

**PAULA MACIEL LOPES DE OLIVEIRA**

**MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO: A BUSCA  
POR UM PROCESSO PENAL EFETIVADOR DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito  
parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito.

Orientador: Professor Roberto Gomes

Salvador

2013

**TERMO DE APROVAÇÃO****PAULA MACIEL LOPES DE OLIVEIRA****MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO: A BUSCA  
POR UM PROCESSO PENAL EFETIVADOR DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,  
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2013.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	5
<b>2 O PROBLEMA DO CÁRCERE: CONSIDERAÇÕES INICIAIS</b>	8
2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SEUS REFLEXOS NO PROJETO ORIGINAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941	11
2.2 LEITURA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL	19
<b>2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana</b>	21
<b>2.2.2 Princípio da legalidade</b>	23
<b>2.2.3 Princípio da proporcionalidade</b>	24
<b>2.2.4 Princípio do ‘favor rei’ ou ‘in dubio pro reo’</b>	25
<b>3 REFORMAS PONTUAIS OCORRIDAS APÓS O ADVENTO DA CF/88</b>	26
3.1 REFORMA TRAZIDA PELA LEI 9.099/1995: INTRODUÇÃO DE INSTITUTOS DESPENALIZADORES	26
3.2 REFORMA TRAZIDA PELA LEI 9.714/1998: INTRODUÇÃO DE NOVAS PENAS ALTERNATIVAS	30
3.3 REFORMA TRAZIDA PELA LEI 11.340/2006: LEI MARIA DA PENHA E AS MEDIDAS PROTETIVAS	31
3.4 REFORMA TRAZIDA PELA LEI 12.403/2011: ‘NOVA LEI DE PRISÕES’	32
<b>4 A CAUTELARIDADE NO PROCESSO PENAL</b>	35
4.1 REQUISITOS LEGAIS PARA APLICAÇÃO DAS CAUTELARES	35
4.1.1 Prisão cautelar: preventiva ou temporária	41
4.1.2 Medidas cautelares diversas da prisão	44
4.1.2.1 Requisitos específicos e cumulativos para a imposição das medidas	44
4.2.2.2 Principiologia adotada para a imposição das medidas	47
4.2.2.3 Posicionamentos Doutrinários e Jurisprudenciais a respeito do Rol Taxativo (artigo 319, CPP)	53
<b>5 CONCLUSÃO</b>	59
<b>REFERÊNCIAS</b>	63

## RESUMO

O presente trabalho tem o pressuposto de verificar as inovações teóricas trazidas pela Lei 12.403 de 04.05.2011 no tocante às medidas cautelares pessoais, a partir de uma revisão bibliográfica de material apurado de variadas autorias, além de apontamentos feitos pela própria jurisprudência. Para isso, foi traçado um histórico sobre os avanços e retrocessos em relação a algumas reformas ocorridas no âmbito do processo penal, no tocante a flexibilização das normas processuais aplicáveis, e assecuração de maiores garantias ao sujeito que responde a crimes. A intenção é relatar em que medida as alterações foram deixando o texto legislativo do código de processo penal mais coerente com o texto constitucional.

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

## 1 INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho surgiu em decorrência das experiências vivenciadas em estudos e estágios, particularmente na área crime.

A observação dos fundamentos que muitas vezes levam a decretação e manutenção das prisões preventivas, bem como a verificação das circunstâncias em que as mesmas normalmente ocorrem, despertou a curiosidade a respeito das obras produzidas após o advento da Lei 12.403/2011, a qual consagrou a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, instituindo algumas novas, e reforçando a aplicação de medidas já existentes em leis específicas.

Além disso, foi alterada a redação de diversos artigos que contemplavam a prisão e foram inseridos novos requisitos para a conversão da prisão em flagrante em preventiva. O intuito foi dar maior efetividade no controle da legalidade do flagrante pelo magistrado e adequação ao que já era premissa, e assim se reforça: de que a liberdade individual deve ser a regra e a prisão cautelar exceção. Não há como ser negada a importância do instituto da prisão processual penal, entretanto também não podem ser negadas as arbitrariedades jurídicas cometidas indevidamente em razão da mesma, impondo muitas vezes uma forma de condenação sumária, o que é vedado expressamente pelo texto constitucional, em se tratando de indivíduos que não possuem contra si ainda uma sentença penal condenatória.

Ao trazer novos requisitos para a decretação da medida cautelar prisão e consagrar novas medidas cautelares alternativas à prisão, esta alteração legislativa possibilitou ao acusado, enquanto ainda sob o seu estado de 'inocência', tratamento mais justo, no sentido de poder aguardar ou acompanhar a investigação ou instrução criminal sem ter que estar necessariamente encarcerado, uma vez que, neste estágio, impreterivelmente, há direitos fundamentais que ainda pesam em favor do mesmo.

Até então, aqueles que não preenchiam os requisitos para 'livrar-se solto', aguardavam presos preventivamente muitas vezes por mais tempo do que deveriam, e em medida cautelar mais severa ou desproporcional à provável pena condenatória.

Se já havia uma restrição a respeito da possibilidade de privar o indivíduo de sua liberdade, agora ela consagrou-se em exceção. Por isso, refletir a respeito das mudanças é fundamental, uma vez que há pontos positivos e negativos sendo apontados, e a doutrina vem discutindo a respeito.

Diversas obras já foram produzidas desde o advento da nova lei de prisões, algumas ressaltando os benefícios trazidos, outras questionando alguns dispositivos. Em pouco tempo, desde a publicação da lei 12.403/2011, até a sua vigência, e até mesmo antes, quando se cogitava a sua instituição até a efetiva criação de um novo código de processo penal, a doutrina já vinha tratando das inovações cogitando quais seriam seus reflexos na prática, os prós e os contras, levantando questões de como ficaria a aplicabilidade e de como seria administrada (como ocorreria a fiscalização das novas cautelares).

Este trabalho visa revisar sobre a proposta mais positiva, que foi a necessidade de se verificar o cabimento da aplicação de medidas constritivas diversas, ao invés de converter a prisão em flagrante automaticamente em preventiva, aos infratores que cometem crimes cuja condenação não ultrapassa a pena de quatro anos, e que não preenchem os requisitos para aguardar a investigação criminal e julgamento do processo em liberdade provisória. Serão expostas as razões pela qual de nada adianta retirar o *status libertatis* de um indivíduo ainda suspeito e que dificilmente após a condenação será submetido à pena privativa de liberdade.

Após tais considerações, caberá abordar os seguintes temas:

Primeiramente, na sessão 2, uma breve abordagem a respeito dos resquícios inquisitivos que ainda permeiam as normas anteriores à Constituição Federal de 1988, e exposições a respeito do problema do cárcere aqui no Brasil e em outros ordenamentos. Em paralelo, coube abordar as garantias que consagraram verdadeiros princípios no âmbito penal, com intuito de deixar a aplicação das sanções mais fundamentadas e em consonância ao texto constitucional.

O terceiro Capítulo aborda a respeito de algumas reformas ocorridas no âmbito penal, ressaltando as modificações e evoluções no tocante aos instrumentos repressivos, na busca de se aprimorar o processo penal e dar maior efetividade à realização de justiça.

O quarto capítulo trata do núcleo do tema, que é a cautelaridade do Processo Penal, e visa expor as medidas cautelares diversas da prisão instituídas com a lei 12.403/2011, bem como os pressupostos legais para sua imposição.

## **2 O PROBLEMA DO CÁRCERE NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O sistema carcerário no Brasil é dotado de muitas insuficiências. Isso é noticiado todos os dias, seja porque há uma grande lotação que sujeitam os prisioneiros a uma situação precária, seja por conta da falta de preocupação e descrédito por grande parte da sociedade, na questão da ressocialização. É por isso que ao pesquisar sobre o assunto, as notícias quase sempre são as mesmas. Geralmente a população carcerária corresponde ao dobro do que suportam os presídios e muito se comenta acerca da falta de efetividade do sistema, já que é comum a reincidência dos ex-presidiários.

Não se acredita que a prisão por si só é capaz de descriminalizar. O que se aponta é o contrário, que ao invés de recuperar o indivíduo, mantê-lo em condições tão precárias só aumenta a distância com a sociedade, tornando-os insociáveis por conta da estigmatização que sofrem, uma vez que acabam por ficar isolados juntamente com outros criminosos, mais agressivos, e no tempo que passam aprisionados cultuam as experiências uns dos outros, voltando a delinquir com facilidade após o cumprimento da pena, ou ainda quando presos passando a movimentar-se de modo criminoso dentro da própria instituição através do crime organizado.

Em ordenamentos estrangeiros, em que as condições de vigilância e dos próprios presídios são melhores, estudiosos fazem ressalvas a respeito do resultado negativo do cárcere, e ponderam sobre o efeito de se manter recluso indiciados ou presos condenados, quando não há ao menos condições de manter a dignidade ou integridade deste sujeito, como comumente ocorre aqui em nosso país. Na verdade, a ineficácia da prisão pena é algo que se discute há décadas, despertando a curiosidade também dos filósofos, a exemplo de Michel Foucault (1999), apontado como importante filósofo francês, que em 1970 militou um Grupo de Informações sobre Prisões, transformando sua pesquisa em uma obra que retrata a história da violência nas prisões.



Em sua obra “Vigiar e punir” (FOUCAULT, 1999), este escritor relata como um dos pontos negativos, o fato de que a prisão pena, ao invés de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes perigosos, o que se deve ao fato do isolamento ao qual são submetidos os detentos. Para ele:

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

Pensamento este drástico e um tanto quanto dramático, mas que se traduz na observância dos sérios problemas que uma decretação de prisão pode acarretar, principalmente aquela indevida, uma vez que em se tratando o detento a figura de um pai, única fonte de renda da casa, sua família tende a “cair na miséria”, o que para tais estudiosos, resultaria numa tendência a criminalidade. O estado de miséria é o que leva muitos indivíduos a delinquir, consistindo numa justificativa, mas também algo que não pode ser aceito pela sociedade, pois resultaria numa grande insegurança. Por isso surgiu a necessidade de punir, mas se pensa muito no “punir” e pouco no “como punir”.

Neste sentido, posiciona-se o doutrinador Luis Flávio Gomes ao afirmar que o fenômeno da pena tem dois prismas ou dois aspectos fundamentais: o estatal e o pessoal. Por força do primeiro a pena é vista como instrumento de manutenção da ordem jurídica. Mas a pena também deve ser enfocada sob o prisma pessoal, de quem sofre, de quem experimenta ou vivencia.

Evidentemente resta quase comprovado que a reclusão não é suficiente para reprimir a delinquência. E isso leva a muitos outros estudiosos refletirem a respeito através de pesquisas, principalmente com relação às prisões processuais, prevenindo a respeito do risco das antecipações da pena, que se mostram ilegais, mas, no entanto, muito corriqueiras, e visualmente injustas.

Em se tratando de prisão cautelar, o fundamento deveria ser outro. Não o de efetivamente punir, mas resguardar a investigação e o próprio andamento do processo. O problema é que o sujeito por vezes acaba por ficar esquecido, em cárcere, muitas vezes por mais tempo do que a própria condenação. Essa prática tende a ser evitada, a partir do momento que se impõe mais condições de observância a requisitos, como a fundamentação necessária e imposição de medida tão eficaz quanto o cerceamento da liberdade, no entanto, menos lesiva.

Vale recordar que a CF/88 trouxe como corolário humanitário, garantias que não podem ser esquecidas:

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

Artigo 5º, inciso XLVII: não haverá penas:

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

Artigo 5º, inciso LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (presunção de inocência; melhor compreendida como presunção de não-culpabilidade).

Neste ponto, seguir adequadamente as novas disposições trazidas na Lei 12.403/2011 pode fazer concretizar pelo menos um avanço, já que oportuniza, assim como outros institutos desencarceradores, mais aplicações de medidas diversas da prisão, o que pode surtir um efeito positivo ao sistema cautelar. Diante um rol de possibilidades menos invasivas, possíveis de substituir a '*ultima ratio*' da privação da liberdade, é possível flexibilizar a prisão preventiva, cuja aplicação muitas vezes era imediata, sem que se quebre a efetividade do sistema processual constitucional, que visa, garantir não só os direitos fundamentais das vítimas, como também, a luz da igualdade, os direitos fundamentais dos imputados, até que se prove a sua culpabilidade.

O Código Penal Brasileiro de 1940 adotou o sistema progressivo, que se mantém atualmente, estando a progressão subordinada ao cumprimento de, pelo menos, um sexto da pena no regime anterior e à necessidade de o preso ter atestado o seu bom comportamento carcerário. A marca primordial do sistema progressivo funda-se em uma dupla finalidade: punição e ressocialização do sentenciado.

