

UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS – UFGD

Ernesto Miguel Mendes Júnior

A aplicação das medidas alternativas à prisão preventiva

Dourados – MS

Abril – 2016

Ernesto Miguel Mendes Júnior

A aplicação das medidas alternativas à prisão preventiva

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Banca Examinadora da
Universidade Federal da Grande
Dourados, como pré-requisito para
obtenção do título de Bacharel em
Direito, sob a orientação do Prof. Me.
Adilson Josemar Puhl

Dourados – MS

Abril – 2016



ATA DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos dezoito dias do mês de Abril de 2016, compareceu para defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso, requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito o (a) aluno (a) **ERNESTO MIGUEL MENDES JÚNIOR** tendo como título "*A Aplicação das Medidas Alternativas à Prisão Preventiva*".

Constituíram a Banca Examinadora os professores Me. Adilson Josemar Puhl (orientador), Dr. Gustavo de Souza Preussler (examinador) e o Dr^a. Simone Becker (examinador).

Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado (a) aprovado.

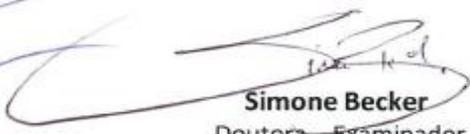
Por nada mais terem a declarar, assinam a presente Ata.

Observações: _____

Assinaturas:


Adilson Josemar Puhl
Mestre – Orientador


Gustavo de Souza Preussler
Doutor – Examinador


Simone Becker
Doutora – Examinador

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

J99a Mendes Júnior, Ernesto Miguel

A aplicação das medidas alternativas à prisão preventiva / Ernesto Miguel Mendes
Júnior -- Dourados: UFGD, 2016.
115f. : il. ; 30 cm.

Orientador: Adilson Josemar Puhl

TCC (graduação em Direito) - Faculdade de Direito e Relações Internacionais,
Universidade Federal da Grande Dourados.

Inclui bibliografia

1. Lei 12.403/2011. 2. Medidas cautelares alternativas à prisão. 3. Sistema prisional brasileiro. 4. Desencarceramento prisional. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.

“Felizes as pouquíssimas nações que não esperaram que revoluções lentas e vicissitudes humanas fizessem do excesso do mal uma orientação para o bem, e que, mediante leis sábias, apressaram a passagem de um para o outro.”

CESARE BECCARIA

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar a aplicabilidade das medidas alternativas à prisão preventiva, trazidas pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, levando em consideração o contexto social e prisional brasileiro. A lei 12.403/2011 alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal no tocante à prisão processual, fiança, liberdade provisória e inova, sobretudo, com as medidas cautelares alternativas à prisão processual, as quais buscam preencher lacuna existente na legislação pátria, de modo a restringir o ambiente pernicioso do cárcere apenas àqueles que não tenham quaisquer condições de permanecerem em convívio social. De forma geral, a temática abordada tem como objetivo demonstrar a problemática do excessivo encarceramento na fase processual, analisando o conceito amplo da referida lei e as práticas surgidas após a sua publicação. Para a elaboração do estudo, empregamos a metodologia exploratória descritiva, embasada no método indutivo e analítico. Como referencial teórico, foram utilizados dados estatísticos, gráficos, legislações, doutrina, jurisprudências, bem como livros e artigos, entre outros, produzindo-se o trabalho calcado em vários autores clássicos e pesquisadores especialistas renomados no tema abordado. Por fim, salientamos que mesmo após o advento da Lei 12.403/2011, quase metade da população carcerária continua sendo de presos provisórios, evidenciando a necessidade de promover-se profunda mudança de paradigma para que, de um lado, equalize-se a situação prisional com observância às normas e princípios constitucionais e, de outro, acelere-se a entrega jurisdicional na persecução penal brasileira.

Palavras-chave: Lei 12.403/2011, Medidas cautelares alternativas à prisão, Sistema Prisional brasileiro, Desencarceramento prisional.

ABSTRACT

This paper proposes to examine the applicability of alternatives to remand, introduced by Law 12.403, of May 4, 2011, taking into account the Brazilian social and prison context. Law 12.403/2011 amended several provisions of the Criminal Procedure Code regarding the procedural arrest, bail, bail and innovation, especially with alternative protective measures to procedural prison, which seek to fill gap in Brazilian legislation, so restrict harmful environmental prison only to those who do not have any conditions to remain in social life. In general, the theme addressed aims to demonstrate the problem of over-incarceration in the procedural phase, analyzing the broad concept of the law and the practices that emerged after editing. For the preparation of the study, we used the descriptive exploratory methodology, based on inductive and analytical method. As a theoretical framework, statistical data were used, graphics, laws, doctrine, jurisprudence, as well as books and articles, among others, producing work with the contribution of various classical authors and researchers renowned experts in the topic discussed. Finally, we note that even after the enactment of Law 12.403/2011, almost half of the prison population remains of pre-trial detainees, highlighting the need to promote yourself profound paradigm shift that, on the one hand, equalize to prison situation in compliance with the constitutional rules and principles and on the other, speed up the judicial delivery in Brazilian criminal prosecution.

Keywords: Law 12.403/2011, Alternatives to prison precautionary measures, Brazilian Prison System, Extradition process.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 - Alterações da Lei 12.403/2011.....	42
FIGURA 2 – Crescimento da População Carcerária.....	91
FIGURA 3 - Panorama prisional brasileiro dados Infopen.....	93
FIGURA 4 - Número de pessoas presas no Brasil dados CNJ.....	94
FIGURA 5 - Panorama prisional brasileiro dados CNJ.....	95
FIGURA 6 - Ranking prisional no mundo dados Infopen.....	96
FIGURA 7 - Ranking prisional no mundo dados CNJ.....	97
FIGURA 8 - Variação da taxa de aprisionamento dos países de maior população carcerária.....	98
FIGURA 9 - Crescimento do número de pessoas privadas de liberdade.....	99
FIGURA 10 - Evolução do número de presos provisórios.....	100
FIGURA 11 - Comparativo entre presos provisórios e presos condenados.....	102
FIGURA 12 - Variação do percentual de presos provisórios.....	103
FIGURA 13 - Taxa de aprisionamento por unidades da federação.....	104
FIGURA 14 - Taxa de presos provisórios por unidades da federação.....	105
FIGURA 15 - Taxa de ocupação do sistema prisional.....	106

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CLASSIFICAÇÃO: DIREITO PENAL OBJETIVO E SUBJETIVO	11
3. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL	13
3.1 Tempos primitivos	13
3.2 Vingança privada	13
3.3 Composição	14
3.4 Direito Penal medieval	15
3.5 Período humanista	18
4. A OBRA VIGIAR E PUNIR DE FOUCAULT	21
4.1 Um grito de alerta	21
4.2 Da prisão	24
4.2.1 Da extensão da pena	27
4.2.2 Do desenvolvimento de organizações criminosas na prisão	28
5. PRISÃO NO BRASIL	32
5.1 Dias atuais	34
6. DO CONCEITO DE PRISÃO	36
6.1 Diferenciação entre prisão pena e prisão cautelar	36
6.2 Prisões cautelares antes do advento da lei 12.403/2011	36
6.3 Espécies de prisão	37
6.4 Sistema binário X sistema multicautelar	39
7. LEI 12.403/2011	40
7.1 Das Alterações Promovidas	41
8. DAS MEDIDAS CAUTELARES	44
8.1 Medidas cautelares patrimoniais	44
8.2 Medidas cautelares pessoais	45
8.3 Medidas cautelares diversas da prisão	47
8.3.1 Acessoriedade	47
8.3.2 Instrumentalidade hipotética	48
8.3.3 Provisoriedade	48
8.3.4 Revogabilidade ou Provisionalidade	49
8.3.5 Substitutividade	50
8.3.6 Excepcionalidade	50
8.3.7 Homogeneidade	57
8.4 <i>Fumus commissi delicti</i> – requisito basilar	58
8.5 <i>Periculum libertatis</i> – fundamento das cautelares	60
8.6 Legalidade	61
8.7 Cabimento das medidas cautelares diversas da prisão	64
8.8 Princípio da proporcionalidade	65
8.8.1 Origens do princípio da proporcionalidade	66
8.8.2 Efeitos no direito brasileiro	67
8.9 Princípio da proporcionalidade em suas três máximas parciais	68
8.9.1 Adequação	69
8.9.2 Necessidade	71
8.9.3 Proporcionalidade em sentido estrito	72
8.10 Justificação teleológica	74
8.11 Jurisdicionalidade	75

8.12 Motivabilidade.....	75
9. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO EM ESPÉCIE	77
9.1 Comparecimento periódico em juízo.....	77
9.2 Proibição de frequência a determinados lugares	78
9.3 Proibição de manter contato com determinada pessoa.....	78
9.4 Proibição de ausentar-se da comarca.....	78
9.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga.....	79
9.6 Suspensão do exercício de função pública ou atividade.....	79
9.7 Internação provisória do inimputável ou semi-imputável	80
9.8 Fiança	80
9.9 Monitoração eletrônica e outras tecnologias com vistas ao desencarceramento.....	81
9.10 Prisão domiciliar como medida cautelar	84
9.10.1 Prisão domiciliar como medida cautelar autônoma.....	85
10. PANORAMA ATUAL DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO.....	90
10.1 Análise dos dados estatísticos prisionais	92
10.2 Contextualização do sistema prisional brasileiro	95
11. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	107
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	110

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, os números da criminalidade apresentaram uma vertiginosa escalada nos últimos anos, ocasionando gigantescos custos sociais e econômicos, além de trazer grande sensação de insegurança à população.

Paralelamente à disparada dos índices criminais nas últimas décadas, experimentamos uma proporcional e contínua aceleração do número de pessoas presas no país o que rapidamente levou a um quadro de superpopulação prisional. Importa salientar, que nesse cenário de superlotação, os indivíduos presos provisoriamente ocupam grande parte das vagas do deficitário sistema prisional brasileiro, portanto, os presos provisionais apresentam-se como importante fator no inflacionamento do déficit de vagas. Logo, viu-se a necessidade de instituir regramento que oportunizasse critérios mais claros para a decretação da prisão preventiva, a estabelecendo como a *ultima ratio* das cautelares restritivas da liberdade, como forma de tentar reverter à instituída banalização da prisão processual.

As medidas cautelares alternativas à prisão, previstas na Lei 12.403/2011, tem o escopo de efetivar um processo que reconheça de fato a pessoa que tem sua liberdade restringida ou cerceada como sujeito de direito.

É verdade que há muita repercussão, polêmica e resistência, até por parte dos operadores do direito, envolvendo o tema. O que demonstra o quão importante é a discussão que incentiva a aplicação criteriosa da prisão preventiva sem que se percam de vista os direitos constitucionais do cidadão.

Exige-se um julgamento criterioso por parte dos operadores do Direito para que de um lado não se aplique a lei ao seu próprio arrepio e por outro não se transmita uma profunda sensação de impunidade à sociedade.

2 CLASSIFICAÇÃO: DIREITO PENAL OBJETIVO E SUBJETIVO

O Estado instituiu preceitos que regulam a vida dentro da sociedade, o conjunto de preceitos e normas estabelecidos é denominado direito objetivo. Esse conjunto de normas exterioriza a vontade do Estado quanto à regulamentação das relações sociais, entre indivíduos, entre organismos do estado ou entre uns e outros. (MIRABETE, 2005, p.23).

Segundo Ferreira (1995, p.53), a sociedade define a esfera de comportamentos socialmente aceitáveis, definindo, ao mesmo tempo, uma gama de condutas desviantes. Logo, todo ato criminoso seria qualquer sentimento que ofenda a consciência coletiva. (FERREIRA, 1995, p.429)

O direito objetivo apresenta-se como o conjunto de normas jurídicas que definem as condutas ilícitas, tipificando as infrações penais, buscando o comportamento ideal do indivíduo no mundo do dever ser, pleiteando que tais normas sejam respeitadas por todos os indivíduos de uma determinada sociedade. Já o direito de fazer cumprir o interesse protegido pela lei é denominado de direito subjetivo.

Conforme conceitua Mirabete,

Nessa hipótese, em que se lesa ou põe em perigo direito que interessa à própria sociedade, o estado, cuja finalidade é a consecução do bem comum, investido por isso no direito de punir (*jus puniendi*), institui sanções penais contra o infrator. (MIRABETE, 2005, p.24)

À luz do direito pátrio, a sanção penal, é a forma direta pela qual o Estado impõe sua vontade, conforme previsto no preceito majoritário, nos termos do art. 144 da Constituição Federal da República (CFRFB/1988), o Estado tem o poder-dever de punir o infrator e assegurar a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

O direito subjetivo é a exteriorização da vontade do Estado - que deve coincidir com a vontade da coletividade – trata-se aqui do *ius puniendi*. É cedido ao Estado um pouco da liberdade individual de cada um, para que então o ente estatal tenha legitimidade de exercer o direito de punir contra todos os que afrontem à lei, representa a própria soberania de uma nação, é o que prega o contratualismo de Rousseau.

Esclarece o assunto Beccaria,

Cansados de viver num contínuo estado de guerra e de encontrar inimigos por toda a parte, cansados de uma liberdade tornada inútil por causa da incerteza de sua

conservação, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, constitui a soberania de uma nação;(...)

Mas era insuficiente, porém, a formação desse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações privadas de cada homem em particular, pois tal é a tendência do homem em particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros.

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

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

A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem fixar a pena de cada delito; e que somente o legislador tem a autoridade de fazer leis penais, pois o mesmo representa toda a sociedade unida por um contrato social.

Nenhum magistrado, que também faz parte da sociedade, pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída em lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois a pena justa é acrescida de um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob qualquer pretexto do bem público, aumentar a pena estabelecida para um cidadão delincente.

(...) mesmo que os castigos cruéis não se opusessem diretamente ao bem público e ao fim que se lhes atribui, o de impedir os crimes, bastará provar que essa crueldade é inútil, para que se deva considerá-la como odiosa, revoltante, contrária a toda justiça e à própria natureza do contrato social. (BECCARIA, 2012, p. 16-19)

Conforme as lições de Montesquieu¹, “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem. Se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem, ele já não teria liberdade, pois os outros teriam igualmente esse poder”. (MONTESQUIEU, XI, p.3)

Para Sigmund Freud:

A vida humana em comum só se torna possível, quando se reúne uma maioria mais forte do que qualquer indivíduo isolado e que permanece unida contra todos os indivíduos isolados. O poder dessa comunidade é então estabelecido como ‘direito’, em oposição ao poder do indivíduo, condenado como ‘força bruta’. A substituição do poder do indivíduo pelo poder de uma comunidade constitui o passo decisivo de uma civilização (FREUD, 1997, p. 49)

Deve-se, portanto, atentar para o fato de que o direito de punir estatal está fielmente vinculado à lei. De modo que só poderá ser exercido dentro dos limites estabelecidos pela lei penal e processual penal, assegurados especialmente os direitos fundamentais elencados na Carta Magna.

¹ O Espírito das Leis, capítulo 3, livro 11

3 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

3.1 Tempos Primitivos

Nos primórdios das sociedades, a conduta em sociedade regulava-se pelo temor religioso ou místico. Baseavam-se nos *totens* – divindades de diversas formas animal, vegetal ou fenômeno natural que influenciavam os comportamentos e crenças – uma doutrina de premiação ou castigo conforme a conduta do indivíduo.

Para esses povos a lei tinha origem divina e a sua violação representava uma ofensa aos deuses. Uma das reações era o desterro que consistia no banimento do infrator do grupo – o quase sempre representava a própria morte – como forma de evitar o castigo dos seres sobrenaturais.

3.2 Vingança Privada

Nas sociedades primitivas, não existiam ainda leis codificadas ou um Estado constituído. Imperava nesses tempos a lei do mais forte e a justiça era feita em regime de vingança privada.

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que o impedissem de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação da sua pretensão. A própria repressão aos criminosos se fazia em regime de vingança privada e, quando o Estado chamou a si o *jus punitiois*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas. (CINTRA, Antônio Carlos de; *Et al*, p.21)

Durante a idade antiga, predominou a fase da vingança privada, na qual o particular, fazendo uso de suas próprias forças, poderia reagir ao crime cometido punindo ele próprio o autor do delito. Comumente a vingança era dirigida contra todos do grupo do agressor, visto

que era considerada uma obrigação religiosa e sagrada de toda a tribo, culminando, muitas vezes na aniquilação de grupos rivais.

“Com a evolução social, para evitar a dizimação de tribos, surge o talião (de talis = tal), que limita a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado (sangue por sangue, olho por olho, dente por dente). Adotado no código de Hamurábi (Babilônia), no Êxodo (povo Hebraico) e na Lei da XII tábuas (Roma), foi ele um grande avanço na história do Direito Penal por reduzir a abrangência da ação punitiva .” (MIRABETE, 2007, p.17)

As civilizações mesopotâmicas foram pioneiras em codificar leis. O Código de Hamurabi (1772-1750 a.C.) é o mais conhecido deles. Os antigos códigos Babilônicos previam uma série de punições, incluindo variadas formas de pena de morte e de mutilações. A prisão era reservada aos casos de dívida, rapina, corrupção, rebelião de escravos e para estrangeiros cativos. (Cf. MORRIS e ROTHMAN, 1997: p. 9)

Segundo Gomes (2010), a prisão surge, em verdade, com o simples propósito de deter o apenado, evitando que se furte à aplicação da pena definitiva, a qual costumeiramente era a pena de morte ou de flagelação corporal:

O cárcere surgiu sem planejamento, sendo desde o início um local de transição, onde seres humanos eram amontoados, para posteriormente, receberem uma punição mais severa, que poderia ser desde o castigo corporal como os açoites, até as penas de morte. (GOMES, 2010, p.20)

“Na Grécia antiga, existiam três tipos de prisão, a primeira servia para guardar as pessoas cujo objetivo era prevenir futuros delitos, a segunda era corretiva e a terceira o isolamento total até a morte do indivíduo”. (CHIAVERINI, 2009. p. 5)

Em 450 a. C., instituiu-se o marco inicial do Direito Romano, A Lei das XII Tábuas, que versava sobre a organização, as normas e os procedimentos judiciais. Influenciando a estrutura de todos os corpos jurídicos do ocidente.

3.3 Composição

Com passar do tempo, a vingança foi aos poucos sendo suplantada por outra forma de resolução do conflito: a composição, que somada à fiança, foram os métodos de punição alternativos prediletos durante boa parte da Idade Média.

Acerca do tema esclarece Foucault,

Pode-se interromper a série de vinganças com um pacto. Nesse momento os dois adversários recorrem a um árbitro que, de acordo com eles e com seu consentimento mútuo, vai estabelecer uma soma em dinheiro que constitui o resgate.(...) Nesse procedimento do Direito Germânico, um dos dois adversário resgata o direito de ter a paz, de escapar à possível vingança de seu adversário. Ele resgata sua própria vida e não o sangue que derramou, pondo assim fim à guerra.(...) (FOUCAULT, 2005: p.57)

Interessante observar, que os valores pagos à vítima variavam conforme a classe social a que pertencia o criminoso e conforme a classe social da própria vítima. Esses valores não eram dotados de caráter indenizatório, serviam para celebrar um pacto com o objetivo de evitar que o agressor tivesse de pagar com a própria mutilação ou tivesse de resistir a uma guerra infundável. Nascia aí uma alternativa a vingança: o resgate. (SCHMIDT DE OLIVEIRA, 1999).

3.4 Direito Penal medieval

Na idade média, sobretudo a partir do século XII, após os períodos de influência do direito romano e germânico, a Igreja, à proporção que crescia em domínio e poder, passou a exercer decisiva e poderosa influência sob o direito penal. Essa fase é conhecida como direito Canônico, ou ainda, Direito Penal da Igreja e foi marcada por certa confusão entre o que era considerado pecado e o que era considerado crime.

A Igreja retirou da vítima o direito de vingança e a princípio estabeleceu um processo de humanização das penas. Nesse sentido, passou a utilizar-se da prisão, que antes servia para punir monges e clérigos que não cumpriam com suas obrigações, os quais eram coagidos a se recolherem em suas celas e se dedicarem à meditação para buscar a expiação dos pecados. (MACHADO, *Et al.*, 2013).

Contudo, esse período de humanização não durou muito, logo se seguiu profunda perseguição aos que eram contrários aos dogmas da Igreja Católica, mormente com a criação do Tribunal do Santo Ofício da Inquisição, no século IX, responsável pela execução de milhares de pessoas das formas mais cruéis, como queimadas em fogueiras, por enforcamento, por afogamento ou por soterramento.

Considera Faria, que nesse contexto, a prisão ganhou importância:

A partir do século XII, com a criação do Santo Ofício da inquisição a prisão tomou grandes importâncias e passou a ser utilizada com maior frequência, visto assim,

como um efeito natural da acusação, que deveria ter o acusado a sua disposição com o objetivo de se obter a confissão, “rainha das provas” (FARIA, 2009, p. 10).

Nesse período, a prática da tortura tornou-se constante, a Igreja via o “instrumento espiritual do castigo” como meio coercitivo de obter confissão ou como forma de obrigar os hereges a se arrependem dos pecados, bem como forçar a conversão ao catolicismo. (CHIAVERINI, 2009)

Até meados do século XVIII – Período Iluminista – persistiram as penas aflitivas e cruéis, o corpo pagava por meio de flagelos o mal praticado. A infração penal era redimida com o sofrimento atroz do criminoso. A partir da segunda metade do século XVIII, as penas corporais aflitivas passaram a ser substituídas progressivamente pela pena de privação da liberdade, especialmente na passagem do Antigo Regime para o Estado Constitucional. Antes as penas mais aplicadas eram a pena de morte, as penas corporais, as penas infamantes e ainda penas pecuniárias em casos de menor gravidade.

O sistema utilizado para repressão ao crime, ia da exposição pública do condenado à torturas para obter confissões ou delações. A começar pela exibição humilhante em carroças, que passavam por todo o vilarejo até chegar ao cárcere, onde era contido até a execução da sua pena, que eram realizadas em praça pública, sob os olhares curiosos da população. (CARTA CAPITAL, 2013)

Com o decorrer dos anos, por força da evolução social e da exigência da dignificação da aplicação penal, extinguiu-se esse tipo tormentoso de pena, como, por exemplo, o esquartejamento em praça pública. Nesse período foi criado um regulamento para os encarcerados a “Casa dos Jovens detentos em Paris”, que consagrou a utilização do tempo, durante o período de cárcere. Havia tempo para dormir, levantar, comer, trabalhar e estudar.

O ciclo de suplício² passou a ter conotação negativa, se assemelhando o criminoso com seus algozes, os últimos suspiros do executado eram sentidos pela população como quem pedia piedade e compaixão já seu carrasco era visto como incitador da violência. Para

² Imperioso esclarecer a acepção do termo suplício não se trata de uma simples lesão corporal, mas sim um ritual demasiadamente doloroso, com requintes de barbárie e perversidade, cujo personagem principal é o povo, para servir como exemplo à sociedade a não delinquir, provocando um espetáculo sangrento, o trabalho era interrompido, aos policiais e carrascos lhe jogavam pedras e os ofendiam. A pena para ser suplício atende a alguns requisitos deve gerar exorbitante sofrido, não é a morte simplesmente, mas a graduação da dor até seu último estágio. “a morte suplício é a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em mil mortes”. A intensidade da dor está associada ao crime cometido, existe o código jurídico da dor e tem como objetivo “purgar” o crime. (Foucault, 2012)

Foucault: “A certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro”. (FOUCAULT, 2012, p.13)

Ocorre que com o advento da urbanização repentina da sociedade, multiplicaram-se os miseráveis e com estes os crimes contra o patrimônio. Nessa mesma época, houve o retorno do poder punitivo para as mãos do Estado o que distanciou o conceito de pecado e de crime. Com isso, no entanto, a parcela excluída da sociedade tornou-se objeto de rígido controle social, por meio do direito penal.

Durante o absolutismo – também conhecido como a “Idade dos Mendigos” – com o escopo de deter a proliferação de desocupados e mendigos, adotou-se uma política criminal impiedosa. Banalizou-se a vida humana, de modo que a pena de morte passou ser resposta penal habitual, com a conseqüente eliminação dos desajustados e dos excluídos socialmente. O direito penal passou a ser um instrumento dos governos para a intimidação e controle da população miserável.

Na maioria dos países europeus, com exceção da Inglaterra, o processo criminal era sigiloso até a prolação da sentença, inclusive para o acusado, o conhecimento do processo era dado apenas ao órgão acusador. “O mais diligente e o mais secretamente que se puder fazer, dizia o edito de 1498”. Ao Juiz, eram dados plenos poderes de interrogar, receber denúncias anônimas, de ocultar ao acusado qual era a acusação, o magistrado possuía poderes absolutos.

Com a revolução comercial – movida pelo mercantilismo e colonialismo – e conseqüente urgência de mão de obra, somada a Peste Negra – que dizimou quase um terço da população europeia – a vida humana começa a recobrar seu valor. Não pela bondade e benevolência dos soberanos da época, é verdade, mas sim por força de um cenário de severa escassez de mão de obra, no qual se concluiu que o criminoso serviria mais à sociedade através da exploração da força de trabalho, do que morto.

Foucault, tal e qual Rusche e Kirchheimer, acreditava que os suplícios eram efeito de um regime de produção em que as forças de trabalho, e, portanto, o corpo humano, não têm utilidade nem o valor de mercado que lhes seriam conferidas numa sociedade do tipo industrial. É certo também que as devastações pela doença e pela fome, os morticínios periódicos das epidemias, a enorme mortalidade infantil, enfim à agressão permanente à vida tornou a morte familiar aos que viveram naquela época. (FOUCAULT, 2012)

Nesse Diapasão, (Rusche e Kirchheimer, 1939) entabularam a correlação entre os regimes punitivos e os sistemas de produção. Em uma economia servil, os mecanismos punitivos teriam a função de fornecer mão de obra complementar e implantar um trabalho civil forçado, paralelamente às forças da guerra e comércio. Durante o período do feudalismo

a moeda e a produção não eram robustas e subitamente cresceram as súplicas, os castigos e a tortura em desfavor dos miseráveis.

Nesse momento histórico, surgem as primeiras casas de correção no século XVII na Inglaterra. Educar o pobre e o criminoso para atender as necessidades mercantis passou a ser o objetivo precípua do direito penal. O trabalho forçado surgiu como opção da economia e viria perder espaço com a revolução industrial, que pretendia uma mão de obra livre que também pudesse consumir.

3.5 Período Humanista

Por influência do Iluminismo, inicia-se o chamado Período Humanitário do Direito Penal (1750 - 1850). O movimento pregava a reforma das leis e da justiça criminal. Os pensadores da época passaram a discutir a brutalidade das penas, o direito de punir estatal e a legitimidade das penas.

A tortura é delatada no fim do século XVIII, é posto fim as barbáries e atrocidades, havia protestos entre os pensadores, legisladores, juristas e magistrados e logo foi banido o suplício – que se tornou algo vergonhoso e justiceiro – assim as leis se tornaram menos brutais. (FOUCAULT, 2012)

Analisa Luís Flávio Gomes,

Com a evolução da sociedade a punição foi paulatinamente deixando de ser um espetáculo de morte em praça pública, pois começaram a surgir pensadores que levantavam a bandeira de que o rito de suplício e sofrimento que levava a morte o apenado igualava-se ao crime cometido sendo que muitas vezes o ultrapassava em brutalidade, e que tal procedimento deveria ser afastado, pois a pena de morte imposta não se apoiava em nenhum direito (GOMES, 2010, p.20)

Após a Revolução Francesa (1789 – 1799), com o advento da declaração dos direitos do homem e cidadão, a pena de privação de liberdade ganhou força, estimulada pela aplicação do, ainda embrionário, princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto de mudança de opção punitiva, disse Foucault que, a partir de então, o sofrimento não mais recairia sobre o corpo do condenado, mas sim sobre a sua alma, referindo-se a pena de prisão.

No século XIX, o teatro da dor é dissipado, o cárcere passa a ser menos rigoroso que o próprio trabalho de operários e pobres, a punição não é mais física. A privação da liberdade passa a ser a maior das penas por atuar na alma do condenado e não mais somente em seu corpo físico. No dizeres de G. Mably, “Que o castigo, se assim posso exprimir, fira mais a alma do que o corpo”.

Destarte, Elías Neuman dividiu a evolução da pena privativa de liberdade em quatro períodos bem definidos:

- 1) *Período anterior à pena privativa de liberdade*, no qual a prisão constitui um meio de assegurar a presença da pessoa do réu ao ato judicial.
- 2) *Período de exploração*. O Estado adverte que o condenado constitui um apreciável valor econômico em trabalhos penosos; a privação de liberdade é um meio de assegurar sua utilização em trabalhos penosos.
- 3) *Período correcionalista e moralizador*. Encarnado pelas instituições do século XVIII e pelos princípios do século XIX.
- 4) *Período de readaptação social ou ressocialização*. Sobre a base da individualização penal, o tratamento penitenciário e pós-penitenciário. (NEUMAN,1974, p. 9)

De qualquer maneira, quando nos deparamos com uma pena de privação de liberdade, isto é, aquela em virtude da qual utilizamos o tempo de vida do condenado como forma de punição. Devemos dispensar especial atenção para esta concepção abstrata que é a justiça. Visto que jamais se poderá devolver o tempo transcorrido a um ser. Há que se ter em mente que restarão frustrados os sonhos, projetos, empreendimentos, enfim a própria vida do indivíduo, que não pode gozar de sua liberdade. Com precisão afirma Mumford, ao dizer que não se pode restituir o tempo como se pode restituir o dinheiro.

