutiu temas centrais e transversais da realidade criminal brasileira, agenciando autores de diferentes áreas, para com isso, balizar uma avaliação calcada no exercício das reflexões deontológicas sobre o fenômeno das medidas cautelares diversas da prisão e sua ressonância com o texto constitucional.

Tal como colocado, as medidas cautelares foram implantadas no ordenamento jurídico numa clara expressão do reconhecimento da falência do sistema carcerário. Ora, além das dificuldades estruturais dos presídios brasileiros, denota-se grave controvérsia no tocante à função da prisão. Há quem seja mais tradicionalista e exalte o *ius puniendi* estatal a todo custo, fazendo, pois, uma defesa simplista da prisão como mecanismo de controle social e, outrossim, elogiando-a como um dispositivo de correção dos erros, um instrumento de disciplinarização, como disse Michel Foucault (1999) no já citado livro *Vigiar e Punir: história do nascimento da prisão*.

Mas, como notou Foucault, a prisão é questionável por um abecedário de razões, sobretudo por sua ineficácia, já que, como se comprova em estudos de pesquisadores brasileiros, a exemplo de Salo de Carvalho (2015), a prisão produz efeitos criminológicos em cadeia, pois, ao invés de ressocializar e garantir a dignidade, afasta o indivíduo do bom convívio social e produz mais conflitos.

As medidas cautelares, por sua vez, despontam como uma estratégia para o enfrentamento desse cenário sombrio, nebuloso, indicando novas formas de se acautelar que não se restringem fisicamente ao espaço carcerário tradicional. Há de se ver, então, essas novas medidas como dispositivos de poder que denotam uma espécie de sofisticação dos aparatos de controle. Ou seja, o poder passa a ser exercido de maneira ainda mais fluida e em ambiente aberto, a exemplo do uso, que tende a ser cada vez mais recorrente, da tornozeleira eletrônica.

Sobre isso, imperioso aventar que o acusado passará a ser controlado por esses dispositivos que funcionam como uma espécie de extensão dos olhos do Estado, permitindo que o tratamento criminal seja exercido a longas distâncias, sinalizando para a atual cena contemporânea caracterizada pela explosão tecnológica, ou, no caso de outras medidas não tão vigilantes, a imposição de uma nova norma jurídica sobre o imputado, na medida que, por conta de uma suspeita, este deverá se submeter a uma obrigação que não é oposta *erga omnes*, sendo exceção à norma do artigo 5º, II da Constituição Federal.

No tocante a aplicação das medidas cautelares, tal como visto alhures, percebe-se que as mesmas funcionam como uma importante ferramenta ao magistrado, exigindo, no cotidiano da prática forense, a cautela e a consciência do operador para prezar pela aplicação das medidas, sempre que os seus requisitos melhor se amoldem ao caso específico.

Em nossa visão, as medidas cautelares representam um avanço no modo de lidar com o indivíduo em tese criminoso, por um lado porque reconhece as fragilidades do meio prisional, mas por outro, porque podem permitir que o direito penal se projete sem que, com isso, a dignidade do acusado seja sequestrada.

Portanto, no atual momento em que vivemos, de forte expansionismo penal, em que perigosamente o discurso punitivista expande seus poderes, as medidas cautelares devem ser preservadas, tanto quanto possível, como mecanismos destinados àquilo que consta em lei, para evitar prisões desnecessárias, quando, na contramão disto, maus presságios nos indicam que serão, como já estão sendo, amplamente acionadas como instrumento do poder de punir, sem que se afigure palpável qualquer razão para sua decretação.

Na aplicação das medidas cautelares, deve-se ter em conta a Magna Carta como guia de orientação, pois a efetivação da justiça não pode se dar sem a observância efetiva e afetiva da Carta Constituinte. É preciso, pois, lutar contra a sanha punitiva que alimenta a atuação da mídia de espetáculo e de muitos membros do Poder Judiciário, tudo isso para que os excessos tirânicos sejam evitados.

Assim, falar em um direito processual penal efetivador de direitos fundamentais é falar de resistência, vez que, para conter o expansionismo penal de nossa época, é preciso olhar o processo de forma mais complexa e sensível, evidenciando uma maneira de ver o processo que tem no garantismo o seu coração pulsante.

Tal movimento envolve, pois, um exercício ético para reconhecer que os problemas sociais, as assimetrias e as desigualdades não são questões simplistas, criadas automaticamente, mas uma construção histórica com capacidade de atualização, logo, ao lado das novidades e emergências tecnológicas, haveremos de conviver com problemas de outrora.