Se a ideia é ressocializar, já que o indivíduo mais cedo ou mais tarde vai retornar a sociedade, é preciso tornar a realidade em consonância com o sistema adotado. Não adianta degradar o ser humano, castigá-lo apenas, porque a prisão limitada a este fim se torna ineficiente, já que simplesmente privar o sujeito de sua liberdade não o transforma automaticamente em uma pessoa melhor.

O cárcere tem sido discutido porque a integridade física, psíquica e moral ficam abaladas, e muitas vezes se enxerga o sujeito como desmerecedor de cuidados. O choque de valores, da preservação do bem da vida, e ao mesmo tempo a necessidade de se aplicar a lei penal, pode fazer com que o sujeito sofra um julgamento antecipado. O que, nas palavras de Cesare Beccaria (2012), incorre em um grande risco, já que para ele “as ofensas dão vida a novas ofensas, pois o ódio é um sentimento mais durável do que o amor na medida em que aquele retira sua força da continuidade dos atos que enfraquecem este último”.

## 2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SEUS REFLEXOS NO PROJETO ORIGINAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1941

A Constituição Federal de 1988 ao dispor sobre a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, caput), como garantia a ser respeitada por qualquer norma inferior, e apontar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, trouxe a consagração de diversos princípios jurídicos, dentre os quais, o devido processo legal, o direito ao contraditório e a ampla defesa, e também a consagração de diversos instrumentos de controle social, dentre os quais o poder de polícia do

próprio estado, reservando o direito penal como a '*ultima ratio*', e a constrição da liberdade como exceção.

Tais disposições fazem correspondência ao que a própria CF/88 salienta no inciso LVII do art 5º, de que: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", previsão que consagrou o princípio da presunção de inocência. Vale salientar que esta presunção é reforçada no pacto de São José da Costa Rica, que em seu art. 8º prevê que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Anterior aos postulados constitucionais, o CPP de 1941 partia de uma concepção de culpabilidade antecipada à condenação definitiva, a qual se tornou absolutamente despropositada com o advento da Constituição de 1988, especialmente no que tange as disposições do artigo 5º, incisos LVII (presunção de inocência) e LXI (prisão em flagrante).

No sistema do Código de Processo Penal de 1941, que tinha inspiração claramente fascista, a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade. A prisão se convertia automaticamente em prisão cautelar, sem necessidade de o juiz ratificá-la, para convertê-la em prisão preventiva (observando-se suas imperiosas exigências). A liberdade era provisória, não a prisão. Poucas eram as possibilidades da liberdade provisória. (GOMES e MARQUES, 2012, em nota introdutória).

Tal posicionamento tornou-se contrário ao que se tenta preservar hoje, que é a liberdade como regra, e a prisão como exceção. Neste sentido, foi sendo evidenciada a necessidade de reformas com a promulgação da CF de 1988, na medida em que diversos dispositivos do CPP de 1941 se tornaram incompatíveis com a nova realidade instituída pela Carta Magna. É o que apresenta o autor Renato Brasileiro de Lima, destacando a nítida inspiração no modelo fascista italiano que dotava a própria exposição de motivos do Código de Processo Penal:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência de provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo a expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social. Não

se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum (LIMA, 2011, em nota introdutória).

Veja-se que à época da concepção do Código de Processo Penal, de forma evidente se buscava a eficiência do punir, deixando-se um pouco das garantias e valores individuais, em prol de uma proteção mais direcionada a coletividade. Após o advento do texto constitucional, portanto, restava de um lado um Código de Processo Penal obsoleto, fundado num autoritarismo fascista, com inúmeras influências inquisitivas, e, de outro, um moderno texto constitucional que instituiu um amplo sistema de garantias individuais.

Os próprios artigos eram repressivos, e era garantido o poder de cautela geral ao juiz, desde o inquérito, para decretação da prisão preventiva seja a crimes mais graves ou crimes mais leves. Entendeu-se que as inúmeras disposições trazidas pela nossa Carta Maior, pertinentes ao processo penal, vieram com o objetivo de resguardar amplamente as liberdades individuais, através de normas com eficácia imediata (conforme preceitua o §1º do artigo 5º da CF/88). A partir dessa consagração, a doutrina e a jurisprudência debruçaram-se sobre os dispositivos do CPP/41 não recepcionados por ela, e em desacordo com as garantias previstas nos tratados internacionais sobre direitos humanos subscritos pelo Brasil (a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica).

Conforme Flávia Piovesan, a partir da Carta de 1988 foram ratificados pelo Brasil: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; h) o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; i) o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; j) o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; k) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de

Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; e l) os dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, referentes ao envolvimento de crianças em conflitos armados e à venda de crianças e prostituição e pornografia infantis, em 24 de janeiro de 2004. A estes avanços, soma-se o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em dezembro de 1998. (ALBANO, 2013).

O reconhecimento da força normativa da Constituição, base na qual devem se sustentar os princípios e regras aplicáveis a todos os ramos do direito propiciou uma releitura dos artigos até então instituídos nos códigos, e não poderia ser diferente no que tange ao Processo Penal, que atualmente, é nela que encontra suas linhas mestras traçadas. Afinal, “o processo é que assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando violados, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição” (VARGAS,1992, p.67). Ainda que os direitos e garantias trazidos não possuam valor absoluto, já que também a própria CF admite ou impõe restrição quando há outro interesse constitucionalmente protegido em jogo, eles devem ser interpretados de maneira extensiva, protegendo ao máximo as liberdades da pessoa.

Neste sentido se posiciona Tourinho Filho ao disciplinar acerca do exercício da liberdade e suas restrições (1999, p.383):

Sabe-se que a liberdade não é o direito de fazer o que bem se quiser e entender, mas sim o de fazer o que a lei não proíbe. Sem os freios da lei, a liberdade desenfreada conduziria ao tumulto, a anarquia, ao caos, enfim. Daí, permitir-se, na Carta Magna, a restrição à liberdade, dê-se que tal restrição se faça com comedimento, dentro dos limites do indispensável, do necessário e, assim mesmo, cercada de reais garantias para que se evitem extralimitações do Poder Público.

Dentro deste contexto, pode-se, por conseguinte, abstrair que somente poderia o Poder Público estar legitimado a usar de mecanismos gravosos a direitos fundamentais, bem como a própria liberdade, quando tais mecanismos se mostrassem necessários para preservar estes mesmos direitos de terceira pessoa ou da própria coletividade, ou quando a liberdade de uma pessoa viesse a se constituir em uma ameaça a liberdade de outra ou da coletividade, bem como viesse a constituir-se em uma afronta ao interesse público, que nada mais é do que a representação de direitos coletivos.

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p.80) a própria Constituição “incumbe-se de configurar o direito processual não como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça”. Os princípios e normas trazidos no Texto Maior, de cunho nitidamente garantista, constituem as diretrizes do ordenamento jurídico.

O que garante a legitimidade e efetivação do Direito Processual Penal, num Estado Democrático de Direito, é o respeito e aplicação efetiva dos princípios delineados pela Constituição Federal, primordialmente, no que tange ao seu artigo 1º, inciso III, correspondente à dignidade da pessoa humana, princípio que se considera o pilar fundamental, do qual se derivam todos os demais princípios.

No que se refere ao tratamento dos indiciados, trás o artigo 5º da CF que: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (inciso II); *ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante* (inciso III); *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* (inciso LVII); *ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança* (inciso LXVI).

A respeito das garantias processuais, trás o mesmo dispositivo: *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente* (inciso LIII); *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (inciso LIV); *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes* (inciso LV); *a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária* (inciso LXV).

A ampla defesa (Art. 5º, inciso LV, CF/88), possui desdobramentos: 1) a garantia de ser informado pessoalmente da acusação, prevista no artigo 366 do Código de Processo Penal. 2) a garantia da autodefesa, consistente no direito de ser ouvido, no

direito a intérprete e tradutor, no direito de audiência, no direito de participação contraditória, no direito de comunicação reservada com o seu defensor, no direito de postulação pessoal do *habeas corpus* e da revisão criminal, prevista na normativa internacional; 3) a garantia de defesa técnica, indispensável à administração da justiça, também prevista na normativa internacional (leia-se Pacto de São José da Costa Rica, artigo 8.2, 'b'), e artigo 261 do Código de Processo Penal. 4) a garantia da proibição do cerceamento da defesa, que consiste em não se dificultar ou não se impedir que o réu produza sua defesa. 5) a garantia da não auto-incriminação, assegurada pelo direito ao silêncio previsto na Carta Magna.

A respeito da ampla defesa, ressalta Rômulo Moreira (2011, p. 16):

Como se sabe, o defensor exerce a chamada defesa técnica, específica profissional ou processual, que exige a capacidade postulatória e o conhecimento técnico. O acusado, por sua vez, exercita ao longo do processo (quando, por exemplo, é interrogado) a denominada autodefesa ou defesa material ou genérica. Ambas, juntas, compõem a ampla defesa.

Já a garantia do contraditório, igualmente prevista no artigo 5º, inciso LV da Lei Maior, deve ser interpretada como mecanismo que possibilite ao réu ser informado de todos os atos do processo, com o fim de permitir a sua defesa plena e efetiva. Ressalva-se que, diferente das outras jurisdições, no que tange ao processo penal, o contraditório é algo que deve ser ponderado de acordo com a peculiaridade do caso concreto.

Sobre as garantias mínimas relacionadas com as partes, Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 52), citam que “da norma inscrita no artigo 5º<sup>1</sup>, *caput*, da

---

<sup>1</sup> Vale ressaltar ainda, do artigo 5º, as garantias: inciso XXXIX, sobre a anterioridade da lei penal; inciso XLV, sobre a intranscendência da pena; inciso XLVI, sobre a individualização da pena; inciso LIII, que garante o processo feito por autoridade competente; inciso LIV, sobre o devido processo legal; inciso LV, sobre o contraditório e a ampla defesa; inciso LVI, sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas; inciso LVII, sobre a presunção de inocência; inciso LVIII, sobre a identificação criminal; inciso LX, sobre a publicidade dos atos em caso de defesa da intimidade; inciso LXI, sobre a prisão em flagrante; inciso LXII, sobre a comunicação da prisão aos familiares e ao juiz; inciso LXIII, sobre



Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões”.

São estas, garantias de direitos fundamentais, que correspondem a garantias mínimas a serem observadas no Processo Penal, as quais José Silva (1994) distingue em dois grupos: garantias gerais e garantias constitucionais. De acordo com o autor, as primeiras destinam-se a assegurar a eficácia social daqueles direitos ao assegurarem a estrutura que suportará sua existência real. As garantias constitucionais, por conseguinte, “consistem nas instituições, determinações e procedimentos, mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais”

Seriam estas últimas garantias constitucionais gerais (protegem o regime de respeito à pessoa humana em toda sua dimensão através de instituições constitucionais, que impedem o arbítrio) e garantias constitucionais especiais (que são técnicas e mecanismos que limitam a atuação dos órgãos estatais e particulares, dando proteção à eficácia, à aplicabilidade e à inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial).

São exemplos de garantias constitucionais especiais os remédios constitucionais, que são, na verdade, instrumentos de proteção processual dos direitos fundamentais, para serem usados quando aqueles direitos são ou estão na iminência de serem violados.

Em relação às garantias mínimas relacionadas com a jurisdição, Simone Prudêncio (2010, p.308-310) comenta as que considera essenciais:

---

os direitos do preso; inciso LXIV, sobre a identificação do responsável pela prisão; inciso LXV, sobre o relaxamento da prisão ilegal; inciso LXVI, sobre a liberdade provisória; inciso LXVIII, sobre o *habeas corpus*; inciso LXIX, sobre o mandado de segurança e o *habeas data* na esfera criminal; inciso LXXIV, sobre a assistência jurídica gratuita; inciso LXXV, sobre a indenização, por parte do Estado, pelo erro judiciário; e, finalmente, inciso LXXVII, sobre a gratuidade das ações de *habeas corpus*, *habeas data* e outros atos necessários ao exercício da cidadania e LXXVIII, que garante a todos, judicial e administrativamente, a razoável duração do processo.

