

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**  
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**REFORMA PROCESSUAL PENAL DE 2011, MEDIDAS  
CAUTELARES E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM ESTUDO À LUZ  
DOS VALORES CONSTITUCIONAIS**

Raquel Lençoni de Almeida

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**  
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**REFORMA PROCESSUAL PENAL DE 2011, MEDIDAS  
CAUTELARES E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM ESTUDO À LUZ  
DOS VALORES CONSTITUCIONAIS**

Raquel Lençoni de Almeida

Monografia apresentada como requisito parcial  
de Conclusão de Curso para obtenção do grau  
de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.  
Ms. Antenor Ferreira Pavarina.

Presidente Prudente/SP  
2011

**REFORMA PROCESSUAL PENAL DE 2011, MEDIDAS  
CAUTELARES E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM ESTUDO À LUZ  
DOS VALORES CONSTITUCIONAIS**

Monografia aprovada como requisito parcial  
para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

---

Antenor Ferreira Pavarina  
Orientador

---

Jurandir José dos Santos  
Examinador

---

Fernando Henrique Chelli  
Examinador

Presidente Prudente, outubro de 2011.

*A força do Direito deve superar o Direito da força.*

Rui Barbosa.

*À minha família.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a Deus e à minha família, pelo indispensável apoio e incentivo.

Às Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, que proporcionam tudo o que há de melhor aos seus alunos.

Ao Professor Ms. Antenor Ferreira Pavarina, por ter sido, além de um brilhante professor, excelente orientador durante a elaboração deste trabalho.

A todos os meus verdadeiros amigos, que sempre se mostram dispostos a nos auxiliar nas adversidades da vida.

.

## RESUMO

O presente trabalho possui por objetivo estudar pormenorizadamente todas as nuances que envolvem a importante reforma processual penal promovida pela Lei Federal nº 12.403/11 à luz do importante princípio jurídico-penal de presunção de inocência. Com efeito, a essência da reforma consistiu em possibilitar a aplicação de medidas cautelares distintas da privativa de liberdade (novo art. 319 do Código de Processo Penal) para acautelar a aplicação da lei penal bem como interesses diversos, como o de integridade da vítima de um delito. Tais medidas, assim como as tradicionais prisões cautelares, são concedidas antes de uma sentença oriunda de um processo penal cognitivo exauriente, ou até mesmo antes da existência do processo. Por esta razão, é de se verificar se tais medidas encontram-se em compatibilidade com os preceitos constitucionais humanitários e se o legislador efetuou com correição o balanceamento abstrato de valores constitucionais, uma vez que é patente que as medidas cautelares visam proteger direitos fundamentais (como o de segurança), abrindo-se mão da aplicação do princípio da presunção de inocência, que veda a aplicação de medidas de natureza penal àqueles que não tenham sido condenados por sentença definitiva.

**Palavras-chave:** Medidas Cautelares Penais. Presumption of Innocence. Conflito entre Princípios.

## **ABSTRACT**

The present work has as objective to study in detail all the nuances surrounding the major reform of criminal procedure promoted by the Federal Law No.12.403/11 the light of the important criminal-law principle of presumption of innocence. Indeed, the essence of the reform was to enable the implementation of precautionary measures other than deprivation of liberty (new art. 319 of the Code of Criminal Procedure) to safeguard law enforcement and criminal interests as the integrity of the victim a crime. Such measures, as well as the traditional precautionary arrests are made before a sentence stemming from a criminal full cognitive, or even before the existence of the process. For this reason, it is to verify that such measures are in compliance with the humanitarian and constitutional if the legislature made to correct the balance of abstract constitutional values, since it is clear that the precautionary measures to protect fundamental rights (such as the security), opening up the principle of presumption of innocence, which prohibits the application of criminal measures to those who have not been convicted by final.

**Keywords:** Criminal Precautionary Measures. Presumption of Innocence. Conflict between Principles.





# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SEUS CONFLITOS.....</b>	<b>10</b>
2.1 O que se Entende por Princípio Constitucional?.....	10
2.2 O Conflito entre Princípios.....	14
2.3 Os Princípios Colidentes na Reforma de 2011.....	17
<b>3 PRISÃO: ANÁLISE CRÍTICA.....</b>	<b>23</b>
<b>4 MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL: REFLEXÕES.....</b>	<b>34</b>
4.1 Medida Cautelar e Processo Penal: Desenvolvimento.....	34
4.2 Pós-Positivismo, Proporcionalidade e Medida Cautelar.....	41
<b>5 AS MEDIDAS CAUTELARES EM ESPÉCIE.....</b>	<b>45</b>
5.1 Considerações Introdutórias.....	45
5.2 O Comparecimento em Juízo.....	46
5.3 Proibição de Frequência ou Acesso a Determinados Lugares.....	48
5.4 Proibição de Contato com Pessoa Determinada.....	50
5.5 Proibição de Ausentar-se da Comarca.....	52
5.6 Recolhimento Domiciliar.....	53
5.7 Suspensão de Funções.....	54
5.8 Internação Provisória em Caso de Semi-Imputabilidade ou Inimputabilidade..	55
5.9 Fiança.....	57
5.10 Monitoração Eletrônica.....	58
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>61</b>
<b>7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>64</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A pena de prisão é fortemente combatida por todos àqueles que se preocupam com o bem-estar do ser humano. Não conseguiu, o encarceramento, cumprir com os objetivos a que se destinaria, funcionando em geral no sentido justamente oposto: o de aumentar a possibilidade de reincidência. Não ressocializa o indivíduo.

Surge, assim, pouco a pouco a necessidade de se criar mecanismos de combate aos malefícios que o encarceramento pode trazer, devendo este somente ser aplicado excepcionalmente, no caso de crimes mais graves, já que a completa abolição da pena privativa de liberdade é ainda uma utopia.

Nesse sentido, surge a reforma processual penal instituída pela Lei Federal nº 12.403/2011, cujo principal objetivo foi o de transformar o panorama de medidas cautelares existentes até então.

Por intermédio desta reforma, possibilitou-se alterar o sistema cautelar vigente, o qual girava apenas em torno da prisão, para se possibilitar que diversas outras medidas possam ser decretadas para acautelar a aplicação da lei penal e os direitos fundamentais dos acusados e vítimas.

Urge estudar, então, pormenorizadamente, quais os bens jurídicos em jogo, ou seja, o que se pretende proteger com as medidas cautelares de natureza penal, bem como verificar se há conflito entre interesses dos indivíduos e da coletividade, sempre tendo-se como base os preceitos constitucionais em evidência. Além disso, é muito importante verificar quais medidas o legislador brasileiro resolveu adotar como providências cautelares, e como devem ser estas aplicadas.

Assim, o presente trabalho visa tecer considerações sobre as novas medidas cautelares de natureza processual penal, verificando-se seus motivos ensejadores e seus meios de aplicação.

## 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SEUS CONFLITOS

### 2.1 O Que Se Entende Por Princípio Constitucional?

O Direito, enquanto ciência, tem colhido importantes frutos desde que se passou a delimitar a aplicação das normas jurídicas tendo as mais importantes – as que determinam a existência de direitos fundamentais e as que organizam a estrutura do Estado – como fundamento das demais. Com o advento do Estado Constitucional de Direito, passou-se a ter a necessidade de se estudar o comportamento tanto das normas constitucionais entre si como entre estas e as demais normas existentes.

E é a partir da análise das características das normas – sobretudo as de natureza constitucional – que a doutrina tem buscado conceituá-las e diferenciá-las umas das outras, com o principal objetivo de verificar como funciona sua aplicação no caso em concreto e sua integração com as demais normas do ordenamento.

Os estudos de direito público, especialmente de direito constitucional, lograram avanços significativos no que se refere à interpretação e à aplicação das normas constitucionais. Hoje, mais do que ontem, importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos. É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de *Estado Principiológico* (ÁVILA, 2011, p. 23).

Desses estudos, já é tradicional a aceção segundo a qual o ordenamento jurídico é composto de *normas jurídicas*. Essas normas jurídicas, na verdade, não são o direito positivo em si, mas os mandamentos dele extraídos. Quando o art. 121 do Código Penal, por exemplo, prevê que “Matar alguém” é crime punido com reclusão de 06 a 20 anos, quer na verdade transmitir a norma que

determina ser “proibido matar”. Veja-se, por outro lado, que há dispositivos sobre os quais não é possível se extrair nenhuma norma. “Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a *proteção de Deus*? Nenhuma” (ÁVILA, 2011, p. 30).

Ocorre que estas normas jurídicas extraídas do ordenamento jurídico-positivo não são de mesma natureza. Por possuírem densidade, aplicabilidade e estatura normativa distintas, as normas jurídicas acabam por consistir em um gênero que se desdobra em espécies.

Duas são, em geral, as espécies normativas: os princípios e as regras. Interessante destacar a explicação inicial de Kildare Gonçalves Carvalho (2008, p. 628) acerca do que se entende por “princípio” do ponto de vista filosófico:

A palavra *princípio* vem do latim *principium* e significa início, começo, ponto de partida. Na linguagem filosófica, O termo foi introduzido por Anaximandro com o significado de fundamento, causa. Não indica a coisa, mas a razão de ser da coisa, ensina José Cretella Júnior, pois “no âmbito da filosofia, princípio é fundamento ou a razão para justificar por que é que as coisas são o que são”.

Do ponto de vista das ciências em geral, princípios são “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade” (REALE, 1986, p. 60).

Importa, contudo, salientar o que se entende do ponto de vista jurídico por *princípio*, sobretudo em decorrência do desenvolvimento da matéria no estudo da ciência jurídico-constitucional.

Para o juspublicista Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 450), princípio jurídico é:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no qual lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Como se denota, em geral os princípios jurídicos traduzem normas de abrangência genérica, aptas a delinear o Direito enquanto sistema, conferindo-lhe lógica e harmonia. Servem para determinar padrões gerais normativos segundo os quais são eleitos os caminhos a serem seguidos tanto pelo legislador quanto pelo aplicador do Direito ao caso em concreto.

Como é evidente, o conceito de princípio se alterou conforme alterou-se a exegese jurídica. Antes (no período eminentemente positivista), os princípios funcionavam como fonte subsidiária, suplementar do Direito. Isso porque em sede de positivismo procura-se proteger a todo custo a segurança jurídica, de modo que os princípios, por serem vagos, são de aplicação incerta e, portanto, necessariamente supletivos.