A aplicação da justiça através do tempo está intimamente ligada ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. A justiça encontra-se no equilíbrio, nem penas ínfimas nem penas excessivas, para que não se ridicularize o bem jurídico protegido, bem como não se atormente em demasia a alma daquele que cometeu o mal nesta hipótese.

Com o estabelecimento da pena de prisão – justamente com o intuito de buscar uma forma mais digna e humanitária de se punir – inúmeros sistemas buscaram dar utilidade a pena de prisão, além daquela da já óbvia vingança ou, como queiram os mais técnicos, o caráter retributivo do mal praticado. Entretanto, todas tentativas findaram frustradas e as prisões não conseguiram dissuadir criminosos ou terceiros a não delinquir, pelo contrário, serviu para replicar a criminalidade, disse sobre a prisão Foucault: “em vez de devolver à

liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes perigosos” (FOUCAULT, 2012, p. 221).

A privação da liberdade, sem a observância mínima da dignidade humana, acaba por deturpar a personalidade do preso, que por fim interioriza a subcultura das prisões num fenômeno conhecido como *prisionização*.

Neste prumo, Rogério Greco (2011) assevera que o convívio carcerário torna possível a organização de novos grupos criminosos que darão início a uma série de crimes previamente acordados, quando se encontravam juntos na prisão.

4 A OBRA VIGIAR E PUNIR DE FOUCAULT

O filósofo e psicólogo, Michel Foucault, descreveu em sua obra *Vigiar e Punir* as atrocidades que já foram praticadas na persecução penal. Foucault desnudou todos os horrores praticados, em nome da lei, por um sistema descompromissado com a proporcionalidade e a justiça o qual infligiu penas desumanas e atrozes que em nada consideravam a dignidade do ser humano.

4.1 Um grito de alerta

Em sua obra, Foucault anteviu a crise da pena privativa de liberdade ao perceber que o cárcere não se prestava às funções para as quais havia sido criado.

Se sua função era humanizar a pena, não a cumpriu, posto que trancafiar um ser humano em condições precárias, desafia a própria natureza deste e não muito mais o dignifica que as torturantes penas de outrora.

Para ele, por mais que houvesse o condenado descumprido o contrato social, não deixava ele de merecer um tratamento humanitário. Mais que isso, acreditava que o criminoso surgia com parcela de culpa da sociedade, por força do egoísmo dos que muito possuem e nada fazem em prol dos que vivem miseravelmente. Eugenio Raúl Zaffaroni desenvolveu essa teoria, que chamou de *co-culpabilidade social*, e disse que de alguma forma a sociedade deveria ser responsabilizada por sua parcela de culpa na marginalização de parte da sociedade.

Vigiar e punir inicia-se com a minuciosa narrativa da execução de *Robert-François Damiens*, transmitindo o horror e desproporcional martírio a que fora submetido o condenado, ao deslindar a estratégia do Estado em usar o flagelo como demonstração pública de poder e como forma de intimidar os demais, escreveu ele que com a morte em suplício, subdividia-se, multiplicava-se, a morte em outras mil.

Na época, eram comuns agitações em torno da justiça penal e de suas manifestações, que conservavam uma inquietação permanente. Era evidente que o grande espetáculo das penas corria o risco de retornar através dos mesmos a quem se dirigia. O terror incutido pela

política criminal, através dos suplícios acendia focos de ilegalidade que ameaçavam aos governos constituídos.

Acrescenta Foucault,

“Mas principalmente – e aí é que esses inconvenientes se tornavam um perigo político – em nenhuma outra ocasião do que nesses rituais, organizados para mostrar o crime abominável e o poder invencível, o povo se sentia mais próximo dos que sofriam a pena; em nenhuma outra ocasião ele se sentia mais ameaçado, como eles, por uma violência legal sem proporção nem medida. A solidariedade de toda uma camada da população com os que chamaríamos de pequenos delinquentes – vagabundos, falsos mendigos, maus pobres, batedores de carteira, receptadores, passadores – se manifestou com muita continuidade; atestam esse fato a resistência ao policiamento, a caça aos denunciadores, os ataques contra sentinelas ou os inspetores. E era a ruptura dessa solidariedade que visava sempre mais a repressão penal e policial. Muito mais do que o poder soberano, podia essa solidariedade sair reforçada da cerimônia dos suplícios, dessa festa incerta onde a violência era instantaneamente reversível. E os reformadores do século XVIII e XIX não esquecerão que as execuções, no fim das contas, simplesmente não assustavam o povo.” (FOUCAULT, 2012, p. 61)

Na segunda metade do século XVIII, eclodem protestos contra os suplícios: entre filósofos e teóricos do direito; juristas, magistrados e parlamentares. Era necessário punir de outra forma, de modo a eliminar a confrontação física. O suplício tornou-se rapidamente intolerável, visto pelo povo como o *cruel prazer de punir*.

“Perigoso, de qualquer modo, pelo apoio que nele encontram uma contra a outra, a violência do rei e a do povo. Como se o soberano não visse, nessa emulação de atrocidades, um desafio que ele mesmo lança e que poderá ser aceito um dia: acostumado a “ver correr o sangue”, o povo aprende rápido que “só pode se vingar com sangue”. Nessas cerimônias que são objeto de tantas investidas adversas, percebem-se o choque e a desproporção entre a justiça armada e a cólera do povo ameaçado.” (FOUCAULT, 2012, p.71)

Para o autor há dois elementos que estão sempre presentes na reivindicação de uma penalidade suavizada: medida e humanidade. São esses elementos, proporcionalmente necessários e incertos, que encontramos na mesma relação duvidosa, quando abordamos o problema da economia dos castigos.

Foucault afirma, que a reforma do século XVIII se deu durante um processo de afrouxamento da penalidade, ocorreu nessa época um duplo movimento, no qual de um lado os crimes parecem perder violência e de outro as punições reduzem em parte sua intensidade à custa de diversas intervenções. Desde o fim do século XVII, percebe-se uma diminuição dos crimes violentos, com aumento dos crimes de vigarice. Surge uma delinquência limitada e “hábil” em substituição a uma delinquência difusa e ocasional. “Os criminosos do século

XVII são homens prostrados, mal-alimentados, levados pelos impulsos e pela cólera, criminosos de verão, os do século XVII, velhacos, espertos, matreiros que calculam”. (FOUCAULT, 2012, p.73)

Aponta-se para uma mudança na estrutura interna das quadrilhas que passam a agir em pequenos grupos e de forma dissimulada, ao invés de grandes bandos, de uma criminalidade de massa para uma “criminalidade das bordas e margens”, reservado a profissionais.

Essa transformação não pode ser separada de vários processos que lhe servem de base, em primeiro lugar, segundo Pierre Chaunu, uma modificação no jogo de pressões econômicas, de uma elevação geral do nível de vida, de um forte crescimento demográfico, de uma multiplicação das riquezas e das propriedades. Além disso, no decorrer do século XVIII a justiça torna-se mais pesada e lenta. A Justiça tende a levar em conta toda uma pequena delinquência que antigamente deixava facilmente escapar.

A passagem de uma criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude faz parte de todo um mecanismo complexo, no qual fazem parte da engrenagem o aumento da produção e das riquezas, uma valorização jurídica e moral das relações de propriedade, métodos de vigilância mais rigorosos, somado a técnicas de policiamento mais eficazes. A conjuntura que viu nascer a reforma não é de uma nova sensibilidade e sim de uma nova política criminal.

“As camadas mais desfavorecidas da população não tinham privilégios em princípio, mas gozavam, no que lhes impunham as leis e os costumes, de margens de tolerância, conquistadas pela força ou pela obstinação; e essas margens eram para elas condição tão indispensável de existência que muitas vezes estavam prontas a se sublevar para defendê-las; as tentativas periodicamente feitas para reduzi-las, alegando velhas regras ou subutilizando os processos de repressão, provocavam sempre agitações populares, de mesmo modo que as tentativas para reduzir certos privilégios agitavam a nobreza, o clero e a burguesia(...) Podemos dizer que se abriu progressivamente no século XVIII uma crise da ilegalidade popular;”

A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. Divisão que corresponde a uma oposição de classes pois, de um lado, a ilegalidade mais acessível às classes populares será a dos bens – transferência violenta das propriedades; de outro a burguesia, então, se reservará a ilegalidade dos direitos: a possibilidade de desviar seu próprios regulamentos e suas próprias leis; de fazer funcionar todo um imenso setor da circulação econômica por um jogo que se desenrola nas margens da legislação – margens previstas por seu silêncio, ou liberadas por uma tolerância de fato. E essa grande redistribuição das ilegalidades se traduzirá até por uma especialização dos circuitos judiciais; para as ilegalidades de bens – para o roubo – os tribunais ordinários e os castigos; para as ilegalidades de direitos – fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares – jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas etc. A burguesia se reservou o campo fecundo da ilegalidade dos direitos. E, ao mesmo tempo em que essa separação se realiza, afirma-se a necessidade de uma vigilância constante que se faça essencialmente sobre a ilegalidade dos bens. (FOUCAULT, 2012, p. 80-84)

Para Foucault a nova legislação criminal caracteriza-se por uma suavização das penas, uma codificação mais nítida, uma diminuição considerável do arbitrário, apoiadas, de um lado, em uma profunda diminuição da permissividade das ilegalidades e, de outro, em uma rigorosa coerção criminal para sustentar a nova política.

Um sistema penal deve ser concebido como um instrumento para gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las a todas.(...)

No nível dos princípios, essa nova estratégia é facilmente formulada na teoria geral do contrato. Supõe-se que o cidadão tenha aceito, de uma vez por todas, com as leis da sociedade, também aquela que poderá puni-lo. O criminoso aparece então como um ser juridicamente paradoxal. Ele rompeu o pacto, é, portanto, inimigo da sociedade inteira, mas participa da punição que exerce sobre ele. O menor crime ataca toda a sociedade; e toda a sociedade – inclusive o criminoso – está presente na menor punição. O castigo penal é então uma função generalizada, coextensiva ao corpo social e a cada um de seus elementos. Coloca-se então o problema da “medida” e da economia do poder de punir. (FOUCAULT, 2012, p.82-86)

4.2 Da prisão

Para Foucault a prisão marca um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à humanidade. Mas marca também, um momento importante na história desses mecanismos disciplinares em desenvolvimento pelo novo poder de classe, a colonização da instituição judiciária. Com o passar dos séculos, uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos seus membros, na qual cada um deles é representado; mas ao fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos, que atendem aos interesses de uma minoria elitista. Essa é a conjunção do nascimento da pena de prisão, a pena das sociedades civilizadas.

A prisão é menos recente do que se diz quando se faz datar seu nascimento dos novos códigos. A forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constitui fora do aparelho judiciário, quando se elaboravam, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente e classificá-los, tirar deles o máximo de tempo e o máximo de forças, treinar seus corpos, codificar seu comportamento contínuo, mantê-los numa visibilidade sem lacuna, formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e anotações, constituir sobre eles um saber que se acumula e se centraliza. A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, por meio de um trabalho preciso sobre o seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como pena por excelência. No fim do século XVIII e princípio do século XIX, se dá a passagem a uma penalidade de detenção, é verdade; e era coisa nova.(...) Não foi o acaso, não foi o capricho do legislador que fizeram do encarceramento a base e o edifício quase inteiro de nossa escala penal atual: foi o progresso de ideias e a educação dos costumes. (...) E se, em pouco mais de um século, o clima de obriedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos

os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. Entretanto não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão. (FOUCAULT, 2012, p. 217-218)

Para o autor, como não seria a privação da liberdade atingida pela obriedade, numa sociedade na qual ela é um bem comum a todos. Sua perda, portanto, tem o mesmo preço para quem quer que seja; melhor que a multa ela apresenta-se como castigo “igualitário”, além de permitir quantificar a pena através da variável do tempo. Nas sociedades industriais, a prisão tem um caráter econômico de modo a permitir que ela pareça uma forma de reparação. Daí a expressão tão frequente - embora contrária à teoria estrita do direito penal de efeitos corretivos ou readaptadores - de que o apenado está na prisão para “pagar sua dívida”, natural numa sociedade que usa o tempo para medir as trocas.

Escreveu Foucault,

A prisão em seu todo é incompatível com toda essa técnica de pena-efeito, da pena-representação, da pena função geral, da pena-sinal e discurso. Ela é a escuridão, a violência e a suspeita. É um lugar de trevas onde o olho do cidadão não pode contar as vítimas, onde conseqüentemente seu número está perdido para o exemplo(...) Enquanto que se, sem multiplicar os crimes, pudermos multiplicar o exemplo dos castigos, conseguimos enfim torná-los menos necessários; aliás a escuridão das prisões se torna assunto de confiança para os cidadãos; supõem facilmente que lá se cometem grandes injustiças(...) Há certamente alguma coisa que vai mal, quando a lei, que é feita para o bem da multidão, em vez de excitar o seu reconhecimento, excita continuamente seus murmúrios.

Ora eis o problema: depois de bem pouco tempo, a detenção se tornou a forma essencial de castigo. No Código Penal de 1810, entre as mortes e as multas, ela ocupa, sob um certo número de formas, quase todo o campo das punições possíveis(..) De maneira que se eu trai meu país, sou preso, se matei meu pai, sou preso; todos os delitos imagináveis são punidos da maneira mais uniforme. Tenho a impressão de ver um médico que, para todas as doenças, tem o mesmo remédio. (FOUCAULT, 2012, p. 112)

O escritor elenca uma série de defeitos inerentes a pena privativa de liberdade: “Porque é difícil de controlar o cumprimento de uma pena dessas e se corre o risco de expor os detentos à arbitrariedade de seus guardiões. Porque o trabalho de privar um homem de sua liberdade e vigiá-lo na prisão é um exercício de tirania.” (FOUCAULT, 2012, p. 110-112).

Devemos notar que essa crítica à prisão é feita constantemente em duas direções: contra o fato de que prisão não ser efetivamente corretora, que a técnica penitenciária nela permanecia em estado rudimentar; contra o fato de que, ao querer ser corretiva, ela perde sua

força de punição, que a verdadeira técnica penitenciária é o rigor, e que a prisão é um duplo erro econômico: diretamente pelo custo intrínseco de sua organização e indiretamente pelo custo da delinquência que ela não reprime. Há um século e meio que a prisão vem sempre sendo dada como seu próprio remédio; a reativação das técnicas penitenciárias como a única maneira de reparar seu fracasso permanente.

O sistema carcerário junta numa mesma figura discursos e arquitetos, regulamentos coercitivos e proposições científicas, efeitos sociais reais e utopias invencíveis, programas para corrigir a delinquência e mecanismos que solidificam a delinquência. O pretense fracasso não faria então parte do funcionamento da prisão? [...] Se a instituição-prisão resistiu tanto tempo, e em tal imobilidade, se o princípio da detenção penal nunca foi seriamente questionado, é sem dúvida porque esse sistema carcerário se enraizava em profundidade e exercias funções precisas. [...] Vamos admitir que a lei se destine a definir infrações, que o aparelho penal tenha como função reduzi-las e a prisão seja o instrumento dessa repressão; temos então que passar o atestado de fracasso... temos que nos admirar que há 150 anos a proclamação do fracasso da prisão se acompanhe sempre de sua manutenção. [...] Mas talvez devemos inverter o problema e nos perguntar para que serve o fracasso da prisão; qual é a utilidade desses diversos fenômenos que a crítica, continuamente, denuncia: manutenção da delinquência, indução em reincidência, transformação do infrator ocasional em delinquência [...]

A penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não “reprimiria” pura e simplesmente as ilegalidades; ela as “diferenciaria”, faria sua “economia” geral. E se podemos falar de uma justiça não é só porque a própria lei ou maneira de aplicá-la servem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de dominação. Os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global das ilegalidades. O “fracasso” da prisão pode sem dúvida ser compreendido a partir daí. (FOUCAULT, 2012, p. 257- 259)

Apesar disso, Foucault descreve os princípios fundamentais ou sete máximas universais da boa condição penitenciária:

Princípio da correção – A detenção penal deve ter por função a transformação do comportamento do indivíduo. A pena privativa de liberdade tem como precípua a recuperação e a reclassificação social.

Princípio da classificação – Os detentos devem ser repartidos de acordo com a gravidade penal do seu ato, mas principalmente por sua idade, sexo, grau de perversidade, as técnicas de correção que pretende se utilizar e as fases de sua transformação.

Princípio da modulação das penas – As penas devem levar em conta a individualidade dos detentos, os resultados, os progressos e as recaídas. Seria desejável que uma vez alcançada e garantida a regeneração moral se pudesse libertar o condenado.

Princípio do trabalho como obrigação e como direito – O trabalho é uma das peças essenciais da transformação e da socialização progressiva dos detentos. É visto não como agravamento da pena, mas como suavização e deve permitir aprender ou praticar um ofício e dar recursos ao detento e a sua família.

Princípio da educação penitenciária – A educação penitenciária é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento, deve tender principalmente a sua instrução geral e profissional.

Princípio do controle técnico da detenção – O regime prisional deve ser controlado por pessoal especializado e que possua capacidades morais e técnicas de zelar pela boa formação dos indivíduos.

Princípio das instituições anexas – O encarceramento deve vir acompanhado de medidas de controle e de assistência até a readaptação definitiva do detento. Deve ser dada assistência antes e depois da pena com a finalidade de facilitar a reclassificação.

4.2.1 Da Extensão da Pena

A extensão da pena não deve medir o valor de troca da infração; ela deve se ajustar a transformação útil do detento no decorrer do cumprimento de sua condenação.

Do mesmo modo que o médico prudente para a medicação ou contínua com ela conforme o doente tenha ou não chegado à cura perfeita, assim também, na primeira dessas hipóteses, a expiação deveria cessar diante da regeneração completa do condenado; pois, nesse caso, qualquer detenção terá se tornado inútil, e portanto tão desumana para com o regenerado quando inútil e onerosa para o estado. (FOUCAULT, 2012, p. 231)

Nota-se a necessidade de individualização da pena e separação dos reclusos por sua periculosidade, bem como a separação dos condenados definitivamente dos presos provisórios. O encarceramento nunca se confunde com a privação de liberdade. Diferenciam-se, pois não devem ter a mesma forma, consoante se trate de um indiciado ou um condenado, de um contraventor ou criminoso, devem em princípio cumprir um castigo não só graduado em intensidade, mas diversificado em seus objetivos.

Como a lei inflige penas umas mais graves que outras, não pode permitir que o indivíduo condenado a penas leves se encontre preso no mesmo local com o criminoso condenado a penas mais graves (...); se a pena infligida pela lei tem como

objetivo principal a reparação do crime, ela pretende também que o culpado se emende. (FOUCAULT, 2012, p. 219)

Os reformadores criticavam a ideia da reclusão penal como forma de cobrir todo o campo da penalidade com a duração como único princípio de variação, já que entendiam que ela era incapaz de responder a especificidade do crime por ser desprovida de efeito sobre a população, porque é inútil a sociedade; é cara, mantém os condenados desocupados e multiplicam-lhes os vícios – o que hoje comumente se acostumou chamar de escola do crime.

4.2.2 Do desenvolvimento de organizações criminosas na prisão

Para Foucault, a prisão não pode deixar de fabricar delinquentes. Fabrica-os pelo tipo de existência que obriga aos detentos: fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil, para o qual não encontrarão utilidade, é de qualquer maneira não pensar no homem em sociedade, é criar uma existência contra uma natureza inútil e perigosa.

A Prisão também fabrica delinquentes ao impor aos detentos limitações violentas, observa o autor que não é admissível aplicar a lei e ensinar o respeito por elas, através de atos de abuso de poder.

A prisão deve ser concebida de maneira que ela mesma apague as consequências nefastas de se reunir num mesmo local condenados diversos: abafar os complôs e revoltas que possam formar cumplicidades futuras ou nasçam possibilidades de chantagem, criar obstáculos à imoralidade de tantas “associações misteriosas”[...]

A moralização dos detentos exige numerosos cooperadores; só com visitas de inspeção, comissões de fiscalização, sociedades patrocinadoras ela pode se realizar. Precisa então de auxiliares é a magistratura que deve fornecê-los. (...)

O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade: não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça. A prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras (..) (FOUCAULT, 2012, p. 235 e 253)

A seguir, Foucault apresenta trecho da obra de Marbois, que expõe a educação que é dada ao jovem delinquente no ambiente pernicioso do cárcere em sua primeira condenação:

O primeiro desejo que nele nascerá será aprender como os colegas hábeis como se escapa aos rigores da lei; a primeira lição será tirada dessa lógica cerrada dos ladrões que os leva a considerar a sociedade como inimiga; a primeira moral será a delação,

a espionagem honrada nas nossas prisões; a primeira moral que nele será excitada virá assustar a jovem natureza por aquelas monstruosidades que devem ter nascido nas masmorras e que a pena se recusa a citar... ele agora rompeu com tudo o que o ligava à sociedade. (FOULCAULT, 2012, p.253)

O esquema geral da reforma penal foi aplicado no fim do século XVIII, quando se rompeu o equilíbrio das tolerâncias, de apoios e de interesses recíprocos, que sob o antigo regime sustentara as ilegalidades de diversas camadas sociais. Nasceu então a utopia de uma sociedade universal e publicamente punitiva, na qual os mecanismos penais atuariam sem atraso, sem mediação e sem incerteza; uma lei duplamente ideal – perfeita em seus cálculos e presente na representação de cada cidadão – bloquearia qualquer prática de ilegalidade.

Desenvolvem-se as ilegalidades populares, através da recusa da lei ou dos regulamentos - que se multiplicavam com legislações cada vez mais restritivas - reconhecem-se facilmente as lutas contra aqueles que os estabelecem em conformidade com seus interesses: não se luta mais contra os arrendatários de impostos, o pessoal das finanças, os agentes do rei, os oficiais prevaricadores ou os maus ministros, contra todos os agentes da injustiça; mas contra a própria lei e a justiça que é encarregada de aplicá-la.

[..] seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada a desordem:

Percorrei os locais onde se julga, se prende, se mata... Um fato nos chama a atenção sempre; em toda parte vedes duas classes bem distintas de homens, dos quais uns se encontram sempre nos assentos dos acusadores e dos juízes, e outros nos bancos dos réus e dos acusados.[...] A lei e a justiça não hesitam em proclamar sua necessária dissimetria de classe. Se tal é a situação, a prisão, ao aparentemente “fracassar”, não erra seu objetivo; ao contrário, ela atinge na medida em que suscita no meio das outras uma forma particular de ilegalidade, que ela permite separar, pôr em plena luz e organizar como um meio relativamente fechado, mas penetrável. Ela contribui para estabelecer uma ilegalidade, visível, marcada, irredutível a um certo nível e secretamente útil – rebelde e dócil ao mesmo tempo; ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou se deve tolerar. Essa forma é a delinquência propriamente dita. Não devemos ver nesta a forma mais intensa e mais nociva da ilegalidade, aquela que o aparelho penal deve mesmo tentar reduzir pela prisão por causa do perigo que representa; ela é antes um efeito da penalidade (e da penalidade de detenção) que permite diferenciar, arrumar e controlar as ilegalidades. Sem dúvida a delinquência é uma das formas da ilegalidade; em todo o caso tem suas raízes nela; mas é uma ilegalidade que o “sistema carcerário”, com todas as suas ramificações, investiu, recortou, penetrou, organizou, fechou num meio definido e ao qual deu um papel instrumental, em relação às outras ilegalidades. Em resumo, se a oposição jurídica ocorre entre a ilegalidade e a prática ilegal, a oposição estratégica ocorre entre as ilegalidades e a delinquência.

O atestado de que a prisão fracassa em reduzir crimes deve talvez ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem reproduzir a delinquência, tipo

especificado, forma política ou economicamente menos perigosa – talvez até utilizável – de ilegalidade; produzir os delinquentes, meio aparentemente marginalizado, mas centralmente controlado; produzir o delinquente como sujeito patologizado. [...] O sucesso é tal que depois de um século e meio de “fracasso”, a prisão continua a existir, produzindo os mesmos efeitos e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-la.

[...] Mas por que e como teria sido a prisão chamada a funcionar na fabricação de uma delinquência que seria de seu dever combater? (FOUCAULT, 2012, p.261 – 262)

O autor alerta para o uso da delinquência como um agente da ilegalidade dos grupos dominantes. A delinquência, enquanto uma ilegalidade fechada, apresenta um certo número de vantagens, segundo Foucault. Em primeiro lugar, é possível controlá-la localizando os indivíduos, mantendo-os sob vigilância, infiltrando-se no grupo, organizando a delação mútua. Acrescenta que é possível orientar essa ilegalidade fechada para atividades ilegais menos perigosas: mantidos pela pressão dos controles nos limites da sociedade, reduzidos à miséria, sem ligação com uma população que poderia sustentá-los, tornando-os politicamente sem perigo e economicamente sem consequência.

Os tráficos de armas, os de álcool nos países de lei seca, ou mais recentemente os de droga, mostrariam da mesma maneira esse funcionamento da “delinquência útil”; a existência de uma proibição legal cria em torno dela um campo de práticas ilegais, sobre o qual se chega a exercer controle e a tirar lucro ilícito por meio de elementos ilegais, mas tornados manejáveis por sua organização em delinquência. Esta é um instrumento para gerir e explorar as ilegalidades. [...] Pode-se dizer que a delinquência solidificada por um sistema penal centrado sobre a prisão, representa um desvio de ilegalidade para os circuitos de lucro e de poder ilícito da classe dominante.[...]

A delinquência, com os agentes ocultos que proporciona, mas também com a quadriculagem geral que autoriza, constitui em meio de vigilância perpétua da população: um aparelho que permite controlar por meio dos próprios delinquentes, todo o campo social. A delinquência funciona como um observatório político.

Não há uma justiça penal destinada a punir todas as práticas ilegais e que, para isso, utilizasse a polícia como auxiliar, e a prisão como instrumento punitivo, podendo deixar o rastro de sua ação o resíduo inassimilável da “delinquência”. Deve-se ver nessa justiça um instrumento para o controle diferencial das ilegalidades.

Mas essa criminalidade de necessidade ou de repressão mascara, com o brilho que lhe é dado e a desconsideração de que é cercada, outra criminalidade que é às vezes causa dela, e sempre amplificada. É a delinquência de cima, exemplo escandaloso, fonte de miséria e princípio de revolta para os pobres.(...) Enquanto a miséria cobre de cadáveres vossas ruas, de ladrões e assassinos vossas prisões, que vemos da parte dos escroques da fina sociedade? (...) os exemplos mais corruptores, o mais revoltante cinismo, o banditismo mais desavergonhado(...)

Ora, essa delinquência própria à riqueza é tolerada pelas leis, e, quando lhe acontece cair em seus domínios, ela está segura da indulgência dos tribunais e da discrição da imprensa. Daí a ideia de que os processos criminais podem ser tornar ocasião para um debate político, que é preciso aproveitar os processos de opinião ou ações intentadas contra os operários para denunciar o funcionamento geral da justiça penal. Não há então natureza criminosa, mas jogos de força que segundo a classe

que pertencem os indivíduos³, os conduzirão ao poder ou à prisão: pobres, os magistrados de hoje sem dúvida povoariam os campos de trabalhos forçados; e os forçados, se fossem bem nascidos, “tomariam assento nos tribunais e aí distribuiriam justiça”. (FOUCAULT, 2012, p.265-273)

Dizia Foucault que essa ilegalidade concentrada, controlada e desarmada é diretamente útil às classes dominantes. Ela pode ser isolada de outras ilegalidades e voltada para suas próprias organizações internas, fadada a uma criminalidade violenta cujas primeiras vítimas são, mormente, as classes desprivilegiadas.

³ “A prostituição patente, o furto material direto, o roubo, o assassinato, o banditismo para as classes inferiores; enquanto que os esbulhos hábeis, o roubo indireto e refinado, a exploração bem-feita do gado humano, as traições de alta tática, as espertezas transcendentais, enfim todos os vícios e crimes realmente lucrativos e elegantes, em que a lei está alta demais para atingi-los, mantêm-se monopólio das classes superiores” (La Phalange, 01/12/1838).

5 PRISÃO NO BRASIL

No Brasil, o primeiro registro de encarceramento ocorreu no século XVI, na época da colonização. Era reservada a pena de prisão para índios, portugueses exilados e para aqueles que falsificavam documentos ou praticavam o contrabando de metais e pedras preciosas. (CRUZ, 2012)

Devido aos ideais advindos do iluminismo, as penas foram imbuídas de um caráter mais humanista, calcado principalmente no princípio de igualdade entre os homens. No século XVII, o então Príncipe Regente D. Pedro aprovou o Decreto de 23 de maio de 1821, que dava providências para garantia da liberdade individual.

Em caso nenhum possa alguém ser lançado em segredo, ou masmorra estreita, ou infecta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas, e nunca para adoecer e flagelar; ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões, e outros quesquer ferros inventados para martyrisar homens ainda não julgados a soffrer qualquer pena afflictiva por sentença final; entendendo-se, todavia, que os Juizes e Magistrados Criminaes poderão conservar por algum tempo, em casos gravissimos, incomunicaveis os delinquentes, contanto que seja em casas arejadas e commodas, e nunca manietados, ou soffrendo qualquer especie de tormento. (JUSBASIL, 2013, p.1)

As ideias convergiram no sentido de que as penas deveriam não deveriam superar os delitos cometidos em crueldade e brutalidade. Esses ideais liberais influenciaram não só a proclamação da independência do Brasil, como também todo o sistema brasileiro de crimes e penas, influenciando positivamente o código criminal do império, promulgado em 16 de dezembro de 1830. O código definiu as condutas que eram consideradas crimes, aludindo-os à existência de uma lei anterior, o que de fato não existia até então.