- A garantia do *promotor natural* está consubstanciada no princípio da independência funcional e no inciso LIII, do artigo 5º, ao prever que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. É de se notar a referida garantia no momento em que o processo, de forma geral, inicia-se quando o Ministério Público oferece a denúncia. As condições de investidura no cargo são as mesmas exigidas para o juiz. A própria Carta Magna qualifica o *Parquet* como instituição permanente, cuja função é essencial à justiça. No processo penal, seus membros encarregam-se da persecução penal, deduzindo em juízo a pretensão punitiva do Estado.
- A garantia do *juiz independente e imparcial* é essencial para constituir uma relação processual válida. A Carta Magna prescreve vedações, no artigo 95, parágrafo único, para garantir ao juiz sua independência e imparcialidade. Estipula também garantias, no artigo 95, que o coloca totalmente fora do âmbito de interesses das partes.
- Garantia da *motivação das decisões judiciais*, segundo a qual todas as decisões devem ser fundamentadas para que possibilitem a realização do contraditório. Está elencada no artigo 93 da Constituição Federal, bem como no Código de Processo Penal, em seu artigo 381, inciso III. A única exceção está prevista para as decisões provenientes dos jurados, no Tribunal do Júri, que decidem pelo sistema da íntima convicção das provas e, por isso, as decisões dessa natureza não precisam ser motivadas.
- Garantia do *duplo grau de jurisdição*, que se consubstancia na possibilidade de revisão da decisão de primeiro grau por um tribunal ou turma recursal, nos termos do artigo 93, inciso III, da Letra Maior. Há exceção da referida garantia para o caso das hipóteses legais de competência originária do Supremo Tribunal Federal.
- Garantia da jurisdição que pode ser identificada na proibição de *reformatio in pejus* em recurso exclusivamente da defesa. Não se pode reformar uma sentença para agravar a situação do réu. Tal proibição está firmada no artigo 617 do Código de Processo Penal e por entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, como se vê do teor da súmula 160.6. Novamente a exceção faz-se presente no caso do Tribunal do Júri. Havendo novo julgamento, os jurados estão livres para proferirem a nova decisão, mesmo que ela seja mais gravosa que a anterior, porque a soberania do veredicto popular é ditada por norma constitucional, não podendo uma norma infraconstitucional sobre ela prevalecer.
- Garantia da *efetividade das decisões*, representada pelo instituto da coisa julgada, significa que, uma vez transitada em julgado a decisão, será impossível novo processo pelo mesmo fato. Pode ser considerada uma decorrência do princípio do *non bis in idem*, com função precípua de preservar a segurança jurídica, ao tornar as decisões imutáveis.

O desrespeito a qualquer um dos preceitos constitucionais supramencionados pode levar à inevitável nulidade do processo penal. Por isso, o próprio Código de Processo Penal, pelo menos teoricamente, através das modificações legislativas que vêm sendo feitas desde o advento do texto constitucional, passou a se desenvolver de forma mais garantista, com vistas a permitir uma atuação mais compatível a tais direitos fundamentais.

As reformas têm sido feitas levando-se em consideração os valores a serem respeitados, consagrando novas regras e subprincípios, de modo a fazer com que essas previsões se consagrem na prática, em paralelo ao poder de punir ao Estado, atuando como verdadeiros limites. No que tange as medidas cautelares, será possível observar o avanço no que diz respeito a principiologia que foi adotada com vistas a restringir a privação da liberdade e o desrespeito à presunção de inocência.

## 2.2 LEITURA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO PENAL

O sistema processual penal adotado no Brasil, apontado historicamente como acusatório impuro, adota a principiologia tanto da lei constitucional, quanto da legislação infraconstitucional, mantendo-se ainda alguns instrumentos inquisitivos. Diz-se acusatório impróprio ou misto o nosso sistema processual adotado, porque apesar de no art. 129, I, da Constituição Federal de 1988, haver previsão expressa de que “cumpre ao Ministério Público, privativamente, promover a ação penal pública, na forma da lei”, assegurando a separação das funções denunciar, investigar e julgar, o nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (NUCCI, 2011).

O que propriamente mantém o sistema misto é a possibilidade que se dá ao juiz de intervir em alguns casos, assumindo papel de juiz inquisidor e não somente de mero expectador, para executar de ofício alguns atos, a exemplo da concessão de *habeas corpus* e decretação da prisão preventiva. Assim, ao mesmo tempo em que se procura resguardar o magistrado para presidir a instrução, por conta da neutralidade que tem que ter na fase processual, da publicidade, e garantia do contraditório, ampla defesa e igualdade entre as partes, desde a fase de investigação se permite que ele atue pelo menos como garantidor dos direitos fundamentais. Percebe-se, portanto, que ainda temos a figura de um juiz inquisidor em alguns momentos para garantir a própria segurança aos direitos e garantias individuais.

Já foi visto que o projeto original do nosso Código de Processo Penal tem inspiração inquisitiva, e o que possibilita ainda sua aplicação são os ajustes que vêm sendo feitos desde a publicação do texto constitucional, procurando adequar cada código à realidade trazida pelo sistema constitucional acusatório, evitando-se com isso os excessos dos resquícios inquisitoriais, que consistem no risco de mitigação dos direitos e garantias individuais.

Esses ajustes ou controle são feitos a cada vez que se cria uma lei que altera os dispositivos anteriores, ou seja, através da criação de leis específicas que limitam os reflexos do sistema inquisitivo.

A falta de efetividade que vem demonstrando a prisão pena incentivou a procura por medidas substitutivas, e seleção de sanções mais suaves para condutas de menor ofensividade. Medidas estas pautadas nos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade (na hora de ajustar, dentre as medidas, quais adotar e quantas adotar, quando houver o cabimento de mais de uma).

Se para os crimes de contravenção, cuja pena seja de até dois anos, há hipóteses de cabimento do SURSIS, ou transação penal, o que a lei de prisões trouxe, foi justamente estender o rol de possibilidades para abarcar àqueles indivíduos que são indiciados por crimes cuja reclusão não ultrapasse quatro anos. Pensando no efeito prático de uma prisão fixada em quatro anos, temos que por bom comportamento, este sujeito acabaria por ficar em custódia por muito menos do que isso. É justamente prevendo o resultado da possível condenação, que se consegue visualizar o quanto de cautela há de se ter antes do trânsito em julgado da sentença.

Então, se até mesmo após a condenação já se procurava assegurar o benefício da substituição da pena privativa de liberdade, quando possível, nada mais do que um simples reflexo assegurar isso antes.

Neste ponto, advém a discussão a respeito da presunção de não culpabilidade, sob a qual o réu não pode ser considerado culpado, e não deve sofrer antecipadamente os efeitos da condenação. No entanto, o cabimento de algumas medidas podem se justificar pela finalidade de garantir o processo. Por isso diz-se, inclusive, que as cautelares desempenham (ou pelo menos deviam desempenhar) um papel exclusivamente instrumental.

As medidas podem solucionar o conflito da dicotomia existente entre o cárcere e a liberdade, e configurar-se como um meio-termo, buscando equilibrar diante o caso concreto, quais restrições são necessárias para conter o sujeito que até então é dotado de direitos fundamentais como qualquer outro cidadão de um Estado Democrático de Direitos.

Elas evitam a decretação da prisão, seja ela temporária ou preventiva. Até então o sistema cautelar era pobre morfológicamente, pois ou se decretava a prisão cautelar ou a liberdade provisória (LOPES, 2011).

Neste ponto, as medidas cautelares se sobressaem como uma verdadeira solução, pois, evitando-se o cárcere ou a liberdade plena do 'livrar-se solto', busca-se condicionar o indivíduo a alguma restrição, tendo em vista resguardar a sua integridade, e ao mesmo tempo, assegurar a investigação e efetiva aplicação da lei penal.

Por mais que se percorram os riscos de banalização da aplicação de tais medidas, e de expansão do direito penal, tal mudança já caracteriza um avanço. Ainda que sob ressalvas, todos os autores revisados acabaram por apontar também avanços, que não podem ser negados. Os que consideraram um retrocesso despertam a discussão no sentido de apontar que a desmedida aplicação da lei pode acabar por expandir a aplicação do direito penal a aqueles que não merecem.

### **2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana**

Diz-se a respeito do princípio da dignidade humana, que ele seria, além de um pilar para o Estado Democrático de Direito, o próprio fundamento de onde se origina os demais direitos. O respeito à dignidade condicionaria a própria legitimidade do Direito penal, que só teria como estabelecer uma sanção penal, respeitando o aludido princípio.

A própria idéia de dignidade e igualdade nos traz uma solução para pacificar o tratamento aos que menos são privilegiados, já que não é a condição financeira, nem bem o status ou posição que ocupa perante a sociedade, que torna a pessoa mais ou menos digna. Já se encontra superada a idéia de que a dignidade está atrelada à escala de estratificação social do ser humano, como se discutia na Idade Média (MELLO, 2010, p. 27). A partir do momento em que a sociedade evoluiu, foram deixadas de lado as relações de escravidão ou servidão, e ideais filosóficos passaram a torner o conceito, trazendo para a dignidade a relação do homem que se justifica pela sua própria existência, como um ser dotado de uma nobreza própria.

Ao tratar sobre a dignidade, Sebastián Mello (2010, p. 28) faz referência a muitos pensadores, destacando entre eles o entendimento de Tomás de Aquino, que numa dimensão horizontal considera todos como humanos, ainda que corrompidos pelo pecado, sendo assim, merecedores de dignidade e tratamento uniforme, já que dotados da mesma racionalidade. Por outro lado, ao trazer o conceito de Kant, o autor destaca um conceito mais adequado a respeito da existência da dignidade, na medida em que tal filósofo consagra que “o homem (ser racional, livre e digno) é o limite ao livre-arbítrio de outro homem”. O homem racional moderno estaria acima de qualquer preço, sendo insubstituível, imensurável: “Aquilo que está acima de todo preço e, por conseguinte, o que não admite equivalente, é o que tem dignidade” (MELLO, 2010, p. 32).

Neste sentido, apresenta-se o homem como propriedade de ninguém, mas de si mesmo. Pressupõe-se o seu reconhecimento pelo simples fato de ser um sujeito no mundo e ter o direito de viver entre os demais, na medida em que há o sentimento

humano, que exige o respeito ao outro como fim em si mesmo. Em uma concepção mais moderna, ainda defendida pelo mesmo autor, a dignidade na verdade consiste no 'direito a ter direito', ou 'direito aos direitos', ou 'de reivindicar direitos' (MELLO, 2010, p. 44), na medida em que "respeitar uma pessoa ou pensá-la como titular de dignidade humana significa conceber tal pessoa como potencialmente capaz de reivindicar direitos", sendo por isso, uma capacidade de exigir direitos.

Não é por menos que o princípio da dignidade foi consagrado o norteador e instigador dos demais direitos fundamentais. Direitos estes, que por sua vez, são aqueles sem os quais a condição humana fica vulnerável, que evitam a 'coisificação' do ser humano. Em consideração ainda ao aludido princípio, os filósofos e estudiosos do direito penal já vinham afirmando a respeito da necessidade de suavizar as penas, para dar mais efetividade ao sistema.

Passou-se a limitar a utilização desenfreada das prisões, condicionando-a às situações de necessidade, quando se comprova pelo menos os elementos autoria e materialidade (a coexistência do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, pressupostos a serem esposados com maior atenção).

### **2.2.2 Princípio da legalidade**

Art. 5º, inciso XXXIX, CF: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Em direito penal e processo penal, somente se poderá disciplinar as condutas se for por meio de lei. A legalidade em sentido amplo, garante que ninguém tem dever de se comportar de forma diversa dos limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Também o Estado deve respeitar e atuar dentro desta concepção de legalidade, reservando-se a não optar pelo seu poder de polícia, quando há outros meios menos invasivos a serem adotados, ainda que de outro ramo, respeitando a condição de que o direito penal ou processual penal deve atuar como a '*ultima ratio*':

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

No que concerne ao princípio da legalidade, na estreita interpretação constitucional do sistema processual penal, tem-se a observância da medida cautelar pessoal também como exceção, porquanto no Brasil, a prisão de qualquer pessoa deve cumprir requisitos estritos (LIMA e NOGUEIRA, 2011).

### **2.2.3 Princípio da proporcionalidade**

Um princípio que muito sobressai nos estudos do cabimento das penas, é o discurso da proporcionalidade. Este princípio justifica muito das flexibilizações já ocorridas em matéria processual no âmbito penal. Muito se evoluiu no sentido de interpretar o este como um pressuposto, e aos poucos foram se consagrando subprincípios, intermináveis, como a proibição do excesso, idoneidade ou adequação, exigibilidade ou necessidade, além de outros aplicáveis propriamente às medidas cautelares.

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

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

Um critério que se toma a partir da ponderação do princípio da proporcionalidade, é que a constrição da liberdade, a possibilidade de se atingir a esfera individual de um sujeito, a exemplo da decretação da prisão provisória, só se justifica, quando, de fato, o mesmo pratica uma conduta ilícita que tenha como sanção prisão pena prevista no tipo penal. Essa deveria ser uma regra básica a ser seguida. Não há porque decretar prisão preventiva em casos cuja eventual condenação não leva o



condenado sequer para o cárcere, uma vez que teria direito ao regime semi-aberto ou mesmo ao regime aberto.