Como hoje em dia o positivismo encontra-se – se não superado – mitigado pelo pós-positivismo (que busca uma volta de aplicação de valores ao Direito, tendo em vista que o positivismo funcionou como trunfo da subversão do justo e imposição de sistemas jurídicos ilegítimos – como o exemplar caso do Nazismo, fundado na lei), os princípios possuem novo papel: um papel protagonista, de início, meio e fim da aplicação do Direito. Nenhum ato de concretização das normas abstratamente previstas pode se esquivar da obediência dos princípios, porquanto estes em geral são “mandamentos nucleares do sistema”, nas boas palavras de Bandeira de Mello, acima citadas.

A doutrina passa a desenvolver, a partir do início do século XXI, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo, ou, segundo alguns, constitucionalismo pós-moderno, ou, ainda, pós-positivismo. Busca-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais (LENZA, 2011, p. 59).

Do ponto de vista estritamente normativo, hoje a mais aceita acepção acerca do termo *princípio* deriva dos ensinamentos do mestre alemão Robert Alexy. Para Alexy, “os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em

vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas” (apud ÁVILA, 2011, p. 37).

Marcelo Novelino, ao diferenciar os princípios das regras, assim se expõe (2008, p. 65):

Dentre os critérios utilizados na distinção entre princípios e regras, dois podem ser destacados: a abstratividade e a dimensão. Como característica das normas jurídicas em geral, a abstratividade está presente tanto nos princípios quanto nas regras, posto que de maneira estruturalmente diversa. O pressuposto fático das regras prevê inúmeros casos homogêneos, enquanto o dos princípios caracteriza-se pela possibilidade de abranger uma heterogeneidade de casos potencialmente suscetíveis de entrar na esfera de previsão. Por isso, costuma-se dizer que os princípios são mais abstratos que as regras. Na concepção de Robert Alexy, a diferença entre princípios e regras não é apenas gradual, mas também qualitativa, sendo que a existência de regras com alto grau de abstratividade inviabiliza a utilização desse critério. Para o autor alemão, a diferença está no fato de que as regras suscitam apenas problemas de validade, enquanto os princípios, além da validade, suscitam ainda a questão da importância ou valor.

Apesar dessa já tradicional distinção de normas jurídicas entre princípios e regras, na qual, como acima visto, os princípios possuem maior grau de abstração e impõem diretrizes fundamentais de um sistema, além de ostentarem caráter valorativo (abrindo-se uma válvula interpretativa ao sistema jurídico), Humberto Ávila não se contenta e traz a lume mais uma espécie de norma jurídica, denominada norma de segundo grau (porquanto princípios e regras seriam normas de primeiro grau): os postulados normativos.

Segundo Ávila (2011, p. 134):

Os postulados normativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semântica e axiologicamente

sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes situadas no metanível aplicativo).

Em síntese, os princípios, sobretudo os de magnitude constitucional, são normas jurídicas que gozam de imperatividade e, a despeito de sua abstração, devem o legislador e o operador do Direito a eles respeito, uma vez que seus conteúdos exprimem a manifestação das mais essenciais vontades democráticas, consubstanciadas no texto Constitucional, que é a voz do povo normativizada.

## 2.2 O Conflito Entre Princípios

A mesma onda teórica que determinou essa referida alteração no modo de se enxergar as normas jurídicas também é responsável pela verificação de um novo mecanismo de solução de conflito entre princípios.

Hoje, há certo consenso doutrinário no sentido de se admitir que o conflito entre princípios (mormente os de ordem constitucional), dados que se encontram em mesma estatura jurídico-normativa e regulam valores essenciais ao Estado de Direito e à dignidade humana, não pode ser resolvido como o conflito entre regras jurídicas.

Com efeito, o conflito de regras é resolvido pelo mecanismo de “tudo ou nada”. Diante de regras com mandamentos opostos, uma delas deve definitivamente ser *excluída* quanto à sua aplicabilidade, para que a outra seja aplicável em sua máxima concretude. Vale dizer, portanto, que é impossível que haja certa convivência harmônica entre *regras* conflitantes.

Diferentemente, quando ocorre o chamado conflito entre princípios, ambos não se excluem. O que ocorre, na verdade, é a existência de uma hierarquia móvel entre os princípios, de modo que um, que em determinado caso deva ser preponderante, pode abrir espaço a outro, alteradas as situações-base que lhes pedem aplicação.



Essa atividade de valoração de princípios é denominada pela doutrina como “ponderação”.

A ponderação reconduz-se, no fundo, à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflitantes. *Hierarquia*, porque se trata de estabelecer um “peso” ou “valor” maior ou menor entre princípios. *Móvel*, porque se trata de uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo esta relação inverter-se noutro caso. A importância que, ultimamente, é atribuída à ponderação de bens constitucionais radica da natureza tendentemente epistemológica de muitas normas jurídico-constitucionais. O apelo à metódica de ponderação é, afinal, uma exigência de *solução justa de conflitos entre princípios*. Nesse sentido, é possível afirmar que a ponderação é a forma característica de aplicação do direito sempre que estejam em causa normas que revistam a natureza de princípios. A dimensão da ponderação dos princípios justifica-se como método de solução de conflito de princípios (CANOTILHO, 2002, p. 1227).

Ainda, segundo Marcelo Novelino (2008, p. 65-66):

O conflito no campo da validade, via de regra, faz com que uma das normas seja excluída ou abandonada. No campo da importância, a colisão entre princípios deve ser solucionada por meio da ponderação dos valores e interesses envolvidos. As regras, ao prescreverem determinações, impõem resultados. Se uma regra jurídica é válida, verificados os pressupostos de fato abstratamente previstos, ela deverá ser aplicada automaticamente. Quando se chega a um resultado contrário ao apontado pela regra é porque ela foi mudada ou abandonada. Segundo Dworkin as regras obedecem à lógica do tudo-ou-nada (“rules are applicable in all-or-nothing fashion”). Verificados os fatos nela previstos, o seu mandamento deve ser aceito (“mandamentos de definição”). Os princípios não estabelecem consequências automáticas. Atuam apenas como uma espécie de vetor que aponta a direção a ser seguida na decisão. Caracterizam-se por possibilitar que a medida de seu cumprimento se dê em diferentes graus. Na definição clássica de Alexy, princípios são “mandamentos de otimização”, isto é, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”.

Como se denota das explicações acima destacadas, o conflito entre princípios não deve fazer com que um seja o preponderante absoluto, devendo o outro ser também absolutamente excluído. A convivência entre os valores traduzidos nos princípios deve ser harmônica, e seus preceitos devem ser observados e respeitados em seu maior grau, ainda que entre eles haja conflito.

Um caso concreto a ser solucionado mediante a ponderação entre princípios fará, sem dúvida, como que um deles seja o predominante, mas isso não retira a força normativa do princípio que cede.

O conflito entre princípios leva a solução distinta das regras. É que os princípios coexistem, e não se excluem como as regras. Assim, os princípios, por encerrarem mandados de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses, conforme seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. Os princípios não obedecem, portanto, à lógica do tudo ou nada. Destarte, se em determinado caso concreto, algo é permitido por um princípio mas negado por outro, um deles deve recuar, sem que se declare inválido o outro, resolvendo o conflito na dimensão do valor e não da validade (CARVALHO, 2008, p. 632-633).

Interessante destacar, inclusive, que a atividade de ponderação (ou seja, de sopesamento entre os princípios constitucionais), embora seja na maior parte das vezes citada pela doutrina como existente somente na análise de casos concretos, deve também ser feita pelo legislador ao instituir regras constitucionais. Ao elaborar tais regras, deve o legislador obedecer aos mandamentos nucleares do sistema jurídico (os princípios), fazendo com que cada um deles seja respeitado em sua máxima efetividade. Como exemplo, basta citar as regras que estabelecem a usucapião especial. Ciente de que as pessoas mais humildes precisam ter acesso ao direito de propriedade, e também consciente de que a propriedade não pode ser violada sem rígidos critérios com base em um vago “interesse social”, estabelece o legislador os requisitos “especiais” a serem observados pelo possuidor *ad usucapionem*, para que a um só tempo seja respeitado o direito de propriedade de um e do acesso à moradia de outro. Sempre que elabora regras jurídicas, o legislador deve levar em conta todos os princípios constitucionais envolvidos e, elaborando atividade ponderativa a título abstrato, positivar mandamentos que façam com que todos os princípios em jogo tenham convivência harmônica, devendo um deles ceder nos estritos limites necessários.

Importante, nesse passo, citar o posicionamento de Daniel Sarmento (2003, p. 110), que cai como uma luva ao presente trabalho:

Um exemplo no direito brasileiro consiste no entendimento consolidado pela jurisprudência de que as hipóteses de prisão processual anteriores ao

trânsito em julgado da decisão condenatória, previstas na legislação infraconstitucional, não são incompatíveis com o princípio constitucional da presunção de inocência, que apenas impede o lançamento do nome no rol dos culpados. De fato, com esta posição, a jurisprudência tentou conciliar o princípio da presunção de inocência com o interesse constitucional na proteção da segurança pública, fazendo-o de modo abstrato, e não à luz de casos concretos.

Vê-se, pois, que os princípios possuem dimensão também normogénética, uma vez que servem como parâmetro para a criação das demais normas jurídicas. Nessa atividade criativa, deve também o legislador se valer da ponderação entre os valores em jogo para eleger a melhor tutela jurídica possível, sob pena de incidir em inconstitucionalidade.

### **2.3 Os Princípios Colidentes na Reforma de 2011**

Consciente dos valores que informam o direito penal e o direito processual penal, o legislador elaborou importante reforma legislativa no Código de Processo Penal, por intermédio dos preceitos trazidos pela Lei nº. 12.403/2011.

Buscou, com a reforma, alterar o panorama de aplicabilidade da concessão de medidas cautelares em sede de processo penal. Antes da reforma, a única medida à disposição do juiz, ao menos no Código de Processo Penal, era a de concessão de medida privativa de liberdade. As medidas cautelares se resumiam a uma só: a prisão cautelar.

Pouco a pouco, mesmo antes da reforma o cenário processual a respeito foi passando por pontuais alterações. Na Lei Maria da Penha (11.340/06), por exemplo, passou-se a admitir a concessão de medida cautelar distinta da prisão: o chamado afastamento temporário do lar daquele sujeito sobre o qual recaísse a suspeita de prática de violência familiar contra a mulher.