Batistela e Amaral descrevem as características mais importantes do código imperial:

- a) a exclusão da pena de morte para os crimes políticos; b) a imprescritibilidade das penas; c) a reparação do dano causado pelo delito; d) ser considerado agravante o ajuste prévio entre duas ou mais pessoas, para a prática do crime; e) a responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa. (BATISTELA; AMARAL, 2009, p.9)

Conforme Mirabete,

No período colonial, estiveram em vigor no Brasil as Ordenações Afonsinas (até 1512) e Manuelinas (até 1569), substituídas essas últimas pelo Código de D. Sebastião (até 1603). Passou-se, então, para as Ordenações Filipinas, que refletiam o direito penal dos tempos medievais. O crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral, punindo-se severamente os hereges, apóstatas, feiticeiros e benzedores. Eram crimes a blasfêmia, a bênção de cães, a relação sexual de cristãos com infieis etc. as penas, severas e cruéis (açóites, degredo, mutilação, queimaduras etc.), visavam infundir o temor pelo castigo. Além da larga cominação da pena de morte, executada pela força, pela tortura (...). Proclamada a independência, previa a Constituição de 1824 que se elaborasse nova legislação penal e, em 16-12-1830, era sancionado o Código Criminal do Império. De índole liberal, o Código Criminal (o único diploma penal básico que vigorou no Brasil por iniciativa do Poder Legislativo e elaborado pelo Parlamento) fixava-se um esboço de individualização da pena, previa a existência de atenuantes e agravantes e estabelecia um julgamento especial para os menores de 14 anos. A pena de morte, a ser executada pela força, só foi aceita após acalorados debates no Congresso e visava coibir a prática de crimes pelos escravos (...). Com a proclamação da República, foi editado em 11-10-1890 o novo estatuto básico, agora com a denominação de Código Penal (...). Aboliu-se a pena de morte e instalou-se o regime penitenciário de caráter correccional, o que constituía um avanço na legislação penal. Entretanto, o Código era mal sistematizado e, por isso, foi modificado por inúmeras leis (...). Em 1º-1-1942, porém, entrou em vigor o Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7-12-1940). Que ainda é nossa legislação penal fundamental (...). (MIRABETE, 2005, p. 43)

Em 1850, foi construída a primeira penitenciária brasileira na cidade do Rio de Janeiro, por meio do decreto n.º 678, recebendo a denominação de Casa de Correção. Não havia qualquer separação dos internos, conforme descreve Cruz:

Esta prisão era para todos os considerados desajustados, que não obedeciam ao modelo vigente. Ela serviu para aprisionar os índios e escravos, abrigar crianças abandonadas, funcionar de hospício para doentes mentais e asilo para os presos políticos. Era um local para criminosos que cometeram os mais diferentes crimes, sem distinção de gravidade ou periculosidade. (CRUZ, 2012, p.12)

Começaram os problemas de precariedade e déficit de vagas, evidenciando um número muito superior de presos aos de vagas disponíveis. Segundo Fazenda (1921 apud CRUZ, 2012) relatos de presos daquele período, demostram que eles viviam em condições precárias, eram extremamente subnutridos e viviam em celas superlotadas, de fato, não muito diferente das condições vivenciadas hodiernamente.

Com a promulgação do Código Penal de 1890, possibilitou-se o estabelecimento de novas modalidades de prisão, considerando que não mais haveria penas perpétuas ou coletivas, limitou-se a penalidade máxima há trinta anos, estabeleceu-se a prisão celular, o trabalho obrigatório e a prisão disciplinar (MACHADO *et al*, 2013)

Também neste momento histórico, vetou-se a prisão perpétua e a pena de morte. Determinava a lei que as celas fossem higienizadas e que se garantisse a segurança dos

presos, criando o regime penitenciário de caráter correcional, todavia não era o que se verificava na realidade, já que as condições eram as mais precárias possíveis.

5.1 Dias atuais

Somente no início do século XX, houve preocupação com a separação e a classificação dos presos com o intuito de proporcionar um melhor controle da população carcerária, adequando a agrupação por tipos de presos e crimes: contraventores, menores, processados, loucos e mulheres.

Conforme Machado,

Identificamos com esta forma de distribuição, uma tentativa de racionalização do espaço, considerando o tipo do crime tendo por critério o grau de infração e periculosidade do réu. Em relação às legislações anteriores, houve uma modificação positiva significativa sobre o fato de se pensar num espaço apropriado para mulheres e menores. A separação do réu, levando-se em conta o sexo e a idade também deve ser observada pelo seu lado técnico. Ao isolar em lugar específico categorias específicas de presos, forma-se um saber mais aprimorado sobre os indivíduos e o controle sobre estes se torna mais direto e elaborado (MACHADO *et al*, 2013, p.204)

O modelo adotado para o encarceramento dos presos conforme a sua qualificação criminal, idade e sexo foram positivos, visto que com a separação do réu se tinha um sistema correcional mais efetivo e adequado.

- a) Penitenciária – destinada aos condenados à pena de reclusão, em regime fechado (Art. 87);
- b) Colônia Agrícola, Industrial ou Similar - são estabelecimentos construídos para abrigar os presos de justiça cujo cumprimento da pena seja em regime semiaberto (Art. 91);
- c) Casa do Albergado - destina-se aos presos da justiça cujo cumprimento de pena privativa de liberdade seja em regime aberto e a pena de limitação de final de semana. Nesses estabelecimentos os presos trabalham normalmente durante o dia e recolhem-se à noite (Art. 93);
- d) Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico - são estabelecimentos destinados aos inimputáveis e semi-inimputáveis (Art., 99), ou seja, as pessoas portadoras de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, desde que comprovado que o agente era portador dessa doença quando da prática da transgressão criminal e que era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato. (Art.26);
- e) Cadeia Pública - são estabelecimentos prisionais construídos próximos de centro urbano destinado a presos provisórios, ou seja, antes da sentença condenatória definitiva (Art.102); (GARUTTI; OLIVEIRA, 2012, p.27)

Já em 1984, concomitantemente com a reforma do Código Penal, foi instituída a Lei 7.210/1984, a Lei de Execução Penal, que buscava amenizar os já preocupantes problemas carcerários e, principalmente, minorar a crescente população prisional. Nessa perspectiva, a Lei de execução penal classificou pontos fundamentais estabelecendo os tipos estabelecimentos correccionais e o tipo de preso que deveriam abrigar.

O sistema prisional que trazia apenas o desígnio de cercear a liberdade para punir, configurou-se então como esperança de reabilitação para a posterior reinserção do indivíduo na sociedade. Porém tal esperança sempre esbarrou na inexistência de políticas públicas efetivas de reeducação e ressocialização dos apenados, pelo contrário, percebe-se que o ambiente prisional distancia ainda mais os condenados dos padrões sociais desejáveis.

Nesse sentido,

A adaptação do apenado à vida e aos controles institucionais do sistema carcerário não conduz, necessariamente, a incorporação e assimilação dos valores do sistema prisional vigente na comunidade livre, conforme propõe o paradigma da recuperação; pelo contrário, ainda que não como regra, adaptação ao mundo penitenciário implica em uma desadaptação total à vida livre (SOUZA, 2010, p.33)

Assevera Edmundo de Oliveira:

(...) chegamos ao século XXI, sem que nenhum país possa mostrar, com clareza, que conseguiu resolver as agruras da execução penal, com a prisão ou sem prisão, porque o que faz a pessoa se recuperar é a consciência do seu significado na sociedade e isso a inoperante política em matéria de resposta penal não conseguiu e não consegue sedimentar. É verdade que, aqui e ali, pode-se encontrar uma ou outra experiência bem-sucedida. Contudo, no conjunto mundial, o panorama geral é ruim, daí se concluir que qualquer estabelecimento penal, de bom nível, representa apenas uma ilha de graça num mar de desgraça. (OLIVEIRA, 2002, p. 47)

6. CONCEITO DE PRISÃO

Para Nucci (2008, p. 573) prisão é “a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”. Renato Brasileiro (2012) esclarece que a prisão deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar.

Importante observar que é expressamente assegurado aos presos, enquanto direito fundamental, o respeito à integridade física e moral, nos termos do Art. 5, XLIX, da CRFB/1988.

6.1 Diferenciação entre prisão pena e prisão cautelar

A prisão pode ser fruto da imposição de uma sentença condenatória, com trânsito em julgado, possuindo assim natureza de pena e por isso de definitividade, ou ainda, pode ser uma prisão cautelar, fruto da necessidade de assegurar, por exemplo, a investigação criminal produtiva e eficiente, no caso de ameaça de interferências por parte do acusado, marcado, portanto pela provisoriedade.

Embora, ambas provoquem a segregação do acusado, a pena constitui a realização da sanção penal, enquanto a prisão processual constitui mero instrumento que busca assegurar a efetividade do processo, não representando um fim em si mesmo, mas apenas um meio para tal.

6.2 Prisões Cautelares antes do advento da Lei 12.403/2011

O Código de Processo Penal, de 1941, foi influenciado por um cenário de autoritarismo nacionalista de inspiração facista, no qual a prisão em flagrante representava a própria presunção da culpabilidade. A Constituição Federal de 1988, entretanto, dispôs o

oposto, consagrando em seu Art. 5, inc. LVII, o princípio da presunção da inocência ou da não-culpabilidade, que prescreve:

Art. 5º (...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Antes de entrar em vigor a Lei 12.403/11, a prisão em flagrante era convertida em prisão cautelar, sem a exigência de uma avaliação criteriosa, objetiva e fundamentada por parte do juiz. Além do mais, antes da reforma do código processual penal, havia a previsão de prisões automáticas – prisão decorrente de sentença condenatória suscetível de recurso e por pronúncia – as quais claramente se calcavam na presunção de culpabilidade do agente, por ocorrerem sem a existência de uma sentença condenatória definitiva, antes de esgotados as possibilidades de revisão da decisão condenatória. Deparávamo-nos com situações patentes de prisões *ex vi legis* em que se violava o princípio da inocência com a antecipação do juízo de culpabilidade e da pena.

6.3 Espécies de prisão

Segundo ensinamentos do professor Luiz Flávio Gomes, a prisão pode ser penal – é a prisão decretada por magistrado para fins penais, durante a fase preliminar de investigação, durante a fase processual ou na sentença – ou ainda, extrapenal. Interessa-nos aqui tratar da prisão penal, que por sua vez subdivide-se em:

- 1) *Prisão definitiva*: que ocorre após o trânsito em julgado; e
- 2) *Prisão cautelar ou processual*: que se dá antes do trânsito em julgado e busca garantir o resultado final do processo.

Para Luiz Flávio Gomes,

A prisão cautelar ou provisória é, dentre todas as medidas cautelares pessoais, a mais drástica (e problemática) porque implica a privação da liberdade do sujeito antes da condenação final, ou seja, ela significa o “roubo” da liberdade de quem é presumido inocente (Hassemer). (BIANCHINI, Et al, 2011, p. 25)

Durante muito tempo, foi doutrina dominante que contávamos com cinco hipóteses de prisão cautelar: a) prisão temporária (Lei 7.960/89); b) prisão em flagrante (CPP, art.302); c) prisão preventiva (CPP, art. 312); d) prisão decorrente de pronúncia (CPP, antigo art.408, § 1.º); e) prisão decorrente de sentença recorrível (CPP, art. 393, I e antigo art. 594).

Somava-se, as hipóteses já elencadas, a prisão decorrente de acórdão recorrido, já que o recurso especial ou extraordinário não conta com efeito suspensivo (Lei 8.038/90, art. 27, § 2.º). Somente em casos excepcionais as Cortes Superiores tem admitido efeito suspensivo a tais recursos de caráter extraordinário.

Somente com o advento das Leis 11.689/2008 e 11.719/2008 e da atualização trazida pela jurisprudência do STF, passamos a contar com três hipóteses de cabimento de prisão cautelar: a) prisão temporária; b) prisão preventiva e c) prisão em flagrante.

Hodiernamente, com o advento da lei 12.403/2011, passamos a contar com apenas duas hipóteses de prisões processuais, nos termos do art. 283, do Código de Processo Penal, são elas: a prisão temporária e a prisão preventiva.

A prisão em flagrante delito – desde que presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal – deve ser convertida em preventiva, nos termos do art. 310 do CPP, deixando a prisão em flagrante de ser uma forma de prisão autônoma, como outrora fora.

As demais hipóteses de prisão cautelar foram banidas do ordenamento jurídico pátrio. As prisões decorrentes da sentença recorrível e da pronúncia foram extintas pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008, quanto à prisão resultante de acórdão recorrido foi o novo posicionamento do STF que passou a vedar a execução provisória da pena.

Leciona Capez que,

Agora, antes da condenação definitiva, o sujeito só pode ser preso em três situações: flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária. Mas somente poderá permanecer preso nas duas últimas, não existindo mais a prisão em flagrante como hipótese de prisão cautelar garantidora do processo. Ninguém responde mais preso a processo em virtude da prisão em flagrante, a qual deverá se converter em prisão preventiva ou convolar-se em liberdade provisória. (CAPEZ, 2011, p.1)

A Lei 12.403/2011 estabelece que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o julgador passa a ter três decisões possíveis, conforme a redação art. 310:

- 1) Relaxar a prisão ilegal;
- 2) Converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presentes os requisitos do art. 312, do CPP, que dispõe como finalidades legítimas da prisão processual: garantir a ordem pública ou econômica, por necessidade da instrução

criminal ou para garantir a aplicação da lei penal e desde que haja materialidade do crime e indício suficiente de autoria;

- 3) Conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

6.4 Sistema Binário X Sistema Multicautelares

Antes de entrar em vigor a Lei 12.403/2011, o sistema processual penal brasileiro era caracterizado pela binariedade: prisão ou liberdade. De forma que ou o juiz deixava o acusado solto sem restrições ou o enclausurava, não havia meio termo.

Sobre o tema escreveu Aury Lopes Júnior,

(...) do ponto de vista morfológico, o atual sistema cautelar é bastante limitado, reduzindo a complexidade da tutela a dois extremos patológicos: a banalização da prisão preventiva de um lado; e o sentimento de impunidade pela liberdade sem restrições de outro. (LOPES JÚNIOR, IBCRIM, agosto/2010)

O magistrado não contava com medidas intermediárias que lhe possibilitassem evitar um encarceramento desnecessário quando fosse necessário garantir o correto trâmite do processo e assegurar a efetividade do poder de punir estatal. Esse foi de fato, a grande inovação legislativa trazida pela Lei 12.403/11.

Com o advento da Lei 12.403/2011, o Poder Judiciário passou a contar com mecanismos diversificados para preservação da ordem pública e da efetividade de suas decisões, traduzidos no elenco de outras medidas cautelares, que podem substituir a ordem prisional, oferecendo soluções mais adequadas ao caso concreto.” (HC 0044260-46.2012.8.19.000-MG, 1ª Câmara Criminal, Rel. Antônio Jayme Boente, 27.08.2012. NUCCI, 2013, p.30).

Sáímos, portanto, do sistema binário marcado pela dualidade: prisão ou liberdade sem restrições, para um sistema multicautelares, no qual o juiz pode optar pela prisão, em *ultima ratio*, ou pela liberdade, somada a uma série de restrições possíveis, tudo isso com o fito de assegurar o desenvolvimento regular do processo.

7. LEI 12.403/2011

A população carcerária brasileira quintuplicou nas últimas duas décadas (1990-2010). O Brasil superou, no ano de 2010, a marca de meio milhão de presos, dentre os quais impressionantes 44% tratavam-se de presos provisórios (mais de 220.000 pessoas).

Sob esse prisma, em 1995 passamos por uma reforma, de modo a adequar e estimular a aplicação de penas alternativas à privação de liberdade nos crimes de menor potencial ofensivo. A Lei 9.099/95, a Lei dos Juizados Especiais Criminais estabeleceu um caminho alternativo para o cumprimento de penas, que antes eram cumpridas exclusivamente em presídios. Contudo, restou o problema do excessivo número de presos de cunho processual, o que só se procurou resolver mais tarde, quando a situação já se agravará ainda mais.

A discussão sobre a necessidade de uma reforma do Código de Processo Penal já é antiga, tornou-se mais nítida com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. As regras trazidas pela Lei Maior e os tratados internacionais tornaram diversos dispositivos do Código de Processo Penal incompatíveis com a nova realidade imposta, sendo necessária uma adaptação do sistema processual penal a nova ordem constitucional e das convenções internacionais. (ROCHA, 2012, p. 09)

Com o intuito de minimizar a problemática da superlotação do sistema carcerário e adequar o Processo Penal à lei maior, em 04 de Maio de 2011 foi sancionada a Lei 12.403, conhecida como a nova Lei de Prisões, prevendo alterações em 32 artigos do Decreto-Lei nº 3.689/41, o Código Processo Penal.

A nova legislação propôs o respeito aos princípios da tipicidade da prisão cautelar, à duração razoável do processo e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção da inocência.

A Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2001, instituiu uma comissão de juristas, com o intuito de modificar o sistema processual penal brasileiro, que deu origem ao Projeto de Lei da Câmara nº 111, de 2008. A proposta transformou-se no Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, de iniciativa do Poder Executivo, que remeteu a Câmara dos Deputados, junto com a mensagem nº 214/01 e a Exposição de Motivos nº 00022 – MJ, de 25 de janeiro de 2001. Após a tramitação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, foi aprovada em 2008, a

emenda substitutiva global de plenário, apresentada pelo grupo de trabalho de direito Penal e Processual Penal, sob a coordenação do Deputado Federal João Campos de Araújo.

7.1 Das alterações promovidas

As alterações trazidas pela reforma abrangem:

1. O tratamento sistemático e estruturado das medidas cautelares e da liberdade provisória, aumentando o rol destas, antes centradas essencialmente na prisão preventiva e na liberdade provisória.

Assim, o projeto introduz e disciplina, detalhadamente, o cabimento das medidas cautelares, consignando que a aplicação das mesmas deverá observar a necessidade constatada na investigação ou instrução criminal, bem como a adequação da medida à gravidade do crime (artigo 282).

No caso, coloca a prisão preventiva como medida excepcional, só cabível quando houver impossibilidade de aplicação de outra medida cautelar (§ 6º do art. 282).

2. O projeto adequa o art. 283 à Constituição, posto que estabelece as circunstâncias em que o indivíduo poderá ser preso.

3. Modifica, ainda, o texto do art. 300 para tornar a observância de sua regra obrigatória, ou seja, a separação de presos provisórios daqueles definitivamente condenados.

4. Dá nova redação ao artigo 306 para prever expressamente a garantia do inciso LXII do art. 5º da Constituição Federal (comunicação da prisão ao juiz, à família, ao advogado ou à defensoria pública).

5. Altera o texto do art. 310 para vincular o procedimento do juiz ao receber o auto de prisão em flagrante, devendo este, fundamentalmente, (i) relaxar a prisão que for ilegal; (ii) converter a prisão em flagrante em preventiva; (iii) conceder liberdade provisória ou conceder fiança.

6. Altera o rol de cabimento da prisão preventiva prevista no art. 313, inclusive para que a mesma possa ser decretada quando do eventual descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. Conforme o novo texto, a prisão preventiva só será decretada nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos ou se houver reincidência em crime doloso ou ainda se o crime praticado envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. (Grifo nosso)

7. O projeto disciplina, também, o cabimento da prisão domiciliar, descrevendo suas hipóteses de incidência (arts. 317 e 318).

8. A proposição estabelece, ainda, que a liberdade provisória tem cabimento quando ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, hipótese em que o juiz deverá, se for o caso, impor uma dessas medidas cautelares alternativas, que são listadas no art. 319. Exemplos: comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se de determinada comarca para evitar fuga, entre outras.

9. Outra inovação é a supressão da previsão da prisão administrativa.

10. O projeto reformula o instituto da fiança para alargar as hipóteses de sua incidência, aumentando consideravelmente seu valor.

11. Prevê, também, a criação de um banco de dados a ser mantido pelo Conselho Nacional de Justiça que irá registrar todos os mandados de prisão expedidos (art. 289-A). (Parte do relatório do projeto de lei 4.208/2001)

Figura 1 – Alterações da Lei 12.403/2011

COMO ERA	COMO FICOU	
Prisão em flagrante	Podia ser mantida mesmo após o juiz tomar conhecimento de sua efetivação.	Ao ser informado da prisão em flagrante, o juiz deverá decidir: a) pela sua conversão em prisão preventiva; b) pela concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança; c) pelo seu relaxamento (revogação), quando ilegal.
Prisão preventiva	Decretada sempre que o acusado colocar em risco a ordem pública ou a investigação e o processo.	Ficam mantidos os mesmos critérios, mas o juiz somente a decretará quando não for possível atingir a mesma finalidade com a aplicação de outras medidas cautelares.
Prisão preventiva II	Rol de medidas cautelares era restrito à prisão preventiva e à fiança.	Rol de medidas cautelares passa a contar: monitoração eletrônica; prisão domiciliar; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de falar com determinadas pessoas; proibição de se ausentar da comarca; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; internação provisória; comparecimento periódico em juízo; suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica.
Prisão Preventiva III	Não há requisitos específicos para crimes de menor periculosidade (pena máxima inferior a quatro anos).	Será aplicada nos crimes de menor periculosidade, caso o réu seja reincidente em crime doloso, o crime envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência, ou tenha sido descumprido outra medida cautelar.
Descumprimento de medida cautelar	Descumprimento da fiança poderia resultar na decretação da prisão preventiva.	Descumprimento de qualquer medida cautelar poderá resultar na aplicação de outras medidas cautelares ou na decretação da prisão preventiva.
Prisão domiciliar	Não há previsão para aplicação como medida cautelar.	Prisão domiciliar para maiores de 80 anos ou gestantes a partir do 7º mês.
Monitoramento eletrônico	Não existia previsão legal para o monitoramento eletrônico enquanto medida cautelar.	Figura como medida cautelar alternativa à prisão preventiva.
Fiança	Limitada a 100 salários mínimos e poderia ser aumentada em até 10 vezes, de acordo com as condições econômicas do acusado.	Amplia o limite para 200 salários mínimos e permite seu aumento em até 1000 vezes, de acordo com as condições econômicas do acusado.
Banco de mandados no CNJ	Não há banco de dados que integre as informações sobre os mandados expedidos nos Estados.	Prevê a criação de banco de dados que integrará registros de mandados expedidos nos Estados.

Disponível em: <http://luizabrito67.blogspot.com.br/2011/07/normal-0-21-microsoftinternetexplorer4.html>

(Acessado em 28/02/2015)

A nova lei ratificou normas que já eram aplicadas – de modo escasso, apenas com base jurisprudencial e doutrinária – de forma a readequar a prisão processual, implementando reformas favoráveis ao entendimento de que a prisão do acusado é uma contingência excepcional – embora necessária – desde que devidamente regradada e principalmente fundamentada.

A lei foi motivada por um plano de ação da gestão criminal, cujo objetivo é a desburocratização da justiça, o que somado ao *projeto de audiência de custódia*, busca dar celeridade a análise da regularidade do auto de prisão em flagrante, de forma a reduzir os casos de custódia de presos em delegacias de polícia e, por conseguinte, reduzir a superpopulação carcerária, sobretudo no tocante ao número excessivo de presos provisórios.

8. DAS MEDIDAS CAUTELARES

As medidas cautelares buscam proteger a utilidade e eficácia da decisão final do processo. Isso porque a prestação jurisdicional não pode ser dada de forma imediata, haja vista a necessidade de seguir-se o trâmite processual, assegurando-se as garantias constitucionais e respeitando-se as fases e prazos delineados na lei.

Segundo Afrânio Silva Jardim⁴, podemos classificar as medidas cautelares existentes no processo penal da seguinte maneira:

Medidas cautelares patrimoniais: arresto, sequestro, especialização e registro de hipoteca legal;
Medidas cautelares pessoais: prisão em flagrante, preventiva e temporária, prisão domiciliar e medidas diversas da prisão (incluída a fiança, que na verdade é medida cautelar real); e
Medidas cautelares relacionadas à prova, como por exemplo, a antecipação da prova testemunhal e a interceptação telefônica. (BIANCHINI *et al.*, 2011, p. 171 *apud* JARDIM, 2011, p. 245)

No esquema de Antônio Scarance Fernandes⁵ as medidas cautelares no processo penal devem ser classificadas da seguinte maneira:

Medidas cautelares pessoais (relacionadas com o suspeito acusado);
Medidas cautelares de natureza civil ou reais (reparação do dano); e
Medidas cautelares relativas à prova.
(BIANCHINI *et al.*, 2011, p. 171, *apud* FERNANDES, 2002, p. 298-299)

Quanto às cautelares no processo penal, o tema proposto neste trabalho prioriza o estudo das medidas cautelares incidentes sobre a pessoa, objeto da Lei 12.403/2011. No entanto, cabem também alguns breves comentários no tocante às medidas cautelares patrimoniais no âmbito penal.

8.1 Medidas Cautelares Patrimoniais

⁴ JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 245

⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 298-299

As medidas cautelares patrimoniais objetivam primordialmente garantir à vítima ou seus sucessores a indenização dos danos experimentados por ocasião da infração penal. Essas medidas possuem um histórico de subutilização, em razão do interesse da vítima encontrar-se em segundo plano na esfera penal, todavia nas últimas décadas iniciou-se uma lenta mudança de paradigma. A esse respeito bem escreveu Rogério Greco:

A vítima, esquecida que foi durante décadas, começa a retomar posição de proeminência, sendo seus interesses priorizados pelo Estado. Essa influência da vítima no direito e no processo penal fez com que alguns autores cunhassem a expressão privatização do direito penal, entendendo-a como uma outra via de reação do Estado. Ulfrid Neuman esclarece que “recentemente, a introdução da relação autor-vítima-reparação no sistema de sanções penais nos conduz a um modelo de três vias, onde a reparação surge como uma terceira função da pena conjuntamente com a retribuição e a prevenção.” (GRECO, 2008, p. 14)

8.2 Medidas Cautelares Pessoais

As medidas cautelares pessoais – prisões cautelares, medidas cautelares diversas da prisão – que visam a garantir a eficiência da persecução penal, da aplicação da lei penal ou da garantia da ordem pública ou econômica, sofreram as mais importantes alterações trazidas pela Lei 12.403/2011, com a inserção de um novel rol de medidas alternativas à prisão.

No campo das cautelares pessoais a lei limitava-se à prisão ou à liberdade sem restrições. Assim, ou o magistrado decretava a medida extremada ou não teria nenhuma outra medida cautelar a seu dispor, sobrando uma liberdade irrestrita ao acusado. Era o sistema binário ou bipolar de cautelares.

A alteração promovida pela Lei nº 12.403/2011 tem, no seu cerne, a instituição de novas medidas cautelares de natureza pessoal. Logo, realmente, o intuito é a possibilidade de adoção, pelo juiz, de alternativas à prisão. São nove as cautelares pessoais criadas, variando desde o comparecimento juízo até o monitoramento eletrônico. Somam-se todas elas à prisão temporária, prevista na Lei 7.960/89, e à prisão preventiva, positivada no artigo 312 do próprio Código de Processo Penal. (ASSUMPÇÃO, 2011. p. 5)

A nova lei de prisões propiciou ao magistrado um leque de possibilidades. O juiz passou a ter a disposição dele nove medidas cautelares de caráter pessoal, as quais podem ser tão ou mais eficazes que o encarceramento. O artigo 319, do código de processo, dispõe as seguintes medidas cautelares:

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; (BRASIL, 2011, p.1)

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. (BRASIL, 2011, p.1)

Com o advento da Lei 12.403/2011, ampliaram-se as opções cautelares à disposição do magistrado, as quais possuem o escopo de evitar uma desnecessária privação de liberdade de quem não fora condenado definitivamente, portanto, que conserva a presunção da inocência e ao mesmo tempo possibilitar uma tutela eficiente ao *ius puniendi* Estatal.

Conforme prescrição no código de Processo Penal, a medida cautelar apresenta-se como um instrumento restritivo de liberdade, de caráter provisório e urgente, diverso da prisão, devendo ser utilizada apenas se necessária e adequada ao caso concreto e, especialmente, como alternativa à prisão processual.

As medidas alternativas à prisão seguem a mesma lógica das penas restritivas de direito da Lei 9.714/98, bem como as medidas descarcerizadoras da Lei 9.099/95, que partem da premissa de que a prisão somente deve ser utilizada se for a *única resposta estatal proporcional e necessária ao delito e ao delinquente*, do contrário deve-se optar por medidas menos punitivas, menos gravosas. Segue-se aqui a tendência mundial de reservar a prisão

cautelar como a última das medidas, a última trincheira, o soldado de reserva, enfim, a *ultima ratio*.

“(...) inúmeras legislações, se não todas, têm procurado alternativas capazes de substituir a prisão provisória mantendo ou procurando manter, a mesma finalidade: ficar o indiciado ou réu, embora em liberdade, à disposição das autoridades.” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 535)

8.3 Medidas Cautelares diversas da Prisão

As medidas cautelares diversas da prisão estão previstas no art. 319, do Código de Processo Penal. Os artigos 317 e 318 não contemplaram propriamente uma medida cautelar diversa da prisão, porquanto tratam da prisão domiciliar que é uma forma mais branda e humanitária de cumprimento da prisão preventiva, desde que atendidos os critérios estabelecidos em lei. O juiz deverá inclusive exigir prova idônea da condição pela qual se faz jus ao benefício, conforme prescreve o parágrafo único do art. 318 do Código de Processo Penal.

8.3.1 Acessoriedade

Diferente do Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal de 1941 não previu o chamado processo cautelar por isso falamos em medidas cautelares e não em ação cautelar. Embora não haja um processo cautelar autônomo, há uma relação de salvaguarda da medida cautelar com a tutela penal, reside aí a característica de *accessoriedade* das medidas cautelares em relação ao persecução penal.