Dispõe Edilson Bonfim (2011, p. 33), que:

Para o ajustamento do princípio da proporcionalidade, tal como prevê o legislador, deve haver uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente identificáveis, um meio e um fim, a que se chama *pressuposto material* ou de *justificação teleológica*, de forma que se possa proceder ao exame dos sub-requisitos do princípio.

O referido autor procura dizer que tal análise se trata de saber se entre os meios disponíveis e igualmente aptos para a promoção do fim não há outro menos restritivo do direito. Tal ponderação deve ser feita em momento oportuno e não tardio, o que significa que com base na valoração dos bens jurídicos tutelados, em sede cautelar, quando ainda não se tem ao certo qual deles deve prevalecer, não há como graduar de forma desproporcional qualquer forma de repressão: deve haver, de fato, um nexo de causalidade entre a conduta típica denunciada, e o resultado típico previsto para a condenação. Qualquer equívoco pode propiciar um injustificado excesso.

#### **2.2.4 Princípio do ‘favor rei’ ou ‘in dubio pro reo’**

A premissa “na dúvida, em favor do réu” tem aplicação plena com base no artigo 386, VII, do CPP, e produz tanto efeitos no juízo primevo, quanto em sede recursal. Percebe-se que seu alcance preconiza uma necessidade de se comprovar pelo menos os elementos autoria e materialidade, sem os se impede que qualquer tipo de restrição à liberdade seja imposta. Ainda que regido pelo seu juízo de convencimento, com fulcro no que permite o sistema do livre convencimento motivado, o juiz tem limites a observar, e um deles é a pertinência em relação às provas produzidas, sob as quais produzira seu juízo de valor, devidamente fundamentado, à luz do caso concreto.

Enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória, as constringências da liberdade devem ter função cautelar, garantir o processo e a vindoura prestação jurisdicional. Não é possível a antecipação da culpa, uma vez que a autoria só restará suficientemente confirmada após o efetivo julgamento. A condenação só é possível quando o magistrado aponta haver provas suficientes, sendo que a dúvida prepondera em favor do réu (*In dubio pro reo*).

Vale antecipar, neste ponto, que o rol do artigo 319, do CPP, modificado pela lei 12.403/2011, é taxativo, e por isso a aplicação é restrita. O benefício da dúvida, *in dubio pro reo*, tão reverenciado pela defesa, se estende até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. E isso reflete fundamentalmente na vida do indivíduo, tanto na questão dos antecedentes, que até o trânsito não podem influenciar na decisão do juiz, quanto na aplicação das medidas cautelares. O recolhimento à prisão não é obrigatório, nem para quando há condenação, o que acaba por possibilitar o direito de recorrer em liberdade inclusive quando se está diante de infrações mais graves. Isso porque, ausentes os requisitos que justifiquem a prisão, não há o que se falar em prisão cautelar, pois essa prisão seria ilegal.

### **3 REFORMAS PONTUAIS OCORRIDAS APÓS O ADVENTO DA CF/88**

#### **3.1 REFORMA TRAZIDA PELA LEI 9.099/1995: INTRODUÇÃO DE INSTITUTOS DESPENALIZADORES**

Por volta de 1985/86, na Associação dos Magistrados de São Paulo, desenvolveram-se as primeiras idéias a respeito da Lei nº 9.099/95, enquanto ainda se desenvolvia o processo constituinte. Durante a constituinte de 1988, havia uma grande preocupação com a chamada morosidade do Poder Judiciário. O que era buscado naquela oportunidade era a experiência dos Juizados de Pequenas Causas, paralelamente com os Juizados Informais de Conciliação.

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, vislumbrando a proteção dos cidadãos menos favorecidos, ou seja, pessoas que integram a grande parcela da sociedade brasileira. Foi criada com o objetivo de desafogar os sistemas carcerário e judiciário, sobrecarregados, na época e atualmente, com uma demanda superior à sua capacidade de atendimento.

Esta lei regulamentou o artigo 98, I, da CF, ao instituir sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, trazendo quatro institutos conhecidos pela doutrina como despenalizadores: o acordo civil, a transação penal, a suspensão condicional do processo, e a representação (FERNANDES, 2012, p. 211). Os dois primeiros institutos foram previstos para infrações de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não ultrapassasse dois anos. Antonio Fernandes (2012), ao comentar sobre esta alteração legislativa, a coloca junto da ação penal como a solução por consenso e a adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada ou discricionariedade regrada.

Seguindo disposição da Constituição Federal de 1988, além da criação do JECRIM, o objetivo principal desta legislação consistiu em ampliar o acesso da população à justiça mediante a aplicação de princípios como a celeridade, a economia processual, a informalização da justiça e a aplicação de penas alternativas às penas de restrição da liberdade. Privilegiando a utilização de um sistema simples e célere e a aplicação de penas de caráter mais social e menos punitivo (penas alternativas), a referida Lei, no Art. 2º, estabelece como critérios e princípios do processo: a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação penal.

Convém ressaltar que, com a instituição destes Juizados, os crimes de menor potencial ofensivo passaram a ser julgados com mais celeridade, dado ao próprio corolário que rege o procedimento mais simples, além dos princípios da economia processual, oralidade e informalidade, firmados e combinados, à aplicação de penas não privativas de liberdade. Vale ressaltar alguns aspectos a respeito de cada um destes princípios:

- Princípio da Oralidade: Com tal princípio, há o predomínio da forma oral sobre a escrita, porém, sem que, haja a necessária exclusão desta última, ou seja, não significa que os atos processuais não serão documentados. Tal princípio abarca a possibilidade das partes agilizarem o processo, buscando resultados efetivos, ou seja, busca-se sempre afastar as notórias causas de lentidão do processo predominantemente escrito.

- Princípio da simplicidade: Conforme este princípio, os processos ajuizados devem ser compatíveis com o tipo de causa a ser levada ao Juizado Especial. Neste contexto, não são admitidas as causas de maior complexidade jurídica ou de grave repercussão econômica. Além disso, o Juizado deve dimensionar-se, também, do modo mais simples possível.

- Princípio da informalidade: É o princípio que determina que os atos processuais nestes órgãos se desprendam de maiores cerimônias e rituais específicos. Aqui deve prevalecer apenas uma idéia de formalidade mínima. Com este princípio almeja-se, assim, que os atos jurídicos reduzam sua forma ao mínimo necessário para delimitar o seu conteúdo, distinguindo-o dos demais atos. A informalidade, portanto, pode ser definida como a possibilidade de se dispensar as formas não essenciais do ato, para melhor atingir suas finalidades.

- Princípio da Economia Processual: Tal princípio visa apresentar às partes um resultado prático, efetivo, com o mínimo de tempo, gastos e esforços. Assim, tirar o máximo de proveito de um processo é torná-lo efetivo, transformando-o num processo de resultados. Para isso, deve-se buscar atribuir a todos os atos processuais a maior carga de efetividade possível.

- Princípio da Celeridade: Tem como objetivo propiciar a fluência do processo, com rapidez e presteza. Esse é o princípio mais importante utilizado nos juizados especiais cíveis, pois visa uma satisfação imediata da prestação, ou seja, da forma

mais rápida possível, utilizando de algumas medidas como a concentração dos atos processuais.

Adotando os princípios acima enumerados, pretendeu-se quebrar o formalismo para priorizar as decisões de mérito. Dentre eles, destaca-se a celeridade, que sem sombra de dúvida, depende da adoção das regras específicas instituídas por essa Lei, que correspondem a exceções às normas processuais comuns. Concomitante ao princípio da celeridade está à idealização de que os Juizados Especiais incrementariam o incentivo de acordo entre as partes (instituto da conciliação penal), uma vez, que, como se sabe, é essa a única solução realmente definitiva para qualquer lide, gerando a satisfação das partes, sem que nenhuma se sinta vencida, colaborando com a paz social.

Essa idéia de conciliação em matéria penal foi adstrita, em regra, aos delitos considerados de menor potencial ofensivo e estendeu-se aos de médio potencial ofensivo, o que representou uma mudança na política criminal, pois foram introduzidas medidas despenalizadoras, a exemplo da composição dos danos, da transação penal, e do sursis. Através desse dispositivo, portanto, buscaram-se meios efetivos para a postulação de direitos e valorização das pretensões destes. O intuito primordial é que sejam alcançados meios capazes de pacificar a sociedade através de um sistema jurisdicional mais ágil e efetivo, facilitando o acesso à Justiça por parte da população menos favorecida, encurtando assim a prestação jurisdicional sem deixar de lado o devido processo legal, bem como a segurança jurídica dos julgados.

Alguns ajustes já foram feitos na Lei dos Juizados Especiais. Em relação às infrações de menor potencial ofensivo, o artigo 61 (alterado pela Lei 11.313/2006) considera como sendo de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes com pena máxima cominada não superior a dois anos, cumulada ou não com multa, excetuando-se os casos em que a lei preveja procedimento especial, trazendo inovações à jurisdição desses delitos, como o instituto da transação penal. Essa transação corresponde a acordo contemplado pelo Ministério Público que

coloca o indivíduo para prestar serviços à comunidade, ou pagamento de acordo, prestação pecuniária. Impostas tais condições, caso o acusado as cumpra, fica com sua primariedade preservada.

Outro ajuste foi a respeito dos casos de violência doméstica. Essa infração passou a ter a ação pública condicionada à representação. Além disso, visando minorar os excessos praticados pelo homem contra a mulher, a Lei 10.455/2002, de 13 de maio de 2002, inseriu ao parágrafo único do art. 69<sup>2</sup>, a possibilidade de o juiz, cautelarmente, determinar o afastamento do homem do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

Como é de geral conhecimento, os juizados não têm como objetivo o endurecimento de penas ou de medidas contra o autor do fato. Ao contrário, sua finalidade precípua é sempre buscar a despenalização mediante imposição de penas não privativas de liberdade, com ênfase à pena pecuniária e à pena restritiva de direitos. Apesar disso, comenta-se a respeito da alteração não ter trazido a revolução que se esperava no sistema-processual brasileiro, em que pese as vozes à época que se levantaram em prol das novas medidas despenalizadoras.

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

Antes da lei 9714/98, as penas restritivas de direitos só eram aplicadas para substituir penas privativas de liberdade inferiores a um ano ou em caso de crimes culposos. Essa regra foi estendida para condenações até quatro anos, aos crimes sem uso de violência ou grave ameaça. Para isso, a lei alterou o artigo 44 do CP, dando a ele nova redação.

---

<sup>2</sup> “Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima” (redação trazida ao parágrafo único do artigo 69, com a lei nº 10.455/2002).

Com essa extensão, o sistema da aplicação da pena privativa de liberdade sofreu importante reforma, consagrando também novas restritivas de direitos. O rol das penas substitutivas até então era: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação do fim de semana e pena de multa. Com a lei foram inseridas: a prestação pecuniária e perda de bens e valores.

Em relação ao cabimento das penas restritivas de direitos, observa-se o disposto no artigo 59, IV, do CP. Caso haja descumprimento da pena restritiva haverá a conversão para pena privativa.

Situações em que são cabíveis: crimes culposos; ou dolosos cuja pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos; crime praticado sem violência ou grave ameaça. Mas para tanto, o condenado não pode ser reincidente em crime doloso (regra do artigo 63 do CP), e deve haver circunstâncias judiciais favoráveis demonstrando que a substituição seja suficiente (artigo 59, *caput* e inciso IV, do CP). Então, ao reincidente doloso, não é cabível geralmente. A não ser na ausência de reincidência específica e quando se demonstra socialmente recomendável a restritiva.

O magistrado, ao proferir a condenação, deve observar se estão presentes os requisitos que autorizam a substituição. Flávio Gomes (1999, p. 96), ressalta que essa lei teve o propósito de diminuir a superlotação dos presídios, sem perder de vista a eficácia preventiva geral e especial da pena, e reduzir os custos do sistema penitenciário. Além de favorecer a própria ressocialização do autor do fato pelas vias alternativas, evitando-se o cárcere, e estigmas. Por fim, visa reduzir a reincidência, e preservar os interesses da vítima, que, cada vez mais, passa a ser valorizada.

### 3.3 REFORMA TRAZIDA PELA LEI 11.340/2006: LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha tem como fundamento o disposto no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, segundo o qual "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

Satisfazendo as expectativas das entidades de defesa dos Direitos das Mulheres e em cumprimento tal preceito, e em respeito às, Convenções sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, foi promulgada a Lei 11.340/06, criando mecanismos para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Foram instituídas normas para garantir: a assistência das mulheres vítimas de violência doméstica (art. 9º); proteção policial e acompanhamento da vítima (art. 11º); medidas protetivas que obrigam o agressor a restrição de uso ou posse de arma de fogo, afastamento do lar, e proibição de aproximação da vítima, seus familiares e testemunhas da ocorrência; a proibição de frequência a determinados locais; restrição de visitas aos dependentes menores e prestação de alimentos (art. 22); encaminhamento da vítima e de seus dependentes a programas de proteção; restituição de bens subtraídos pelo agressor; e restrição em relação a bens em comunhão (artigos 23 e 24).