Assim agiu, na época, já por possuir a consciência de que a medida de prisão não é, ao menos do ponto de vista racional, sempre a melhor solução para se acautelar a aplicação da lei penal ou a segurança da vítima do delito. Com efeito, medidas alternativas poderiam ser mais eficazes, mais rápidas, suficientes e,

sobretudo, aptas a proteger todos os interesses em jogo – tanto os relativos à vítima quanto os relativos ao acusado, o qual em sede de concessão de cautelar é ainda inocente, uma vez que contra ele não recai nenhuma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Princípios constitucionais devem ser levados em conta no momento da criação legislativa. E assim agiu o legislador brasileiro ao editar as medidas cautelares específicas da Lei Maria da Penha, pois, se de um lado verificou que interesses particulares das vítimas deveriam ser melhor acautelados (pois o direito à segurança, saúde, integridade física da vítima não pode ser esquecido, devendo o agressor ser o mais rápido possível afastado do ambiente familiar), *ao mesmo tempo* verificou que certos direitos fundamentais do possível agressor não poderiam ser olvidados, como o da presunção de inocência e do direito a liberdade, postos em xeque caso a única medida possível fosse a concessão da cautela na modalidade de prisão.

No fundo, o que bem se denota desde o advento da Lei nº 9.099/95 é que a descarcerização é medida progressivamente adotada pelo legislador. Tanto do ponto de vista administrativo (com redução de custos para o Estado), quanto levando como base diversos estudos de natureza criminológica que apontam que o cárcere não ressocializa, a medida de prisão torna-se, pouco a pouco, a *menos preferida* dentre as medidas a serem tomadas em sede de processo penal.

E é esse o escopo da reforma de 2011. Fazer com que a medida de prisão cautelar seja subsidiária, excepcional. E qual a razão disso?

Como visto acima, o legislador deve levar em conta os princípios constitucionais em sua atividade, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade. Justamente por isso, o legislador verificou que quando um ilícito penal é praticado, alguns princípios constitucionais e direitos fundamentais são trazidos a lume. De um lado (da vítima ou da sociedade), alguns princípios e direitos reclamam imperatividade, enquanto de outro lado (do investigado) outros princípios garantistas também pedem aplicação.

Da atividade de ponderação desses princípios, entendeu o legislador que a medida de prisão, ao menos em sede cautelar, deve ser excepcional,

subsidiária – a última dentre as medidas a ser tomadas para acautelar a investigação, o processo ou os interesses da vítima ou da sociedade.

E quais foram os princípios e direitos levados em conta pelo legislador ao promover a reforma em estudo? Houve, de fato, a *ponderação em abstrato*? Há interesses colidentes, em jogo, tutelados pela reforma?

De fato, quando se trata de processo penal haverá sempre interesses conflitantes. De um lado, o Estado com seu direito de punir; de outro, o acusado com seu direito à liberdade. Mas cabe especificarmos quais os interesses ponderados.

O Direito Penal existe para proteger bens jurídicos essenciais. Assim, protege direitos fundamentais, como o direito à vida, à integridade física, à liberdade etc., de modo que o seu violador deverá arcar com a consequência: a condenação a uma pena.

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).

Bem por isso, quando ocorre um ilícito penal, há interesses evidentemente violados. Esses interesses podem tanto dizer respeito às próprias vítimas, quando estas podem ser determinadas (como, por exemplo, uma tentativa de homicídio, crime em que é possível identificar a vítima primária), como dizer respeito a um interesse preponderantemente estatal de manutenção da ordem pública (ou da segurança pública).

Nesse passo, pode-se citar que a tendência natural é a de se buscar o quanto antes a condenação, e, nesse passo, a *prisão*, daquele que comete crimes, uma vez que os crimes atentam contra interesses de magnitude constitucional. Tanto a vida quanto a segurança encontram resguardo constitucional no *caput* do art. 5º da Constituição Federal: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no

País a inviolabilidade do direito à *vida*, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos termos seguintes” (grifo nosso).

Ademais, o *direito de punir* do Estado decorre da própria norma constitucional que assegura o *devido processo legal*. Ora, se “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Art. 5º, LIV), uma vez respeitado o processo devido, pode o indivíduo ser privado de sua liberdade, ou seja, após o processo, pode o Estado punir, privando o agente de sua liberdade.

De outro lado, por configurar Estado Democrático de Direito, submetido aos rigores da lei, o Brasil não permite que alguém venha a ser considerado culpado sem a existência de sentença penal definitiva (Art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”). É o que se denomina de princípio da *presunção de inocência*, ou de princípio da *não-culpabilidade*. Por este princípio, devem as pessoas ser consideradas inocentes, não devendo arcar com quaisquer interferências em seus direitos fundamentais, inclusive o direito de liberdade, sem que haja sentença penal condenatória, uma vez que somente por intermédio de um processo penal garantidor é que se poderá ser exercido o direito ao contraditório e à ampla defesa, estes, também de estatura constitucional (art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”).

O princípio da inocência, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal). E por se tratar de prisão de quem deve ser obrigatoriamente considerado inocente, à falta de sentença penal condenatória passada em julgado, é preciso e mesmo indispensável que a privação da liberdade seja devidamente fundamentada pelo juiz e que essa fundamentação esteja relacionada com a proteção de determinados e específicos valores positivados na ordem constitucional em igualdade de relevância (OLIVEIRA, 2011, p. 471-472).

Assim, quando, com fundamento no direito de punir do Estado (que se justifica pela proteção de direitos fundamentais), se permite a concessão de medidas

cautelares, que interferem na esfera jurídica do indivíduo, está-se diante de uma violação da presunção de inocência, assim como do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa.

Por esta razão, e não apenas por esta, como abaixo se verá, entendeu o legislador ser mais *razoável* instituir medidas cautelares alternativas e preferenciais à privação da liberdade, porquanto podem garantir o *jus puniendi* e os interesses da vítima do delito e violar na menor medida possível o direito à presunção de inocência.

Tratou, o legislador, de fazer uma ponderação abstrata entre valores constitucionais, uma vez que, verificando todos os interesses em jogo, entendeu que as medidas previstas no novo art. 319 são, ao menos na maioria dos casos, suficientes para a proteção do direito de punir. A redação do art. 319 é a seguinte:

São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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.

Denota-se que o legislador instituiu diversas medidas cautelares distintas da prisão. Estas são, agora, preferenciais, como se pode denotar do constante no §4º do novo art. 282: “No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, *em último caso*, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único) (grifo nosso)”. A expressão *em último caso* é clara no sentido de se verificar que a medida cautelar de privação de liberdade (prisão cautelar) é excepcional e somente poderá ser utilizada em caso de fracasso das demais medidas cautelares dispostas nos nove incisos do novo art. 319.

Assim, as medidas cautelares surgem para proteger tanto o interesse de punição do Estado, que agora tem para si medidas que podem ser consideradas inclusive mais eficazes para a manutenção da ordem pública, como os interesses do investigado ou acusado, que terá a sua liberdade tolhida a título excepcional.



### 3 PRISÃO: ANÁLISE CRÍTICA

Estudar a prisão é uma tarefa muito difícil. É inegável que a “prisão” é um mecanismo de cunho social que remonta à antiguidade e, deste modo, estudar seu histórico é tarefa hercúlea, praticamente impossível. Como bem salienta a doutrina:

A origem da pena, todos recordam, é muito remota, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a humanidade. Por isso mesmo é muito difícil situá-la em suas origens. Quem quer que se proponha a aprofundar-se na história da pena de prisão corre o risco de equivocar-se a cada passo. As contradições que se apresentam são dificilmente evitadas, uma vez que o campo encontra-se cheio de espinhos. Por isso tudo, não é tarefa fácil (BITENCOURT, 2004, p. 03).

Com efeito, e para não incorrer em vícios metodológicos, a doutrina procura estudar separadamente a história da prisão segundo cada contexto histórico e social no qual ela se encontra inserida. De fato, a prisão como hoje concebida dificilmente é utilizada sob os mesmos fundamentos da prisão na antiguidade, pois todo o contexto social de hoje é diferente. Encontra-se, a humanidade, munida de diferente tecnologia, diferentes regimes de Estado e de Governo, progressiva cientificidade e tantas outras vertentes que separam a história dos homens de hoje da de seus antepassados. Nesse sentido, preceitua Cezar Roberto Bittencourt (2004, p. 04):

A antiguidade desconheceu totalmente a privação de liberdade estritamente considerada como sanção penal. Embora seja inegável que o encarceramento dos delinquentes existiu desde tempos imemoráveis, não tinha caráter de pena e repousava em outras razões. Até o final do século XVIII a prisão serviu somente aos objetivos de contenção e guarda dos réus, para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados. Recorria-se, durante esse longo período histórico, fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes.

Como bem ressalta o autor, a prisão passou a ser um fenômeno com novos contornos a partir do século XVIII. E isso não ocorreu por mero acaso.

O século XVIII teve em si o apogeu das ideias liberais e iluministas, que transformaram grande parte das ciências sociais como um todo. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 109):

O termo liberalismo engloba o liberalismo político, ao qual estão associadas as doutrinas dos direitos humanos e da divisão dos poderes, e o liberalismo econômico, centrado sobre uma economia de mercado livre (capitalista). Se a sociedade burguesa fornecia o substrato sociológico ao Estado constitucional, este, por sua vez, criava condições políticas favoráveis ao desenvolvimento do liberalismo econômico. [...] A economia capitalista necessita de segurança jurídica e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as frequentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda a construção constitucional tem em vista a certeza do direito. O laço que liga ou vincula às leis gerais as funções estaduais protege o sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e a economia do mercado.

Como se vê, a essência do liberalismo foi a de verdadeiramente “libertar” os homens dos arbítrios praticados pelos regimes absolutistas monárquicos existentes até então, sobretudo na Europa. Por intermédio do liberalismo, passou-se a ter um Estado não interventor, atuando somente excepcionalmente. O liberalismo é fruto da vontade do homem de ser livre de abusos. E a principal ferramenta a ser adotada para a consagração desse ideal é a razão. Deve, a razão, ser o ponto fundante de quaisquer atos praticados pelo homem, inclusive e sobretudo pelo detentor do poder. Nesse sentido, bem preceitua Luiz Regis Prado (2002, p. 58):

Contra os excessos da fase anterior, emerge logo – no chamado *Século das Luzes* (séc. XVIII) – uma reação humanitária ou reformadora decorrente do Iluminismo (*Aufklärung*), concepção filosófica que se caracteriza por ampliar o domínio da razão a todas as áreas da experiência humana. A Ilustração, mais que uma corrente de ideias, vem a ser uma atitude cultural e espiritual de grande parte da sociedade da época, cujo objetivo é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os seus aspectos.