As medidas alternativas à prisão cautelar não se confundem com penas alternativas (art.44 e seguintes do Código Penal), já que aquelas possuem natureza instrumental e buscam garantir o desenvolvimento regular do processo e assegurar a efetividade do poder de punir do Estado. “As medidas cautelares alternativas à prisão cautelar são medidas descarcerizadoras, ou seja, medidas que visam a evitar o encarceramento do agente antes da sentença final transitada em julgado”. (GOMES, 2012)

Considera Bonfim,

Medidas cautelares são, em linhas gerais, providências estatais que buscam garantir a utilidade e efetividade do resultado da tutela jurisdicional, que se dará pela sentença penal condenatória ou, eventualmente, absolutória. Com as providências cautelares busca-se garantir a efetividade do processo, ou seja, a aplicação da lei substantiva ou material, na medida em que intenta a preservação e a inalterabilidade de situações ou meios que interessem à prestação jurisdicional, de modo que toda situação ou meio de que se repute conter valor para o deslinde da causa, possa estar protegido contra seu falseio, modificação ou perda de significação ou utilidade. (BONFIM, 2011, p.19)

8.3.2 Instrumentalidade Hipotética

As medidas cautelares possuem a característica de *instrumentalidade hipotética*, uma vez que elas são instrumentos que resguardam a atividade jurisdicional, assegurando o regular desenvolvimento processual até eventual – hipotética – decisão final condenatória. As medidas cautelares, como dito alhures, não são penas, visto que não possuem um fim em si mesmas, elas servem apenas para assegurar o desenvolvimento do processo e não para antecipar uma possível pena. Servem tais medidas de meio, de instrumento para obtenção do fim, qual seja: o exaurimento do *ius puniendi* estatal.

Neste esteio esclarece Luís Flávio Gomes,

As medidas cautelares possuem natureza instrumental, ou seja, estão a serviço do processo e da eficácia da justiça criminal. Existem para a garantia do regular desenvolvimento do processo assim como para assegurar a efetividade de punir do Estado. São essas, em linhas gerais, as justificações teleológicas das medidas cautelares. (GOMES, 2012, p.33)

Por outro lado, as medidas cautelares alternativas à prisão buscam ainda – enquanto instrumento de política criminal – adequar o estupezado número de presos provisórios e alterar o paradigma arraigado de abuso da prisão preventiva no país.

8.3.3 Provisoriedade

As medidas cautelares da lei 12.403/2011 – assim como as demais medidas cautelares, por sua própria natureza – deverão possuir sempre caráter provisório, em oposição ao caráter de definitividade da pena de prisão. “Pelo fato das medidas serem decretadas justamente visando assegurar uma providência útil, a medida não pode ser definitiva, mas vinculada tão somente ao período e à necessidade de sua imposição.” (BONFIM, 2011, p. 20).

No mesmo sentido é o ensinamento:

(...) toda medida cautelar é caracterizada pela “provisoriedade”, a fim de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se revista de caráter definitivo, e, ao contrário, destine-se a durar um espaço de tempo delimitado. De tal sorte, a medida cautelar já surge com a previsão de seu fim. (BONFIM, 2008, p. 52-53).

Portanto, percebe-se que a medida cautelar estenderá seus efeitos por um determinado período temporal e se extinguirá, juntamente com a inerente necessidade emergencial e provisória que lhe deu causa.

8.3.4 Revogabilidade ou Provisionalidade

As medidas cautelares podem ser revogadas a qualquer tempo, sempre que não se fizerem mais necessárias. Assim, sobrevindo razões que justifiquem elas podem ser revogadas a qualquer momento, bem como, de outro lado, podem ser imposta a qualquer momento, desde sobrevenham razões que justifiquem a imposição.

Dessa forma, tanto a revogabilidade como a provisoriedade, encontram subsídios na necessidade da decretação ou na manutenção da medida. Logo, o magistrado poderá revogar a medida e reaparecendo o pressuposto ensejador da sua imposição ou, ainda, nova situação fática, poderá impor outra vez a mesma medida ou nova, cumulativamente ou não, desde que haja razão para tal que lhe confirmem eficácia e validade. (Cf. BONFIM, 2011, p.22)

Cumprido salientar que, aliada à provisoriedade, a medida cautelar detém, ainda, natureza revogável, aplicando-se a cláusula rebus sic stantibus (enquanto as coisas permanecerem como estão), estabelecendo-se sua revogação sempre que não mais se fizer necessária no caso concreto. Desse modo, considerando-se a transitoriedade ou mutabilidade da situação ou circunstâncias que a ensejaram, ou seja, visto a possibilidade de alteração desse quadro, elas podem ser revogadas, após nova e correspondente situação fática. (BONFIM, 2011, p.21)

A previsão legal da revogação da medida cautelar ou ainda da substituição, a qualquer tempo, é trazida nos §§ 4º e 5º do art. 282 do Código de Processo Penal. Isso porque a medida cautelar está intimamente ligada a situação fática de modo que se ela se alterar ou deixar de existir, pode-se revogar a medida ou substituí-la por outra mais adequada, aplicando-se aqui a cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, enquanto as coisas permanecem como estão. (BONFIM, 2011).

8.3.5 Substitutividade

O magistrado poderá substituir uma medida cautelar por outra – de ofício ou a requerimento - sempre que verificar falta de motivo para que ela subsista ou ineficácia da medida determinada anteriormente.

É o que prescreve o art. 282, §§ 5º e 6º, do CPP. De modo que pode o magistrado utilizar-se de medida que se tornou mais adequada em substituição a outra imposta anteriormente, seja isolada ou cumulativamente (art. 282, § 1º, do CPP).

Diante disso, assim como a medida cautelar pode ser revogada, quando houver a conveniência, o magistrado poderá ser substituí-la por outra medida menos onerosa caso perceba ser ela suficiente ao resguardo processual ou até mesmo por outra mais onerosa se assim for necessário.

8.3.6 Excepcionalidade

É vigente no direito penal brasileiro, o princípio matriz da não culpabilidade, expresso no art.5º, LVII, da Constituição Federal (CFRB/1988), postulado que prescreve: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Por força da lei máxima, as medidas restritivas que incidam sobre direitos constitucionais, mormente sobre os direitos fundamentais, sempre possuirão caráter excepcional.

• “A prisão preventiva em situações que vigorosamente não a justifiquem equivale a antecipação da pena, sanção a ser no futuro eventualmente imposta a quem a mereça, mediante sentença transitada em julgado. A afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade, contemplado no plano constitucional (art. 5º, LVII, da CB), é, desde essa perspectiva, evi- 418 Art. 5º, LVII dente. Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a regra é a liberdade; a prisão, a exceção. Aquela cede a esta em casos excepcionais. É necessária a demonstração de situações efetivas que justifiquem o sacrifício da liberdade individual em prol da viabilidade do processo.” (HC 95.009, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-11-2008, Plenário, DJE de 19-12-2008.) No mesmo sentido: HC 96.577, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-2-2009, Segunda Turma, DJE de 19-3-2010. Vide: HC 97.028, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 16-12-2008, Segunda Turma, DJE de 14-8-2009. (A Constituição e o Supremo, 2011, p. 25-26)

A liberdade individual – também chamada liberdade de locomoção – é assegurada por nosso ordenamento jurídico, sendo prevista a sua inviolabilidade no art. 5º, caput, da CF. Ao ser humano é natural estar em liberdade, portanto, se mostra uma medida excepcional o encarceramento, a qual só poderá ser ensejada por razões importantes que a justifiquem, cabendo ao magistrado fundamentá-las no direito, nos acontecimentos fáticos e em veemente necessidade, respeitada a adequação da medida.

A liberdade de locomoção é o direito de ir, vir ou permanecer. Trata-se de um direito fundamental de eficácia *erga omnes* e de aplicação imediata. Esse direito é, verdadeiramente, um dos mais preciosos, ao lado da vida e da integridade física, visto que quando aquele direito é tolhido, impede que incontáveis outros direitos sejam exercidos.

Por sua natureza capital, são rigorosas as exigências constitucionais e internacionais, para que seja permitido restringir ou suprimir a liberdade de locomoção. Toda restrição sobre a liberdade de locomoção deve ser formalmente e rigorosamente justificada, de modo a mostrar-se adequada e necessária, posto que a liberdade é a regra e sua restrição apresenta-se como exceção e, como tal, deve obedecer a critérios objetivos legalmente estabelecidos, além de ser devidamente fundamentada, como forma de se evitar abusos e ilegalidades.

Proclama o art.7º da Convenção Americana de Direitos Humanos que toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. A Comissão Europeia de Direitos Humanos, secundada pela comissão Interamericana de Direitos Humanos, assinala que as palavras liberdade e segurança devem ser interpretadas conjuntamente e que se referem à liberdade física (Informe Anual da Comissão Interamericana, 1994, Res. 1/95, Caso 11.006, p.101, Peru).

Vem ao encontro deste entendimento, o posicionamento da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao determinar que ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo

pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas (CADH, art.7º).

De tal sorte, que não se pode conceber num Estado Democrático de Direito, que a prisão cautelar cumpra papel diverso daquele para qual foi instituída. Não pode servir, portanto, como forma vingativa e odiosa de antecipação da pena. “Não se pode primeiro castigar, para depois se condenar” (Luigi Ferrajoli). (BIANCHINI, 2011, p.38)

Com o advento da Lei 12.403/2011, a prisão preventiva é a última cautelar a ser aplicada. Antes dela, devem ser verificadas a necessidade e a adequação das medidas alternativas à prisão preventiva. Portanto, a prisão a preventiva ocupa o último patamar da cautelaridade, na perspectiva de sua excepcionalidade, cabível quando não incidirem outras medidas cautelares (art. 319 CPP). O artigo 282, § 6º é claro: a prisão preventiva será aplicada quando não for não cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Não se decreta a prisão preventiva para depois buscar alternativas. Após, verificado que não é o caso de manter o sujeito em liberdade sem nenhuma restrição (primeira opção) há que ser averiguada a adequação e necessidade das medidas cautelares alternativas ao recolhimento ao cárcere (segunda opção). Somente quando nenhuma dessas for viável ao caso concreto é que resta a possibilidade de decretação da prisão processual (terceira opção). (NUCCI, 2013, p.31, apud julgado do TJRS, HC 70049556533-RS, 3ª Câmara Criminal, rel. Nereu José Giacomolli, 09/08/12).

Não é possível deixar de reconhecer a aparente controvérsia entre a adoção de uma medida cautelar no direito penal e o princípio da presunção da inocência, já que ele determina que todos os acusados são presumidamente inocentes, até que sejam definitivamente condenados. Entretanto, quando evidenciada, substancialmente, a necessidade da medida cautelar, através de decisão devidamente fundamentada pelo magistrado, não há que se falar em ofensa ao princípio da presunção da inocência.

Assim, como qualquer das medidas cautelares, especialmente a prisão, resulta em diminuição da esfera de liberdade e das garantias individuais, elas deverão observar rigidamente a excepcionalidade em sua concessão, porquanto somente quando configurados os pressupostos trazidos pelo art. 282, I e II, do CPP, é que as medidas poderão ser justa e legalmente aplicadas.

Esclarece Bonfim,

Se, no caso concreto, o acusado não oferecer qualquer risco ao escorreito tramitar da ação penal, não oferecer qualquer indício de que irá tumultuar o curso do processo, tampouco atrapalhar a instrução criminal, bem como não demonstrar ser propenso à reiteração criminosa, nenhuma das medidas deverá ser aplicada ao caso. Fala, aqui, pois o primado da dignidade da pessoa humana, do qual decorre também o princípio da inocência ou da não culpabilidade, albergado pela Lei maior e reiterado, como escopo, pelo legislador infraconstitucional. (BONFIM, 2011 p.25)

As medidas alternativas disciplinadas no artigo 319 do CPP, determinadas isoladas ou cumulativamente. Em caso de descumprimento por parte do acusado O juiz poderá substituir a medidas por outra mais eficaz, impor outra em cumulação ou ainda, em último caso, decretar a prisão preventiva e a qualquer momento revogá-la caso verifique ausência de motivo para que subsista, bem como decretá-la novamente se sobrevierem razões para tal. O magistrado deverá basear-se em critérios de legalidade e proporcionalidade para escolher a providência mais ajustada ao caso julgado.

A jurisprudência do STF, no HC 96.219-MC/SP, Rel. Ministro Celso de Mello aclara o tema,

EMENTA: PRISÃO CAUTELAR. INCONSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE APÓIA A DECISÃO QUE A DECRETOU: GRAVIDADE OBJETIVA DO CRIME, NÃO-VINCULAÇÃO DO RÉU AO DISTRITO DA CULPA E RECUSA DO ACUSADO EM APRESENTAR A SUA VERSÃO PARA OS FATOS DELITUOSOS. INCOMPATIBILIDADE DESSES FUNDAMENTOS COM OS CRITÉRIOS FIRMADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. DIREITO DO INDICIADO/RÉU DE NÃO SER CONSTRANGIDO A PRODUIR PROVAS CONTRA SI PRÓPRIO. DECISÃO QUE, AO DESRESPEITAR ESSA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL, DECRETA A PRISÃO PREVENTIVA DO ACUSADO. INADMISSIBILIDADE. NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. DOCTRINA. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

- A privação cautelar da liberdade individual ' qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal recorrível) ' não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a idéia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar ('carcer ad custodiam'), que não se confunde com a prisão penal ('carcer ad poenam'). Doutrina. Precedentes.

- A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Precedentes.

- A gravidade em abstrato do crime não basta, por si só, para justificar a privação cautelar da liberdade individual do suposto autor do fato delituoso.

O Supremo Tribunal Federal tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a legitimar a prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes.

- A ausência de vinculação do indiciado ou do réu ao distrito da culpa não constitui, só por si, motivo autorizador da decretação da sua prisão cautelar. Precedentes.

- A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo

princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal.

O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512).

Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. Precedentes.

- O exercício do direito contra a auto-incriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a 'persecutio criminis'. Medida cautelar deferida.

DECISÃO: Trata-se de 'habeas corpus', com pedido de medida liminar, impetrado contra decisão emanada de eminente Ministra do E. Superior Tribunal de Justiça, que, em sede de idêntico processo, não conheceu do 'writ' constitucional requerido em favor do ora paciente (HC 115.202/SP).

Passo a apreciar o pedido de medida liminar ora formulado pela parte impetrante. E, ao fazê-lo, entendo plausível, em sede de estrita delibação, a pretensão jurídica deduzida na presente causa.

Os fundamentos em que se apóia a presente impetração revestem-se de inquestionável relevo jurídico, especialmente se examinar o conteúdo da decisão que decretou a prisão preventiva do ora paciente, confrontando-se, para esse efeito, as razões que lhe deram suporte com os padrões que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em análise.

Eis, no ponto, o teor da decisão, que, emanada de magistrada de primeira instância, motivou as sucessivas impetrações de 'habeas corpus' em favor do ora paciente [...] (STF, 2008, p.1)

Nesse sentido, no entendimento do relator Ministro Celso de Mello, se a medida cautelar ou prisão processual possui caráter excepcional é pacífico o entendimento nos tribunais superiores de que o *ius libertatis* só pode ser tolhido, durante o processo, quando presentes relevantes motivos que justifiquem a excepcionalíssima medida e desde que observado o devido processo legal. As duas decisões judiciais abaixo exemplificam a questão.

Habeas Corpus n.º 0000447-71.2012.8.26.0000

HABEAS CORPUS LEI MARIA DA PENHA LIBERDADE PROVISÓRIA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA ORDEM CONCEDIDA. Ausentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, analisados à luz da Lei nº 12.403/11, de

rigor a concessão da liberdade provisória, impondo-se medidas cautelares diversas da prisão. [...]

Muito embora os crimes derivados de violência doméstica possam causar desassossego social, o delito, por si só, não é ação suficiente a fundamentar os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, impondo-se, pois, o cotejo entre o poder-dever de punir do estado e o *ius libertatis* do indigitado no caso concreto. Não demonstrada a ameaça à ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, sem fundamento a segregação cautelar do paciente.

Ademais, embora afastada a obrigatoriedade da fiança, outras obrigações foram impostas ao paciente e, tratando-se de crime praticado contra mulher no âmbito doméstico e familiar, a proibição de manter contato com a vítima e seus familiares, permanecendo a uma distância de, no mínimo, 300 metros de referidas pessoas, preservam a integridade física e o sossego das pessoas envolvidas.

Sob esse contexto, verificando-se a ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, concede-se a liberdade pretendida ao paciente, mantidas as medidas alternativas fixadas às fls. 17/18. (SÃO PAULO, 2012, p. 1)

Habeas Corpus n.º 100110038682,

EMENTA: HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO CONSUMADO - ENTRADA EM VIGOR DA LEI 12.403/11- PRISÃO TEMPORÁRIA CONVERTIDA EM PREVENTIVA - PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS - FUMUS COMMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS - CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL E GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - PRISÃO - ULTIMA RATIO - DESPROPORCIONAL AO CASO - MEDIDAS CAUTELARES SUFICIENTES E ADEQUADAS - ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE.

1. A decisão que decreta a prisão provisória mostra-se adequada e justificada, quando comprovada a materialidade do delito e presentes indícios suficientes da autoria delitiva pelo paciente, desde que respaldada pela garantia da ordem pública, a qual se revela pela gravidade em concreto da conduta perpetrada, e pela conveniência da instrução processual, vez que a instrução probatória está apenas incipiente.

2. Com a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, rompeu-se o binômio prisão X liberdade, na medida em que o art. 319, do CPP, passou a elencar nove medidas cautelares alternativas à prisão preventiva. Dessa maneira, a prisão cautelar passou a ser a ultima ratio do sistema. É o que determina o art. 282, VI, do CPP.

3. Somente quando nenhuma das medidas cautelares alternativas for viável ao caso concreto é que estará autorizada a imposição da decretação da prisão.

4. No caso, a prisão não se mostra adequada às condições pessoais do paciente, que não ostenta nenhuma incursão anterior na seara penal, bem como sempre possuiu residência fixa no distrito da culpa e profissão no mesmo local. Assim, entendo que as referidas medidas cautelares mostram-

se suficientes para evitar qualquer prejuízo à instrução criminal e à ordem pública.

5. Ordem concedida parcialmente, para revogar a prisão preventiva imposta ao paciente nos autos da ação penal nº 008.11.004281-2 e substituí-la por quatro medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319, incisos I, II, III e IV, do Código de Processo Penal, sob pena de decretação de nova prisão preventiva.(TJES, Classe: Habeas Corpus, 100110038682, Relator : SÉRGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 08/02/2012, Data da Publicação no Diário: 17/02/2012) (ESPÍRITO DO SANTO, 2012, p.1)

No entendimento do Relator Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, após a vigência da referida lei, a prisão cautelar é ultima *ratio* do sistema, mostrando-se inadequada, considerou que as medidas cautelares eram aplicáveis ao caso por serem suficientes e adequadas.

Como não há mais conversão automática da prisão em flagrante em preventiva, cabe ao juiz avaliar qual medida se mostra mais adequada ao caso concreto. A gravidade do crime, por si só, não autoriza a decretação da prisão cautelar, contudo como no caso apresentado houve um crime contra a vida, a concessão da liberdade ao réu com a substituição por medidas cautelares diversas da prisão, certamente causou e continuará a causar sensação de impunidade e polêmica junto aos meios midiáticos.

Neste sentido,

A natureza jurídica das medidas cautelares pode ser entendida como uma “dosagem exata para liberdade”, de modo que a finalidade não é favorecer a impunidade, é longe disso, senão, aplicar uma medida que, ao mesmo tempo em que cerceia a prisão, impõe condições peculiares ao acusado a ponto de ser suficiente e seguro para evitar novas infrações penais (ROCHA, 2012, p.27)

A aplicação da Lei nº 12.403/2011, traz inúmeros questionamentos, visto que o preceito da presunção de inocência, apesar de previsto como direito inerente a todo e qualquer cidadão, passa por despercebido aos olhos da sociedade quando esta se depara com crimes que causam comoção noticiados nos meios de comunicação de massa. (WEGENER, 2012)

Vale lembrar que a nova lei trouxe mais vantagens que desvantagens, posto que atende a um reclamo majoritário da doutrina e da jurisprudência, razão pela qual merece particular atenção por parte dos operadores do Direito para que seus preceitos sejam realmente aplicados (NUCCI, 2011)

De qualquer forma, a privação cautelar da liberdade nunca poderia se prestar a compensar os ofendidos ou seus familiares pela morosidade da justiça, cabendo a esta, bem

como a seus órgãos auxiliares, adequarem-se e serem estruturados para que enfim possam prestar uma tutela jurisdicional célere e efetiva.

• “Inconstitucionalidade da chamada ‘execução antecipada da pena’. Art. 5º, LVII, da CF. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da CF. O art. 637 do CPP estabelece que ‘(o) recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença’. A LEP condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A CB de 1988 definiu, em seu art. 5º, LVII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’. Daí que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/1984, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. (...) A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da CB). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida.” (HC 94.408, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 10-2-2009, Segunda Turma, DJE de 27-3-2009.) (A Constituição e o Supremo, 2011, p.426)

8.3.7 Homogeneidade

Trata-se aqui da homogeneidade entre a medida cautelar decretada e eventual pena advinda da condenação criminal, de tal sorte que o gravame processual não pode ser superior ao de uma hipotética condenação.

É um desdobramento do princípio da proporcionalidade, porquanto é desproporcional e desarrazoada, por exemplo, a decretação da prisão preventiva, via de regra, nos crimes dolosos com pena máxima *inferior* a 4 anos, conforme determina, a *contrario sensu*, o art. 313, I do Código de Processo Penal⁶. Da mesma forma a lei processual não permite a decretação da prisão preventiva nos crimes culposos, visto que, via de regra, ao final do processo, mesmo que condenado, o réu não seria encarcerado por força da conversão em penas restritivas de direitos, nos termos dos artigos 43 e 44 do Código Penal. Interessante

⁶ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

notar que muito embora tenha sido consagrada a homogeneidade pela reforma de 2011, ela até então era posição minoritária.

Abaixo trazemos jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na qual percebemos evidente aplicação do princípio analisado.

HABEAS CORPUS. ART. 288 CÓDIGO PENAL. (...) PRISÃO PREVENTIVA. LEI 12.403/11. INCABÍVEL. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. ART. 319 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUBSTITUIÇÃO.

1. Paciente que teve decretada prisão preventiva no curso das investigações, cujo mandado não logrou ser cumprido, e mantida na sentença condenatória para assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública. Inobstante as razões que fundamentaram o decreto prisional, com a entrada em vigor da Lei 12.403/11, não mais subsiste requisito objetivo para sua manutenção, uma vez que o delito imputado (art. 288 do Código Penal) ao paciente não tem pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos.

2. Aplicação de medida alternativa à prisão preventiva, sendo cabível na espécie a fixação de outras medidas acauteladoras, conforme disciplina o art. 282 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela lei 12.403/11, ante a necessidade de garantir a aplicação da lei penal. Substitui-se o decreto de prisão preventiva expedido em desfavor do paciente, por medidas alternativas mais brandas, previstas na nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, notadamente aquelas constantes dos seus incisos I (comparecimento em juízo) e VIII (fiança). (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. HC. 0010337-16.2011.404.0000, Sétima Turma. Relator Desembargador Federal Márcio Antônio Rocha, publicado em 16-10-2011.Lex: Jurisprudência do TRF-4).

Portanto, temos que a medida cautelar deve guardar proporcionalidade com a pena que poderá ser aplicada findo o processo, ou seja, não deverá o magistrado determinar medida mais gravosa na fase processual do que a própria sanção proveniente de eventual condenação definitiva.

8.4 *Fumus Commisii Delicti* – Requisito Basilar

O *fumus commisii delicti* ou simplesmente fumaça do cometimento do delito – equivalente, no âmbito penal, ao *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) – é o requisito basilar das medidas cautelares, que consiste no juízo apriorístico de viabilidade e probabilidade da ação penal, quando tratamos de medida decretada no curso da investigação criminal, assim como, de uma provável condenação ao final da instrução processual, quando tratamos da ação penal. Trata-se de um *lastro probatório mínimo* sobre a existência do crime

e do seu elemento subjetivo (dolo ou culpa). Consiste, basicamente, na existência de indícios suficientes da autoria e prova razoável da ocorrência do crime.

A lei não exige a prova da inequívoca da materialidade do crime – exceto para a decretação da prisão preventiva – visto que a cautelar pode ser decretada justamente por necessidade da investigação ou da instrução criminal conforme prescreve o Art. 282, I do CPP, necessidade esta que justifica a medida para a produção ou aperfeiçoamento da prova da materialidade do delito, visando resguardar uma situação para fins de investigação, de tal sorte que, não seria razoável a lei exigir como requisito para a decretação o próprio fim almejado pela decretação da medida, por manifesta *contraditio in re ipsa*.

Por consequência, temos que o exame de corpo de delito é prescindível para a decretação de cautelares, como também, para o próprio oferecimento da denúncia podendo ele ser realizado no curso da instrução criminal (STF: RT 777/549; STJ: RSTJ 137/618). Contudo a situação é diversa, quando tratamos da decretação de prisão preventiva, já que para ela o legislador exigiu, além dos indícios de autoria, também a “prova da materialidade do crime” conforme prescreve o artigo 312, do CPP. Concluimos que os indícios da autoria são requisitos comuns a todas as cautelares, entretanto, a prova inequívoca da materialidade é requisito específico para a decretação da prisão cautelar. (BONFIM, 2011, p.27).

Neste esteio acrescenta Bonfim,

Há, pois, ao teor das exigências da lei processual, uma gradação ascendente do modo de cognição entre o nominativo *notitia criminis* (necessário para a fase investigatória da persecução penal) para o *opinio delicti* (necessário para a decretação das custódias cautelares e para a denúncia) e daí para o *corpus criminis* ou *corpus delicti* (necessário para a preventiva e para a pronúncia), desvelando os modos “notícia”, “suspeita” e “prova” (BONFIM, 2011, p.27).

Assevera Lopes Jr,

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, mais especificadamente, na sistemática do CPC, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. (LOPES JR. 2011, p. 14)

8.5 *Periculum Libertatis* – Fundamento das cautelares

O *periculum libertatis* – vertente do *periculum in mora* presente nas medidas cautelares de natureza extra penal – consiste na demonstração de efetivo risco para o resultado prático do processo na manutenção da liberdade do agente sem restrição alguma. Para Aury Lopes Júnior, “*periculum libertatis*, é o perigo que decorre do estado de liberdade do imputado”. (LOPES JR. 2011 p.15).

O fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado ou simplesmente suposta em razão do status da sua liberdade. O risco está diretamente vinculado com a situação de liberdade do agente. É o *periculum libertatis* que justifica a aplicação das medidas cautelares pessoais. O agente, estando em liberdade absoluta, pode representar risco concreto para bens jurídicos alheios. É isso que fundamenta a adoção de medidas cautelares. (BIANCHINI, *et al.*, 2011, p. 34)

Note-se que, conforme a gravidade do *periculum libertatis*, será exigida medida cautelar proporcional, para assegurar o desenvolvimento da persecução penal. Isto posto, caso a liberdade do agente não se apresente risco iminente ao desenvolvimento regular do processo, deve-se evitar a todo custo a sua prisão cautelar. Todavia, ainda sim, podem ser impostas restrições ou vedações através de medidas cautelares diversas da prisão. Serve o *periculum libertatis* de verdadeira escala gradativa à exigência de aplicação da cautelar mais ou menos gravosa.

O *periculum libertatis* pode demonstrar, no caso real, que a liberdade do agente não oferece preponderante empecilho ao desenvolvimento regular do processo ou da investigação, de modo a não autorizar a aplicação da medida mais severa, ou seja, a prisão cautelar, entretanto, pode ensejar a imposição de uma ou mais medidas cautelares alternativas à prisão.

A regra constitucional da não culpabilidade prescreve que o acusado permaneça com sua liberdade irrestrita, contudo, verificando-se risco de ofensa à satisfação do *ius puniendi*⁷, deve o magistrado valer-se das cautelares, da mais branda a mais severa, gradativamente, conforme o perigo que a liberdade do agente representar concretamente.

⁷ No que diz respeito especificamente às normas de natureza penal, destaca-se o chamado *ius puniendi*, que pode ser entendido tanto em sentido objetivo, quando o Estado, através de seu Poder Legislativo, e mediante o sistema de freios e contrapesos, exercido pelo Poder Executivo, cria as normas de natureza penal, proibindo ou impondo determinado comportamento, sob a ameaça de uma sanção, como também em sentido subjetivo, quando o mesmo Estado, através do seu Poder Judiciário, executa suas decisões contra alguém que descumpriu o comando normativo, praticando uma infração penal, vale dizer, um fato típico, ilícito e culpável. (GRECO, 2011)

Observe-se que é obrigatória a presença concomitante do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* para que se torne imprescindível a prisão cautelar, do contrário, a medida extremada não será admissível, conforme decisão:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS, PRISÃO PREVENTIVA, FUMUS COMMISSI DELICTI, CONFIGURAÇÃO, *PERICULUM LIBERTATIS*, AUSÊNCIA. CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

I – O *fumus commissi delicti* está configurado, segundo a inicial acusatória, por haver indícios de que o paciente tenha atuado no crime de quadrilha, o que foi corroborado pelo recebimento da denúncia pelo juízo de primeiro grau.

II – Na decisão impetrada não restou demonstrado, com base em elementos concretos, a imprescindibilidade da medida à luz das circunstâncias autorizadas que serviram de esteio ao decreto prisional impugnado.

III – Liminar tornada definitiva e ordem parcialmente concedida, para que o paciente responda o processo em liberdade, mediante termo de compromisso (TRF 2, HC 2007.02.01.017269-7. Rel. Abel Gomes, DJU, 10/04/2008).