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

Tendo visto como ao longo da edição das leis ordinárias, foram sendo constituídos instrumentos de garantia e segurança às liberdades individuais, vale a pena considerar a respeito da forma que veio a ser instituída a lei de prisões, também pela sua exposição de motivos. O Ministério da Justiça, ao encaminhar a proposta, demonstra os objetivos globais do projeto, da qual vale salientar este importante trecho:

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



Importante análise foi feita, e merece destaque, ainda à época em que se cogitavam quais seriam as efetivas modificações:

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

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

As inovações trazidas com a lei 12.403/2011 possibilitam aos operadores do direito assegurarem algumas garantias que por muitas vezes ficavam a desejar, seja por não haver dispositivo que regulamentasse, seja por uma exacerbada liberalidade que era concedida aos magistrados, que até então vivenciam os preceitos fundamentais que torneiam o processo penal, mas até então não tinham a obrigação de consagrá-los materialmente. Se já havia uma restrição a respeito da possibilidade de privar o indivíduo de sua liberdade, agora ela consagrou-se em exceção para os crimes cuja pena privativa de liberdade não exceda a quatro anos.

Foram 32 (trinta e dois) artigos alterados: 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439. Dentre outras providências, alteraram-se diversos dispositivos do Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares.

A respeito do trâmite da edição desta lei, este durou uma década, pois o projeto de lei nº 4.208, de 2001 foi encaminhado pela Câmara dos Deputados em 13.04.2011 para sanção ou veto presidencial; em 04.05.2011 ele foi sancionado e em 05.05.2011 foi publicada a lei, momento em que passou a ser dotada de obrigatoriedade (OLIVEIRA, 2011). A vigência, após sessenta dias, em 04.07.2011, consagrou a aplicação imediata do dispositivo. Foram inseridas alternativas ao cárcere, algumas já aplicadas usualmente ou com restrição por alguns julgadores na prática, e outras em decorrência de leis específicas, que então tiveram sua aplicabilidade reforçada com a promulgação desta lei.

Segundo Leonardo Tavares (2011), o objetivo político da aprovação da Lei nº 12.403/11 foi diminuir a superlotação carcerária. No entanto, para o autor o momento não era propício para mudanças, visto a inquietação social pela impunidade, o aumento no número de crimes e a falta de investimento na segurança pública.

Por outro lado, se bem concebida, a lei deixa expectativas de um processo penal “mais justo e mais consentâneo às formulações constitucionais e ao sistema acusatório, propiciando ao juiz instrumentos a mais de tutela processual, menos incisivos à liberdade individual” (TAVARES, 2011, p.11).

É que, com o advento da lei 12.403/11, foi estabelecido um novo patamar para decretação da prisão preventiva, com o objetivo de substituir a aplicação da prisão preventiva ou atenuar os rigores da prisão em flagrante. Neste sentido, foram reforçadas e ajustadas algumas medidas já previstas em outras leis específicas, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (lei nº 9.099/95) e Lei “Maria da Penha” (lei nº 11.340/06, que no seu art. 19, preconiza as “medidas protetivas de urgência”, cautelares próprias para os casos de agressão de que trata a lei).

Além disso, foram trazidas algumas inovações, como a aplicação estendida da fiança (que passou a poder ser arbitrada pela própria autoridade policial nos crimes

cuja pena não exceda a quatro anos); o recolhimento domiciliar; e o monitoramento eletrônico (medidas de aplicação imediata, destacadas dentre um rol de nove possibilidades, cuja aplicabilidade deverá ser verificada antes de se decretar uma prisão preventiva, prisão esta que, antes, já tinha como pressuposto a urgência, correspondente à aplicação dos requisitos previstos nos artigos do CPP: artigo 312 - garantia da ordem pública; da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; garantia de aplicação da lei penal; e artigo 313 - decretação justificada pela pena privativa superior à quatro anos; reincidência; violência contra mulher ou pessoa vulnerável; dificuldade na identificação civil do sujeito).

#### **4 A CAUTELARIDADE NO PROCESSO PENAL**

Em paralelo à edição da lei 12.403/2011, a doutrina se preocupou em desde logo discutir os efeitos da imposição das medidas cautelares, idealizando cada situação e esclarecendo os requisitos legalidade, adequação e necessidade como os limites à discricionariedade do magistrado e da força policial, que mesmo nas hipóteses de flagrante, deverão respeitar a possibilidade de se converter a prisão preventiva em liberdade provisória com fiança ou medida provisória adequada ao particular, exigindo-se que mesmo esta seja imposta não em razão de meros indícios, mas, sim, indícios que se mostrem suficientes.

Tal preocupação evidencia que a regra, 'a verificação antes da decretação da prisão do cabimento das medidas cautelares quando presentes os requisitos para a sua aplicação', é de grande relevância, já que há um conflito constante entre os interesses coletivos e as garantias individuais.

##### **4.1 REQUISITOS LEGAIS PARA APLICAÇÃO DAS CAUTELARES**

Os requisitos do art. 312 do CPP, com as alterações trazidas pela lei, refletem a necessidade de cautela na restrição ao *status libertatis* do indivíduo, trazendo não

apenas pressupostos para a segregação cautelar, mas também a necessidade de que, qualquer imposição só será válida se devidamente fundamentada.

Portanto, somente para aplicação da lei penal, investigação ou instrução criminal e, nos casos previstos, para evitar a prática de infrações penais, à luz do versa o artigo 312 do CPP, caberão às medidas cautelares, ou, como *ultima ratio*, a prisão cautelar. Outrossim, deverão estar adequadas a gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do agente. Vale dizer, que há a necessidade de se pautar a aplicação por uma proporcionalidade em sentido estrito, o que, nas palavras de FERNANDES (2012, p. 62):

Aponta para a imprescindibilidade de constatar, entre os valores em conflito, o que impele a medida restritiva e o que protege o direito individual a ser violado – qual deve prevalecer. Haverá observância do princípio da proporcionalidade se predominar o valor de maior relevância, evitando-se, assim, que se imponham restrições desmedidas aos direitos fundamentais, se comparadas com o objetivo a ser alcançado. Assim, o meio, adequado e necessário para determinado fim, é justificável se o valor por ele resguardado prepondera sobre o valor protegido pelo direito a ser restringido.

Neste sentido explica que, em se tratando de principiologia aplicada ao processo penal, não se trata de impedir a existência ou atuação de norma restritiva ou de fazer imperar sempre o princípio mais favorável ao acusado, mas de fazer atuar certa regra ou prevalecer determinado princípio de maneira equilibrada. Assim, não se cuida de invocar o princípio em favor do acusado ou da acusação, mas de verificar se, no caso concreto, a restrição ao acusado é adequada, necessária e se justifica em face de valor maior a ser protegido (FERNANDES, 2012).

Para realização dessa ponderação, caberia a resposta a três questões: se a medida restritiva adotada seria apta para atingir o fim proposto; se existiria uma outra menos gravosa apta a lograr o mesmo objetivo; e se o sacrifício imposto ao titular do direito fundamental atingido está em uma relação proporcional com a importância do bem jurídico que se pretende salvaguardar.

Primeiro então se busca avaliar a eficácia da adoção da medida. Em conseqüência, verificar dentre as medidas qual se mostra mais adequada. E, por fim, graduar a medida de acordo com as características pessoais do agente e circunstâncias em que ocorreu o delito, verificando, inclusive, se há necessidade de fazer a cumulação com outras medidas.

- **Presença do *Fumus Commissi Delicti* e *periculum libertatis***

No âmbito do processo penal, tal pressuposto trata-se de um dos requisitos para a imposição da prisão preventiva e das medidas cautelares alternativas trazidas com a Lei 12.403/2011. Ausente tal requisito, não é possível aplicar medidas cautelares alternativas nem a prisão preventiva.

Cabe destacar que alguns doutrinadores consideram que o *Fumus Commissi Delicti* deverá estar acompanhado do *Periculum Libertatis* para a aplicação das medidas cautelares e da prisão preventiva. Este se refere ao risco que o agente em liberdade possa criar à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal.

O *Fumus Commissi Delicti* é um requisito cautelar próprio do processo penal, e seria um pressuposto *stricto sensu*. Não se confunde com o instituto do processo civil, *Fumus Boni iuris*, que indica a provável existência de um direito demandado. Nas palavras de Aury Lopes Junior (2011): “como se pode afirmar que o delito é a fumaça do bom direito? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese!”. Para o processo penal, a cautela reside na ocorrência do delito, já, para o processo civil, o fundamento encontra-se na existência de um direito. Nota-se que são situações bastante diversas.

GOMES e MARQUES (2012), por sua vez, trazem o entendimento de que o *Fumus Commissi Delicti* é a “fumaça do delito”, e corresponde à comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria, ou seja, a fumaça da prática de um

fato punível, enquanto o *periculum libertatis* denota o perigo da liberdade do acusado. São pressupostos sem os quais não se fundamenta a decretação da prisão, nem mesmo a imposição de outras medidas constritivas.

A materialidade corresponde à constatação da existência do crime. Ao se afirmar que existe a materialidade, está-se dizendo que a existência do crime está provada, ou seja, a infração está evidenciada por elementos corpóreos capazes de serem observados ou apreciados sensorialmente. Estando demonstrada a materialidade, está o corpo de delito comprovado, que nada mais é do que:

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

No caso de infração penal, a materialidade diz respeito à prova que traz a lume o corpo de delito, isto é, os elementos que caracterizam o tipo penal imputado ao acusado e que, portanto, tem de ser demonstrada pelo julgador, sob pena de absolvição do acusado por falta de prova da existência do fato, previsão disposta no art. 386, II, do CPP (BONFIM, 2011).

O *periculum libertatis*, para LIMA e NOGUEIRA (2011, p. 75-76), seria requisito alternativo, porque se subdivide em quatro hipóteses: garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; assegurar a aplicação da lei penal. Basta a ocorrência de uma destas hipóteses para a sua configuração. Seriam, portanto, critérios concorrentes ou concomitantes.

Segundo Edilson Bonfim (2011, p. 26), o que há de ser observado a respeito tanto da decretação da prisão cautelar (privação da liberdade) quanto da concessão da liberdade provisória condicionada a alguma medida (aplicação de medida cautelar), sendo comum na aplicação de ambos os institutos, é que cobra-se tanto para a decretação das medidas como da prisão cautelar a existência de um lastro probatório mínimo sobre a existência do crime e do elemento subjetivo dele (dolo ou culpa).

Além destes, a necessidade e adequação surgem como requisitos primordiais, dos quais é possível se valer tanto para a imposição de alguma medida cautelar quanto para custódia da prisão cautelar. Há uma necessidade de graduação a ser feita pelo magistrado de acordo com a pena prevista para o delito, gravidade do delito, e características pessoais do infrator.

Já está basicamente consagrado que, a mera gravidade abstrata do delito pode injustificar inclusive a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, que muitas vezes pode se demonstrar adequada, mas insuficientemente é demonstrada a sua necessidade, que seria quando importante para a investigação ou instrução criminal.

Vale ressaltar, que para alguns doutrinadores, o fundamento da necessidade pautado na busca para se evitar a prática de infrações penais, é apontado como equivocado, porque pode acabar por determinar uma cautelar considerando-se já a certeza da autoria, o que levaria a concretizar uma verdadeira antecipação da pena.

Com tais pressupostos, a doutrina passou a cogitar a respeito das condições e possível aplicação da prisão preventiva com as modificações trazidas pela lei 12.403/2012. Diante a adoção dos mesmos, espera-se alcançar mais efetividade no controle da legalidade do flagrante pelo magistrado, e adequação ao que a lei aponta como premissa: de que a liberdade individual deve ser a regra e a prisão cautelar exceção. Por isso, passou-se a exigir que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva seja efetivamente fundamentada, sob pena de ilegalidade.

Destacou-se também a previsão de que o assistente de acusação (no caso, a vítima) se consagrou como legitimada para requerer a concessão das medidas. E a participação do Ministério Público como legitimado não só para requerer, mas como fiscal que deverá ser informado a respeito de qualquer prisão.

Outras importantes alterações que vale comentar:

- A separação dos presos provisórios e dos presos<sup>3</sup>: A separação dos presos provisórios e dos presos que já tiveram decretadas as suas condenações tornou-se necessária, sendo retirada a expressão “sempre que possível” da redação do art. 300 do CPP, deixando de lado, nas palavras de Thiago Minagé (2011, p. 68), “uma mera possibilidade ou alternativa para estabelecer uma determinação legal de separação daqueles que estão presos de forma cautelar dos que se encontram presos em decorrência de sentença penal condenatória”. Houve uma alteração evidente, cogente, não sendo mais uma opção, mas uma obrigação.