Grandes foram os reflexos da filosofia liberal na ciência jurídica, o que ocorreu sobretudo como consequência da consagração da obra de grandes

pensadores, como o caso de Beccaria. Segundo explicam Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 209-210):

As ideias do chamado “despotismo ilustrado”, isto é, as ideias racionalistas do século XVIII manejadas por reis e senhores autocratas, produziam como resultado no campo penal uma série de reformas inspiradas fortemente em Beccaria. Entre elas cabe mencionar a do Grão-Duque da Toscana, Pedro Leopoldo, que introduziu uma reforma na legislação criminal, em 1786, praticamente derrogando a pena de morte e que já abolira outras penas atroztes por meio de editos anteriores.

Beccaria foi o responsável por consagrar um pensamento renovado e humanitário do Direito Penal. Sua obra mais importante, “Dos Delitos e das Penas”, foi o marco da consagração de um novel Direito Penal, preocupado com a humanidade das penas, com a proporcionalidade entre o ato praticado e a sanção cometida, com a legalidade, dentre outros importantíssimos vetores jurídico-penais que funcionam como bases do Direito Penal atual. Nesse sentido, explica Prado (2002, p. 59):

Nesse ambiente político-cultural, de crítica e de reforma, surge na Itália a figura proeminente de Cesare Bonessana, *Marquês de Beccaria*, que publica em 1764 o pequeno-grande livro *Dei Delitti e delle pene*, inspirado, sobretudo, nas concepções de Montesquieu, Rousseau, Locke e Helvétius. As ideias contidas no famoso opúsculo, verdadeiro breviário de política criminal, além de causar grande repercussão, marcaram o nascimento do Direito Penal moderno. Sem dúvida, foi ele o autor que em primeiro lugar desenvolveu a ideia da estrita legalidade dos crimes e das penas, operando uma verdadeira sistematização, dominada por três postulados fundamentais: legalidade penal, estrita necessidade das incriminações e uma penologia utilitária. Assim, resumidamente: a) a afirmação do princípio fundamental da legalidade dos delitos e das penas: só as leis podem fixar as penas em relação aos delitos e essa autoridade não pode residir senão no legislativo; b) a afirmação de que a finalidade da pena é a prevenção geral e a utilidade: a pena deve ser necessária, aplicada com presteza, determinada, suave e proporcional ao delito; c) a abolição da tortura e da pena de morte.

Comprovam tal conclusão as palavras de Antonio García-Pablos de Molina e de Luiz Flávio Gomes (2002, p. 140):

De fato, a Ilustração marca o começo de um sinuoso mas decidido processo histórico comprometido com a razão e a humanidade que revisa e depura o arsenal punitivo. Fruto do mesmo será o desaparecimento das penas corporais, a mutilação e o tormento, o retrocesso da pena capital, a tendência a limitar a duração máxima da pena privativa de liberdade e a substituir por penas de outra natureza a prisão de curta duração, melhoras substanciais do regime de cumprimento e execução das penas etc.

Portanto, a pena de prisão deixa, com o advento das ideias iluministas, de ser um “instrumento” para a aplicação das demais penas, como acima já se citou, para guardar em si a finalidade de sanção penal. Deixa, a prisão, de ter em si a finalidade de guardar o acusado e protegê-lo para que ele enfim possa sofrer uma pena de morte ou outra pena degradante, passando a ser ela mesma a sanção. E Michel Foucault (2007, p. 196) traz o seguinte fundamento da pena de prisão como “preferida” pelos sistemas penais pós-iluministas: “Esse duplo fundamento – jurídico-econômico por um lado, técnico-disciplinar por outro – fez a prisão aparecer como a forma mais imediata e mais civilizada de todas as penas. E foi esse funcionamento que lhe deu imediata solidez”.

É com o Iluminismo que surge, portanto, a prisão como sanção penal. Nesse sentido, bem preceitua Luigi Ferrajoli (2002, p. 314), destacando que a história demonstra a antiguidade da prisão, mas que esta somente veio a ser utilizada como pena após a Idade Média:

A pena privativa de liberdade é uma pena caracteristicamente burguesa. É verdade que a prisão é uma instituição antiquíssima. A prisão Tuliana, chamada depois Mamertina, e descrita por Salustio e por Lívio: segundo a lenda, foi construída em Roma pelo rei Anco Márcio para infundir temor à plebe, e mais tarde ampliada por Sêrvio Túlio. [...] No entanto, na época romana a detenção propriamente dita não teve em geral uma função punitiva: “carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet”, afirmou Ulpiano. E mesmo durante toda a Idade Média sua função continuou sendo precipuamente a cautelar de prender os imputados durante o tempo necessário para o processo, com o fim de confiá-los à justiça e impedir sua fuga. A prisão como pena em sentido próprio nasceu no seio das corporações monásticas da Alta Idade Média, recebendo depois o apoio da Igreja Católica com os decretos de Inocêncio III e de Bonifácio VIII, em razão de sua específica adequação às funções penitenciais e correcionalistas, tendo-se afirmado como pena perpétua ou temporal somente nos séculos XVII e XVIII: com modalidades, primeiramente, ainda mais ferozmente aflitivas que a pena de morte e, depois, graças sobretudo à experiência americana das casas de trabalho e do sistema celular, na moderna forma privativa. Mas somente no século passado a pena carcerária chegou a se converter na principal das penas, estendendo-se progressivamente a todas as demais.

Como se denota, com o passar do tempo e, como acima destacado nas notas doutrinárias de Ferrajoli, sobretudo a partir do século XIX, a pena de prisão passou a ser a principal pena a ser adotada pelos ordenamentos.

E diversas teorias surgiram para tentar “justificar” a existência da pena, sobretudo a pena de prisão.

Isso se justifica tendo em vista que a pena privativa de liberdade é, antes de mais nada, uma pena de fácil aplicação. Seguindo a lógica da proporcionalidade, decorrente dos ideais iluministas, basta criar um sistema no qual quanto mais grave a conduta, por maior tempo deve ficar encarcerado o agente, para que se crie um mecanismo penal “proporcional”, e, ao menos em tese, evitado de “razão”. Esse é o fundamento da denominada “teoria retribucionista” da pena. Segundo Bitencourt (2004, p. 102), “ainda que se reconheçam fins preventivos para a doutrina tradicional, a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que expie sua culpa. Isso não é outra coisa senão a concepção retributiva da pena”.

Outros fundamentos também serviriam para justificar a pena de prisão, razão pela qual surgem duas outras teorias relevantes: a teoria da prevenção geral e a teoria da prevenção especial da pena. A rigor, a pena de prisão nasceu com excelentes finalidades teóricas. Deveria cumprir com uma função de prevenção ao delito (prevenção geral), na medida em que estabelece o medo do encarceramento àqueles predispostos ao crime. Cumpriria, também, uma função de prevenção especial (relativa especificamente ao delinquente preso), na medida em que prepararia este ao reingresso na sociedade. Como aduz Bitencourt (2004, p. 129), “a teoria da prevenção especial procurar evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que não volte a delinquir”. Nesse sentido, a prisão deveria ter a precípua finalidade de “tratar” o delinquente e fazê-lo apto a reingressar na sociedade. Bem por isso que a doutrina destaca que “uma consequência lógica da teoria preventivo-especial ressocializadora é, no âmbito penitenciário, o tratamento do delinquente” (BITENCOURT, 2004, p. 140).

No entanto, apesar dos esforços e das tentativas de se justificar a pena privativa de liberdade, fato é que ela jamais escapou de agudas críticas por parte de seus estudiosos.

Não é por outra razão que o expoente doutrinador italiano Luigi Ferrajoli (2002, p. 330), em sua clássica obra “Direito e Razão”, abre tópico específico para tratar sobre a “abolição da pena carcerária”, no qual traz a lume os seguintes motivos básicos pelos quais a pena privativa de liberdade não deve vingar nos ordenamentos:

A pena privativa de liberdade, que na época moderna tem constituído a alternativa mais importante frente às penas ferozes e o principal veículo do processo de mitigação e de racionalização das penas, já não parece, por sua vez, idônea – enquanto não pertinente ou desnecessária – para satisfazer nenhuma das duas razões que justificam a sanção penal: nem a prevenção dos delitos, dado o caráter criminógeno das prisões destinadas de fato, como nos dias de hoje é unanimemente reconhecido, a funcionar como escolas de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada; nem a prevenção das vinganças privadas, satisfeita na atual sociedade dos *mass media* bem mais pela rapidez do processo e pela publicidade das condenações do que pela expiação da prisão. Portanto, se é verdade que o grau de dureza tolerável das penas está ligado em cada ordenamento ao grau de desenvolvimento cultural alcançado por ele, resulta possível hoje desenhar uma estratégia de reforma do direito penal que aponte, a longo prazo, a supressão integral das penas privativas de liberdade e, a curto e médio prazos, uma drástica redução de seu tempo de duração legal, começando pela abolição dessa moderna barbárie que é a prisão perpétua.

Tamanhos são os problemas relativos ao encarceramento que não é sequer possível discorrer sobre todos eles. No entanto, insta salientar um trecho do trabalho do Psiquiatra Erving Goffman (2003, p. 24) a respeito do tema, na qual ele traduz a perda do “eu” pela qual passa o internado (ou condenado):

O novato chega ao estabelecimento com uma concepção de si mesmo que se tornou possível por algumas disposições sociais estáveis no seu mundo doméstico. Ao entrar, é imediatamente despido do apoio dado por tais disposições. Na linguagem exata de algumas de nossas mais antigas instituições totais, começa uma série de rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações do eu. O seu eu é sistematicamente, embora muitas vezes não intencionalmente, mortificado. Começa a passar por algumas mudanças radicais em sua carreira moral, uma carreira composta pelas progressivas mudanças que ocorrem nas crenças que têm a seu respeito e a respeito dos outros que são significativos para ele. A barreira

que as instituições totais colocam entre o internado e o mundo externo assinala a primeira mutilação do eu.

Cezar Roberto Bitencourt (2004, p. 154) expõe o atual cenário da pena privativa de liberdade:

Quando a prisão converteu-se na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

Como se vê, dentre tantos outros problemas (como o de absorção das personalidades delinquentes como modelo ideal a ser seguido), um dos problemas que surgem com o cárcere é a perda da própria personalidade. O encarceramento desfigura a noção que o preso tinha sobre si mesmo, o que lhe traz danos irreversíveis à própria personalidade.