8.6 Legalidade

Para reprimir os crimes, foram impostas leis penais, que os definem e impõe o poder punitivo do Estado àqueles que venham a violar o regramento, lesando, em princípio, importante bem jurídico tutelado pelo Estado.

Dos bens ou interesses tutelados pelo estado (por meio das normas), uns existem cuja violação afeta sobretudo as condições de vida em sociedade. O direito à vida, à honra, à integridade física são exemplos. Tais bens e muitos outros são tutelados pelas normas penais, e sua violação é que chama ilícito penal ou infração penal. O ilícito penal atenta, pois, contra os bens mais caros e importantes da vida social. (TOURINHO FILHO, 2003. p. 9)

Compete privativamente à União legislar sobre o direito penal, classificando a condutas criminosas, levando em conta o bem jurídico que lesa ou expõe a perigo Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual (...) (BRASIL, 2011, p.14)

A Constituição Federal (CFRFB/1988) em seu o art. V, XXXIX, prescreve: “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 2011, p.9). Corolariamente estabelece o Código Penal brasileiro, em seu art. 1º: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. (BRASIL, 2010, p. 671)

À luz do Direito Penal, o crime é conceituado pela sua tipicidade formal e material. Assim, o conceito formal, é toda conduta ilícita que atente contra os preceitos dirimidos pelo Estado. O conceito material é própria violação do bem jurídico tutelado pelo Estado. Ou seja, o “Crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal.” (MIRABETE, 2005 p.82). Através da doutrina penal, temos que o crime é classificado como todo ato ilícito, antijurídico e culpável.

Analisa Toledo,

Substancialmente, o crime é fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penal) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade) O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável. (TOLEDO, 2008, p.141).

Para Damásio de Jesus,

A conduta descrita em norma penal incriminadora será ilícita ou antijurídica quando não for expressamente declarada lícita. Assim, o conceito de ilicitude de um fato típico é encontrado por exclusão: é antijurídico quando não declarado lícito por causas de exclusão da antijuridicidade. (JESUS, 2002, p.155)

É típica a conduta do indivíduo quando se opõe a lei anterior que a defina como crime, seja a conduta - ação ou omissão - dolosa ou culposa e essa última modalidade expressamente prevista. É ilícita e antijurídica, quando o agente atua ferindo os preceitos legais, é culpável quando não era exigível conduta diversa do agente levadas em conta as circunstâncias, englobando ainda a imputabilidade, isto é, o agente deve possuir, no momento da conduta, condições que permitam a ele ter a consciência da ilicitude do ato.

O crime é uma ação que lesa o bem jurídico protegido, essa a visão é centrada na conduta antijurídica do indivíduo, visto que, infringe o preceito e a lei penal, gerando um dano não só a outra pessoa, mas a sociedade em geral e ao Estado. Desta forma, o princípio alude que não há ocorrência de crime sem que a lei não o caracterize previamente. Caso o indivíduo exerça uma conduta ilícita, transgredindo os preceitos, o Estado, poderá, e só então, exercer seu poder punitivo.

Na seara penal evidencia-se, ainda mais, a importância do princípio da legalidade. A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de

sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é permitido em Direito Penal. Por essa razão é que Franz von Liszt disse que o “Código Penal é a Carta Magna do delinquente”.

Com o advento da Revolução Francesa, o princípio da legalidade atingiu os moldes atuais do Direito Penal, conforme a redação dos arts. 7º, 8º e 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁸, de 1789.

A fonte de conhecimento imediata do Direito Penal é a lei. Só ela pode impor ou proibir condutas sob ameaça de sanção (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). Toda medida cautelar exige primordialmente base legal expressa (*lex scripta*) que consiste na previsão explícita em lei, sob pena de *nulla coactio sine lege*⁹, já que nenhuma coação será admitida no processo penal sem previsão legal.

De acordo com as lições de Mir Puig,

“Com a exigência de uma *lex scripta* fica, desde logo, excluído o costume como possível fonte de delitos e penas. Mas tampouco basta qualquer norma escrita, senão que é preciso que tenha categoria de lei emanada do Poder Legislativo, como representação do povo. Esse último afeta o sentido de garantia política do princípio da legalidade. Ficariam excluídas como fonte de delitos e pena as normas regulamentares emanadas do Poder Executivo, como decretos, portarias ministeriais etc.” O princípio veda também a possibilidade da analogia *in malam partem*, haja vista que a previsão deve ser expressa, não permitindo que o intérprete a faça em prejuízo do agente. (MIR PUIG, 1985, p.77.)

Cabe à lei delimitar as intromissões do poder estatal nos direitos fundamentais do indivíduo. Observa-se que não se admite que qualquer lei regule tais restrições, somente admite-se a lei emanada dos representantes do povo é o que se chama da garantia da *lex populi*. Assim sendo não há de se falar em restrições a tais direitos determinada por medida provisória do Presidente da República por exemplo. Ademais a lei deve ser certa, precisa, taxativa (*lex certa*); deve ser clara (*lex clara*), ou seja, inteligível e compreensível e proporcional, (*lex proportionalis*). Frise-se ainda a garantia da *lex stricta* que assegura uma interpretação restritiva nesse tipo de lei, bem como que deva ser prévia a lei (*lex praevia*).

⁸ Art. 7º Nenhum homem pode ser acusado, preso ou detido senão quando assim determinado pela lei e de acordo com as formas que ela prescreveu. Os que solicitam, expedem, executam ou fazem executar ordens arbitrárias devem ser punidos. Mas todo homem intimado ou convocado em nome da lei deve obedecer imediatamente: ele se torna culpado pela resistência.

⁹ “o *nulla coactio sine lege* está para o processo penal como o *nullum crimen sine lege* está para o direito penal” (ibidem, p.45).

(BIANCHINI, et al., 2011)

Atualmente não existe no processo penal o poder geral de cautela do juiz presente no processo civil, nos termos do art. 798 do Código de Processo Penal¹⁰, conclui-se que todas as medidas cautelares são típicas e, portanto, possuem forma determinada e não se admitem medidas cautelares atípicas no processo penal, visto que por força da necessidade de observação da legalidade das medidas cautelares o magistrado só estará autorizado a praticar atos que contam com forma legal. No processo penal forma representa garantia e caso o juiz não obedeça a forma legal violará o princípio da legalidade.

A forma processual como destaca Lopes Junior (2010) é ao mesmo tempo, limite do poder e garantia para o indiciado ou suspeito ou acusado ou réu. “A legalidade é pressuposto da proporcionalidade e o princípio fundante do *due process of law*”. O processo penal está sob égide da instrumentalidade, na busca da limitação do poder do estado, de modo que a tipicidade processual se torna crucial. Conclui-se ser inimaginável a restrição dos direitos fundamentais por qualquer processo de analogia ou em decorrência do poder geral de cautela do juiz.

8.7 Cabimento das medidas cautelares diversas da prisão

As medidas cautelares diversas da prisão, alguns incluem aqui também a prisão domiciliar, podem ser aplicadas de forma autônoma, mesmo nos casos em que não haja previsão legal para a prisão preventiva ou como medida substitutiva da prisão cautelar. Tais medidas serão cabíveis em qualquer espécie de infração penal, desde que a pena cominada seja isolada, cumulativa ou alternadamente a pena privativa de liberdade (art.281, § 1º do CPP). O que torna impossível, por exemplo, a aplicação dessas medidas alternativas as contravenções penais e ao crime de uso de drogas (art. 28 da Lei 11.343/2006).

Outrossim, o art. 321 do Código de Processo Penal prescreve que se não estiverem presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva – art. 312 do CPP – deverá o juiz

¹⁰ Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

conceder a liberdade provisória, podendo valer-se, observados os critérios de adequação e necessidade – art. 282, do CPP – das medidas cautelares alternativas à prisão.

Por fim, em caso de descumprimento das outras medidas cautelares, poderá ser decretada a prisão preventiva, mesmo que não restem configuradas as hipóteses do art. 313 do CPP, considerando a preservação da utilidade das cautelares, visto que sem coerção rapidamente cairiam em descrédito, mormente no caso de reiterado descumprimento das cautelares.

8.8 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade determina ao juiz que busque sempre o equilíbrio da medida, observado o gravame imposto, a necessidade da sua decretação, sopesando os valores envolvidos, de modo a preservar a incidência da prisão cautelar para casos excepcionais.

Para a doutrina dominante (Barroso, Barros de Toledo, Gilmar Mendes, Bandeira de Mello, González-Cuellar Serrano) e para o próprio Supremo Tribunal Federal, o princípio geral da proporcionalidade segundo a doutrina alemã – princípio da razoabilidade segundo a doutrina norte-americana ou princípio da proibição do excesso segundo a doutrina constitucionalista pós Segunda Guerra Mundial – expressariam um mesmo conteúdo.

Segundo Gomes,

Do devido processo legal (contemplado na quinta e décima quarta emendas constitucionais) a doutrina e a jurisprudência norte-americanas extraíram duplo sentido:

- (a) *Judicial due process of law (fair trial/judicial process)* (devido processo judicial ou procedimental): todos os processos, isto é, todas as atividades persecutórias devem seguir as formalidades legais e respeitar estritamente as garantias do devido processo legal;
- (b) *Substantive due process of law* (devido processo legal substantivo): a criação dessas regras jurídicas também possui limites. O legislador deve produzir regras *justas*. A produção legislativa tem limites formais e substantivos (Ferrajoli): Não só deve seguir o procedimento legislativo como deve ser proporcional e equilibrada. (BIANCHINI, et al. 2011, p. 42)

A segunda concepção expressa o princípio da proporcionalidade, o qual rege todos os atos públicos, especialmente os que restringem direitos fundamentais. Segundo entendimento do STF, a proporcionalidade tem previsão constitucional, por representar o *aspecto material*

do devido processo legal, com previsão expressa no art. 5º, inc. LIV, da Lei Maior, o que faz dele princípio constitucional geral de direito (Gilmar Mendes, Buechele, Stumm, Bonavides, Guerra Filho, Toledo Barros).

São precisas as lições de Santiago Mir Puig quando diz que o princípio da proporcionalidade exige, obrigatoriamente, um juízo de ponderação, que é realizado entre a afetação do direito que implica a intervenção penal e a importância dos bens que são efetivamente tutelados através daquela intervenção. (MIR PUIG, 2009).

Podemos extrair, do direito alemão, duas vertentes para o princípio da proporcionalidade: a proibição do excesso – *übertmassverbot* – e a proibição da proteção deficiente – *untermassverbot*. Enquanto a proibição do excesso busca proteger o direito de liberdade do indivíduo, seja em face do legislador, seja em face do julgador, a proibição da proteção deficiente é a vertente do princípio da proporcionalidade a qual proíbe que o direito fundamental seja protegido de forma deficiente.

Nesse esteio é a lição de Lenio Streck,

Trata-se de entender que, assim que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro lado, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. (STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição do excesso (*Übertmassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Ajuris*, ano XXXII, n.97, p.180, mar. de 2005)

8.8.1 Origens do princípio da proporcionalidade

“O princípio da proporcionalidade deita suas raízes em séculos passados” (GOMES). Na Alemanha contemporânea, até metade do século XX, o princípio tinha sentido restrito ao limite do poder de polícia (*Polizei-recht*). Após a 2ª grande guerra, passou a ser concebido como princípio constitucional que limitava toda a atuação do poder público. Em 1971, foi reconhecida pela primeira a inconstitucionalidade de uma lei penal com fundamento neste princípio. No Brasil, o princípio foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal em 1951 (Cf. RE 18.331, rel. Orozimbo Nonato).

8.8.2 Efeitos no direito brasileiro

Percebe-se que o princípio da proporcionalidade, que se extrai da previsão constitucional do *devido processo legal substantivo*, segundo entendimento do STF, e aproxima-se da ideia do Estado Democrático de Direito (art.1º, *caput*, da CF), tornando-o verdadeiro protetor dos direitos e garantias fundamentais e consagrando sua inerência ao princípio da legalidade, de tal forma, a obrigar sua observância a todas as esferas do poder estatal.

- “Lei do Crime Organizado (art. 7º). Vedação legal apriorística de liberdade provisória. Convenção de Palermo (art. 11). Inadmissibilidade de sua invocação. (...) Cláusulas inscritas nos textos de tratados internacionais que imponham a compulsória adoção, por autoridades judiciárias nacionais, de medidas de privação cautelar da liberdade individual, ou que vedem, em caráter imperativo, a concessão de liberdade provisória, não podem prevalecer em nosso sistema de direito positivo, sob pena de ofensa à presunção de inocência, dentre outros princípios constitucionais que informam e compõem o estatuto jurídico daqueles que sofrem persecução penal instaurada pelo Estado. A vedação apriorística de concessão de liberdade provisória é repelida pela jurisprudência do STF, que a considera incompatível com a presunção de inocência e com a garantia do *due process*, dentre outros princípios consagrados na CR, independentemente da gravidade objetiva do delito.(...) (A Constituição e o Supremo, 2011,p.25)

O princípio da proporcionalidade permite duplo controle sobre as leis, atos administrativos e atos jurisdicionais. De um lado, permite o controle de constitucionalidade e de outro, controle de convencionalidade (art. 5, §§ 2º, 3º e 4º da CF¹¹).

Alias, é o que prescreve a Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH), no caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) VS. Brasil, sentença de 24 de novembro de 2010. Segue trecho do julgado da Corte IDH:

¹¹ Art.5 (...)

§ 2º - 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.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

176. Esta Corte estabeleceu na sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades nacionais estão sujeitas às regras de direito, e como tal, são obrigadas a aplicar as disposições em vigor do código legal. No entanto, quando um Estado é uma parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluindo os seus juízes, também estão sujeitos a ela, em que eles são obrigados a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não serão reduzidas mediante a aplicação de normas que são contrárias ao propósito e objetivo final e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, é internacionalmente obrigado a exercer "controle de convencionalidade" ex officio entre as normas nacionais e da Convenção Americana, evidentemente, no âmbito da respectiva jurisdição e os regulamentos processuais adequados. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação de que a Corte Interamericana, como o intérprete final da Convenção Americana, tem dado.(...)

Igualmente deve ser precedida de uma autêntica necessidade, da mão da proporcionalidade, antes de adotar medida de tamanha importância pelo que significa a limitação de um direito fundamental (ver as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos de 21 de fevereiro de 1975, de 6 de junho de 1978 e de 25 de março de 1983). Trata-se de manter as garantias adequadas e suficientes contra os abusos (...) apoiar-se em uma necessidade social, imperiosa e particularmente proporcional ao fim legítimo pretendido (decisão do Tribunal Europeu de 24 de março de 1988). É em suma a ponderação dos interesses envolvidos que obriga a comparar, em equilíbrio, o fim que se persegue e o prejuízo que se vai causar no direito da pessoa (21 de janeiro de 1994).

A Corte IDH enfatizou que é dever de todos os juízes realizar, ex officio, além do controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade, ou seja, a adequação do ordenamento jurídico e dos atos jurídicos aos tratados internacionais de direitos humanos. Uma das funções mais relevantes do princípio é o de servir de parâmetro aferidor, servir de limite às restrições impostas a qualquer direito fundamental, incluindo-se aqui logicamente a restrição do direito fundamental da liberdade, seja por meio da decretação judicial de prisão ou de medida cautelar diversa.

8.9 Princípio da proporcionalidade em suas três máximas parciais

O modelo teórico do princípio da proporcionalidade exige que o magistrado o analise em suas três máximas parciais: a adequação da medida, a necessidade da medida e a proporcionalidade em sentido estrito.

O magistrado deverá, em primeiro lugar, analisar se o meio escolhido é apto – princípio da legalidade – e idôneo para alcançar a finalidade colimada, numa relação de meio

e fim, empregará a primeira máxima do princípio da proporcionalidade: a *adequação*. Em seguida, dentre as medidas adequadas e imprescindíveis ao processo, optará pela menos onerosa ao réu – princípio da intervenção mínima – empregará aqui o subprincípio da *necessidade* e, por último, o juiz deverá contrabalancear os bens jurídicos envolvidos no conflito, fazendo uso da terceira máxima parcial: a *proporcionalidade em sentido estrito*.

O art. 282, inc. I e II, do Código de Processo Penal¹², mencionam expressamente as exigências de respeito aos subprincípios do princípio da proporcionalidade: a necessidade e a adequação. Estabelece critérios explícitos, que não excluem outros, implícitos, para regular a aplicação das medidas cautelares.

Segundo Luís Flávio Gomes (2011), o fato de o legislador ter trazido no texto legal apenas duas máximas do princípio da proporcionalidade de forma expressa – necessidade e adequação – não exime o magistrado da obrigatoriedade de aplicar, no momento de decretar qualquer tipo de medida cautelar, todas aquelas inerentes ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista a constitucionalidade e a convencionalidade do referido princípio. Então conclui o autor que o juiz deverá seguir o seguinte “roteiro de exigências”:

(a) Instrumentalidade das medidas cautelares; (b) seu requisito essencial *fumus commissi delicti*; (c) o seu fundamento imprescindível *periculum libertatis*; (d) o princípio da presunção de inocência; (e) o princípio da liberdade; (f) a regra da excepcionalidade das medidas cautelares; (g) o princípio da legalidade da medida; (h) a justificação teleológica da medida; (i) a autorização ou convalidação judicial; (j) a sua motivação; (k) a idoneidade (ou adequação) da medida; (l) a necessidade da medida (intervenção mínima); (m) a proporcionalidade em sentido estrito (ponderabilidade dos bens envolvidos, relação do custo-benefício) e (n) o princípio da homogeneidade [...]. (ibidem, p.60)

8.9.1 Adequação

A adequação ou idoneidade da medida cautelar é um requisito intrínseco de toda medida que restrinja direitos fundamentais, nos termos do art. 282, II, do CPP: “As medidas

¹² 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.

cautelares deverão ser aplicadas, observando-se a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

A medida deve ser meio adequado para alcançar o fim almejado. Destarte, no caso da prisão preventiva, para que seja ela decretada, ela deve ser o único meio idôneo para que se alcance a garantia da ordem pública ou econômica, a o escorreito andamento da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

“A adequação da medida é a explicação de porque essa e não outra medida há de ser aplicada”. Não obstante, recomenda-se a técnica do método interpretativo do princípio da proporcionalidade, tão logo se proceda ao juízo de adequação – a medida é apta a atingir o fim almejado – mostrando-se necessária sua adoção, procede-se a análise da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em contrabalançar os valores “os bens da vida” envolvidos e em contraposição, de modo que a restrição do direito fundamental deve ser congruente ao mal que pretende combater. (BONFIM, 2011, p.30 et. seq.).

A adequação ou idoneidade da medida não se refere tão somente à escolha da medida cautelar menos gravosa e capaz de ser efetiva, mas também consiste na exata aplicação quantitativa desta. São exigências ligadas à idoneidade ou adequação:

- (a) Adequação qualitativa da medida: as circunstâncias do fato, particularmente, orientam o juiz na busca da medida mais adequado ao caso em concreto. Por exemplo, para evitar que o acusado continue ameaçando testemunha cabe sua prisão; para evitar que se aproxime da vítima, cabe a restrição da distância de aproximação;
- (b) Adequação quantitativa da medida: não pode haver excesso na medida. Assim, por exemplo, uma prisão temporária só pode ser decretada por até 5 dias, ou até 30 dias, no caso de crime hediondo. A gravidade do crime servirá de guia, muitas das vezes, para quantificação da medida cautelar; e
- (c) Adequação subjetiva da medida: diz respeito contra quem se opõe a medida cautelar, é que prescreve o art. 282, II, *in fine*¹³, sendo certo que o juiz deverá levar em conta “as condições pessoais do indicado ou acusado”. (GOMES, 2011,p.53)

Observe-se que o trecho do texto legal: “as condições pessoais do indiciado ou acusado” pode levar a excessos por parte do juiz. Os antecedentes criminais, quando usados

¹³ Art. 282 (...)

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.

como fator preponderante para a aplicação de medidas cautelares demasiadamente severas, representa *bis in idem*, ou seja, significa punir o agente duas vezes pela mesma infração.

8.9.2 Necessidade

A medida cautelar, nos termos do art. 282, I, do CPP, deve ser conveniente – necessária – para aplicação da lei penal, investigação ou instrução criminal ou para evitar a prática de novas infrações penais nos casos expressamente previstos.

Destarte quando optar-se pela mais onerosa dentre as medidas adequadas, deve o magistrado justificar a necessidade concreta da intervenção mais severa.

Parafraseando o penalista alemão Hans-Heinrich Jecheck: “não se faz necessário um canhão para matar pombos”. Nas lições de Aury Lopes Jr. (2011), temos que é necessária a imprescindibilidade para a decretação de determinada medida cautelar, ou seja, quando não há mais nada a fazer, senão optar por determinada medida, mesmo que gravosa. De outro modo, não sendo ela imprescindível optar-se-á por medida mais branda.

O princípio da necessidade liga-se umbilicalmente ao princípio da intervenção mínima, conforme as lições de Luís Flávio Gomes (2011), destarte que compete ao juiz escolher a medida de menor gravame – desde que eficiente – ao direito fundamental restrito.

Conforme lição de Beccaria, para que a pena não se torne uma violência deve ser pública, eficaz, necessária e a *mínima das possíveis* nas circunstâncias dadas, proporcionais aos crimes, ditadas pelas leis. (BECCARIA, 2012, p. 315)

Se outras medidas são possíveis e suficientes o juiz não deverá optar pela mais drástica, por força do princípio da suficiência da medida menos onerosa e caso veja necessidade de aplicar a mais drástica das medidas deverá fundamentar em fatos concretos o porquê da adoção dessa medida mais severa.

A prisão, em todo caso, será a medida extrema, a *extrema ratio da ultima ratio* (Luís Flávio Gomes). E como a última das medidas, a última trincheira do direito penal, serve-se do princípio da subsidiariedade da medida menos gravosa e do princípio comparativo, devendo o julgador necessariamente comparar a possibilidade da prisão com outras opções menos severas, como a liberdade provisória com ou sem fiança ou ainda com outras medidas cautelares diversas da prisão.

A prisão preventiva só poderá ser imposta quando não for possível sua substituição por outra medida cautelar. Isso significa que o legislador fez a opção pela menor onerosidade ao acusado na imposição das medidas, preferindo as cautelares pessoais do art. 319 do CPP em detrimento da prisão. Há, pois, um escalonamento nas medidas restritivas dos direitos fundamentais, da menos onerosa (hipóteses das cautelares alternativas à prisão) para a mais onerosa (cerceamento da liberdade via prisão provisória), funcionando como “último soldado”, adentrando ao cenário processual apenas no caso de insuficiência ou inconveniência das outras medidas tomadas, oportunidade em que, nesse caso, assumiria o protagonismo ou papel principal. (BONFIM, 2011, p.22)

Conforme GOMES (2011), cabe ao juiz aquilatar as vantagens e desvantagens em cada situação, num análise de relação custo-benefício¹⁴, como se faz nas relações econômica, quando se leva em conta o preço pago por determinado produto ou serviço e o benefício trazido por ele.

8.9.3 Proporcionalidade em sentido estrito

A proporcionalidade em sentido estrito é o terceiro e derradeiro elemento intrínseco do princípio da proporcionalidade. Seguindo os ensinamentos de Luís Flávio Gomes (2011), deve ser aplicada numa relação de complementariedade com a adequação da medida, isso porque ela requer uma ponderação dos valores ou bens envolvidos. Esta conjugação exerce o papel, metaforicamente falando, duma verdadeira balança¹⁵, de um lado estará o *ius libertatis*; a presunção da inocência e os possíveis efeitos nefastos da prisão sobre o acusado, doutro lado estará o *ius puniendi*; o escorrito desenvolvimento da persecução penal e a garantia da aplicação da lei penal, entre outros interesses do Estado e da sociedade. Ao magistrado, impõe-se o dever de decidir, racionalmente e justificadamente, quais desses bens preponderarão no caso *in concreto* e, aprioristicamente, nem sempre haverá preponderância do interesse público.

Corroborá Greco o entendimento,

¹⁴ Designado pelo doutrina francesa como bilan coût-advantages (balanço custo-benefício).

¹⁵ Utensílio de origem caldéia, símbolo místico da justiça, quer dizer, da equivalência e equação entre o castigo e a culpa (CIRLOT, 1984, p. 112); não é apenas um signo zodiacal, mas em geral o símbolo da justiça e do comportamento correto, da medida, do equilíbrio; em muitas culturas, representa a imagem da jurisdição, da justiça terrena, da “Iustitia” com os olhos vendados, que não se deixa influenciar durante a avaliação da culpa.

No que diz respeito às normas penais, especificamente, deverá a justiça, como fiel de uma balança, colocar em seus pratos, de um lado, o direito a liberdade, inerente a todo ser humano, e, do outro, a pena, principalmente a privativa de liberdade, como uma exceção a esse direito. Como quase nenhum direito é absoluto, o direito de liberdade deverá ceder caso ocorra a prática de uma infração penal. É aqui que o *ius puniendi* se fará mais evidente.

Segundo as lições de Edilson Mougenot Bonfim (2011), A Lei 12.403/11 previu, além dos “pressupostos genéricos” das medidas cautelares – o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* – e do controle abstrato para o caso de prisão preventiva (Art. 313, do Código de Processo Penal¹⁶), requisitos expressamente mencionados, que de certa maneira podem se confundir ou complementar os pressupostos genéricos sem jamais colidirem com estes. Segundo ele, o legislador não foi suficientemente técnico ao suprimir a “proporcionalidade da medida” no art.282, do CPP, ao contrário da redação do art. 156, I, CPP¹⁷, no qual se apropriou de todos os requisitos do princípio da proporcionalidade: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Esclarece Bonfim,

(...) a nosso sentir não adotou o legislador a melhor redação, na medida em que se apropriou dos requisitos do “princípio da proporcionalidade” (necessidade e idoneidade ou adequação) e nada mencionou, ao menos diretamente, à “proporcionalidade em sentido estrito”, cometendo, de outra parte, confusão técnica e conceitual, ao transformar o trinômio em binômio, englobando requisitos diversos e não correlatos. (...) quis reproduzir o conceito e os requisitos do princípio da proporcionalidade, mas acabou fazendo-o de modo equívoco(...) na medida em que não alude expressamente a proporcionalidade em sentido estrito, enquanto, de outra parte, condiciona a “adequação” da medida à gravidade do crime e a outros requisitos. (...) Desse modo, condicionou a concessão da cautelar (art. 282, II) a que a “adequação” seja condizente “à gravidade do crime” coisas absolutamente díspares. Pode haver medida adequada mais não proporcional, como pode haver medida proporcional, mas inadequada.(...) Adequação do meio é, por exemplo, valer-se de um bisturi – e não de uma tesoura – para a realização de uma cirurgia que se mostra necessária. Por fim, (proporcionalidade em sentido estrito) há de perguntar se o “corte” (a lesão cirúrgica que se fará) é condizente com o mal que se visa combater. Necessária pode ser, já que, de todos os meios disponíveis, escolheu-se o menos restrito de direitos; adequada também pode se revelar, já que o meio mostra-se idôneo ao fim que se propõe. Mas pode ser que no “balanço final de valores” (sintonia fina), se entenda ser demasiada a medida para o quanto ela se

¹⁶ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

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

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, (...);

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

¹⁷ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

proponha a preservar, tendo em vista a “gravidade do crime, as circunstâncias do fato e a personalidade do agente”.

8.10 Justificação teleológica

A justificação teleológica (causas finais) das medidas cautelares exige o reconhecimento de fins legítimos, pois nenhuma restrição aos direitos fundamentais pode apoiar-se em fim ilegítimo ou irrelevante. Fins legítimos são: sempre admitidos legalmente, constitucionalmente e convencionalmente admitidos pelo ordenamento jurídico.

Exige-se aqui conciliação de interesses na esfera jurídica e social, já que é dever do Estado – mesmo que se apresentem antagônicos por vezes – conciliar a manutenção da ordem e da segurança, com a observância aos princípios da presunção da inocência e do devido processo legal. Por exemplo, a prisão cautelar só será admitida, legitimamente, para a garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência – melhor seria o termo necessidade – da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, aqui a lei traçou as finalidades da prisão preventiva.

“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.

É evidente que não basta que o julgador afirme que a prisão está sendo decretada para garantia da ordem pública simplesmente, deverá ele conectar a finalidade ao fato concreto, de modo a demonstrar através de fatos o risco à ordem pública.

- “O fundamento da garantia da ordem pública é inidôneo quando alicerçado na credibilidade da justiça e na gravidade do crime. De igual modo, circunstâncias judiciais como a gravidade do crime, o motivo, a frieza, a premeditação, o emprego de violência e o desprezo pelas normas que regem a vida em sociedade não conferem base concreta à prisão preventiva para garantia da ordem pública. Circunstâncias dessa ordem não devem refletir -se - e apenas isso - na fixação da pena. Precedentes.” (HC 99.379, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 8-9-2009, Segunda Turma, DJE de 23-10-2009.)

Fora desses fins traçados pela lei, a decretação da prisão será ilegítima, como, por exemplo, no caso de uma prisão decretada sob o pretexto de preservar a vida do indivíduo, já que não constitui este um fim legítimo determinado pela lei.

As medidas cautelares subjetivas serão admitidas se mostrarem-se necessárias para a aplicação da lei penal, para a investigação ou para instrução criminal, e nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais (art.282, I, CPP). Desse modo, caberá ao juiz demonstrar a presença de ao menos uma dessas exigências teleológicas de forma indubitável, para aplicar uma ou mais medidas cautelares diversas da prisão.