- Restrição ao agir de ofício do magistrado em fase inquisitorial

Restringiu-se a possibilidade da decretação desmedida pelo juiz ao ponto de prever expressamente a nova redação do art. 311 do CPP que na fase investigatória a prisão preventiva somente poderá ser decretada a partir da representação da autoridade policial, ou requerimento do Ministério Público, ou do ofendido. Assim, só caberá a prisão preventiva decretada de ofício no curso da ação penal. Diminuiu-se o poder de polícia do juiz. Houve uma maior proteção à imparcialidade.

- Comunicação ao órgão acusador

O art. 306 do CPP passa a exigir que a prisão de qualquer pessoa deve ser comunicada imediatamente não apenas ao juiz competente e família do preso, mas também o Ministério Público: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

---

<sup>3</sup> Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal (CPP, redação trazida pela lei 12.403/2011).



#### 4.1.1 Prisão cautelar: preventiva ou temporária

Eis o que dispõe a nova redação do artigo 312 do CPP que:

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

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

Ao se pensar na ordem pública, aponta-se a persecução criminal e uma devida investigação como necessárias para assegurar a paz social e o resultado de um julgamento pautado na justiça, e, diante do recolhimento do agente, elas parecem mais garantidas. Este entendimento, no entanto, é equivocado, pois é preciso manter não só a segurança jurídica, mas ao mesmo tempo as garantias do acusado, sob pena de restringir sua liberdade com base em um juízo equivocado. É por isso que já se posiciona a jurisprudência do STF a respeito, sustentando que a mera sensação de impunidade, clamor público, gravidade abstrata do delito, como algumas das hipóteses que por si só não autorizam a decretação de prisão ou medida cautelar. Até mesmo a fuga do réu em algumas circunstâncias há de ser verificada, quando há ilegalidade evidente, por se entender que o mesmo não tem o ônus de se submeter a prisão cuja legalidade pretende contestar (NOGUEIRA, 2011).

A prisão cautelar é aquela que não decorre de sentença penal condenatória transitada em julgado. Ela é antecedente, e por isso deve respeitar alguns critérios de fixação e individualização. Se houvesse imposição de acordo com a natureza da infração, e não de acordo com as circunstâncias do delito, estas sim autorizadas de influenciar a decisão, pelo juiz, diante do caso, de qual medida atende as finalidades, estaria se afastando a idéia da individualidade.

Por isso, ela não pode ser utilizada pelo Poder Público como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois se destina a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Nem a natureza da infração penal pode ser medida neste momento.

Temos dentre as cautelares a prisão preventiva (aquela que pode ser decretada a qualquer tempo, tanto na fase inquisitorial quanto na processual) e prisão temporária (que é aquela que perdura durante a investigação).

O que deve permear no momento da decretação de qualquer uma destas ou na imposição de qualquer outra medida alternativa na fase inquisitorial é o caráter provisório, já que ainda não há comprovação da autoria, que somente na instrução será possível ser confirmada, diante o contraditório do suspeito e apresentação das provas colhidas durante o inquérito. Somente após o trâmite da instrução criminal é que pode ser a prisão decretada em caráter permanente, correspondente ao tempo e pena previsto para o delito que se cometeu.

Assim, a prisão, ainda que preventiva, não pode ter como suporte meras presunções. “O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida” (LOPES, 2011, p. 59).

É que tal constrição afronta uma garantia expressamente consagrada na Constituição Federal, devendo somente ser deixada de lado, quando tiver que sofrer supressão por colocar em jogo outras garantias fundamentais, motivo pelo qual se busca sopesar não apenas o desvalor da conduta do agente que infringe, mas em que medida ele deve ser punido, enquanto vigorar a presunção de inocência, pressuposto que perdura até que haja uma condenação, momento em que ocorrerá a transformação do indivíduo, do *status* de inocente para o *status* de culpado, e que aí sim tornará possível a penalização correspondente ao delito cometido, com a devida aplicação da pena privativa.

Antes mesmo de a lei 12.403/2011 entrar em vigor, a jurisprudência apontava que "a prisão preventiva deve ser decretada, quando absolutamente necessária. Ela é uma exceção à regra da liberdade. Não mais subsistentes os motivos que levaram a sua decretação, como no caso concreto, impõe-se que seja revogada". (trecho da decisão de Habeas Corpus de nº 80.282-SC, de relatoria do ministro Nelson Jobim).

Para evitar o uso desmedido do instituto da prisão em momento anterior a efetiva condenação (antes de transitado em julgado a sentença penal condenatória), a lei 12403/2011 trouxe a regra de que para os crimes cuja pena seja inferior ou igual a quatro anos de reclusão (se a condenação não vai ultrapassar a duração de quatro anos), em sendo o sujeito não reincidente (réu primário), não vai mais caber a prisão preventiva. Será cabível a aplicação de medidas diversas da prisão, de acordo com o tipo e a gravidade do delito. Medidas estas que poderão ser cominadas e aplicadas cumulativamente.

Esta é uma grande inovação trazida pela lei, pois, até então, a prisão em flagrante era tida como cautelar para quaisquer delitos e muitos suspeitos sob este argumento eram mantidos presos, sendo que pouco se fazia a conversão fundamentada da prisão em flagrante em prisão preventiva. Mas agora, é regra: Deve haver uma fundamentação contextualizada da necessidade da prisão preventiva ou a manutenção da prisão se torna ilegal. Na forma da nova redação do art. 310 do CPP, deve o juiz ao receber o auto de prisão em flagrante, fundamentalmente: I) relaxar a prisão que for ilegal; II) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III) conceder a liberdade provisória com ou sem fiança<sup>4</sup>.

Para Thiago Minagé (2011, p. 37), a alteração visa acabar com a praxe forense da inércia do magistrado quando comunicado sobre uma prisão em flagrante-delito, evitando o constrangimento ilegal (que o indivíduo fique preso quando não se mostra necessário manter a prisão)

---

<sup>4</sup> **Redação anterior do CPP**

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, **conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.**

**Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva** (artigos 311 e 312). (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977).

Diante as situações possibilidade de fuga, prejuízo à instrução com ameaça as testemunhas e, sob algumas ressalvas, o perigo de cometer novos delitos, restaria justificada a restrição do sujeito, deixando-se de lado um pouco de sua liberdade e garantias individuais, em prol da efetiva prestação jurisdicional. Com efeito, será preciso uma apurada análise do caso concreto, cada hipótese, com base no princípio da menor onerosidade.

#### **4.1.2 Medidas cautelares diversas da prisão**

##### **4.1.2.1 Pressupostos legais para a imposição das medidas**

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

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

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

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

Na opinião de Rômulo Moreira (2011, p. 13):

Alem destes requisitos (cuja presença não precisa ser cumulativa, mas alternativamente), a lei estabelece critérios que deverão orientar o Juiz no momento da escolha e da intensidade da medida cautelar, a saber: a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado (*fumus commissi delicti*). Evidentemente, merecem críticas tais critérios, pois muito mais condizentes com as circunstâncias judiciais a serem aferidas em momento posterior quando da aplicação da pena, além de se tratar de típica opção pelo odioso Direito Penal do Autor.

Como visto, foi consagrado um leque de medidas para a proteção da regular tramitação do Processo Penal, de forma a assegurar e respeitar o disposto no art. 5º, LXVI da CF, que dispõe que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Enquanto vigora a

presunção de inocência, pressuposto que perdura até que haja uma condenação, é preciso sopesar não apenas o desvalor da conduta do agente que infringe, mas em que medida ele deve ser punido.

Rol taxativo do artigo 319, CPP:

São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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

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

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

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

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

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

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

IX - monitoração eletrônica.

Foram reforçadas algumas medidas cautelares usualmente utilizadas e criadas novas medidas com o objetivo de substituir a aplicação da prisão preventiva ou atenuar os rigores da prisão temporária.

Com isso, começou-se a ponderar como será essa aplicação, já que é algo muito tênue, a ser observado, pois diante de inúmeras possibilidades, há o risco de impor uma medida ao invés de simplesmente preservar a liberdade do sujeito, ou de ainda

se preservar a prisão preventiva como cautelar pela falta de credibilidade de que a medida será cumprida (mas para isso há a estrita previsão da possibilidade de conversão).

Alguns se mostraram inseguros diante do rol. Foi o caso da própria orientação dos magistrados a respeito:

No rol do art. 319 do diploma processual penal, a própria medida de comparecimento periódico, e também as proibições de frequentar determinados lugares, manter contato/distancia com certa pessoa, ausentar-se da comarca e o recolhimento domiciliar noturno ou nos dias de folga, serão de difícil efetividade em havendo desrespeito do réu, ressalvada fiscalização pela própria vítima. Cada magistrado devera se valer dos instrumentos legais a sua disposição para este fim, v.g., contar com auxilio policial no serviço de patrulhamento, especialmente nas hipóteses dos incisos II a V, retro mencionado. (p. 226 - Serie Aperfeiçoamento de Magistrados - "O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal")

Em síntese, antes de decretar a prisão, em se tratando de crimes como furto simples, porte de arma de fogo, disparo de arma de fogo, receptação, apropriação indébita, homicídio culposo no trânsito, cárcere privado, corrupção de menores, formação de quadrilha, contrabando, armazenamento e transmissão de foto pornográfica de criança, destruição de bem público, comercialização de produto agrotóxico sem origem, entre outros, e, presentes as condições pessoais do agentes favoráveis, que não se enquadrem nos fundamentos de decretação que permaneceram (dos artigos 312 e 313 do CPP), o magistrado deverá verificar qual medida deverá aplicar.

Podemos dividir tais medidas conforme a sua drasticidade. É o que sugere o autor Marcos Paulo (2012), ao destacar que progressivamente, tais medidas devem ser ponderadas, e que o juiz deverá graduar conforme a suficiência, optar pela mais leve, pela moderada, ou pela mais drástica, a depender dos pressupostos e requisitos legais já então esposados.

- Seriam medidas cautelares de natureza mais leve: O comparecimento periódico em juízo; a proibição de acesso ou freqüência a determinados

lugares; e a proibição de manter contato com pessoa determinada (artigo 319, incisos I, II, III).

- Medidas cautelares de natureza média (artigo 319, incisos IV, VIII e artigo 320): proibição de ausentar-se da comarca; fiança; retenção do passaporte.
- Medidas cautelares de natureza grave (artigo 319, incisos V, VI, VII, IX): Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para prática de infrações penais; Monitoração eletrônica; e recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; e internação provisória.

#### 4.1.2.2 Principiologia adotada às medidas cautelares

Já se apontam em relação a estas medidas alguns princípios próprios, os relativos a individualização das medidas cautelares, devida motivação (regra da necessidade e adequação, ou fundamentação adequada), proporcionalidade em sentido estrito, provisoriedade, e homogeneidade (LIMA e NOGUEIRA, 2011).

Defende-se que há um parâmetro hermenêutico para a aplicação das medidas, e que a individualização poderá ser feita, a partir do momento que há diferentes tipos, de constrição em caráter mais ou menos elevado, o que permitirá a graduação do juiz, para impor a (ou as) que se mostre(m) mais adequada(s).

Ressalva-se a necessidade da fundamentação, que é primordial, colocando-se como regra a devida motivação, e por fim, o que vai assegurar a legalidade na imposição das medidas é a possibilidade das mesmas serem revistas, por ter o ofendido o direito de recorrer também em relação à decisão que lhe imponha qualquer tipo de medida cautelar.

Dispõe o art. 282, §1º do CPP que é possível a aplicação isolada ou cumulativa. Já o §4º dispõe que se houver descumprimento injustificado das medidas cautelares

impostas, o magistrado poderá substituir a medida por outra mais eficiente, cumular a medida descumprida com outra harmônica ou decretar a preventiva.

Subentende-se que a transformação aqui ocorrerá uma vez que tenha sido permitida a manifestação do contraditório e da ampla defesa. Portanto, havendo risco de descumprimento, poderá se decretada a prisão, ainda que de ofício, mas, em última hipótese, quando nenhuma outra medida diversa se mostrar cabível.

- **Princípio da legalidade estrita**

Faz-se interessante ressaltar a lição de NOGUEIRA e FERREIRA LIMA, da obra intitulada *Prisões e medidas liberatórias*, no capítulo *Fundamentos e Lições de Hermenêutica Constitucional*, ao preconizar que:

No que concerne ao princípio da legalidade, na esteira interpretação constitucional do sistema processual penal, tem-se a observância da medida cautelar pessoal como exceção, porquanto no Brasil, a prisão de qualquer pessoa deve cumprir requisitos estritos.