Surge, então, paulatinamente, um movimento sociológico com reflexos jurídicos no sentido de se estabelecer uma transformação nesse cenário de distributividade da pena com atrelamento corriqueiro à pena de prisão.

Partindo-se do pressuposto de que a pena de prisão não cumpre com os objetivos a que se visava atingir, começam os estudiosos a procurar novos caminhos a serem percorridos pelo Direito Penal no momento da execução da pena. As penas “alternativas” à prisão surgem, pouco a pouco, com a finalidade de se buscar atingir a verdadeira “ressocialização”, sem que se perca ao mesmo tempo o caráter de prevenção geral e especial inerentes à pena.

Uma primeira e importante reforma ocorrida no cenário jurídico nacional foi a reforma penal de 1984. Por intermédio desta, foram melhor regulamentados alguns institutos jurídico-penais aptos a proporcionar a tentativa de

reinserção do apenado à sociedade ou até mesmo a concessão da liberdade para o condenado, desde que cumprisse com determinados requisitos ou pressupostos. Regulamentou-se, por intermédio da reforma de 1984, os institutos da “suspensão condicional da pena” e do “livramento condicional”.

Segundo bem dispõe Bitencourt (2004, p. 239): “Na busca constante de meios alternativos para diminuir os males causados pela prisão, o instituto jurídico da suspensão condicional da pena constitui um dos índices mais elevados da moderna evolução ética, política e científica da Justiça Penal”.

A suspensão condicional da pena consiste na “suspensão parcial da pena privativa de liberdade de curta duração por determinado prazo, desde que cumpridas certas condições e observados os requisitos previstos no artigo 77 do Código Penal” (PRADO, 2002, p. 554).

O interesse precípua da suspensão condicional da pena é o de proporcionar um período de prova ao condenado, no qual ele deverá demonstrar ao juízo que está com um padrão de vida inapto à prática do crime. Bem por isso, o benefício não pode ser concedido àquele que já praticou outro crime doloso (reincidente), conforme dispõe o inciso I do art. 77 do Código Penal.

Outro aspecto interessante da suspensão condicional da pena é o tocante à necessidade de cumprimento de uma “pena alternativa” à privativa de liberdade, uma vez que o § 1º do art. 78 do Código Penal especifica que “no primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade ou submeter-se a limitação de fim de semana”.

Assim, a liberdade condicional propõe-se a evitar os malefícios do cárcere ao condenado a pena não superior a dois anos (conforme *caput* do art. 77 do Código Penal), possibilitando-se o cumprimento de pena alternativa fora da prisão. Veda, entretanto, o Código Penal, como se pode denotar, a suspensão condicional da pena aos condenados por crimes mais graves, nos quais a pena privativa de liberdade supera o limite de dois anos.

Outro instituto jurídico-penal que se presta como alternativa ao cárcere é o denominado “livramento condicional”. Abrigado pelo art. 83 do Código Penal (com redação dada pela reforma de 1984), possui a seguinte forma:



Com o livramento condicional cessa a efetiva privação de liberdade do condenado, antes do cumprimento do tempo fixado na sentença, processando-se o restante da execução em liberdade. Representa a última etapa de um regime progressivo de execução penal. Faz parte da execução da pena, sendo, pois, uma forma de cumprimento da pena (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 802).

Outro importante instituto jurídico-penal que culmina na descarcerização é a “progressão de regime de pena”. O art. 112 da Lei de Execuções Penais permite a transformação de um regime mais rigoroso (fechado, por exemplo) para um mais brando (para o semi-aberto) uma vez que o preso tenha cumprido um sexto da pena, dentre outros requisitos. No mesmo sentido, a Lei de Crimes Hediondos prevê a progressão de regime de pena, mas estabelece fração distinta: dois quintos de cumprimento.

Interessante destacar, quanto a este instituto, que a legislação penal brasileira já vedou a concessão da progressão de regime aos crimes hediondos. No entanto, essa medida foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, a Suprema Corte conscientizou-se de que a impossibilidade de conceder ao condenado preso a possibilidade de se ver livre antecipadamente tendo bom comportamento faria com que, fatalmente, este passasse a ter péssimo comportamento diante de tal desesperança. Fernando Capez (2011, p. 229) traz os fundamentos de ordem jurídico-constitucional pelos quais o Supremo Tribunal Federal assim se posicionou:

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento inédito, por seis votos a cinco, na sessão de 23 de fevereiro de 2006, ao apreciar o HC 82.959, mudou a sua orientação e reconheceu, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 [hoje com nova redação, que possibilita a progressão de regime, mas com cumprimento maior de pena frente aos demais crimes], por entender o Plenário que o mencionado dispositivo legal feriria o princípio da individualização da pena, da dignidade humana e das penas cruéis.

Outra importante novidade legislativa que importou na preferência de aplicação de penas alternativas à prisão foi o advento da Lei nº 9.099/95, que instituiu os juizados especiais criminais e criou os institutos da “transação penal” e da “suspensão condicional do processo”. Segundo Ada Pellegrini Grinover (et. al., 2005, p. 49), a Lei 9.099/95:

É indiscutivelmente a via mais promissora da tão esperada desburocratização da Justiça criminal (grande parte do movimento forense criminal já foi reduzido), ao mesmo tempo em que permite a pronta resposta estatal ao delito, a imediata (se bem que na medida do possível) reparação dos danos à vítima, o fim das prescrições (essa não corre durante a suspensão), a *ressocialização* do autor dos fatos, sua não-reincidência, uma fenomenal economia de papéis, horas de trabalho etc.

O primeiro instituto nasce como a possibilidade de aplicação imediata de um “acordo” envolvendo as partes atingidas pelo crime quando este se tratar de infração de menor potencial ofensivo. Segundo o art. 61 da referida Lei, considera-se infração de menor potencial ofensivo todas as contravenções e os crimes a que sejam cominadas pena privativa de liberdade igual ou inferior a dois anos.

Segundo a lei, deve-se possibilitar, quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo, a “composição civil dos danos”, conforme prevê o art. 72. Assim, privilegia-se a indenização da vítima quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo.

Quando se tratar, entretanto, de ação penal incondicionada, cujo interesse é público e não há como se falar em “composição civil dos danos” entre autor e vítima, o art. 76 da Lei prevê a “aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas”. Como se vê, tanto na primeira hipótese quanto na segunda, não se aplica pena privativa de liberdade, e sim pena de natureza pecuniária ou alguma outra restritiva de direitos. A finalidade da Lei, essencialmente, é a de promover a aplicação de sanções diversas da privativa de liberdade.

O segundo instituto criado pela Lei e que merece destaque é o da suspensão condicional do processo. Segundo o art. 89, nos crimes cuja pena mínima cominada não seja superior a um ano, pode o titular da ação penal, ao oferecer a inicial acusatória, oferecer a “suspensão condicional do processo”. O processo se suspende desde que o acusado se comprometa a cumprir condições oferecidas pelo titular da ação penal (geralmente o Ministério Público), as quais em geral, inegavelmente, consistem em penas restritivas de direitos.

Como se vê, passo a passo a legislação nacional vai criando mecanismos alternativos à prisão, uma vez que são irrefutáveis as críticas à pena privativa de liberdade.

No mesmo sentido, ou seja, ciente dos malefícios trazidos pela aplicação da pena privativa de liberdade desarrazoadamente, surge a reforma processual penal promulgada pela Lei nº 12.403/11.

Por intermédio desta Lei, o Código de Processo Penal foi reformado, para que, dentre as medidas cautelares de natureza penal a serem tomadas pela autoridade policial ou pelo juízo, seja a constrição da liberdade a última delas. Segundo Rafael Eduardo de Andrade Soto (2011, p. 39):

Assim é que uma das razões de política criminal da Lei nº 12.403/11, publicada no DOU de 5 de maio de 2011, e com entrada em vigor em 4 de julho deste mesmo ano, é, por óbvio, realizar uma efetiva diminuição do índice prisional no que tange a presos cautelares (principalmente presos preventivamente), demonstrando – além de outros – a preocupação em não se manter o sistema punitivo cautelar como um fator criminógeno crescente. Com essas primeiras e rápidas linhas, nas quais se faz um convite à reflexão normativa, pretende-se analisar se, efetivamente, haverá uma possibilidade de redução do arquipélago carcerário brasileiro e se as medidas cautelares serão capazes de concretizar a prisão preventiva como *ultima ratio*, ou seja, como mecanismo aplicável apenas em extrema urgência e necessidade.

Como se vê, a reforma em comento teve como finalidade transformar a constrição da liberdade como última dentre as medidas a serem tomadas cautelarmente, de modo a se privilegiar muitas outras diversas medidas, como a monitoração eletrônica, o recolhimento domiciliar, a proibição de acesso a determinados lugares etc.

Resta saber, e isso será objeto de análise no decorrer deste trabalho, se as medidas previstas no novel art. 319 do Código de Processo Penal são de fato aplicáveis ou se não passam de mera simbologia processual penal, apta a enganar os menos avisados quanto a sua verdadeira eficácia. Fato, contudo, é que o legislador tem consciência de que o cárcere “ensina” para o crime, de modo que o encarceramento provisório de nada acautela; senão, agrava a situação tanto do investigado quanto da sociedade.

## 4 MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL: REFLEXÕES

### 4.1 Medida Cautelar e Processo Penal: Desenvolvimento

O Direito Processual existe com a precípua finalidade de servir de mecanismo de concretização das normas de direito material. Segundo estabelece a doutrina:

O relacionamento entre esses dois ramos do Direito – direito material e direito processual – é de instrumentalidade do segundo diante do primeiro, na medida em que é por intermédio do processo que se consegue dar rendimento à norma jurídica de direito material que foi desrespeitada por um dos sujeitos da lide (WAMBIER, et. al., 2007, p. 55).

Assim sendo, ou seja, por possuir por finalidade instituir mecanismos aptos a concretizar as normas de direito material, deve o processo se adequar às normas e às finalidades perseguidas por este.

O processo é, deste modo, disciplina com princípios e regramentos autônomos e independentes do direito material. Desvincula-se das normas que “criam, regem e extinguem relações jurídicas, definindo aquilo que é lícito e pode ser feito, aquilo que é ilícito e não deve ser feito” (WAMBIER, et. al., 2007, p. 54), ou seja: o processo não se confunde com as normas que regem as relações jurídicas.