É *conditio sine qua non* de aplicabilidade da medida cautelar e a justificação se dará na fundamentação da decisão tornando-se possível um “controle subjetivo do cabimento da medida quanto à legitimidade constitucional e relevância social. Ganha especial relevância o tema do controle do pressuposto material ou teleológico, no sentido de que é matéria afeta a teoria das nulidades, posto que a desobediência a ele torna o ato nulo. (BONFIM, 2011)

8.11 Jurisdicionalidade

Consiste na exigência de judicialidade da medida, ou seja, a medida deve ser autorizada ou convalidada por um juiz competente. Todas as medidas pessoais exigem, portanto, legalidade, processo e jurisdição e o processo só existe com a presença do magistrado. Nenhuma medida cautelar, por exemplo, pode ser decretada por membro do Ministério Público ou Delegado de Polícia.

8.12 Motivabilidade

Em decorrência do princípio da motivabilidade, nenhuma medida cautelar ou prisão será decretada sem a devida fundamentação (art.283 do CPP; art. 5º, inc.LXI, CFRB/88).

Segundo Luiz Flávio Gomes (2011), o Juiz deve fundamentar em sua decisão: a) situação fática justificadora na medida cautelar: b) a base jurídica: e c) a sua (imperiosa) necessidade. É a exigência constitucional prevista no art.93, inc. IX da Constituição Federal.

Através da fundamentação é possível exercer o controle da legalidade e razoabilidade da decisão, ademais toda medida cautelar deve ter cunho instrumental e deve ser fundamentada (STF, HC 72996-7, rel. Marco Aurélio de Mello, j.21.11.95).

Levando-se em conta, que todos os acusados são amparados pelo princípio da inocência, portanto, são presumidos inocentes, torna-se inevitável notar a colisão que ocorre entre uma medida cautelar e o princípio da não culpabilidade. Contudo, quando demonstrada a necessidade da medida cautelar, em decisão devidamente fundamentada não há que se falar em ofensa ao princípio constitucional. Importante salientar que a gravidade da infração por si só não autoriza a adoção de qualquer medida cautelar. É o que proclama a doutrina pacificada no STF:

ACUSACÃO PENAL POR CRIME HEDIONDO NÃO JUSTIFICA A PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE DO RÉU. A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por atos arbitrários do poder público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (art. 5º, LVII, CF), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada. (RTJ 187/933-934, rel. Min. Celso de Mello).

Não serve a prisão preventiva nem, a constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, (...) O processo penal, enquanto corre, destina-se a apurar uma responsabilidade penal; jamais a antecipar-lhe as consequências. Por tudo isso, é incontornável a exigência de que a fundamentação da prisão processual seja adequada à demonstração da sua necessidade, enquanto medida cautelar, o que (...) não pode reduzir-se ao mero apelo à gravidade objetiva do fato (...). (RTJ, 137/287, p.295, rel.Min.Selpúvida Pertence).

Também não é aceitável, ou melhor, não é juridicamente aceita, nenhuma fundamentação em tese. Certa vez um magistrado escreveu que: “o crime, em tese praticado, é gravíssimo, e indica, também em tese, que o acusado possui personalidade distorcida e que pode tentar evadir-se. (STF, HC 95.464-SP). (GOMES, 2011).

9. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO EM ESPÉCIE

As medidas cautelares diversas da prisão são elencadas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal. O art. 319 que traz as chamadas outras medidas cautelares e contém nove incisos – embora se entenda que a medida de internação provisória seja uma forma de privação de liberdade – enquanto o art. 320 trata exclusivamente da proibição do acusado ou indiciado ausentar-se do país, com imposição da entrega do passaporte. A decretação dessa proibição não caracteriza uma medida cautelar alternativa à prisão e sim medida corolária da proibição de ausentar-se da comarca.

9.1 Comparecimento periódico em juízo

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;

A imposição de comparecimento periódico em juízo, já existente no ordenamento, como uma das condições do sursis especial (art. 78, § 2º, “c” do Código Penal) e da suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, IV, da Lei 9.099/95), foi então transformada em medida cautelar pela Lei 12.403/2011.

Tem ela a finalidade de garantir o processo por meio da vinculação do acusado/indiciado, de modo a evitar que ele deixe o distrito da culpa, criando presunção de que não continua perpetrando crimes.

Facilmente, podemos dar importante utilidade fiscalizatória a esta medida, conjugando-se a ela a medida prevista no inciso II (proibição de acesso ou frequência a determinados lugares), no caso de crimes relacionados à violência de torcidas organizadas, pode o juiz aproveitar-se da estrutura policial e decretar que o indivíduo se apresente em unidade policial determinada, no horário da partida de futebol e lá permaneça até o seu término.

Parece pouco proveitosa, a discussão do fato do legislador não ter previsto o cumprimento da medida em delegacia de polícia ou unidade policial militar, uma vez que são órgãos auxiliares do poder judiciário e que trabalham em escala de plantão.

9.2 Proibição de frequência a determinados lugares

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;

Esta providência obrigatoriamente deve estar relacionada às circunstâncias do fato, de maneira a guardar relação lógica entre o local que se deu a prática delituosa e a natureza do local cujo acesso está proibido.

9.3 Proibição de manter contato com determinada pessoa

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

Esta medida, já prevista na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), passou a ter maior amplitude depois da entrada em vigor da Lei 12.403/2011, ao se permitir sua aplicação no caso de crimes não conexos à violência doméstica. A medida visa a impedir que a conduta do acusado crie empecilho às investigações ou ao processo e também a proteção da pessoa contra novas investidas criminosas do agente.

Entende-se que proíbe não só o contato pessoal, mas também o contato por qualquer outro meio telemático. Neste sentido é a lição de Silvio Maciel: “A expressão ‘permanecer distante’, contida no dispositivo, deve ser tomada em seu sentido amplo e não apenas como sinônimo de distância física.” (MACIEL, 2011, p. 183). Não se restringe somente a pessoa da vítima, como também a familiares e pessoas do convívio dela. De outra maneira, de nada adiantaria a proibição se o acusado pudesse continuar a perturbar ou atemorizar a vítima.

9.4 Proibição de ausentar-se da comarca

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

A medida refere-se especificamente à proibição de não poder sair da comarca para qualquer outro local do país. A medida é alvo de críticas da doutrina porque sua justificativa funda-se na ideia de que deve ser necessária para a investigação ou instrução, o que a relaciona à tutela da prova e, suspostamente, confrontaria o direito do imputado de não produzir prova contra si mesmo. Todavia, não parece razoável o argumento, em razão da possibilidade de relativização de tal direito. Mostra-se mais lógico que o legislador relacionasse a medida à cautela da garantia da aplicação da lei penal, já que a ausência da comarca é atinente ao risco de fuga do agente. (LOPES JR, 2011, p.127)

9.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga

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

Esta medida mostra-se como uma forma de prisão domiciliar mais branda, já que o acusado só recolhe-se em seu domicílio no período noturno e nos dias em que estiver de folga, tendo autorização para laborar ou estudar no período diurno.

9.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade

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;

A medida busca evitar a prática de novas infrações delitivas, e, portanto, justifica-se na garantia da ordem pública ou econômica. São medidas eficazes, podendo substituir a prisão cautelar em muitos casos, como a título de exemplo, na situação em que servidor público, em

sentido amplo, utiliza-se de seu cargo ou função para a prática do crime, seja concussão, peculato, corrupção, etc., ou ainda o empresário que atenta contra a ordem econômico-financeira, valendo-se do poder econômico para realizar lavagem de capitais ou gestão fraudulenta.

A atividade desenvolvida pelo suposto infrator deve estar sendo utilizada para a prática de delitos, e tal não pode ser presumido sem qualquer embasamento probatório, mas sim, deve estar efetivamente noticiado e comprovado nos autos do processo, sob pena de violação à presunção de inocência e à dignidade humana.(CHEREM, 2014, p.152)

9.7 Internação provisória do inimputável ou semi-imputável

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;

Para que a medida de internação provisória seja aplicável, há necessidade da presença concomitante dos seguintes requisitos:

- a) Crime praticado com violência ou grave ameaça;
- b) Inimputabilidade ou semi-imputabilidade comprovado nos autos por laudo pericial;
- c) Risco de reiteração comprovado em laudo pericial elaborado por peritos médicos.

9.8 Fiança

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;

Segundo definição de Tucci, “a fiança criminal constitui caução, que assegura a liberdade provisória do indiciado ou acusado, bem como representa a assunção por parte deste, dos deveres provenientes de eventual condenação”.

A fiança foi, por muito tempo, a única medida cautelar substitutiva da prisão disponível ao magistrado no nosso Código de Processo Penal. Todavia, a antiga redação do parágrafo único do art. 310, dada pela Lei 6.416/1977, a qual estabelecia que o juiz deveria conceder liberdade provisória ao preso autuado em flagrante quando não estivessem presentes qualquer das hipóteses que autorizassem a prisão preventiva, acabou por esvaziar o instituto.

Parte da doutrina sustentava que a total inaplicabilidade, já que existindo razão para a prisão preventiva, não haveria que se falar em fiança, não subsistindo razão deveria o juiz conceder a liberdade provisória sem fiança ao preso, com fulcro no parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal.

Com a alteração legislativa buscou-se restabelecer a importância do instituto da fiança. Agora, mesmo não estando presentes os requisitos da prisão preventiva o juiz pode fazer uso da fiança como medida cautelar autônoma conforme o estabelecido, além disso aumentaram-se os limites de valores em que ela pode ser estabelecida, podendo chegar à 200 mil vezes o valor do salário mínimo vigente.

Nos termos dos arts. 327 e 328 do Código de Processo Penal a fiança obriga o acusado, sempre que for regularmente intimado, a comparecer aos atos do processo, bem como caso mude de endereço sem prévia autorização da autoridade processante ou ausente-se por mais de oito dias da residência dele, sem informar à autoridade o local onde poderá ser encontrado.

Outro ponto importante, e em consonância com o objetivo da Lei 12.403/2011, foi a ampliação dos crimes em que a Autoridade Policial poderá arbitrar a fiança. Antes da lei, tínhamos que o Delegado de Polícia só poderia arbitrar fiança nos crimes apenados com prisão simples ou detenção. Agora, com a nova redação do art. 322 do CPP, poderá arbitrá-la nos crimes com pena de privação de liberdade não superior a 4 anos.

9.9. Monitoração eletrônica e outras tecnologias com vistas ao desencarceramento

Nas últimas décadas o ramo científico tem dado provas de constante evolução tecnológica. O Direito Penal busca agora, utilizar-se desses avanços na busca da perfeita realização de suas funções. O objetivo é tornar possível que aquele que infringiu a lei cumpra sua pena, ou ainda medida cautelar, afastado do convívio pernicioso do cárcere, o que pode tornar possível de fato a ressocialização.

Hodiernamente, há tecnologia que torna possível a utilização de uma central de vigilância que receba informações fisiológicas, signos vitais, bem como informações psicológicas do indivíduo vigiado. Por exemplo, é possível saber se houve alteração da sua frequência cardíaca, do seu ritmo respiratório, do seu nível de agressividade, assim como informações sobre a sua libido, o que encontra grande utilidade no monitoramento de psicopatas, cleptômanos ou delinquentes sexuais, são as chamadas tecnologias de terceira geração.

Interessante notar que é possível até mesmo realizar uma intervenção corporal no indivíduo, exemplificando, por meio de uma descarga elétrica que repercute diretamente no sistema nervoso central ou a abertura de uma cápsula que despeja tranquilizante, quando for necessário conter a agressividade. Conquanto não se tenha implementado tais medidas em razão de serem consideradas por muitos ato atentatório à dignidade humana.

Tais tecnologias, evidenciaram-se eminentemente em razão da superpopulação carcerária que exige a implementação de soluções para o cumprimento de penas em ambiente *extra muros*, bem como que se torne viável e efetiva a fiscalização de medidas alternativas à prisão.

Com a inovação trazida pela Lei 12.403/2011, que previu em seu inciso IX do art. 319 do Código de Processo Penal, o uso do monitoramento eletrônico como medida cautelar alternativa ao encarceramento, de maneira a permitir que o indivíduo responda a persecução penal em liberdade, enquanto tem seus passos rastreados por uma central de monitoração.

A utilização das inovações tecnológicas permite economia ao erário, porquanto os gastos com a fiscalização serão menores do que os empregados na manutenção do indivíduo dentro do sistema prisional. De modo que reside nelas a esperança de que a pena cumpra de fato suas funções, já que não é possível falar em ressocialização, quando se expurga o indivíduo da sociedade, levando-o a conviver com outros dessocializados, estranhos ao seu convívio e hostis, além de retirar-lhe do convívio familiar. O monitoramento eletrônico foi criado justamente para que o indivíduo não seja abruptamente retirado do meio social.

Corroboram essa posição os ensinamentos de Edmundo Oliveira:

(...) Ele evita os efeitos nefastos da dessocialização do encarceramento – principalmente para delinquentes primários – e facilita a manutenção dos elos familiares e o exercício de uma atividade profissional. Esse sistema permite, também, diminuir a taxa de ocupação nos estabelecimentos penitenciários (...) a um custo bem menor. A prisão domiciliar sob o monitoramento eletrônico afasta de seus beneficiários a promiscuidade e as más condições de higiene, a ociosidade e a irresponsabilidade, encontradas em tantas prisões. Trata-se de um tipo de punição que não acarreta o estigma associado ao encarceramento, assegurando a continuação

de uma vida “normal” aos olhos do empregador e junto da família. (GRECO, 2013, p.385 *apud* OLIVEIRA, 2007, p.9-10)

O monitoramento eletrônico faz uso de um sinalizador GPS – Global Positioning System, ou em português, Sistema de Posicionamento Global, através do uso de satélites lançados na órbita terrestre.

As primeiras experiências de monitoramento eletrônico que se tem notícia datam dos anos 1960 e foram realizadas pelos irmãos Ralph e Robert Schwitzgebel, nos EUA, que monitoraram jovens reincidentes. Contudo, o juiz Jack Love é apontado como precursor da ideia. O juiz inspirou-se numa história em quadrinhos (Amazing Spider-Man de 1977) para, então, procurar seu amigo Mike Gross – técnico em eletrônica/informática – para então persuadi-lo a produzir os receptores do sinal, inclusive os receptores eram afixados nos pulsos dos presos tal como ele havia visto na história em quadrinhos.

Em 1983, após o magistrado ter realizado durante três semanas testes com bracelete em si mesmo o Jack Love determinou o monitoração de cinco delinquentes na cidade de Albuquerque, a maior cidade do estado do Novo México. Naquele momento nascia a *nacional Incarceration Monitor and Control Services*, a primeira empresa a produzir sistemas eletrônicos para informar a localização em seres humanos.

É importante observar, que a monitoração eletrônica deve ser reservada àqueles condenados que tenham condições de permanecer em convívio social. Não é indicado para chefes de organizações criminosas, ao passo que esses poderão continuar gerenciando organizações criminosas, com uma espécie de “aval do Estado” (GRECO, 2011).

O melhor emprego dessa tecnologia é com certeza em substituição às prisões cautelares, posto que enquanto o juiz ainda não formou o juízo de culpabilidade o melhor seria não expor aquele que ainda não se tem como culpado às terríveis e infamantes cadeias brasileiras.

À medida que as penas forem mais brandas, que se eliminem a miséria, a fome das prisões, quando a piedade e a humanidade penetrarem além das grades, quando enfim os ministros da justiça abrirem os corações à compaixão, as leis poderão contentar-se com indícios sempre mais leves para efetuar a prisão.

A Prisão não deveria deixar nenhuma nota de infâmia sobre o acusado cuja inocência foi juridicamente reconhecida. (...) o sistema atual vigente apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e da prepotência, em lugar da justiça; é porque se atiram, indistintamente, na mesma masmorra, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é porque a prisão, entre nós, é antes um suplício que um meio de deter um acusado; é porque, finalmente, a força que defende externamente o trono e os direitos da nação está separada da força interna, tutora das leis, quando deveriam estar estreitamente unidas. (BECCARIA, 2012,p.25-26)

Muito se discute a invasão da privacidade que representaria o monitoramento eletrônico, então que se dê ao prisioneiro o direito de escolher se prefere o denegrido sistema carcerário à invasiva tornozeleira eletrônica. Certamente maioria irá preferir a primeira opção em um país em que o próprio ministro da justiça declarou que preferiria morrer a ficar preso por anos nas cadeias brasileiras

O ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, disse que "preferia morrer" a ficar preso no sistema penitenciário brasileiro. "Do fundo do meu coração, se fosse para cumprir muitos anos em alguma prisão nossa, eu preferia morrer", afirmou. A declaração foi dada nesta terça-feira (13) durante almoço organizado por um grupo de empresários em um hotel do Brooklin, na Zona Sul de São Paulo. Cardozo afirmou também que os presídios no Brasil "são medievais" e "escolas do crime". "Quem entra em um presídio como pequeno delinquente muitas vezes sai como membro de uma organização criminosa para praticar grandes crimes", afirmou. "Temos um sistema prisional medieval que não é só violador de direitos humanos, ele não possibilita aquilo que é mais importante em uma sanção penal que é a reinserção social", avaliou o ministro da Justiça.

Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/11/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-ficar-presos-por-anos-no-pais.html>

9.10 Prisão domiciliar como medida cautelar

A princípio, faz-se necessário breve distinção entre a prisão domiciliar pena e a prisão domiciliar processual. Aquela é um modo de cumprimento de pena, substituta do regime aberto, prevista nas hipóteses taxativas elencadas no art. 117 da Lei 7.210/1984, a Lei de Execução Penal.

“Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
II - condenado acometido de doença grave;
III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
IV - condenada gestante.”

Já esta é uma forma de prisão cautelar, substituta da prisão preventiva, que consiste no recolhimento do indiciado ou acusado na residência dele, ainda na fase processual, contanto que sejam atendidas as hipóteses taxativas trazidas pelo art. 318 do Código de Processo Penal. Observa-se que neste caso a prisão preventiva é necessária, contudo o magistrado procede à substituição tendo em vista situação peculiar do indiciado ou acusado.

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

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

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

IV - gestante a partir do 7o (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

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

Interessante notar inequívoca dissensão entre as exigências para a concessão da prisão domiciliar pena e a prisão domiciliar cautelar. Percebe-se claramente, da leitura dos artigos, que a prisão domiciliar preventiva possui hipóteses de cabimento mais rígidas, quando comparadas às da prisão domiciliar do condenado definitivamente, o que não parece razoável ou proporcional, porquanto o primeiro ainda conserva a presunção de sua inocência e, portanto, merecia melhor tratamento por parte do legislador.

9.10.1 Prisão domiciliar como medida cautelar autônoma

A questão da possibilidade da decretação da prisão domiciliar como medida cautelar autônoma causa polêmica doutrinária e jurisprudencial. Os defensores da possibilidade do uso da prisão domiciliar – enquanto medida cautelar autônoma – propugnam que, interpretando-se de maneira conjugada os arts. 317 e 318 do Código de Processo Penal, a prisão domiciliar não seria mera medida cautelar substitutiva da prisão preventiva, podendo ser determinada de maneira autônoma, conforme os requisitos gerais previstos no art. 282, bem como por força da subsidiariedade da prisão cautelar determinada em seu § 6º.

Neste sentido, Pierpaolo Bottini, esclarece que o projeto de lei 111/2008, o qual originou a Lei 12.403/2011, não reservava a prisão domiciliar apenas às hipóteses elencadas no art. 318, mas também para outras não elencadas no dispositivo legal. Enfim, entende que o legislador quis permitir a prisão domiciliar, ao mesmo tempo, como medida autônoma e como medida substitutiva da prisão preventiva.

Interessante notícia, veiculada no site do Supremo Tribunal Federal, que bem ilustra a hipótese acima, bem como a aplicação da Lei 12.403/11, dá conta que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedera habeas corpus (HC 127186/PR) a nove réus acusados de envolvimento em um suposto esquema de desvio de bilhões de reais de recursos da Petrobras.

Os acusados tiveram a prisão preventiva substituída por medidas cautelares, segue trecho da notícia:

Os réus citados no voto do ministro relator, Teori Zavascki, passarão a ser monitorados por tornozeleira eletrônica, e devem se manter afastados da direção e administração de empresas envolvidas nas investigações.

Deverão ainda cumprir recolhimento domiciliar integral, comparecer em juízo quinzenalmente para informar e justificar atividades, ficarão obrigados a comparecer a todos os atos do processo, bem como estão proibidos de manter contato com demais investigados e de deixar o país. O descumprimento de qualquer dessas medidas acarretará o restabelecimento da prisão.

Em seu voto, o ministro Teori Zavascki citou os requisitos da prisão preventiva e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o indício de existência de crime é argumento insuficiente para justificar, sozinho, a adoção da prisão preventiva.

Para o ministro, a prisão preventiva só deve ser mantida se ficar evidenciado que se trata do único modo de afastar esses riscos contra a garantia da ordem pública e econômica, a conveniência da instrução criminal e a segurança da aplicação da lei.

"Decretar ou não decretar a prisão preventiva não deve antecipar juízo de culpa ou de inocência, nem, portanto, pode ser visto como antecipação da reprimenda nem como gesto de impunidade."

Segundo o relator, no entanto, a prisão preventiva não pode ser apenas justificada pela possibilidade de fuga dos envolvidos, sem indicação de atos concretos e específicos atribuídos a eles que demonstrem intenção de descumprir a lei.

O ministro citou que, no caso dos envolvidos no suposto esquema de desvio de recursos na Petrobras, há indícios da existência de graves crimes, como formação de cartel, corrupção ativa e lavagem dinheiro, e ressaltou a importância que teve a prisão preventiva na interrupção da prática desses crimes.

No entanto, para o ministro relator, os riscos para a ordem social e para a apuração dos fatos foram reduzidos e a prisão pode ser substituída de forma eficaz por medidas alternativas.

"Não se nega que a sociedade tem justificadas e sobradas razões para se indignar com notícias de cometimento de crimes como os aqui indicados e de esperar uma adequada resposta do Estado, no sentido de identificar e punir os responsáveis. Todavia, a sociedade saberá também compreender que a credibilidade das instituições, especialmente do Poder Judiciário, somente se fortalecerá na exata medida em que for capaz de manter o regime de estrito cumprimento da lei, seja na apuração e no julgamento desses graves delitos, seja na preservação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do direito à ampla defesa e ao devido processo legal, no âmbito dos quais se insere também o da vedação de prisões provisórias fora dos estritos casos autorizados pelo legislador", sustentou o ministro.

Aproveitamos para transcrever as disposições do voto do Ministro relator Teori Zavascki, que deve servir de *leading case* para milhares de acusados em condições semelhantes, especialmente tendo em conta que a prisão domiciliar fora concedida sem observância das exigências do art. 318 do Código de Processo Penal e seu parágrafo único;

No caso dos autos, como já afirmado, o longo tempo decorrido desde o decreto de prisão e a significativa mudança do estado do processo e das circunstâncias de fato estão a indicar que a prisão preventiva, por mais justificada que tenha sido à época

de sua decretação, atualmente pode (e, portanto, deve) ser substituída nos termos dos arts. 282 e 319 do Código de Processo Penal, pelas seguintes medidas cautelares:

- a) afastamento da direção e da administração das empresas envolvidas nas investigações, ficando proibido de ingressar em quaisquer de seus estabelecimentos, e suspensão do exercício profissional de atividade de natureza empresarial, financeira e econômica;
- b) recolhimento domiciliar integral até que demonstre ocupação lícita, quando fará jus ao recolhimento domiciliar apenas em período noturno e nos dias de folga;
- c) comparecimento quinzenal em juízo, para informar e justificar atividades, com proibição de mudar de endereço sem autorização;
- d) obrigação de comparecimento a todos os atos do processo, sempre que intimado;
- e) proibição de manter contato com os demais investigados, por qualquer meio;
- f) proibição de deixar o país, devendo entregar passaporte em até 48 (quarenta e oito) horas;
- g) monitoração por meio da utilização de tornozeleira eletrônica. Destaca-se que o descumprimento injustificado de quaisquer dessas medidas ensejará, naturalmente, decreto de restabelecimento da ordem de prisão (art. 282, § 4º, do Código de Processo Penal).

Semelhante entendimento é o de Luiz Flávio Gomes, segundo ele, a prisão domiciliar poderá ser decretada, mesmo que o indiciado ou acusado não esteja acobertado por nenhuma das situações previstas no art. 318 do Código de Processo Penal. Defende que será possível “quando o juiz verificar desnecessária a prisão preventiva e suficiente a prisão domiciliar (art. 282, § 6º e art. 310, II, do CPP)”, como alternativa a prisão cautelar.

Não obstante a respeitável posição, nota-se que o §6º, do art. 282 do Código de Processo Penal¹⁸, faz referência expressa ao art. 319 do CPP que trata “das outras medidas cautelares”, nada mencionado sobre os arts. 317 e 318, que foram tratados em capítulo à parte. De outro lado, o inciso II do art. 310 do CPP, é claro em determinar que o magistrado deverá converter a prisão em flagrante em preventiva, quando não forem suficientes e adequadas as “medidas cautelares diversas da prisão”, tratando a prisão domiciliar como forma de cumprimento de prisão mais humanitária e subsidiária, restrita a condições do art. 318 e não como medida autônoma alternativa à prisão.

Por isso parece mais acertado o entendimento de que a prisão domiciliar só sirva a substituição à prisão preventiva e desde que alinhada às excepcionais medidas previstas nos

¹⁸ “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

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

incs. I a IV do art. 318 do Código de Processo Penal. É o que se percebe da leitura da exposição de motivos n.º 00022 da referida lei:

“(…) Sobre a prisão preventiva, abre-se a possibilidade de o juiz substituí-la por prisão domiciliar em situações bem restritas, indicadoras da inconveniência e da desnecessidade de se manter o recolhimento em cárcere.”

Destarte, temos que o legislador abriu a possibilidade de abrandar a forma de cumprimento da prisão cautelar, quando e, somente quando, verificadas situações especiais, tendo inclusive previsto a exigência de prova idônea da alegada condição, nos termos do parágrafo único do art. 318 do Código de Processo Penal, para que seja possível a substituição pela prisão domiciliar.

Neste esteio, é a lição de Marques da Silva e Freitas que entendem que o rol trazido pelo art. 318 do CPP é taxativo, não devendo tal rol ser ampliado para que não se desnature o instituto.

Corroborando o entendimento a lição de Pacelli de Oliveira:

A prisão domiciliar, portanto não se inclui como alternativa à prisão preventiva, tal como ocorre com as medidas previstas no art. 319. Ela somente será aplicada como substitutivo da prisão preventiva e desde que estejam presentes algumas das hipóteses arroladas no art. 318, CPP. (OLIVEIRA, 2014. p. 571)

Cumprido ressaltar, mesmo que se o magistrado estiver diante de uma das situações trazidas pelo art. 318 do Código de Processo Penal não estará adstrito a conceder a substituir a prisão preventiva pela domiciliar, não sendo, portanto, direito subjetivo do réu, devendo o juiz analisar, se a prisão domiciliar mostra-se adequada e suficiente ao caso concreto.

Corroborando a reflexão de Marques da Silva e Freitas:

Suponha uma pessoa presa em flagrante, cuja situação pessoal se insere na em uma das referidas no dispositivo a ser estudado, a qual comprovadamente é líder de organização criminosa ou conhecido estuprador ou transportava quantidade expressiva de drogas etc.; teria direito ao benefício da prisão domiciliar substitutiva? O instituto da prisão domiciliar constitui-se em uma faculdade judicial, e, por conseguinte, o juiz deverá analisar o caso concreto para a concessão do benefício. A ordem pública restará fortemente prejudicada com a liberdade de pessoa que ostente semelhantes condições pessoais. (SILVA *Et al.*, 2012)

Ademais, a prisão domiciliar é prerrogativa certamente voltada às classes mais abastadas, do contrário, como seria possível uma pessoa sem posses manter-se em tal

situação? Tendo-se em conta que a pessoa não está autorizada a deixar seu domicílio para trabalhar, pergunta-se como poderá manter seu sustento de forma lícita? Conclui-se que ou algum familiar a irá sustentar ou terá de ter reservas para prover seu sustento, o que de fato impede a concessão para a maior parte dos presos que são em sua esmagadora maioria pessoas pobres e que cometeram crimes contra o patrimônio alheio.

10. PANORAMA ATUAL DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

A situação do sistema carcerário apresenta-se como uma das questões mais complexas a serem enfrentadas pela sociedade brasileira nos dias atuais. Por se tratar de um desafio gigantesco para o sistema de justiça criminal, para a política de segurança pública e para a política criminal, de maneira que a equalização das questões inerentes ao sistema prisional exige nada menos que o envolvimento dos três poderes em todas as suas esferas.

Vivenciamos um quadro caótico com celas superlotadas, estrutura precária, falta de higiene e de assistência ao preso, acarretando um cenário preocupante. Se não bastasse, a falta de organização e de fiscalização das penitenciárias brasileiras transforma o ambiente do cárcere propício ao surgimento de facções criminosas.

Analisa Gomes,

As condições subumanas e a precariedade em que os detentos vivem transformam os presídios em verdadeiros depósitos de seres humanos, drogas, telefones celulares e armas não apreendidas, os mais fortes, subordinam os mais fracos, criminosos primários são misturados a homicidas, sequestradores, estupradores etc.; de dentro do cárcere facções comandam ações criminosas, tais fatos geram um resultado “bombástico” que, ao invés de recuperar o detento o torna “especialista na arte do crime”. (GOMES, 2010, p.22)

Complementa Assis,

Os presos adquirem as mais variadas doenças no interior das prisões. As mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia. Também é alto o índice de hepatite e de doenças venéreas em geral, a AIDS por excelência. Conforme pesquisas realizadas nas prisões, estima-se que aproximadamente 20% dos presos brasileiros sejam portadores do HIV, principalmente em decorrência do homossexualismo, da violência sexual praticada por parte dos outros presos e do uso de drogas injetáveis (ASSIS, 2007, p.75)

Nessa perspectiva decadente e ultrajante, a política pública para com o sistema prisional mostra-se em colapso. Cotidianamente novatos no crime engrossam as fileiras das organizações criminosas, que crescem em poderio e afrontam o poder estatal, que, letargicamente, debate-se em ações ineficientes.