A prisão cautelar assim como a medida cautelar diversa elas não decorrem de sentença penal condenatória transitada em julgado. Elas são antecedentes, e por isso devem ser respeitados alguns critérios de fixação e individualização. Se houvesse imposição de acordo com a natureza da infração, e não de acordo com as circunstâncias do delito, estas sim autorizadas de influenciar a decisão, pelo juiz, diante do caso, de qual medida atende as finalidades, estaria se afastando a idéia da individualidade.

A lei de prisões teria abolido a aplicação de outras medidas cautelares se não as previstas, retirando o poder de cautela do juiz. Até então eram admitidas cautelares inominadas<sup>5</sup> baseada na teoria dos poderes implícitos, com base no 'quem pode

---

<sup>5</sup> Algumas medidas que já eram adotados em casos específicos (DELMANTO, 2008):



mais pode menos', o que era considerado plenamente possível para o STF, e quinta turma do STJ, que já admitiam, por exemplo, a retenção cautelar do passaporte, que neutralizava o risco de fugas do país.

A sexta turma do STJ, por sua vez, se atinha ao devido processo legal, do artigo 5º, e considerava que essa aplicação não tinha validade, pois não havia previsão normativa. Era uma ponderação minoritária, mas foi algo que se consagrou com a lei 12403/2011, pois se tornou insustentável no processo cautelar condenatório a adoção de medidas inominadas. O legislador agora especificou o mais e o menos.

Outra medida da qual já se valia era o comparecimento periódico em juízo. A liberdade provisória geralmente era vinculada ao comparecimento a todos os atos do processo.

Veja-se, portanto, que antes, a imposição ficava a mercê do magistrado, como bem aponta a doutrina ao afirmar que: “o juiz poderia impor medidas cautelares não previstas expressamente no texto legislativo, toda vez que se revelassem menos gravosas que a prisão processual” (TÁVORA, 2011). Agora, as inominadas se limitam às ações, quando se concedem liminares, em *habeas corpus* ou revisão criminal. São ações constitucionais impugnativas. Ou em sede de execução penal, onde há a regressão cautelar de regime, com base na lei nº 7.210/1984, que confere ainda poder geral de cautela ao juiz (SANTOS, 2011).

Alguns doutrinadores ainda pontuam que no processo penal não podem existir medidas cautelares inominadas e tampouco se estender ao juiz criminal o poder

- 
- O afastamento do autor do lar em casos de violência doméstica
  - Medidas protetivas de urgência previstas na lei nº 11.340/2006
  - Suspensão da carteira de habilitação e a proibição de sua obtenção
  - O afastamento cautelar do funcionário público de suas atividades
  - O afastamento do prefeito do cargo nos crimes de responsabilidade
  - A retenção do passaporte no Brasil (que em parte a jurisprudência era a favor, mas havia posicionamento contrário)

geral de cautela. Isso porque a medida cautelar no processo penal é uma forma de garantia, que esta adstrita à legalidade. Vale ponderar que o rol taxativo imporá limitações, mas a seleção da medida cabível ainda fica a critério do magistrado. É ele que vai determinar qual será a periodicidade, bem como cumular as medidas, explorando-as de acordo com seu juízo de conveniência (LOPES, 2011).

Mas, ainda assim, considera-se que deve haver um juízo de certeza para nortear o magistrado no momento da imposição das medidas. Não pode a aplicação se tratar de mero juízo de liberalidade, o magistrado está adstrito aos requisitos. Alguns coincidem com a verificação do cabimento a partir de outros institutos já conhecidos e consagrados como o “Sursis”; outros inovam no que se diz respeito à observância cumulativa da necessidade e adequação para a imposição de tais medidas.

Tais pressupostos visam afastar inúmeras arbitrariedades e deficiências até então ocorridas na prática, dentre as quais, aponta MINAGÉ (2011, pg. 31):

Utilização das medidas cautelares como mecanismo de funcionamento de sistema persecutório; utilização demasiada e irresponsável da regra do art. 312 como fundamento legal para validar as medidas tomadas, sem o devido respeito ao processo legal; remontagem do direito penal do autor, em detrimento do direito penal do fato; utilização de motivos extraprocessuais para validar a utilização das medidas; desrespeito ao devido processo legal, como se fosse utilizado apenas em fase de decisão final ou utilização de recurso; adoção desenfreada de medidas determinadas de ofício.

Foi justamente para evitar tais discrepâncias que o novel texto do art. 282 do CPP alterado pela legislação em comento, em seus incisos I e II, revela o binômio “necessidade x adequação” do qual o magistrado deve se valer para aplicação das medidas cautelares, dentre elas, a prisão preventiva.

A prisão preventiva então, se sobressai neste momento, como qualquer outra medida. Para alguns, de forma equivocada, sob os mesmos fundamentos, sendo preciso delinear os próprios das medidas constritivas sob pena de se confundirem os requisitos, e tornar disponível ao poder geral de cautela, do magistrado, quando

requisitado, optar por uma ou outra, já que, verificando estarem presentes indícios suficientes de autoria, e constatação da materialidade do crime, pode acabar por privar o sujeito da liberdade, convertendo o flagrante em preventiva ou impondo medida.

- **Duração razoável da medida ou prisão cautelar**

Guilherme Nucci (2010) preconiza que o princípio da duração razoável da prisão cautelar emerge como fruto natural dos princípios constitucionais explícitos da presunção de inocência, da economia processual e da estrita legalidade da prisão cautelar. Esta, ao ser decretada, gera um confronto direto com o princípio do estado jurídico de inocência, e, por isso, é imprescindível analisar, diante o caso concreto, suas peculiaridades, verificando se há medidas cabíveis aptas de promover a persecução que possibilitem alcançar uma devida investigação, e que não tenham como pré-requisito, necessariamente, a restrição da liberdade dos suspeitos.

Em relação às medidas diversas da prisão, a doutrina aponta que a interdição de prolongamento da medida de cautela é, no Brasil, construção pretoriana, vindo a consolidar-se, a partir da elaboração jurisprudencial, que o prazo máximo na primeira instância até o proferimento da sentença, é de '88 dias'. Após reforma de 2008, passaram a considerar o prazo de '81 dias'. (CÂMARA, 2011, p. 151-152).

Na exposição de motivos do anteprojeto do novo CPP, vale destacar a afirmação de que “o remédio não pode ser mais agressivo que a enfermidade”, na qual tem se pautado nossa jurisprudência e estudiosos:

No geral, o Anteprojeto de reformulação do Código de Processo Penal merece elogios no que se refere às alterações nas medidas cautelares penais. A proposta do Anteprojeto cria cautelares penais pessoais e diversifica seu rol, a exemplo de outras legislações como a chilena, a espanhola, a italiana e a portuguesa, de forma a oferecer ao magistrado uma gama ampla de medidas diferentes da prisão para garantir a ordem processual e a aplicação da lei penal. As novas medidas cautelares penais, previstas no artigo 521 do Anteprojeto, não são necessariamente originais ou inéditas. Boa parte já está prevista na legislação penal atual, seja como pena restritiva de direitos, seja como espécie peculiar de cumprimento de privação de liberdade — prisão domiciliar, por exemplo. Mesmo a cautelar de monitoramento eletrônico, também prevista pelo Anteprojeto, já se faz presente em nosso ordenamento com a aprovação da Lei 12.258/2010, que autoriza o uso de dispositivos de controle — apenas nos casos de saída temporária, conforme a Lei de Execução Penal, artigo 122 —, e sua apresentação como medida cautelar autônoma pode representar um salto qualitativo para a redução do encarceramento preventivo.

Também há a previsão de que o reexame do cabimento de tais medidas será obrigatório. Quando exceder o prazo de noventa dias, a prisão preventiva deverá ser reexaminada pelo juiz ou tribunal competente, para avaliar se persistem ou não os motivos determinantes da sua aplicação (referência ao art. 550, §2º), considerando-se ilegal a prisão que se mantiver sem passar pelo reexame. Também há resolução do CNMP e Conselho Nacional de Justiça determinando que tanto juízes como promotores reavaliem as prisões a cada um ano.

- **A provisoriedade das medidas cautelares**

O que deve permear no momento da decretação da prisão preventiva ou decretação de qualquer outra medida alternativa é seu caráter provisório, já que na fase inquisitorial ainda não há comprovação da autoria, uma vez que somente na instrução será possível, diante o contraditório do suspeito e apresentação das demais provas colhidas, considerar-se a sua efetiva demonstração para a decretação da prisão em caráter permanente, correspondente ao delito que se cometeu.

#### 4.2.2.3 Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do Rol Taxativo (artigo 319, CPP)

- COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO PARA INFORMAR E JUSTIFICAR ATIVIDADES

O comparecimento periódico em juízo, previsto no primeiro inciso, passa a ter a inovação da periodicidade. Esta medida já era aplicada nos casos de suspensão condicional do processo (lei nº 9099/95). Seria o comparecimento periódico em juízo a medida cautelar de constrição mais leve, cujo fundamento é a fiel aplicação da lei penal. Procura-se monitorar os passos do indivíduo evitando-se a sua fuga. Os autores mais clássicos associam também essa medida como garantia da ocorrência da devida instrução criminal. Mas de forma geral, visa mesmo é monitorar o sujeito, ainda que em intervalos de tempo escalados e determinados, e inibir a tentativa de fuga.

Para Luiz Câmara (2011), é uma medida que intenta evitar a reiteração. Ela tem essa finalidade extraprocessual, que destaca, mas também uma intraprocessual, ligada à normal continuidade do processo, já que, pelo menos teoricamente, espera-se ter conhecimento de onde se encontra o acusado.

- PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES

A proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, prevista no inciso II, já era em algumas situações costumeiramente imposta, pois tal medida era prevista na lei nº 9.099/95 (lei dos juizados especiais cíveis e criminais). Sua aplicação se mostra adequada quando, por circunstâncias relacionadas com o fato, deve o indiciado permanecer distante do local da ocorrência, ou de possíveis novas ocorrências, para evitar o risco de novas infrações penais.

- DISTANCIAMENTO E PROIBIÇÃO DE CONTATO

Já a terceira medida (inciso III), correspondente à proibição de manter contato com pessoa determinada, *mutatis mutandis*, já era uma das possibilidades previstas como medida assecuratória na lei “Maria da Penha” (lei nº 11.340/06). Essa medida também já constava no rol da lei dos juizados especiais cíveis e criminais (lei nº 9099/95). Vale ressaltar que o art. 320 do CPP passou a prever expressamente a proibição de ausentar-se do país (apesar de tal disposição não estar de maneira expressa entre as medidas). Deve o juiz valer-se de tal medida quando verificar ocorrência de violência contra idoso, enfermo, criança, ou deficiente; podendo adotá-la como condição anterior para a decretação da prisão preventiva.

- PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA

O art. 320 do CPP passou a prever expressamente a proibição de ausentar-se do país, mais uma medida a ser utilizada apesar de não expressa no rol taxativo do art. 319:

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

Não se credita muito efeito à proibição de ausentar-se da Comarca, porquanto não se tem qualquer tipo de controle pelo Poder Público acerca da ausência ou não do acusado ou indiciado. É o que preleciona o autor Edilson Bonfim (2011, p. 110). Segundo ele, também creditar-se-á o seu efetivo cumprimento no princípio da “boa-fé processual”. Outros doutrinadores, além do problema da fiscalização, apontam que não há especificação em relação a qual Comarca deve o indiciado ausentar-se. O que pode demonstrar uma complicação quando inexistente coincidência entre o lugar da ocorrência do crime e o da residência ou domicílio do acusado (CÂMARA, 2011).

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

O inciso IV trata de medida inovadora. Os requisitos residência e trabalho fixo deverão ser duplamente observados para a concessão da prisão domiciliar. No entanto, por exigir fiscalização do Poder Público, aponta a doutrina que não há garantia de que essa medida terá efetividade. Além disso, assim como as medidas de segurança, essa constrição, pode para alguns representar uma verdadeira antecipação de pena, pois coincide com a sanção que é cumprida sob regime aberto, por exemplo.

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

No inciso VI, ficou consagrada a medida de afastamento cautelar, medida esta que se restringe aos crimes de natureza econômica, bem como peculato, concussão, ou corrupção (crimes cometidos contra a Administração Pública). Este afastamento já era possível de ser decretado por via administrativa, mas agora poderá ser aplicada pelo próprio juiz penal. Deverá ser imposta quando houver 'justo receio de sua utilização para prática de infrações penais', a exemplo da destruição de provas.

- 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 HOVER RISCO DE REITERAÇÃO

Dando seguimento, foram retomadas as medidas de internação provisória do acusado para os crimes praticados com violência ou grave ameaça, aos semi-imputáveis ou inimputáveis (inciso VII). Essa decretação é considerada a mais

gravosa, devido a falta de prazo prevista para duração das medidas de segurança. Há aqui o risco de que algo caracterizado como terapêutico passe a ter caráter punitivo. É como o fato da internação obrigatória do usuário de drogas. Não é diferente do cárcere. É difícil ponderar cautelarmente ao quanto de terapia submeter o paciente, qualquer tipo de previsão a respeito pode resultar num julgamento antecipado.