Não se pode perder de vista, entretanto, que o processo necessariamente serve como instrumento de concretização das normas que veiculam direito material. Assim, seus princípios e regras devem se amoldar do melhor modo possível no sentido de se proporcionar a concretização das normas materiais.

E é esta a razão pela qual a dogmática jurídica bem distingue o processo civil do processo penal. Com efeito, as normas de direito civil possuem em si regramento de relações jurídicas de natureza plenamente distinta do contido no

Direito Penal. Enquanto o Direito Civil funciona, em geral, para reger relações de obrigação patrimonial entre particulares, o Direito Penal presta-se a proteger os bens jurídicos essenciais à sociedade, cominando penas a serem aplicadas contra os violadores de tais bens.

Diverge em essência, pois, o Direito Processual Civil do Direito Processual Penal. Enquanto as normas do primeiro devem girar em torno da criação de mecanismos aptos a solucionar uma lide que geralmente envolve interesses de esfera patrimonial, o segundo deve-se preocupar com a instituição de mecanismos aptos a concretizar o *jus puniendi*, ou seja, o direito de punir, o qual em geral é concedido exclusivamente ao Estado. Surgem, então, para esses diferentes ramos (Processo Civil e Processo Penal) diferentes institutos jurídicos, ou seja, diferentes regramentos de esfera processual aptos a darem concretude às normas de direito material.

No bojo da ciência processual civil, é possível verificar a existência da criação de um importante aparato apto a proteger o processo em face de sua potencial ineficácia ou inefetividade. É o chamado “processo cautelar”.

O processo cautelar é usualmente denominado como “instrumento do instrumento”, uma vez que funciona como o instrumento apto a proteger a efetividade do processo, o qual, por sua vez, é o instrumento de concretização do direito material. Nesse passo, “a doutrina clássica afirma que a tutela cautelar se destina a dar efetividade à jurisdição e ao processo” (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 19).

Sem adentrar nas atuais discussões acerca do que se entende por “cautela” no processo civil, cabe destacar que no Processo Penal brasileiro a definição de “medida cautelar” ou de “processo cautelar” sempre foi muito mais problemática.

Com efeito, e apenas a título de exemplo, cabe destacar que Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p. 420), eminente processualista penal pátrio, ao discorrer sobre medidas cautelares no nosso ordenamento antes da reforma promulgada pela Lei nº 12.403/11, aduz o seguinte:

A prisão sem pena, de que cuidamos, nada mais é do que uma execução cautelar de natureza pessoal (em oposição à coerção processual de natureza real – como as buscas e apreensões, sequestro, arresto etc.) e que se justifica como medida imprescindível para assegurar o império da lei penal. No Direito Processual Penal pátrio, essa execução cautelar de natureza pessoal, ou prisão cautelar de índole processual, apresenta-se sob aquelas cinco modalidades: prisão preventiva *stricto sensu*, prisão em flagrante, prisão temporária e as prisões resultantes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível.

Como se vê, o Processo Penal brasileiro sempre foi confuso por não tratar especificadamente sobre o que seria, de fato, uma “medida cautelar” em sede de processo penal, de modo que a doutrina passou a verificar que somente se poderia considerar como “cautela”, no processo penal, a instituição de prisões decorrentes de atos processuais anteriores à decisão definitiva. Antes da reforma, portanto, somente configurariam “medidas que acautelam” o *jus puniendi* estatal as prisões provisórias, expedidas antes da condenação transitada em julgado.

Adicione-se, entretanto, que outra parcela da doutrina destaca que, além das prisões, havia antes da reforma uma outra “medida cautelar” prevista no ordenamento processual penal brasileiro: a liberdade provisória, conforme se pode verificar do ensinamento doutrinário abaixo destacado:

Durante anos e anos, nosso sistema processual penal ofereceu ao magistrado apenas duas opções de medidas cautelares de natureza pessoal: prisão cautelar ou liberdade provisória, lembrando que, antes do advento da Lei nº 12.403/11, essa medida de contracautela só podia ser concedida àquele que fora anteriormente preso em flagrante. Tem-se aó o que a doutrina denominava de *bipolaridade cautelar do sistema brasileiro*. Significa dizer que, no sistema originalmente previsto no CPP, ou o acusado respondia ao processo com total privação de liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe era deferido direito à liberdade provisória, seja com a obrigação de comparecer aos atos processuais, na hipótese de liberdade provisória sem fiança, seja mediante o compromisso de comparecer perante a autoridade, todas as vezes que fosse intimado para atos do inquérito, da instrução criminal e para o julgamento, proibição de mudança de residência sem prévia permissão da autoridade processante, e impossibilidade de se ausentar por mais de 8 (oito) dias da residência sem comunicar à autoridade o lugar onde poderia ser encontrado no caso de liberdade provisória com fiança (LIMA, 2011, p. 04).

É possível denotar, destarte, que independentemente de se considerar apenas a “prisão” como medida cautelar, ou de se considerar tanto a prisão quanto a liberdade provisória medidas cautelares do antigo sistema, fato é que pelo sistema

revogado do Código de Processo Penal a “prisão” consistia em regra a ser observada e aplicada em face dos investigados e acusados, enquanto a liberdade seria uma exceção, e por isso “provisória”, concedida mediante o cumprimento de uma série de requisitos.

Essa “regra de aprisionamento”, agora revogada, existia em virtude de ter sido o Código de Processo Penal brasileiro fortemente inspirado no código fascista italiano. Segundo preleciona Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 11):

Nosso Código de Processo Penal, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942, em pleno Estado-Novo, tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Basta ver, por exemplo, a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41) que, no seu nº II, salienta: “De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade.

Não é necessário muito esforço para se demonstrar a completa incompatibilidade desse mecanismo de aprisionamento da redação original do Código de Processo Penal com a atual Constituição Federal (de 1988).

Com efeito, se o Código de Processo Penal partia do pressuposto de que os investigados e acusados deveriam ser mantido encarcerados até a decisão definitiva, sendo a liberdade concedida apenas a título provisório, caminho diametralmente oposto escolheu a atual Constituição Federal.

Por esta razão, antes mesmo do advento da reforma processual penal promulgada pela Lei nº 12.403/11, que instituiu diversas medidas cautelares alternativas e preferenciais à prisão, o Código de Processo Penal já havia sido pontualmente reformado em mais de uma ocasião, no sentido de se promover à consagração do princípio da presunção de inocência, protegido pelo inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, de modo a se propiciar a *liberdade* como regra a ser observada e a *prisão* como exceção.

Segundo bem preceitua Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 469-470):

O sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941 foi elaborado e construído a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade (aqui referida no sentido lato, de responsabilidade penal), na medida em que a fundamentação da custódia (ou prisão) refere-se apenas à lei, e não a uma razão cautelar específica. De ver, então, que a minirreforma do processo penal, trazidas sobretudo com as Leis nºs 11.689, 11.690 e 11.719, todas de 2008, pôs fim, em definitivo, à prisão como mera decorrência da decisão de pronúncia ou de sentença condenatória.

Fica evidente que o sistema de aprisionamento existente na redação original do Código de Processo Penal não tinha como finalidade acautelar a prestação jurisdicional. Partia-se apenas do pressuposto de que os investigados e acusados deveriam ser mantidos recolhidos até a decisão definitiva, não sendo necessário nenhum motivo especial para tanto, ou seja, não era necessária a demonstração dos elementos que configuram a concessão da “cautela”: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Bastava haver a prisão em flagrante, pronúncia etc. para que o investigado ou acusado devesse se manter preso até a decisão definitiva.

A Constituição Federal e as reformas no Código de Processo Penal, acima citadas, nasceram, portanto, com a finalidade de alterar esse quadro, fazendo com que as prisões concedidas *antes* da condenação definitiva assim existissem em virtude de um *motivo determinado*. Passou a ser necessário demonstrar, fundamentadamente, as razões pelas quais o investigado ou acusado deveria ser levado ao cárcere a título provisório, uma vez que a regra é a liberdade de todos, em virtude da consagração do princípio da presunção de inocência.

É possível afirmar sem sombra de dúvidas portanto que a Constituição Federal foi o diploma que instituiu a prisão provisória como medida cautelar no processo penal. Uma vez que a liberdade é a regra, a prisão passou a ser concedida apenas quando presentes os requisitos autorizadores da cautela: a fumaça do bom direito e o perigo na demora. Nesse sentido, preleciona a doutrina:

Já com a Constituição Federal de 1988, duas consequências imediatas se fizeram sentir no âmago do sistema prisional, a saber: a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal; b) a garantia de que toda prisão seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente. A mudança foi muito mais radical do que aparentava ser, a um primeiro e superficial exame. [...] Toda prisão antes do trânsito em julgado deve ser considerada uma prisão provisória. Provisória unicamente no



sentido de não se tratar de prisão-pena, ou seja, aquela decorrente de sentença penal condenatória passada em julgado, também chamada de prisão definitiva, embora se saiba que não existe prisão por tempo indeterminado (perpétua) no nosso ordenamento. De outro lado, toda prisão anterior ao trânsito em julgado deve também ser considerada uma prisão cautelar. Cautelar no que se refere à sua função de instrumentalidade, de acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública. Assim, a prisão que não decorra de sentença passada em julgado será, sempre, cautelar e também provisória (OLIVEIRA, 2011, p. 471).

Assim, apenas com o advento da Constituição Federal é que a prisão determinada antes de decisão condenatória transitada em julgado passou a ostentar caráter de medida cautelar, de instrumentalidade ao interesse principal perseguido pelo processo penal, que é o de punir o infrator penal.

A doutrina não se contentava, ainda assim, com a prisão como único mecanismo cautelar a ser adotado no processo penal, mesmo tendo a Constituição Federal alterado o panorama de aprisionamento provisório, deixando este de ser regra e passando a ser exceção.

Um dos motivos – e talvez o principal deles – é a consciência dos malefícios decorrentes do encarceramento. Como já acima se viu, muito se tem dito sobre a falência da prisão, uma vez que esta não cumpriria a nenhum dos objetivos pelos quais é constituída. Outro importante motivo é a falta de *proporcionalidade* entre o fim visado e o meio concedido. Com efeito, diversas outras medidas poderiam ser tomadas para se proteger a persecução penal, sem que fosse necessário recorrer à prisão.

Como acima já se destacou, antes da reforma promulgada pela Lei nº 12.403/11, a legislação pátria, pouco a pouco, foi criando mecanismos cautelares diversos da prisão, até que finalmente adveio a reforma processual penal em estudo.