No entanto, pensar o processo penal de forma efetivadora, ou melhor, vê-lo pela lente da emancipação, parece-nos um desafio extremamente importante na contemporaneidade. Para tanto, é preciso um movimento de desconstrução da maneira tradicionalista de ver o poder de punir, forma esta que prevê o arbítrio e a truculência como meios de aterrorização dos civis, além de se dirigir ao acusado

como se se tratasse de um *não-humano*, cuja infame existência deveria ser, se não extinta, alienada de sua dignidade.

Contra isso, a visão emancipadora do processo penal envolve entendê-lo como sistema dinâmico, garantista, cuja razão de existir constitui um desdobramento da Carta Magna. Por isso, as medidas cautelares têm a sua importância, mas as suas aplicações têm de se orientar, hermeneuticamente, pela preservação dos direitos fundamentais do indivíduo, com direito à vida, à dignidade e, muito claramente, à liberdade.

REFERÊNCIAS

ALBANO, Wladimir Mattos. **Os tratados internacionais sobre direitos humanos, o direito a não auto-incriminação, as declarações tributárias obrigatórias e os crimes contra a ordem tributária.** Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8049>. Acesso em 12 de maio de 2013.

ALMEIDA, Raquel Lençoni de. **REFORMA PROCESSUAL PENAL DE 2011, MEDIDAS CAUTELARES E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM ESTUDO À LUZ DOS VALORES CONSTITUCIONAIS.** 2011. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”, Presidente Prudente/SP.

ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 2, fasc. 2, 1992. p.185.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Código de Processo Penal Anotado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **Direitos humanos fundamentais – doutrina e jurisprudência selecionada.** Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Omissão Estatal e Prisão Domiciliar. **Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal.** Ano IX, nº 51 – dez./jan. Porto Alegre: Magister, 2013.

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Desconstruindo a Ordem Pública e Reconstruindo a Prisão Preventiva. **Revista Síntese.** Direito Penal e Processual Penal. Assunto Especial - Doutrina. Ano XI, nº 64, out./nov. 2010, p. 50-53.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços.** Edição eletrônica. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/aosmoccos.pdf>>. Acesso em 15 de junho de 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** 2. ed. São Paulo: Edijur, 2012.

BITENCOURT, Cezar. **A Falência da Pena de Prisão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Trad. Celso Lafer. São Paulo: Elsevier, 2004

BONFIM, Edilson Mougnot. **Código de Processo Penal (Comentários À lei nº 12.403 de 04.05.2011).** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Fiança não pode ser aplicada como antecipação de pena. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-21/direito-defesa-fianca-nao-aplicada-antecipacao-pena>>. Acesso 26 junho de 2017

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____, **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. BRASIL. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm Acesso em 05 de março de 2012.

_____, **Lei nº 11.313 de 28 de junho de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm>. Acesso em 05 de março de 2012.

_____, **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 05 de maio de 2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 141.566/MG. Paciente: José Pereira de Santana. Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJSP), 2009. **Revista Síntese**. Direito Penal e Processual Penal. Assunto Especial – Jurisprudência. Ano XI, nº 64, out./nov. 2010.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Edijur, 2011.

CAIADO, Nuno. 16 pontos críticos para a construção de um projeto de vigilância eletrônica como meio de controle penal. **Revista Síntese**. Direito Penal e Processual Penal. Assunto Especial - Doutrina. Ano XI, nº 65, dez./jan. 2011, p. 22-36.

CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais (Prisão e Liberdade Provisória)**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti. **Violência Doméstica (Análise artigo por artigo da lei “Maria da Penha”, nº 11.340/2006)**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2008.

CINTRA, A.C.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COUTRIM, Gilberto. **História Global: Brasil e Geral – Volume Único**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____, **Código Penal Comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FARIAS, Vilson. A Lei nº 12.403/2011 e as Alterações Promovidas no Código de Processo Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal**. Ano VII, nº 42, jun./jul. 2011. Porto Alegre: Magister, 2011.

FEITOSA, Denilson. **Direito Processual Penal**. 6. ed. Niterói: Ímpetus, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

FONSECA, Gilson. Impossibilidade de condenação criminal sem prova da materialidade. **Revista Âmbito Jurídico**. Nov./2003. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php>>. Acesso em: 8 nov. 2011.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões. Traduzido por Raquel Ramalhe. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos: Notas Sobre a Lei 8.072/90**. 2ª edição. São Paulo: Editora RT, 1992

FREITAS, Paulo Henrique. Monitoração eletrônica e o sistema penal brasileiro. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32207/monitoracao-eletronica-e-o-sistema-prisional-brasileiro>>. Acesso em 07 de junho de

GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código de Processo Penal.Vol. III**. 1 ed. São Paulo: Forense, 1945.