Notadamente o sistema atual ao invés de recuperar o indivíduo para, então, reintegrá-lo à sociedade, tem criado uma nova classe de criminosos, “criminosos profissionais”, ou melhor, criminosos que enxergam o crime como profissão. Criminosos estes cada vez mais cruéis e inescrupulosos, que fatalmente reincidem na atividade delitiva e retornaram as prisões num ciclo vicioso e sem fim.

Ademais, nota-se com preocupação que o crescimento desenfreado da população carcerária está na contramão da trajetória dos países que ao lado do Brasil possuem os maiores contingentes prisionais do mundo.

Figura 2 – Crescimento da população carcerária



Fonte: http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/CONSEJ/ATAS_e_Documentos_2013/1_PR_fev2013/APRESENTCAO_28_FEVEREIR_O_DE_2013.pdf (Acessado em 18/02/2015).

Como já dito alhures, o Brasil vem amargando importante crescimento dos índices criminais nas últimas décadas. Altas taxas de criminalidade, por conseguinte provocaram substancial majoração da população carcerária, que nos últimos 20 anos cresceu consideravelmente, totalizando um crescimento de 450%.

A população carcerária nacional, em meados de 2010, ultrapassou a marca de meio milhão de presos, deste total, 44% eram de presos provisórios, ou seja, aproximadamente 220 mil pessoas estavam presos sem condenação definitiva. (GOMES, 2011, p.1).

A impressionante inflação prisional desemboca num quadro crescente de déficit de vagas e, por sua vez, torna a tarefa de ressocialização praticamente impossível. Os presídios abarrotados de presos em condições degradantes e sub-humanas acarretam um quadro de insatisfação causador de repetidos episódios de violência, assassinatos e motins dentro das cadeias. (CRUZ, 2012)

Conforme Gomes (2011) “a prisão provisória é a grande responsável pela explosão carcerária e pelo déficit de vagas no sistema penitenciário”.

Nesse contexto, editou-se a Lei 12.403/2011 com esperança de que ela representasse importante passo no árduo caminho para o desafogamento do sistema prisional brasileiro. A citada lei buscou oferecer ferramentas aos magistrados, por meio das medidas cautelares, para que enfim se pudesse respeitar o princípio constitucional da presunção da inocência, de modo a adequar o Código de Processo Penal aos princípios basilares constitucionais, tornando-se, verdadeiramente, a prisão última *ratio*, ou seja, a última alternativa, última trincheira do direito penal. (GOMES, 2011)

É importante enfatizar que, diante da complexidade da questão, não é possível encarar a inovação legal como uma solução que se apresente como remédio universal para todos os males, visto que nenhuma medida – seja ela judicial, administrativa ou legislativa – teria esse condão.

10.1 Análise dos dados estatísticos prisionais

Antes do início da análise das informações estatísticas do sistema prisional, cabe frisar que tais dados devem ser analisados com acatamento, uma vez que a informatização dos dados por meio da implantação do Sisdepen – sistema que objetiva a unificação dos dados referentes à execução das penas, prisões cautelares e medidas de segurança no território nacional – nunca saiu do papel. Outrossim chama atenção o fato de que existe certa divergência entre os dados estatísticos apresentados pelo Infopen, os quais são fornecidos pelos estabelecimentos prisionais, e os apontados pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça)

que são fornecidos pelas varas de execução pena, além de que o estado de São Paulo – responsável pela custódia de mais de um terço dos prisioneiros – não respondeu ao levantamento.

Outro ponto importante de diferenciação no tratamento dos dados das duas instituições é a contabilização das pessoas em prisão domiciliar, enquanto o Infopen não contabiliza tais prisões, alegando que esse é o critério adotado pelo International Centre for Prison Studies (ICPS), o CNJ entende o contrário. Contudo, observa-se que mesmo quanto ao quantitativo de pessoas presas no sistema prisional há divergência, enquanto o Infopen aponta que havia 607.731 pessoas presas até junho/2014, o CNJ relata que havia 567.655 prisioneiros.

Figura 3 – Panorama prisional brasileiro dados Infopen

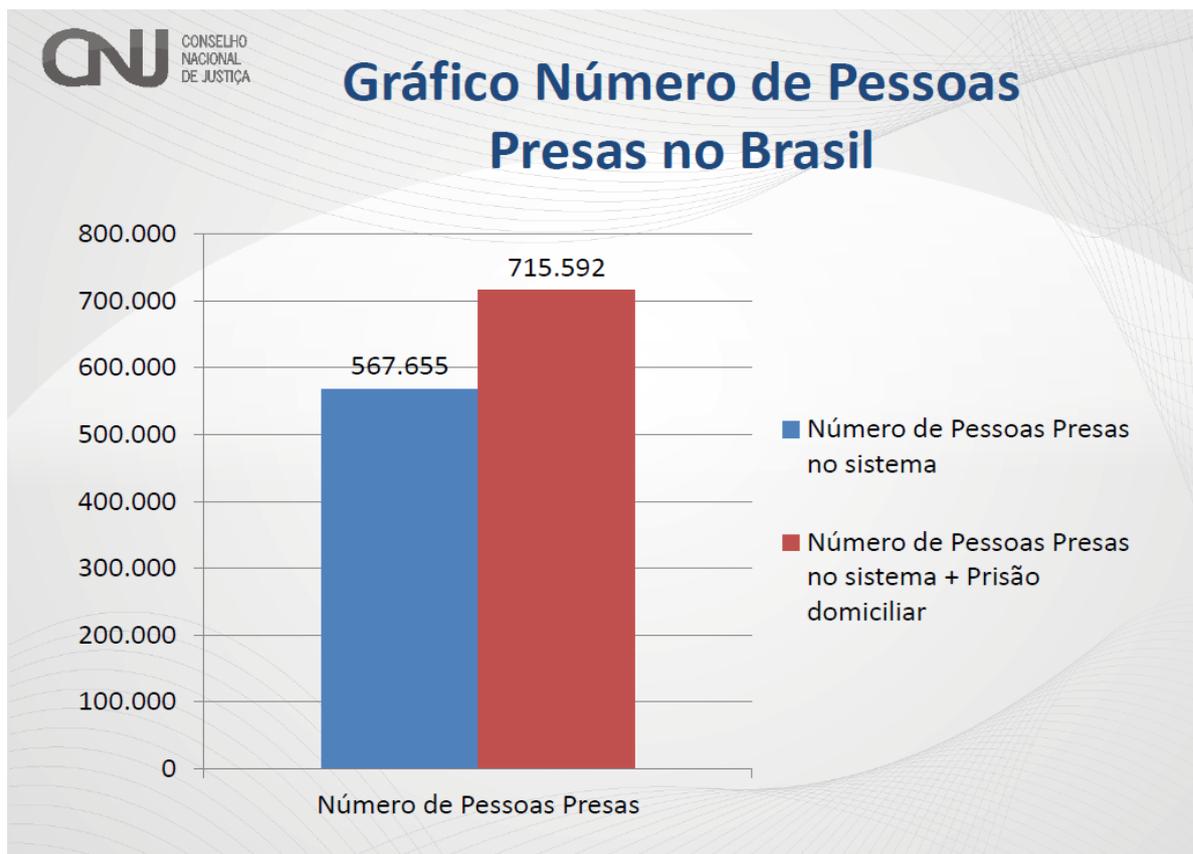
Brasil - 2014	
População prisional	607.731
Sistema Penitenciário	579.423
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	27.950
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

Fonte: Infopen, jun/2014; Senasp, dez/2013; IBGE, 2014, disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>, (acessado em 10/01/2016).

Como é possível observar, através da tabela acima, no primeiro semestre de 2014, o número de pessoas confinadas no Brasil ultrapassou a marca de seiscentas mil. A taxa de aprisionamento é de aproximadamente 300 pessoas por cem mil habitantes, o que coloca o

Brasil nos primeiros lugares no ranking mundial nesses critérios. O número de prisioneiros é em muito superior ao número de vagas, gerando um déficit de mais de 230 mil vagas no sistema penitenciário, com um taxa de ocupação na ordem de 161%.

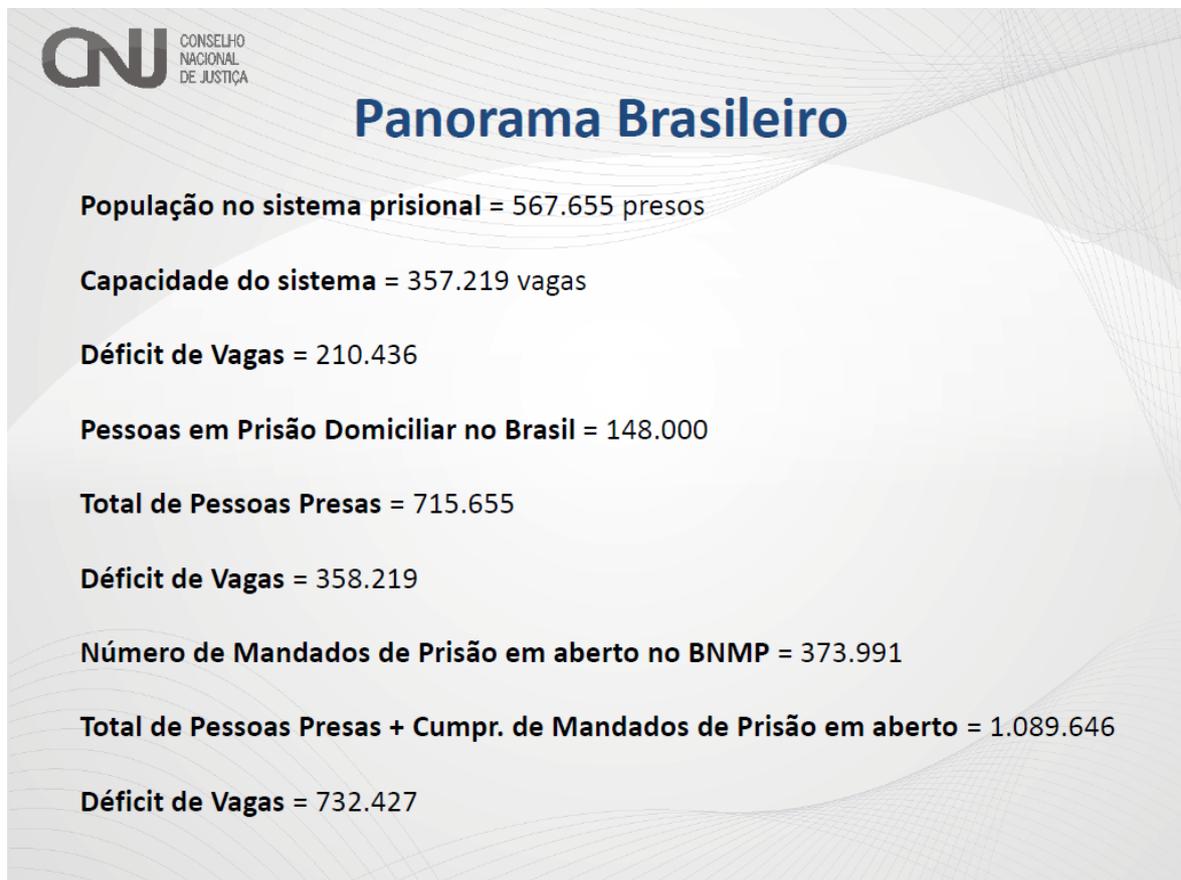
Figura 4 – Número de pessoas presas no Brasil dados CNJ



Fonte: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf, dados referentes a junho/2014 (acessado em 10/01/2016).

O CNJ apresentou, por meio do DMF (Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Medidas Socioeducativas), em junho de 2014, o novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil, no qual estabeleceu um novo paradigma para o cálculo da população carcerária, computando-se também as prisões domiciliares o que fez a população prisional saltar para mais de 715 mil detentos. Segundo os dados do CNJ, em 2014, havia 147.937 pessoas em prisão domiciliar, sem estabelecer, contudo, se por prisão processual ou por condenação definitiva.

Figura 5 – Panorama prisional brasileiro dados CNJ



Fonte: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf, dados referentes a junho/2014 (acessado em 10/01/2016).

Não obstante as divergências citadas, as tabelas apresentadas, por si só, apontam para a gravidade da situação enfrentada pelo sistema prisional brasileiro. Entretanto, para melhor ilustrar o quadro, torna-se pertinente a comparação da realidade nacional com a de outros países mundo a fora.

10.2 Contextualização do sistema prisional brasileiro

Figura 6 – Ranking prisional no mundo dados Infopen

País	População prisional	Taxa da população prisional para cada 100.000 habitantes	Taxa de ocupação	Taxa de presos sem condenação
Estados Unidos	2.228.424	698	102,70%	20,40%
China	1.657.812	119	-	-
Rússia	673.818	468	94,20%	17,90%
Brasil	607.731	300	161,00%	41,00%
Índia	411.992	33	118,40%	67,60%
Tailândia	308.093	457	133,90%	20,60%
México	255.638	214	125,80%	42,00%
Irã	225.624	290	161,20%	25,10%
Indonésia	167.163	66	153,00%	31,90%
Turquia	165.033	212	101,20%	13,90%
África do Sul	157.824	290	127,70%	26,00%
Vietnã	142.636	154	-	12,80%
Colômbia	116.760	237	149,90%	35,20%
Filipinas	110.925	113	316,00%	63,10%
Etiópia	93.044	111	-	14,00%
Reino Unido	85.704	149	111,60%	14,40%
Polônia	78.139	203	90,20%	7,70%
Paquistão	74.944	41	177,40%	66,20%
Marrocos	72.816	221	157,80%	46,20%
Peru	71.913	232	223,00%	49,80%

Fonte: ICPS (maioria dos dados de 2013 e 2014) disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>, (acessado em 10/01/2016).

A figura acima traz o panorama prisional dos vinte países com maior população carcerária do mundo. O Brasil aparece na quarta posição, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Comparada a taxa de aprisionamento por cem mil habitantes, novamente o Brasil aparece na quarta posição, ficando atrás dos Estados Unidos, Rússia e

Tailândia. Quando comparamos a taxa de ocupação¹⁹ das cadeias brasileiras o país fica em quinto lugar, contudo quando comparamos a taxa de ocupação brasileira com os países que estão à frente do Brasil como maiores encarceradores, percebemos que os Estados Unidos e a Rússia, apresentam uma taxa próxima a 100%, enquanto o Brasil ultrapassa 160% de ocupação.

Segundo relatório do ICPS (2014) mais de três milhões de pessoas estão presas provisoriamente no mundo e há uma tendência de uso crescente da medida em mais da metade dos países analisados. Em números absolutos, o Brasil possui a quarta maior população de presos provisionais do mundo, com mais de 222 mil presos, o que contribui em muito para a superlotação dos estabelecimentos penitenciários e expõe grande número de indivíduos as consequências da exposição ao ambiente pernicioso do cárcere e eleva severamente os custos do sistema.

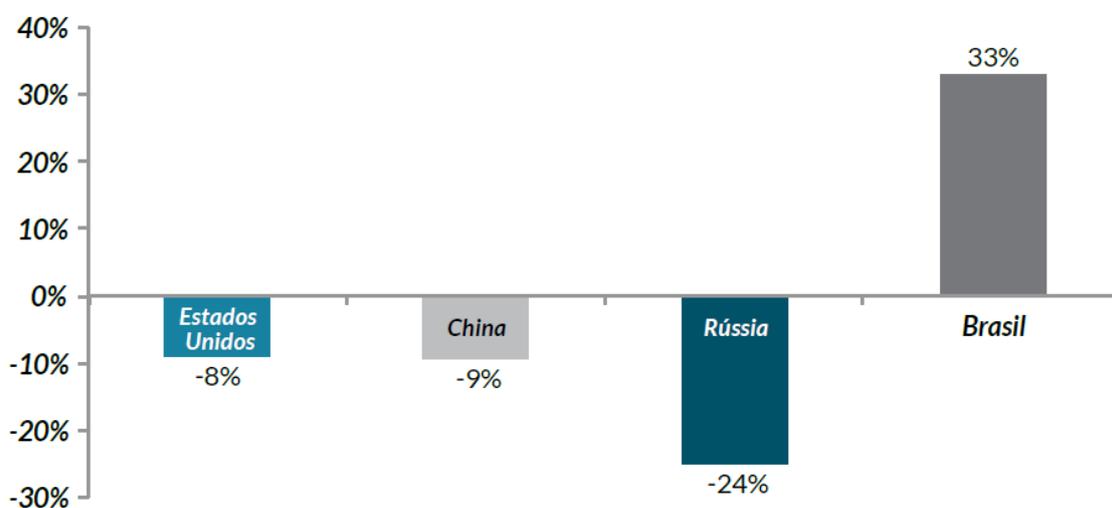
Figura 7 – Ranking prisional no mundo dados CNJ



¹⁹ A taxa de ocupação indica a razão entre o número de pessoas presas e a quantidade de vagas existentes.

Como dito anteriormente os dados penitenciários do CNJ, somam o número de pessoas em prisão domiciliar ao panorama prisional, colocando o Brasil na terceira colocação dos países mais encarceradores, a frente da Rússia. Importante observar que o CNJ não faz distinção, dentre aqueles que estão em prisão domiciliar, dos que estão presos cautelarmente dos que estão presos por condenação definitiva.

Figura 8 – Variação da taxa de aprisionamento dos países de maior população carcerária



Fonte: Infopen, disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-dependencia-web.pdf>, (acessado em 10/01/2016).

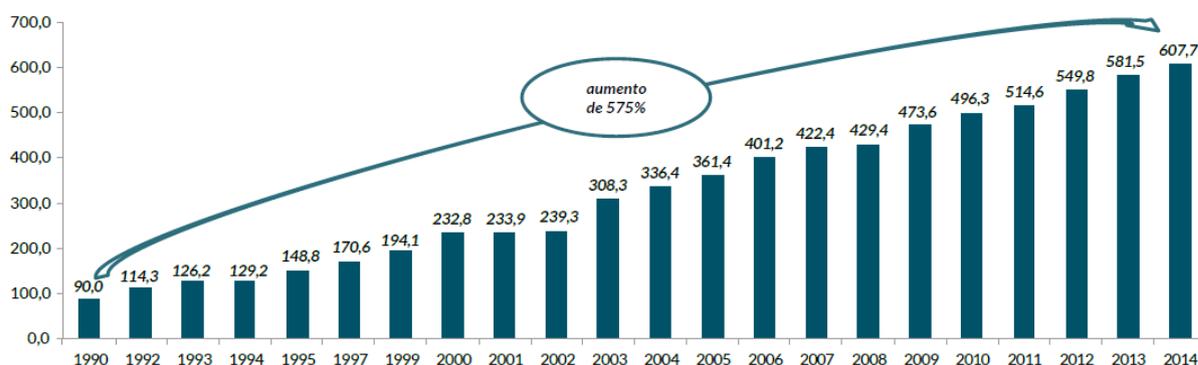
A figura acima apresenta a variação, entre os anos de 2008 e 2014, da taxa de aprisionamento dos quatro países com as maiores população carcerárias do mundo. Verifica-se quão preocupante é o panorama brasileiro. O Brasil apresenta tendência contrária aos demais países analisados, porquanto foi o único país no qual houve majoração da taxa de aprisionamento.

Desde 2008, Estados Unidos, China e, mormente, a Rússia estão reduzindo o ritmo de aprisionamento, ao passo que o Brasil apresentou uma crescente no ritmo de encarceramento.

Entre 2008 e 2014, os Estados Unidos reduziram a taxa de aprisionamento de 755 para 698 pessoas presas para cada cem mil habitantes (-8%). A China reduziu no mesmo período de 131 para 119 (-9%). A Rússia, por sua vez, conseguiu reduzir em quase um quarto (-24%)

a taxa de pessoas presas para cada cem mil habitantes. A continuar nesse ritmo de crescimento a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de presos até 2022 e, mantida a taxa de variação, em 2075, um a cada dez brasileiros estará atrás das grades.

Figura 9 – Crescimento do número de pessoas privadas de liberdade



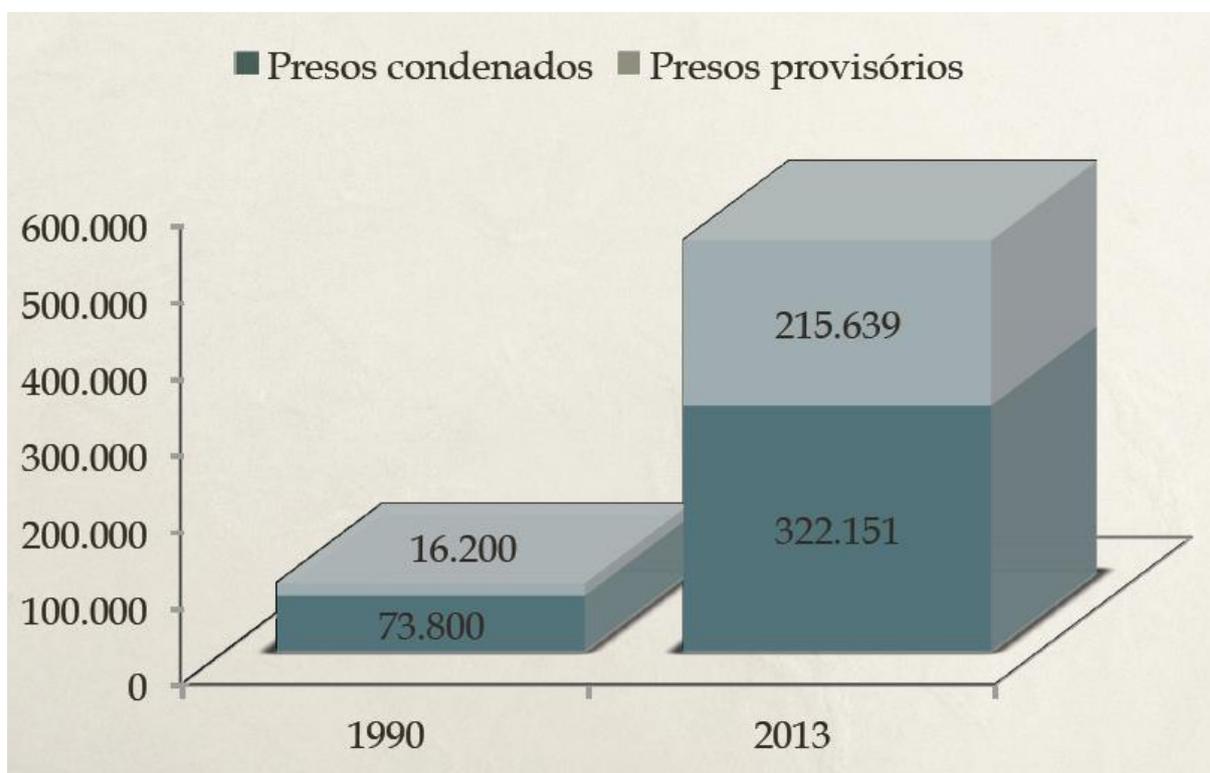
Fonte: Ministério da Justiça – a partir de 2005, dados do Infopen, disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>, (acessado em 10/01/2016).

A figura acima demonstra o espantoso crescimento do número de pessoas privadas de liberdade no Brasil desde o ano de 1990 até jun. O número em 2014 foi 6,7 vezes maior do que em 1990, totalizando um aumento de 575% na população carcerária. De 2000 até 2014, o crescimento foi de 161%, enquanto a população brasileira, no mesmo período, cresceu apenas 16%, ou seja, a quantidade de pessoas presas apresentou um crescimento dez vezes superior ao crescimento da população brasileira.

Comparando a evolução prisional do Brasil com a dos Estados Unidos, da China e da Rússia temos uma noção do crescimento desenfreado da quantidade de pessoas aprisionadas em nosso país. Nos Estados Unidos houve um crescimento de 73% entre 1990 e 2011, na China²⁰ o crescimento, entre 1992 e 2012, foi de 28% e na Rússia houve uma redução de 2,3% entre 1992 e 2012.

²⁰ Os dados do Ministério da Justiça Chinês levam em consideração apenas o número de presos sentenciados, ignorando as prisões provisórias ou administrativas.

Figura 10 – Evolução do número de presos provisórios



Fonte: Depen, disponível em <http://institutoavantebrasil.com.br/levantamento-do-sistema-penitenciario-em-2013/> (acessado em 13/01/2016)

A realidade atual do quadro prisional é bem diferente daquela que existia no ano de 1990. Naquela época, o sistema carcerário contava com cerca de 90 mil presos, sendo que destes apenas 18%, ou seja, 16.200 pessoas estavam presas cautelarmente, contra 82% com condenação definitiva. Em 2010, ultrapassamos a marca de meio milhão de presos, dos quais quase metade (44%) estava presa provisoriamente e com uma perspectiva de crescimento constante dessa taxa. O cenário prisional exigia alternativas que possibilitassem a diminuição do expressivo percentual de presos provisórios, um dos principais responsáveis pela superlotação, senão o principal.

Com o objetivo de garantir e promover os direitos fundamentais na área prisional o CNJ realiza desde agosto de 2008 os chamados mutirões carcerários. Em suma, a linha de atuação nos Mutirões é baseada em dois eixos: a garantia do devido processo legal com a revisão das prisões de presos definitivos e provisórios; e a inspeção nos estabelecimentos prisionais do Estado.

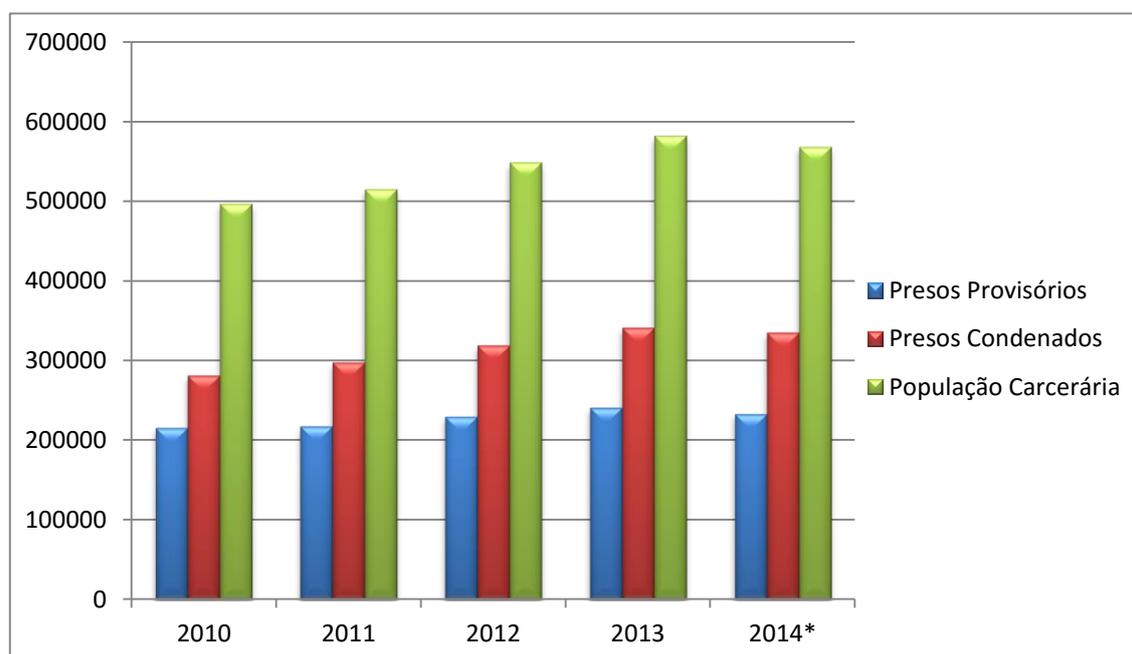
Desde o início do programa foram concedidos mais de 80 mil benefícios, como progressão de regime, liberdade provisória, direito a trabalho externo, entre outros e pelo menos 45 mil presos foram libertados porque já haviam cumprido a pena a que foram condenados, bem como presos provisórios que cumpriram provisoriamente tempo de prisão superior ao cominado ao crime que lhes é imputado.

Ao final de cada mutirão, são publicados relatórios que comprovam a ineficácia da justiça criminal. Foram constatados inúmeros problemas, como a superlotação, péssimas condições de higiene e de saúde, além de graves falhas estruturais em presídios e varas de execuções penais.

Percebe-se ainda a seletividade do sistema penal preconizada por Foucault, na prisão provisional nos deparamos claramente com a seletividade da atuação policial e da Justiça, dificilmente nos deparamos com um sujeito de alta classe social sendo alvo da decretação de uma prisão cautelar. Como disse humoradamente o escritor Millôr Fernandes: “Ser pobre não é crime, mas ajuda muito a chegar lá”.

Quando comparamos a proporção de presos provisórios em relação à quantidade de presos condenados no ano de 1990 com a de junho de 2013, percebemos quão grave é a questão do abuso dessa modalidade de prisão no país. Em 1990, havia 16.200 pessoas presas provisoriamente (18%) e 73.800 presos condenados, enquanto em junho de 2013, havia 215.639 presos provisionais (42%), contra 322.151 condenados, ou seja, o número de presos provisórios cresceu 1231%, enquanto o número de presos condenados cresceu 336% nesse período.