Mas, no fim das contas, o que se pretende “acautelar” com o advento das novas medidas cautelares previstas no reformado art. 319, que institui medidas cautelares diversas da prisão e a estas preferenciais?

Pela redação do dispositivo, é possível afirmar que as medidas cautelares visam a assegurar, a um só tempo, tanto a concretização do *jus puniendi* quanto os bens jurídicos já vitimados pelo delito e, ainda, os direitos fundamentais do acusado. Senão vejamos.

Quando o dispositivo prevê ser possível a concessão de medida cautelar consistente em “comparecimento periódico em juízo para informar e justificar as atividades”, quer demonstrar que, de fato, tal medida se presta a fazer com que o juízo tome conhecimento da vida do investigado ou acusado após o fato em apuração, para que, com base nos dados colhidos, seja possível verificar se pode este reincidir ou, de qualquer modo, se esquivar da aplicação da lei penal. Essa medida, prevista no inciso I, possui a finalidade essencial de acautelar a aplicação da lei penal, porquanto a justificativa de atividades tem como objetivo demonstrar se o agente encontra-se em condições de acompanhar o processo e, em caso de condenação, cumprir a pena a ele imposta.

O inciso III, por sua vez, prevê a medida de “proibição de contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indicado ou acusado dela permanecer distante”. Essa medida cautelar, como se pode perceber, visa proteger interesse específico da vítima do delito, tendo em vista que por intermédio da concessão da referida medida o suposto autor do fato não pode sequer se aproximar da vítima dos fatos. Diferentemente da primeira hipótese, essa medida cautelar não visa proteger um interesse de índole meramente pública, consistente no acautelamento do direito de punir do Estado, e sim proteger a integridade física ou psicológica da vítima do delito.

Finalmente, é importante destacar que, analisadas em conjunto, as medidas cautelares “asseguram” direitos fundamentais do investigado ou acusado, uma vez que é estabelecido um rol de medidas preferenciais a serem concedidas anterior e preferencialmente à prisão, em manifesto aplauso ao princípio da presunção de inocência. Para tanto, deve o juiz valer-se do princípio da proporcionalidade, como no tópico abaixo se verá.

As medidas cautelares no processo penal, portanto, não possuem apenas a finalidade de assegurar a “aplicação da lei penal”, consubstanciada no direito de punir (*jus puniendi*). Visa, sobretudo, proteger direitos. Protege-se tanto o próprio direito de punir, quanto direitos das vítimas dos delitos e até mesmo direitos fundamentais do próprio investigado ou acusado.

Aproximam-se, portanto, as medidas cautelares do processo penal com a corrente doutrinária de ordem processual civil que defende que as medidas

cautelares possuem como finalidade não apenas a proteção da “efetividade do processo”, mas também a dos direitos em si. Segundo preceituam Marinoni e Arenhart (2008, p. 20):

Contraopondo-se à teoria clássica – que, repita-se, não relacionava a função jurisdicional com a tutela do direito material –, surgiu a teoria que atribuiu à função cautelar a proteção de um direito aparente submetido a perigo de dano iminente. Nesta direção, a tutela cautelar não protege o processo, mas sim o direito.

Bem se vê, portanto, que as medidas cautelares no processo penal, elencadas no novo art. 319, visam assegurar a efetividade de direitos. Acautela-se tanto o direito de punir, quanto o direito das vítimas dos delitos e, também, os direitos fundamentais do investigado ou acusado.

#### **4.2 Pós-Positivismo, Proporcionalidade e Medida Cautelar**

A Constituição Federal, com o seu amplo rol de direitos fundamentais, faz surgir um movimento interpretativo jurídico denominado pela doutrina como “pós-positivismo” ou “neoconstitucionalismo”. Consiste em se reiterar e afirmar a força normativa do que está contido na Constituição, atribuindo a máxima efetividade e imperatividade das normas constitucionais diante de todo o ordenamento jurídico.

Com o pós-positivismo, permite-se superar o positivismo meramente formalista e descompromissado com os valores previstos constitucionalmente. Os valores normativos da Constituição devem ser preponderantes em todo o sistema jurídico, sobrepujando-se às demais normas do ordenamento. Deve-se buscar a todo tempo um diálogo constante entre o intérprete e as normas constitucionais, de modo a se permitir que a todo momento sejam tais normas o objetivo do aplicador do Direito.

Segundo preleciona a doutrina:

“Dentre as principais características do pós-positivismo – ou preferem alguns, neopositivismo – destacam-se a importância dada aos valores; a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, considerada o valor constitucional supremo, por meio da consagração e respeito aos direitos fundamentais; e o caráter normativo atribuído aos princípios” (NOVELINO, 2008, p. 64).

Lenice S. Moreira de Souza (2009, p. 13) explica que a finalidade do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo é a de:

Contribuir pra a consolidação do entendimento de que a Constituição deva ser o epicentro da ordem jurídica brasileira, não simplesmente como um texto normativo formal dotado de hierarquia superior, mas como um fenômeno social e normativo que efetivamente constitui a realidade. A partir de tal compreensão, a aplicação da Constituição é capaz de contribuir, concretamente, com a necessária transformação da realidade social brasileira, profundamente injusta e desigual, geradora de indignidade humana.

Como já se citou no início deste trabalho, o pós-positivismo ou neoconstitucionalismo visa alcançar “a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo” (LENZA, 2011, p. 59). Em suma, o neoconstitucionalismo, decorrência natural da Constituição de 1988, visa concretizar os princípios fundamentais decorrentes da Constituição, sejam estes previstos expressa ou tacitamente.

Um dos princípios decorrentes do texto constitucional é o denominado “princípio da proporcionalidade”. Segundo preleciona a doutrina:

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico (Coelho, apud LENZA, 2011, p. 75).

Referido princípio é decorrência natural de um Estado de Direito que se funda na justiça (o que é o caso do Brasil, como se pode verificar do próprio preâmbulo constitucional, que afirma ser a justiça um de seus “valores supremos”). Sua aplicabilidade “depende de uma relação de causalidade entre o meio e o fim”

(ÁVILA, 2011, p. 175). Assim, para cada fim a ser atingido, um meio mais “justo e adequado” deve ser procurado.

Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 25) traz, ainda, outro fundamento da existência do princípio da proporcionalidade no ordenamento brasileiro:

O princípio da proporcionalidade não está previsto de maneira expressa na Constituição Federal. Porém, não há como negar sua *sedes materiae* na própria Carta Magna, estando inserido no aspecto material do princípio do devido processo legal (*substantive due process of law*) - “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, art. 5º, inc. LIV).

Assim sendo, é impossível negar que o princípio da proporcionalidade deve adentrar no Processo Penal. Como já se destacou, é decorrência natural do pós-positivismo a preponderância de princípios constitucionais. No mesmo passo, o princípio da proporcionalidade é também uma decorrência da Constituição Federal. Nesse passo, a proporcionalidade é medida a ser levada em consideração tanto pelo legislador ao elaborar as normas relativas ao Processo Penal quanto pelo aplicador de tais normas diante dos casos em concreto.

E assim bem agiu o legislador ao instituir as medidas cautelares previstas no novo art. 319.

De fato, ainda ao discorrer sobre a prisão como única medida cautelar existente (ou seja, antes da reforma do art. 319), Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 473) já asseverara que “a proporcionalidade da prisão cautelar é a medida de sua legitimação, a sua *ratio essendi*”. Assim se posiciona justamente porque a proporcionalidade não é, na verdade, a medida da legitimação apenas da prisão cautelar, mas sim de toda a atividade jurisdicional. Toda a atividade judicial deve ter como ponto fundante a proteção do princípio da proporcionalidade e, com ainda maior razão, quando esta atividade atingir um bem jurídico tão importante, como o direito à liberdade.

Com as novas medidas previstas no art. 319, possibilitou-se ao juiz verificar, segundo o caso em concreto, qual a medida proporcionalmente mais adequada a ser tomada para que se acautele o direito de punir do estado e os direitos fundamentais das vítimas dos delitos e dos investigados ou acusados. As

medidas cautelares, deste modo, aplaudem o princípio da proporcionalidade, pois abrem um leque de opções a serem escolhidas de acordo com o fim a que se busca atingir.

Ademais, o artigo 282, II, do Código de Processo Penal, também reformado, ainda que de modo implícito adota a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no momento da aplicação das medidas cautelares, como bem explica a doutrina:

Em sede de medidas cautelares de natureza pessoal, tem-se que a medida somente será legítima quando o sacrifício da liberdade de locomoção de acusado for proporcional à gravidade do crime e às respectivas sanções que previsivelmente venham a ser impostas ao final do processo. Isso porque seria inconcebível admitir-se que a situação do indivíduo ainda inocente fosse pior do que a da pessoa já condenada. Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, a obrigatória observância desse subprincípio [da proporcionalidade em sentido estrito] da proporcionalidade passa a constar expressamente do Título IX, atinente à prisão, às medidas cautelares e à liberdade provisória. Consoante a nova redação do art. 282, II, do CPP, as medidas cautelares previstas no referido Título deverão ser aplicadas observando-se a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (LIMA, 2011, p. 34).

Verifica-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade fundou a instituição das novas medidas cautelares previstas no art. 319 e que, outrossim, deve o mesmo princípio ser observado pelo juiz no momento da concessão da medida cautelar, devendo-se conceder medidas mais enérgicas na exata proporção da gravidade dos casos deduzidos em juízo.

Interessante destacar que dentre as medidas a serem tomadas, o legislador de antemão já tratou de destacar que a medida de prisão é a mais grave, devendo ser escolhida apenas em último caso. Tratou, portanto, de efetuar juízo abstrato de ponderação entre os valores constitucionais em jogo: presunção de inocência de um lado e direito de punir e direitos vitimológicos de outro.

## 5 AS MEDIDAS CAUTELARES EM ESPÉCIE

### 5.1 Considerações Introdutórias

Já se explicitou no decorrer deste trabalho que as medidas cautelares existentes antes da reforma em comento concentravam-se na prisão cautelar, excetuadas algumas hipóteses esparsas na legislação processual penal extravagante (como a Lei “Maria da Penha”).