GOMES, Luiz Flávio. Monitoramento Eletrônico. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100621151555150&mode=print>. Acesso em 06 de julho de 2017.

_____; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e Medidas Cautelares**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Processo Penal (Parte Geral)**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. Monitoramento Eletrônico. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819870/monitoramento-eletronico>>. Acesso em 05 de julho de 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais: comentários a lei 9.09/95**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005

LIMA, Marco Antônio Ferreira; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. **Prisões e Medidas Liberatórias (atualizado de acordo com a lei 12.403, de 4 de maio de 2011)**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LIMA, Fausto Rodrigues de. Lei das Cautelares mudou a aplicação da Lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/fausto-lima-lei-medidas-cautelares-mudou-aplicacao-maria-penha>>. Acesso em 27 junho de 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES, Aury Jr. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, volume I. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

_____. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

_____. **Prazo Razoável e (de)Mora Jurisdicional no Prazo Penal**. In *Princípios Penais Constitucionais*. Org. Ricardo Augusto Schmitt. Salvador: Jus Podivm, 2007

MACHADO, Angela C. Cangiano. **Processo Penal (Elementos do Direito)**. 7. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

MACHADO, Stéfano Jander. **A Ressocialização do preso à luz da lei de execução penal**. 2008. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Biguaçu/SC.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade** (o fundamento da imposição de pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana). 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

MINAGÉ, Thiago. **Da prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória (LEI Nº 12.403, DE 04 DE MAIO DE 2011)**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2011.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de junho de 2014** <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>

MIRABETE, Júlio Fabrini; **Juizados Especiais Criminais**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares**. 1. ed. Porto Alegre: Lex Magister, 2011.

_____. **Juizados Especiais Criminais**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

_____, GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **A lei Maria da penha** (aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal). 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. **Penas Restritivas de Direitos - Alternativa de Punição Justa: uma análise dos fins das penas restritivas de direitos à luz da teoria dialética unificadora de Claus Roxin**. 2007. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador/BA.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Prisão e Liberdade (as reformas processuais penais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011)**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 8. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PEREIRA, Márcio Ferreira Rodrigues. A prisão preventiva examinada à luz da filosofia política de John Locke: um caso de ilegitimidade do poder estatal. **Revista Síntese**. Direito Penal e Processual Penal. Assunto Especial - Doutrina. Ano XI, nº 64, out./nov. 2010, p. 55-69.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de Pinho. Jogo de Azar ou Direito Penal Democrático: Façam suas apostas. **Revista Baiana de Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, v. 3, 2009, p. 209-228.

PIOVESAN, Flávia; **Direitos Humanos e o Direito Internacional**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1996

PIRES, Amom Albernaz. **A Opção Legislativa pela Política Criminal Extrapenal e a Natureza Jurídica das Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha**. Brasília: Revista do MPDFT, v.1, n. 5, 2011

PRUDÊNCIO, Simone Silva. Garantias constitucionais e o processo penal: uma visão pelo prisma do devido processo legal. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 297-320, jul./dez. 2010.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Monitoramento Eletrônico: uma efetiva alternativa à prisão?. **Revista Síntese**. Direito Penal e Processual Penal. Assunto Especial - Doutrina. Ano XI, nº 65, dez./jan. 2011, p. 7-19.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Processo Penal (Procedimentos, Nulidades e Recursos).

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Fiança penal: algumas considerações*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. – Acesso em 18 de maio de 2017.

SAMPAIO, Eledison; ROTONDANO, José. Interfaces da segurança nas sociedades de controle. **Revista O olho da História**, N. 22, abril, 2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **O Novo Processo Penal Cautelar**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

SANTOS, Marisa Ferreira dos; CHIMENTI, Ricardo Cunha. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 8. ed. Vol. 15, tomo II. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, J.A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória (Teoria e Prática)**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

SCHNEIDER, Admara. **O Novo Regime das Cautelares no Processo Penal**. Org. Paulo Baldez et al. 1 ed. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011

SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação, Tomo I**. Trad. Jair Barboza. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015

TAVARES, L.R. **Prisão preventiva ontem e hoje: paradigma e diretrizes pela lei nº 12.403/2011**. 2011. 122p. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, 2011.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal (de acordo com as leis 12.403/2011, 12.432/2011 e 12.433/2011)**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____ ; ROQUE, Fábio. **Código de Processo Penal para concursos (Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concursos)**. 2. ed. Ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal. v.1.** 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

VARGAS, J.C. **Processo penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

TUCCI, Rogério. **Do Corpo de Delito no Direito Processual Penal Brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1993