Figura 11 – Comparativo entre presos provisórios e presos condenados

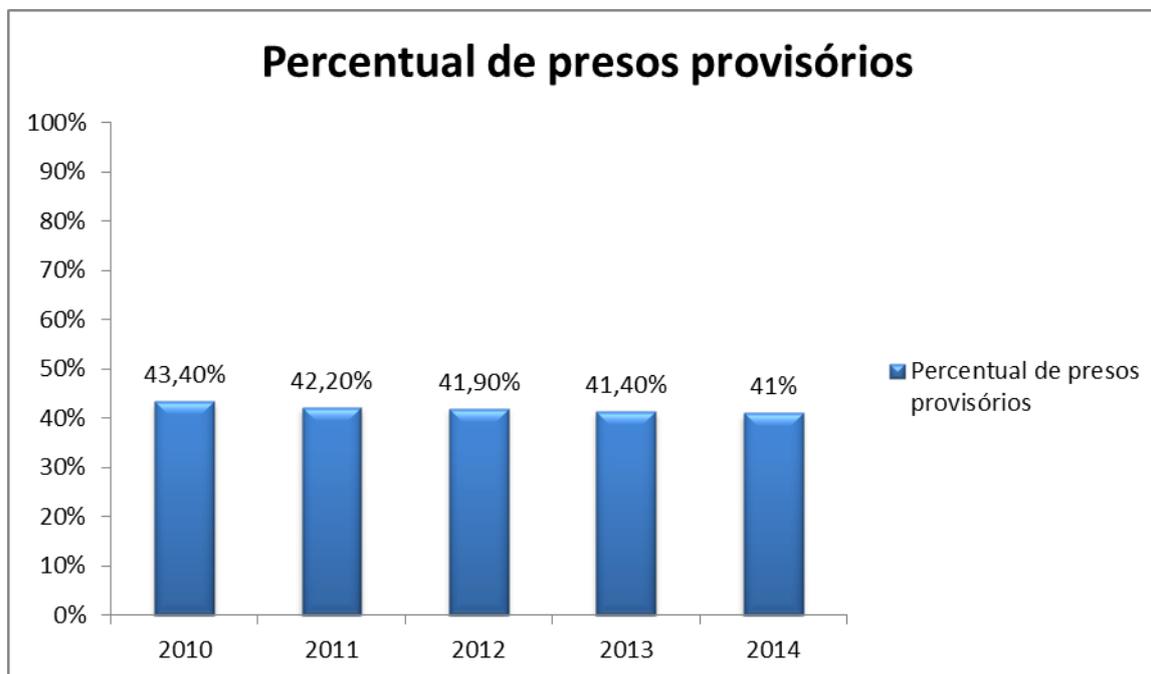


Fonte: *CNJ (Conselho Nacional de Justiça): <http://www.cnj.jus.br/component/acymailing/archive/view/listid-4-boletim-do-magistrado/mailid-5632-boletim-do-magistrado-09062014> (acesso dia 02 maio 2015); Demais anos fonte: InfoPen (Sistema integrado de Informações Penitenciárias): <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisonal/relatorios-estatisticos-sinteticos> (acessado em 02/05/2015). Elaboração própria.

Através da análise das informações penitenciárias entre os anos de 2010 e 2014, percebe-se que a lei 12.403/2011, pouco conseguiu alterar a realidade brasileira de abuso da prisão processual.

Conforme retrata o gráfico acima, o número de prisão cautelares apresentou suave crescimento, contudo se faz necessário observar que no mesmo período houve importante crescimento da população carcerária, que consiste na soma entre o número de presos provisórios e dos presos com condenação definitiva. De fato, a lei positivamente conseguiu afastar a quantidade de presos provisórios e de presos condenados, contudo não tanto quanto se esperava na época da sua edição.

Figura 12 – Variação do percentual de presos provisórios

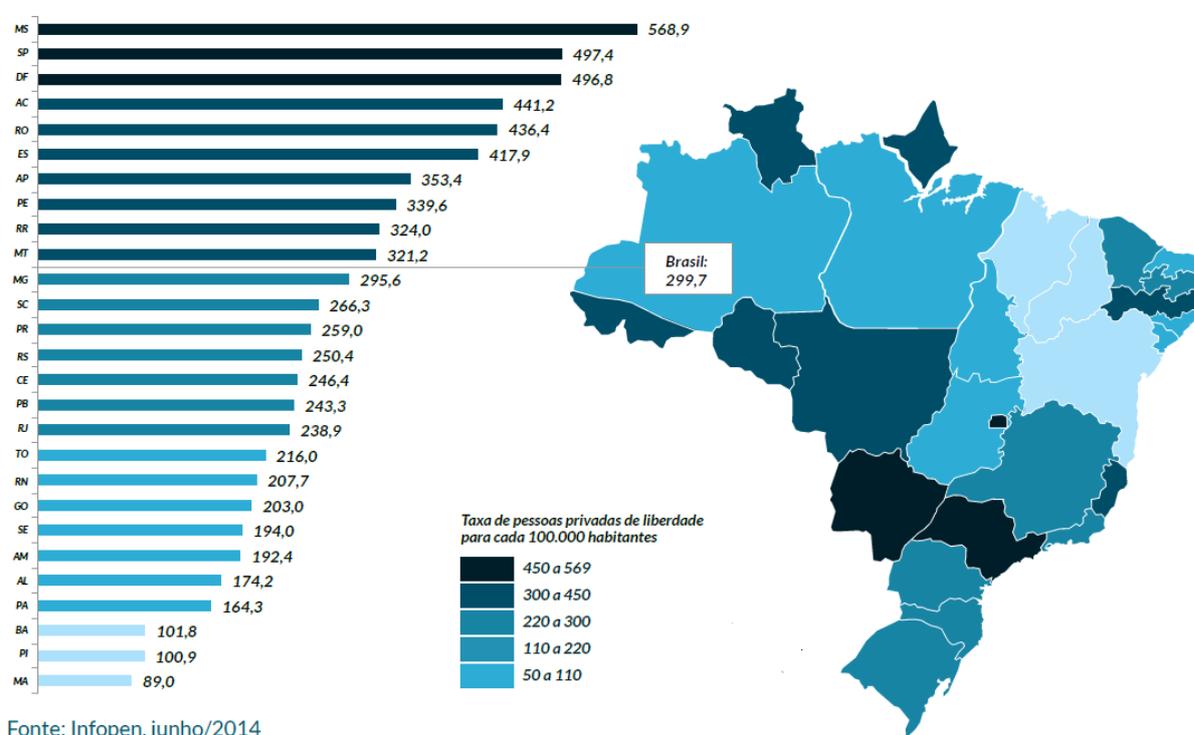


Fonte: *CNJ (Conselho Nacional de Justiça): <http://www.cnj.jus.br/component/acymailing/archive/view/listid-4-boletim-do-magistrado/mailid-5632-boletim-do-magistrado-09062014> (acesso dia 02 maio 2015); Demais anos fonte: InfoPen (Sistema integrado de Informações Penitenciárias):<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/relatorios-estatisticos-sinteticos> (acessado em 02/05/ 2015). Elaboração própria.

Em uma análise do percentual de presos provisórios, percebe-se que a inovação legislativa significou uma pequena e constante diminuição do percentual de presos processuais, passando de 43,4% em 2010, 42,2% em 2011, 41,9% em 2012, 41,4% em 2012, chegando a 41% no ano de 2014, conforme interpretação dos dados do InfoPen e do CNJ no período citado.

A lei 12.403/2011, embora não tenha alcançado toda a efetividade que se espera dela, quando da sua edição, certamente foi um primeiro passo importante na mudança do quadro caótico do sistema e abriu caminho para outras ações públicas como a implantação das audiências de custódia – objeto de acordo de cooperação entre o Ministério da Justiça e o Conselho Nacional de Justiça para garantir a apresentação o mais rapidamente possível da pessoa presa em flagrante ao magistrado – a estruturação de centrais de alternativas penais e de centrais de fiscalização e monitoramento eletrônico dessas medidas alternativas, permitindo que o juiz possa optar pelo não encarceramento provisório.

Figura 13 - Taxa de aprisionamento por unidades da federação



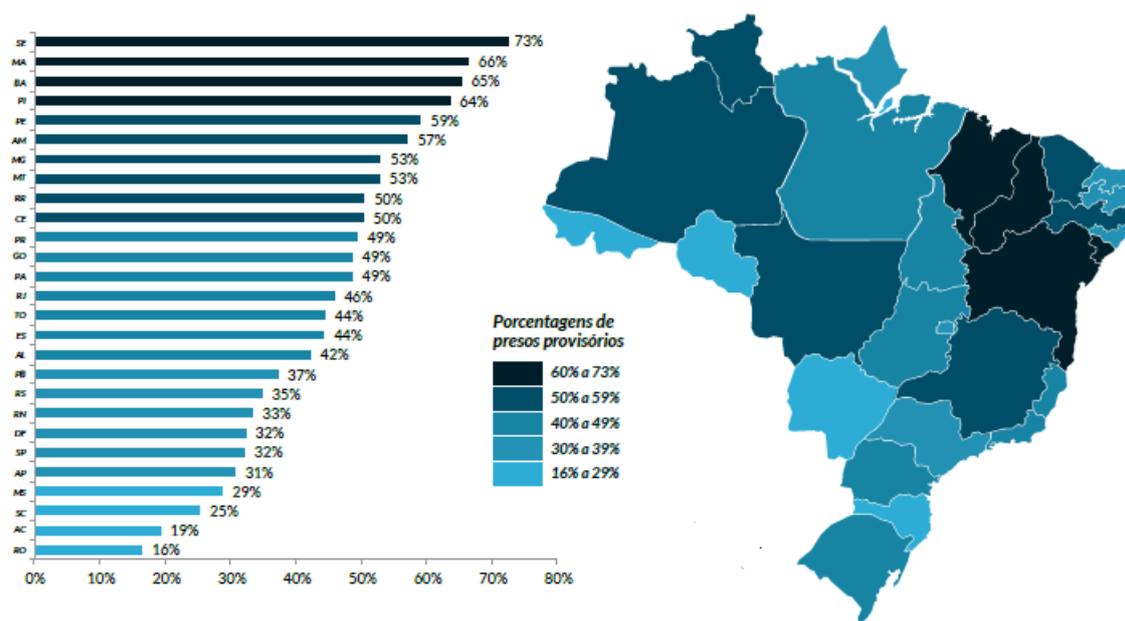
Fonte: Infopen, junho/2014

Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>, (acessado em 10/01/2016).

Embora São Paulo seja o estado com a maior população carcerária em números absolutos, com 219.053 pessoas privadas de liberdade – montante que corresponde a 36% da população carcerária do país – não é a unidade da federação com a maior taxa de aprisionamento. Esse título, de estado com a maior taxa de aprisionamento, cabe ao Mato Grosso do Sul, em razão, principalmente, de servir como corredor para o tráfico de entorpecentes para o resto do Brasil e para outros países, culminando com grande quantidade de prisões por infringência da lei de tóxicos.

A taxa de aprisionamento permite traçar a verdadeira dimensão da população prisional das unidades federativas. Apesar do estado do Mato Grosso do Sul deter apenas a sétima população prisional do país, proporcionalmente, é o estado com o maior número de presos. Para se ter uma ideia, enquanto a média nacional de aprisionamento é de aproximadamente 300 pessoas para cada cem mil habitantes, no MS ela chega a 568,9 pessoas para cada cem mil habitantes. São Paulo é o segundo da lista com 497,4 presos por cem mil habitantes.

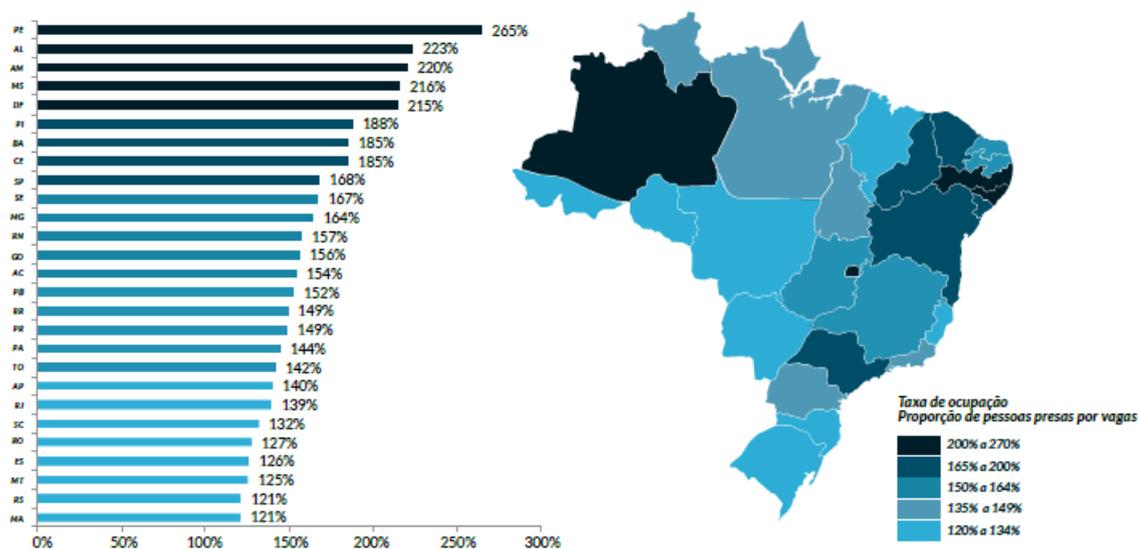
Figura 14 – Taxa de presos provisórios por unidades da federação



Fonte: Infopen, disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>, (acessado em 10/01/2016).

Cumpramos ressaltar que quando analisamos a taxa de presos provisórios por unidade da federação, temos que em Mato Grosso do Sul 29% das pessoas privadas de liberdade são presos provisionais, percentual bem abaixo da média nacional de 41%, bem como da taxa do estado de Sergipe, onde 7 em cada 10 presos encontram-se nessa situação.

Figura 15 – Taxa de ocupação do sistema prisional



Fonte: Infopen, disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-dependencia-web.pdf>, (acessado em 10/01/2016).

A taxa de ocupação prisional²¹ brasileira é de 161% e como mostra a figura acima todas as unidades da federação apresentam déficit de vagas, ou seja, exibem taxa de ocupação superior a 100%. Pernambuco é o estado com a maior taxa de ocupação com 265%, o Mato Grosso do Sul, por sua vez, aparece como o quarto estado com maior taxa, com 216%, enquanto o estado do Maranhão é o estado com menor taxa, com 121%.

²¹ A taxa de ocupação prisional indica a razão entre o número de pessoas presas e a quantidade de vagas existentes, servindo como indicador de déficit de vagas.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para combater a violência e a criminalidade o Estado organizado elegeu a prisão para servir como instrumento, ao mesmo tempo, preventivo, corretivo e punitivo, o que aos olhos de Foucault é um contrassenso, afinal ao tentar ser corretiva, afasta-se da técnica penitenciária primordial: o rigor.

A criminalidade desenvolveu-se substancialmente ao longo das últimas décadas, o que faz a sociedade clamar por medidas mais eficazes que sejam capazes de deter o avanço do crime e, maiormente, das perigosas organizações criminosas que começam a fazer frente e, por vezes, suplantar o próprio Estado.

Desta forma, observou a necessidade de efetivar medidas que demonstrassem eficiência em lidar com o problema do sistema carcerário e ao mesmo tempo superar a desconfiança das instituições governamentais.

Procurando respaldar esses preceitos, foi publicada a Lei nº 12.403/2011, trazendo mudanças no Código de Processo Penal, alterando os dispositivos referentes à prisão processual, fiança, liberdade provisória e principalmente incluindo um rol de medidas cautelares excarcerantes.

Após a vigência da referida lei, não configura mais prisão provisória automática a decorrente da prisão em flagrante. Além de trazer clara previsão de que somente de forma excepcionalíssima deverá haver prisão antes da sentença condenatória definitiva.

Assim, a prisão preventiva só deveria ser decretada mediante indícios substanciais da autoria e da prova da materialidade do crime, como forma de garantia da ordem pública, ou da ordem econômica, ou por conveniência – melhor seria por necessidade – da instrução criminal, ou ainda para assegurar a aplicação da lei penal. Cabendo esse recurso exclusivamente aos crimes em que a sanção penal máxima, em abstrato, seja superior a quatro anos.

Observou-se que após o surgimento da lei, não faltaram críticas a ela. A população demonstrou-se temerosa e insegura, já que muitos diziam que ela iria provocar o despejo de centenas de milhares de criminosos nas ruas. Vale lembrar, que a maior parte da sociedade desconhece a situação carcerária do país: com celas superlotadas, condições subumanas e uma enorme parcela de presos sem condenação definitiva ou mantidos presos ilegalmente, submetidos à restrição de liberdade como forma de controle social por nossa política criminal.

No entanto, o espírito da lei nunca propôs a soltura em massa de criminosos em razão da superlotação das penitenciárias, mas sim, parte da premissa de que devam estar presos, apenas os criminosos contumazes ou os que por sua personalidade violenta mereçam ser segregados do convívio social.

Ao final desse estudo, percebe-se que, por si só, a lei 12.403/11, não será capaz de reverter o atual e nefasto cenário prisional. Contudo, ela aponta um caminho a ser seguido, no sentido de libertar as pessoas arbitrariamente mantidas presas cautelarmente, readequando o processo punitivo aos preceitos constitucionais, maiormente, consagrando o princípio constitucional da presunção da inocência e os princípios basilares da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

No Brasil, são muito comuns os casos em que pessoas presas cautelarmente posteriormente são absolvidas ou que findo o processo têm suas penas privativas de liberdade substituídas por restritivas de direitos, o que evidencia a desnecessidade da medida extrema nesses casos.

A inflação legislativa proveniente de um Direito Penal máximo, somada à banalização da medida cautelar de prisão, desembocaram na atual superlotação do sistema carcerário brasileiro. Desde os tempos de Beccaria já se sabia que não era o recrudescimento das leis que faria o Direito Penal ser mais respeitado, mas sim a certeza de que, se fosse a lei infringida, o infrator seria punido.

Enfim, cabe destacar, que a realização desse estudo representou um exercício de produção reflexiva. Espera-se que o objeto desse estudo possa ser compreendido como um aceno à reflexão da situação preocupante que nosso país passa em material criminal e que possa de alguma forma estimular e afiançar novas ações que permitam dar continuidade ao processo de desencarceramento de pessoas inadequadamente e desnecessariamente mantidas atrás das grades. Nos dizeres de Émile Zola: “dificuldades são como as montanhas. Só se aplainam quando avançamos sobre elas”.

A expansão da aplicação, por parte do Poder Judiciário, de medidas e penas alternativas à prisão, a informatização do sistema prisional, a realização de mutirões carcerários pelo Conselho Nacional de Justiça; a melhoria na estrutura e no aparato preventivo das corporações policiais, somada a melhoria das condições sociais da população e políticas públicas voltadas aos jovens iniciantes em atividades criminosas são fatores significativos na busca pela diminuição da taxa de aprisionamento brasileiro.

Acredita-se que a solução passa por uma política de intervenção mínima do Direito Penal, deixando a cargo dos demais ramos do direito, de forma fragmentada, a solução dos

conflitos que lhe couberem, reservando-se o direito penal aos casos mais graves de lesões aos bens jurídicos mais importantes à sociedade.

É premente a necessidade de iniciar-se uma mudança de paradigma no tocante ao sistema carcerário. Devemos estabelecer cadeias tendo em vista o respeito aos princípios garantidos pela Constituição Federal para que não restem marcas de infâmia ao condenado e muito menos aos presos provisórios.

É sabido que ambientes aviltantes geram indivíduos que dificilmente vão conseguir se reajustar à sociedade. Interessante notar, que medidas simples que muito contribuiriam para a formação de um ambiente controlado não são tomadas. O simples uso de uniformes entre os presidiários, por exemplo, inculcaria o rigor disciplina, mas ao contrário, o que vemos são presídios controlados por seus internos que estabelecem as regras tanto para os detentos como para os agentes do estado que trabalham neles.

Enfim, a melhoria desse quadro caótico passa por penitenciárias mais organizadas e modernas que atendam à dignidade da pessoa humana, com a consequente implantação de políticas públicas verdadeiramente preocupadas com o cumprimento das funções sociais do Estado e com o retorno do condenado ao convívio social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **A Constituição e o Supremo / Supremo Tribunal Federal**. – 4. ed. – Brasília : Secretaria de Documentação, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf> acesso em 23/01/2016

ADORNO, Sérgio . **Crime e violência na sociedade brasileira contemporânea**. *Jornal de Psicologia-PSI*, n. Abril/Junh, 2002

_____. **O Monopólio Estatal da Violência na Sociedade Brasileira Contemporânea**, 2002. Disponível em <http://www.nevusp.org/downloads/down078.pdf> Acesso 08 fev 2015

ASSIS, Rafael Damaceno. **A realidade Atual do Sistema Penitenciário Brasileiro**. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 39, out./dez. 2007.

ASSUMPÇÃO, Vincius; SALES, Mayana. **Lei 12.403/2011 e as novas Medidas Cautelares Alternativas à Prisão**. ARTIGO. Curso JusPodivm. Universidade Federal da Bahia. Salvador-BA. 2011.

BATISTELA, Jamila Elisa; AMARAL, Marilda R. A. **Breve histórico do sistema prisional**. Monografia. Curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**, 3ª ed. São Paulo, CL EDIJUR, 2012

BONFIM, Edilson Mougenot. **Processo Cautelar**. 24 ed. São Paulo: Leud, 2008, p. 52-53

_____. **Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código de processo penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. **Código Penal**. *Vade Mecum*, Ed. Saraiva, 2013

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (De 24 de Fevereiro de 1891)** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm Acesso 08 fev 2015

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Senado Federal, 2011

_____. **Constituição Política do Imperio do Brazil (De 25 de Março de 1824)** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso 08 fev 2015

_____. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm Acesso 23 fev 2013

BRITO, Luiza. **Novas medidas cautelares começam a vigorar em 4 de julho.** (Figura 4) Disponível em: <http://luizabrito67.blogspot.com.br/2011/07/normal-0-21-microsoftinternetexplorer4.html> Acesso 23 fev 2013

CAPEZ, Fernando, **A Lei 12.403/2011 e as polêmicas prisões provisórias.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-29/consideracoes-sobra-lei-124032011-prisao-provisoria-polemicas> Acesso 23 fev 2013

CARTA CAPITAL, **ALGEMAS: abusos e pirotecnias,** 2013. Disponível em [http://www.ibgf.org.br/index.php?data\[id_secao\]=10&data\[id_materia\]=245](http://www.ibgf.org.br/index.php?data[id_secao]=10&data[id_materia]=245) Acesso 22 fev 2013

CHEREM, Cristiane Goulart. **Medidas cautelares em face da Lei 12.403/11. O novo paradigma de alternativas às prisões.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de; PELLEGRINI GRINOVER, Ada; RANGEL DINAMARCO, Cândido. **Teoria Geral do Processo,** 26ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

CIRLOT, Juan-Eduardo. Balança. In:_____. **Dicionário de símbolos.** São Paulo: Moraes, 1984. p.112. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaSimboloJustica&pagina=balanca> (Acesso em 22 abr. 2015)

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da Pena de Prisão.** Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Filosofia do Direito. São Paulo, 2009.

CRUZ, Wanderlanya Isabel C. **Lei 12.403/2011 e seus reflexos nos órgãos que compõem o sistema de justiça criminal.** Monografia. Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC Faculdade de Ciências Jurídicas Sociais - FADI Curso de Graduação em Direito. Barbacena-SP, 2012

Da MATTA, Roberto. As raízes da violência no Brasil: reflexões de um antropólogo social. In: BENEVIDES, M.V. et al. **A Violência Brasileira.** São Paulo, Brasiliense, 1982

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico.** Tradução de Pietro Nasseti- Ed. Martin Claretto – São Paulo, 2007

ESPÍRITO SANTO (ESTADO). **TJ-ES - Habeas Corpus : HC 100110038682 ES 100110038682.** PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL. Disponível em <http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21340783/habeas-corpus-hc-100110038682-es-100110038682-tjes> (Acesso 22 fev 2013).

FARIA, Franscislaine A. **Prisão Cautelar X Princípios Constitucionais.** Monografia. Universidade Vale do Rio Doce (UNIVALE). Governador Valadares- MG, 2009
FERREIRA. **Sociologia.** Alfragide: McGraw-Hill de Portugal, 1995.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro. NAU, 2005

_____. O sujeito e o poder. *In*: DREYFUS, Hubert L. e RABINOW, Paul. **Michel Foucault, uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhe. 40ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

GARUTTI, Selson; OLIVEIRA, Rita de Cássia S. **A prisão e o sistema penitenciário – Uma Visão Histórica**. Seminário de Pesquisa do PPE. Universidade Estadual de Maringá, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Prisão e Medidas Cautelares**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais RT, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, vol. I, Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

_____. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. 1ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIMARÃES, Deocleciano T. **Código de Hamurabi; O manual dos inquisidores; A Lei das XII Tábuas**. 1ª ed. . São Paulo: Editora Rideel, 2006.

GULLO, Álvaro A. S. **Violência urbana: um problema social**. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Ed Icone. Coleção Fundadores do Direito; 3ª Ed. 2008

HOMERO, Vilma. **Violência: Presente e Passado da História**, 2009. Disponível em <http://www.faperj.br/boletim_interna.phtml?obj_id=5634> Acesso 16 fev 2015

JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal**. Saraiva, São Paulo, 2002

JUSBRASIL, **Decreto de 23 de maio de 1821**. Disponível em:
<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103845/decreto-21> Acesso 16 fev 2015

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...)**. São Paulo: Boletim do IBCRIM Ed. Especial CPP, Ago/2010

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, 5.ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011. p. 61. 2v.

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

MACHADO, Ana Elise B.; SOUZA, Ana Paula R.; SOUZA, Mariani Cristina. **Sistema penitenciário brasileiro – Origem, atualidade e exemplos funcionais**. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 10, n. 10, 2013.

MARTINS, Helena. **Crimes aumentam no Brasil**. (Figura 1) Disponível em: <http://www.progresso.com.br/policia/crimes-aumentam-no-brasil-aponta-relatorio> Acesso 12 fev 2015

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato. Manual de Direito Penal. 24. Ed., Vol.1, São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal; parte general**, Barcelona, PPU, 1985.

_____. **El principio de proporcionalidade como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal: Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**, Valencia: Tirant lo blanch, 2009.

NEGRÃO, Adriane V.G.; GUIMARÃES, José Luiz. **A Indisciplina e a Violência Escolar**. Núcleo de Violência e Relações de Gênero. Psicologia da FCL –UNESP. Assis/SP, 2004. Disponível em : <http://www.unesp.br/prograd/PDFNE2004/artigos/eixo7/aindisciplina.pdf> Acesso 14 fev 2015

NEUMAN, Elias. **Prisión abierta**, p.9, Buenos Aires, 1974.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Prisão e Liberdade de acordo com a Lei 12.403/2011**. 3ª Ed. – Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013

ODALIA, N. **O que é violência**. São Paulo: Nova Cultural: Brasiliense, 1985.

OLIVEIRA, Edmundo. O Futuro Alternativo das Prisões. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PRETA, Andrea Catta. **Brasil é o terceiro país com mais homicídios na América do Sul, mostra UNODC. 2011**. Organização das Nações Unidas no Brasil. Disponível em: <http://www.onu.org.br/estudo-do-unodc-mostra-que-partes-das-americas-e-da-africa-registram-os-maiores-indices-de-homicidios/> Acesso 12 fev 2015

ROCHA, Larissa Aparecida. **Considerações sobre a lei 12.403/2011: Questões controversas**. Monografia. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente – SP, 2012

SALLES, Leila Maria F.; et al. **A Violência no Âmbito Escolar**. Fapesp: Programa Especial – Ensino Público. 2008

SANTOS, Itamar R. **Aspectos da violência urbana**. Instituto Brasileiro de Pós-Graduação (IBPEX)/Faculdade Internacional de Curitiba (FACINTER). Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas. Vitória da Conquista-BA, 2009.

SÃO PAULO (ESTADO). **HABEAS CORPUS Nº 0000447-71.2012.8.26.0000**. Tribunal de Justiça. COMARCA: SÃO PAULO Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/HC_4477120128260000_SP_1345846983558.pdf?Signature=NOF9tgAnaI147fsr8IVpKKGGLkk%3D&Expires=1384783567&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf Acesso 25 fev 2015

SILVA, Marco Antônio Marques da; FREITAS, Jayme Walmerde. **Código de Processo Penal comentado**; São Paulo: 2012.

SCHMIDT DE OLIVEIRA, Ana Sofia. **A Vítima e o Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SECRETARIA DE JUSTIÇA, CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS. **Cenário Prisional No Brasil - Gestão Através do BI (Business Intelligence) e Mapa Carcerário**. Governo do Estado de Paraná, 2013. (Figura 2 e 3). Disponível em http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/CONSEJ/ATAS_e_Documentos_-_2013/1_PR_fev2013/APRESENTCAO_28_FEVEREIRO_DE_2013.pdf Acesso 12 fev 2015

SOARES, Luiz Eduardo. A racionalidade do "politicamente correto" ou: Weber errou porque estava certo. *In: A atualidade de Max Weber*, Jessé Souza (Org.). Brasília: Editora UNB, 2000.

SOUZA, João Marcel A. **Violência Social Brasileira**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5802 Acesso 13 fev 2015

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 24ª ed. São Paulo: Leud, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**, São Paulo: Saraiva, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Processo Penal**. 33 ed. revisada e atualizada v. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRIBUNAL SUPERIOR FEDERAL. **Med. Caut. em Habeas Corpus 96.219-0 São Paulo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC96219CM.pdf%20Acesso%2024%20fev.%202015> Acesso 24 fev 2015

WEGENER, Monica. **A política criminal consagrada na constituição federal de 1988 e a lei nº 12.403/2011.** Monografia. Unijui – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande Do Sul. Ijuí-RS, 2012

WEYRAUCH, Cléia S. **Violência urbana.** Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Dimensões, vol. 27, 2011.