- FIANÇA

Destaca-se a decretação da fiança entre as medidas. Antes apenas podia a autoridade policial arbitrá-la no caso de crimes punidos com detenção. Agora, houve uma extensão:

A fiança tinha incidência muito modesta no âmbito de aplicação pela autoridade policial, pois se limitava aos delitos punidos com DETENÇÃO; a reforma em questão estendeu a abrangência de aplicação aos crimes punidos por RECLUSÃO (com pena máxima até 4 anos). Isso é uma grande novidade, já que esta contracautela (friso: deliberada por uma autoridade policial) se aplicará a inúmeros delitos, entre eles, crimes de incidência freqüente, como o prescrito no artigo 155, caput, do CPB (furto simples), o do artigo 180, caput, do CPB (receptação dolosa) e o artigo 14 da Lei 10.826/06 (porte ilegal de arma de fogo). Isso apenas para citar alguns exemplos, já que se se analisar a gama de delitos prescritos no ordenamento jurídico, com estes requisitos (punição por reclusão e pena máxima até 4 anos), perceberá uma significativa quantidade de infrações susceptíveis à aplicação da multicitada contracautela pelo delegado.

Portanto, agora prevê o art. 322 do CPP que:

A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Ressalva: a restrição se mantém para os crimes com pena privativa de liberdade superior a quatro anos, caso em que a medida de internação deverá ser arbitrada pelo juiz. É importante destacar também que passaram a ser afiançáveis as infrações cuja pena mínima é superior a dois anos de pena privativa de liberdade (crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada é superior a dois anos).



A pessoa, uma vez capturada, esse flagrante precisa ser formalizado (faz-se a lavratura do auto de prisão). Nesse momento, a autoridade se fará algumas perguntas: Ex. A conduta foi de trânsito? Foi culposa? Prestou socorro devido? Se sim, a pessoa não pode ser presa em flagrante, o indivíduo deve ser ouvido e liberado sem fiança (chama-se “livrar-se solto” – a pessoa está sob flagrante, mas não será preso). Então, ele continua a se perguntar: Isso é infração de menor potencial ofensivo? Se sim e o indivíduo assumir o compromisso de comparecimento a juízo quando intimado, e a ele também não se impõe a prisão em flagrante (“livra-se solto”), ele sai sem pagar a fiança.

Se não forem casos de livrar-se solto, a autoridade se pergunta se o crime é afiançável, pois há crimes inafiançáveis como o racismo<sup>6</sup>, por exemplo, e também há casos de crimes com penas superiores á quatro anos, que também não permitem que o delegado arbitre a fiança. Avalia-se, portanto, a conduta típica que foi apresentada, e se o crime não estiver nessas hipóteses, a pessoa poderá pagar a fiança e ter a liberdade provisória concedida.

Por disposição do próprio CPP, então, ainda há a possibilidade de concessão da liberdade, independentemente de fiança, quando não for cominada pena privativa de liberdade (de forma isolada, cumulativa ou alternativa), ou quando a pena privativa de liberdade não for superior a três meses. Claro que tal correlação se direciona aos crimes que correspondem a contravenções. Mas, já é uma nítida flexibilização.

---

<sup>6</sup> Artigos 323 e 324 do Código de Processo Penal, alterados pela lei nº 12.403/2011: a fiança não poderá ser concedida nos crimes: de racismo; de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os artigos 327 e 328 deste Código; em caso de prisão civil ou militar; ou quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

Vale-se observar que a Constituição Federal de 1988 já previa em seu artigo 5º, incisos XLII, XLIII, XLIV, crimes inafiançáveis.

- MONITORAÇÃO ELETRÔNICA

Por fim, a monitoração eletrônica do inciso IX, que se restringia à matéria de execução penal (conforme a lei nº 12.258/10), teve sua aplicação estendida, sendo possível ser decretada ainda na fase do inquérito policial, bem como durante a instrução criminal. Vale antecipar que há discussão a respeito de sua constitucionalidade, bem como a manutenção da mesma, já que consiste na colocação de uma 'tornozeleira' no indiciado, que envia automaticamente informações a uma central acerca do local em que o mesmo se encontra, ou seja, permite a sua localização enquanto estiver sendo utilizada. Considera-se a respeito, uma medida muito invasiva e que deve estar condicionada à concordância do acusado.

## CONCLUSÃO

Não é possível a antecipação da pena, e seria mais simples se tal regra se tornasse fundamento para a manutenção dos indivíduos em liberdade, no aguardo do julgamento, até que fosse prolatada a sentença condenatória em seu desfavor. O que ocorre, é que o receio da fuga do sujeito, de obstrução do curso da justiça, ou do cometimento de novos crimes, acaba por exigir das autoridades muitas vezes a tomada de providências rápidas e aparentemente mais seguras, voltadas à macrojustiça, do que se pensar em resguardar adequadamente a integridade de quem esta sob suspeita.

Ocorre que, diante uma realidade que tem se demonstrado tão negativa, em diversos aspectos (a exemplo da verdadeira insegurança que boa parte da sociedade vem sentindo, procurando evitar transitar em locais, agir de forma preventiva, sempre esperando ou temendo que algo de ruim possa acontecer), qualquer iniciativa, ainda que arriscada, se mostra melhor do que a manutenção de instrumentos ou penas que vêm demonstrando há décadas, não ser tão eficazes quanto se espera.

A instituição e formalização das medidas cautelares, perto do problema geral que se tem discutido e gerado tantos embates, pode não ser a melhor ou esperada mudança, mas com certeza é muito melhor para aqueles que serão beneficiados, e que passarão a sofrer menos do que os que acabam por se tornar, desde a fase da acusação, já estigmatizados. Trata-se de uma iniciativa, e pode se tornar apenas mais uma mudança legislativa teoricamente positiva, mas, se tiver a eficácia que se espera, comprovada, podem acabar por consagrar novas garantias, principalmente as que até então tem sido desrespeitadas.

O que se busca ao experimentar novos tratamentos, menos constrangedores, menos adstritos à privação da liberdade, ou exposição negativa desnecessária do indiciado, privando-o do convívio social, é, ao mesmo tempo tentar resguardar um

direito, mas, também tentar evitar-se um problema maior, que é o deixar privado durante todo o processamento do julgado, que nem sempre se opera na qualidade ou tempo estimados, e que nem vai se chegar ao resultado que se espera.

No entanto, não é possível mudar de uma hora para outra, todo o pensamento de uma humanidade que se arrisca a palpitar a respeito do direito penal. Diferentemente de outras áreas do direito, que dependem muito da iniciativa privada, autonomia das partes, manifestação das partes interessadas, o direito penal trata de algo que afeta a todos de forma geral, não importa cor, raça, sexo, ou condição social. As tutelas precisam ser voltadas a resguardar todos os indivíduos e ao mesmo tempo precisam ser individualizadas, voltadas ao caso concreto, para que se garanta alguma justiça.

Então há contrastes o tempo todo, com os quais tanto os operadores quanto os doutrinadores têm que lidar, pois estão sob o julgamento da coletividade, composta ela tanto por leigos, quanto por especialistas, cada qual com sua visão a respeito, cada qual com seus valores.

Por isso estive em conflito durante toda a investigação para a proposta deste trabalho, que foi procurar entender o que as pessoas que nunca cometeram crimes, pensam a respeito das que cometem, e de que forma esperam que tais pessoas sejam tratadas. Lidar com valores que se contrapõem nunca foi algo fácil, e é por isso que considero a área penal uma das mais complicadas.

O respeito da integridade psíquica, moral, convívio social e à própria vida, entra em cena, porque estamos lidando com seres humanos, dignos de serem tratados como tal, uma vez que já se está superada a idéia de tortura, crueldade, e qualquer forma de servidão ou escravidão, o que de forma evolutiva nos leva a concluir que também está superada a idéia de trancafiar o sujeito, se mais justa e necessária se mostra a aplicação de outra medida.

Como explicar a um acusado, a priori, que ele não é culpado, mas que terá que ficar preso diante a possibilidade de que possa também não ser inocente? De certa forma ele já está pagando pelo que supostamente fez. Então, tudo que é cautelarmente decretado precisa ser muito bem fundamentado, sob pena de recair na ilegalidade. É o que defende muitos operadores do direito, que acompanham julgados de sujeitos que acabam por ser absolvidos no final do processo, mas depois de terem aguardado todo o julgamento no cárcere.

Se até a própria confissão do acusado pode favorecê-lo, porque não resguardar garantias desde a fase inquisitorial? O julgamento já tem sido pautado no garantismo, ainda que não exacerbado ou nitidamente efetivo. Pensar na idéia de impunidade não tem sido o que tem preocupado parte dos doutrinadores ou operadores que militam nessa área. O que tem sido questionado é a falta de condições para a concretização de tais medidas, e o receio ou equívoco de estendê-las a que seria dada anteriormente a oportunidade de permanecer em liberdade provisória até que efetivamente fosse considerado inocente ou culpado.

A dificuldade da utilização de tais institutos no âmbito penal, quando se tratam de medidas de certa forma 'despenalizadoras', certamente é que, no momento processual anterior a condenação, principalmente antes da produção de todas as provas necessárias para a comprovação da autoria do crime, muitas vezes é difícil visualizar com cautela os requisitos para a imposição de medidas mais brandas, o que faz com que se preserve a segregação cautelar, para assegurar a própria eficácia do resultado do processo. Tendo em vista que, além das peculiaridades, natureza da infração penal, indícios que pesam sobre o sujeito, e pena suscetível de ser imposta, há necessidade de se avaliar inúmeras circunstâncias, que praticamente correspondem à própria fundamentação da sentença.

Primariedade, bons antecedentes, relação social, essas garantias e qualidades que quando levadas em favor, tendem a caracterizar a situação e individualizar o sujeito que está sendo processado. A avaliação de tais circunstâncias, pode tanto beneficiar o acusado, fazendo com que a pena permaneça em patamar mínimo, quanto

sopesar sobre o acusado, e justificar uma graduação efetiva na pena a ser aplicada. Ocorre que tal análise só pode ser feita com mais qualidade, após a ocorrência da devida instrução criminal, e se torna totalmente equivocada quando é tentada ainda na fase inquisitorial.

A cautelaridade parece que aponta ser necessário, já a priori, ter que considerar as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, bem como sopesar os direitos e garantias, sob pena de se fazer injustiça. Diante a tantas ponderações a serem feitas (requisitos e princípios desde a fase cautelar), para fundamentar a necessidade tanto do cárcere quanto da imposição de alguma medida, se houvesse a concreta consideração de todos os requisitos apontados, praticamente se estaria concretizando o julgamento do acusado.

Como o problema da criminalidade, é algo que depende do desenvolvimento social e sustentável do próprio país, não podemos afirmar que há uma efetiva solução ao alcance da justiça. Porém, já que cabe ao Estado o resguardo dos direitos fundamentais e goza ele de poderes para tanto, ainda que sob condições e limites, eis que insurge, como única forma de amenizar essa situação, a tentativa de se efetivar o máximo de providências possíveis, diante do que se espera. Racionalmente, se ao invés de voltada a rebater a violência ou marginalidade, com o castigo, a busca de soluções se voltasse a educar os sujeitos que cometem crimes considerados teoricamente mais toleráveis (em face a outros mais graves), ainda que de forma vigiada (através de instrumentos despenalizadores, tirando tais instrumentos do plano das idéias e procurando concretizá-los) talvez os efeitos e resultados fossem mais positivos. É muito mais para se temer aquele que se resguarda em cárcere, do que aquele que está sendo vigiado, pois a este ainda se dá a chance de conviver na sociedade. Seria uma forma de educar o sujeito, e não simplesmente trancá-lo como um animal.

Por isso, ainda que sob reservas, tenho a respeito que o instituto da aplicação das medidas diversas da prisão, ainda que com todos os seus problemas, pode implementar uma verdadeira política desencarceradora no país, tendo sido a lei 12.403/2011, portanto, uma alteração legislativa positiva.

## REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

\_\_\_\_\_, **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** BRASIL. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm) Acesso em 05 de março de 2012.

\_\_\_\_\_, **Lei nº 11.313 de 28 de junho de 2006.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm)>. Acesso em 05 de março de 2012.

\_\_\_\_\_, **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em 05 de maio de 2013.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

FONSECA, Gilson. Impossibilidade de condenação criminal sem prova da materialidade. **Revista Âmbito Jurídico**. Nov./2003. Disponível em:

<<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php>>. Acesso em: 8 nov. 2011.

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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