Urgiu, então, a Lei nº 12.403/11 alterar a redação do art. 319 do Código de Processo Penal, que antes tratava sobre a “Prisão administrativa”. Como soa evidente, o revogado art. 319 do CPP já não ostentava a menor aplicabilidade, dada a sua manifesta incompatibilidade com o texto constitucional de 1988. Nesse sentido, destaque-se o ensinamento doutrinário sobre o já revogado dispositivo:

Não falta quem, em doutrina, ainda sustente a existência da prisão administrativa prevista no art. 319 e seguintes do CPP, com a pequena ressalva de que esta seria possível desde que determinada por autoridade judiciária. Ora, se assim é, não há razão alguma para se falar ainda na existência de prisão de natureza administrativa. Mas a questão não nos parece acabar por aqui. Não reconhecemos a vigência de quaisquer das hipóteses de prisão arroladas no art. 319 do CPP, sobretudo aquela mencionada no item I, que cuida da prisão do devedor de tributos, em inteiro e absoluto contraste com a norma constitucional que veda a imposição de prisão civil (e muito menos penal) por dívida (art. 5º, LXVII). Não bastasse, a matéria é tratada, hoje, em sede de Direito Penal, como apropriação indébita previdenciária, conforme art. 168-A e seguintes, e art. 337-A, todos do Código Penal. Resumindo: não há, no cenário brasileiro, atualmente, qualquer prisão administrativa, a não ser no Direito Militar, que não é objeto de nossos estudos (OLIVEIRA, 2011, p. 511).

A reforma tratou de remover do ordenamento processual brasileiro, portanto, definitivamente, a possibilidade de decretação de prisão administrativa, a qual constava do Código de Processo Penal apenas para fazer volume, uma vez que fica claro que tal modalidade de prisão não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Passemos à análise, destarte, das medidas cautelares em espécie, constantes dos incisos do novo art. 319 do Código de Processo Penal.

## 5.2 O Comparecimento em Juízo

A primeira medida cautelar prevista alternativamente à prisão é o comparecimento periódico em juízo, conforme se denota da redação do inciso I:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar suas atividades.

Não se trata, tal medida cautelar, de forte “inovação” jurídica. Com efeito, a legislação processual extravagante já prevê o comparecimento periódico em juízo como um dos requisitos para a concessão do benefício constante no § 1º do art. 89 da Lei nº 9.099/95, conhecido como “suspensão condicional do processo”, além de também configurar requisito autorizador de *sursis*, como se depreende do constante no art. 78, § 2º, c, do Código Penal. A disposição do art. 89, § 1º, inciso IV, da lei dos juizados especiais, ostenta a seguinte redação:

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

No mesmo sentido, há o seguinte ensinamento doutrinário:

A medida se assemelha àquela prevista no art. 89, § 1º, IV, da Lei nº 9.099/95, que impõe ao acusado, como condição a ser cumprida no período de prova da suspensão condicional do processo, o comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para justificar suas atividades (LIMA, 2011, p. 358).



E como o comparecimento periódico pode proporcionar o acautelamento dos três elementos citados como objeto de tutela das medidas cautelares (direito de punir, da vítima e do acusado)? Ora, a finalidade do comparecimento obrigatório em juízo é a de conhecer mais detalhadamente o comportamento do autor, seus hábitos de vida, sua profissão e, sobretudo, seu respeito perante a imperatividade judicial para que, deste modo, verifique-se se a liberdade no decorrer do processo penal a ele pode ser garantida ou se, contrariamente, o exercício de tal direito fundamental servirá somente para impedir a aplicação da lei penal, culminando até mesmo em eventual reincidência. Destarte, o comparecimento necessariamente deve ser periódico e determinado em curtos períodos, para que tais condições sejam melhor examinadas.

Quanto à finalidade da medida cautelar de comparecimento periódico em juízo, ensina Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 358):

Essa medida cautelar tem como objetivo precípua verificar que o acusado permanece à disposição do juízo para a prática de qualquer ato processual, mas também pode ser usada para se obter informações acerca das atividades que o acusado está exercendo.

Diferentemente do que dispõe a lei dos juizados, o novo art. 319 não previu prazo para comparecimento em juízo para justificativa de atividades. Aqui, como já se teve a oportunidade de se destacar, é a proporcionalidade o critério a ser utilizado pelo juiz no momento de se determinar a quantidade de vezes que o investigado ou acusado deverá comparecer em juízo em determinado período. Nada impede que seja determinado o comparecimento semanal ou até mesmo diário em juízo, desde que, evidentemente, essa medida seja proporcional e adequada aos fins que visa atingir (que é o de se acautelar a aplicação da lei penal e os direitos da vítima e acusado).

Nada impede, como base na mesma proporcionalidade, que o não comparecimento esporádico, eventual e justificado não configure violação da medida cautelar, impedindo-se outrossim a conivência em prisão cautelar. Nos mesmos moldes em que o bom-senso deve ser um importante critério a ser levado em consideração no momento de verificação do cumprimento da medida de comparecimento periódico em juízo decorrente da suspensão condicional do

processo, deve-se prestar para apuração do cumprimento da medida cautelar em estudo. Discorrendo sobre o bom-senso judicial na verificação da periodicidade do comparecimento, aduz Tourinho Filho (2008, p. 219):

Se as atividades do acusado o obrigarem a viagens, muitas e muitas vezes não poderá ele comparecer todo mês a juízo para dizer que está trabalhando. Mesmo que não seja essa a hipótese, os juízes, com muito bom senso, têm espaçado esse prazo: de dois em dois meses, de três em três. Tudo dependendo do caso concreto.

Saliente-se, por fim, que na prática a presente medida não chega a atingir todos os objetivos que possui na teoria. Limita-se o comparecimento periódico em juízo em demonstrar que o acusado não evadiu-se do local, o que é bom. Mas não se pode afirmar que as suas atividades são “justificadas” por intermédio do comparecimento periódico em juízo. Ninguém em sã consciência justificaria suas atividades admitindo que continua na atividade delitiva ou que planeja fuga. Assim agem os acusados que gozam do benefício da suspensão condicional do processo, os quais comparecem em juízo e apenas “assinam um termo”, fatalmente agirão os investigados e acusados submetidos à medida cautelar em análise. Deste modo, os fins da medida cautelar prevista no inciso I do novo art. 319 do Código de Processo Penal serão apenas em parte atingidos.

### **5.3 Proibição de Frequência ou Acesso a Determinados Lugares**

A segunda medida cautelar, prevista no inciso II do art. 319, consiste na proibição de acesso ou frequência a determinados ambientes. A redação do dispositivo é a seguinte:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: 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.

Segundo preleciona a doutrina, as razões que justificam a criação desta medida cautelar são as que abaixo seguem:

É sabido que determinados locais, por sua natureza, finalidade, localização ou tipo de frequência, favorecem a prática de infrações penais. Trata-se, portanto, de medida cautelar que se afigura adequada para os casos em que a vedação se mostrar necessária para prevenir a prática de novos ilícitos. Por ocasião de sua adoção, deve o magistrado especificar quais os lugares que o acusado não pode frequentar, sendo inadmissível a proibição de frequência a determinados locais em termos genéricos, sem especificá-los (LIMA, 2011, p. 359).

É importante esclarecer que o dispositivo é expresso ao afirmar que a medida cautelar de proibição de acesso ou frequência a determinado lugar deve guardar conexão com as “circunstâncias relacionadas ao fato” que culminou na instauração do procedimento investigatório ou ação penal na qual a medida cautelar foi solicitada. Daí decorre afirmar-se que existem determinados locais que “segundo, sua natureza, favorecem a prática de infrações penais”, conforme acima já citado, mas que *não podem* ser objeto da cautelar em estudo se o crime em apuração não tiver sido praticado como decorrência do acesso a tais ambientes. Não parece ser justificável que uma pessoa que esteja sendo processada por furto qualificado por abuso de confiança, por exemplo, tenha contra si concedida uma medida cautelar consistente na proibição de acesso a um bar da periferia da cidade se entre o furto e a frequência a este ambiente não houver a mínima ligação fática. Reitere-se: é exigência do próprio dispositivo que a proibição de acesso a determinado lugar deve ser relacionada com o fato que se pretende coibir ou evitar.

Esta medida cautelar, assim como a primeira, não configura grande novidade no nosso ordenamento, embora somente agora tenha ganhado roupagem de “medida cautelar”. Com efeito, a proibição de frequentar determinados ambientes já encontrava guarida legal no mesmo § 1º do art. 89 da Lei nº 9.099/95 (inciso II), além de ser requisito autorizador de *sursis*, nos termos do art. 78, § 2º, a, do Código Penal. Também pugnando pela necessidade de relação entre o delito praticado e a medida imposta em sede de concessão de *sursis* penal, assim preleciona Tourinho Filho (2008, p. 218):

Como já se afirmou, a condição do *sursis* relativa à proibição de frequentar determinados lugares, prevista no art. 78, § 2º, a, do CP, deve guardar relação com o delito praticado; assim, não pode ser estabelecida de forma imprecisa, impondo-se sejam mencionados quais são esses lugares que o apenado não poderá frequentar enquanto vigente o benefício.

A dificuldade dessa medida reside em sua materialização. Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 359) aduz que “a adoção dessa medida deve ser comunicada de imediato à Polícia Judiciária e à própria Polícia Militar, a fim de que dêem apoio ao seu cumprimento”. Quando se tratar de concessão relativa a um local em específico (por exemplo, quanto ao bar “x”), pode ser que a medida seja mais viável se se notificar o proprietário do estabelecimento quanto à concessão da medida. Se, por outro lado, a medida consistir na proibição de frequentar diversos ambientes de mesma natureza (como, por exemplo, “todos os bares da região na qual reside o acusado”), então a medida passa a ter sua fiscalização muito dificultada. Tal dificuldade, entretanto, não pode desmotivar a concessão da medida. O Judiciário não pode partir do pressuposto de que suas decisões não ostentam eficácia nenhuma em virtude da fraqueza da atuação do Executivo, devendo tomar sempre as medidas necessárias para se prevenir a reiteração da conduta delitiva. De qualquer modo, quanto mais inespecífica a medida, mais difícil a sua fiscalização e, nesse sentido, menos impelido o investigado ou acusado a cumpri-la.

#### **5.4 Proibição de Contato com Pessoa Determinada**

A terceira medida cautelar alternativa à prisão encontra previsão no inciso III do art. 319. Vejamos:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante.

Novel hipótese é uma importação a título genérico do conteúdo específico constante do art. 22, III, a e b, da Lei nº. 11.340/06 (Lei de Prevenção e

Combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher - “Lei Maria da Penha”). Este dispositivo prevê o quanto segue:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: III – proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação.

Como se vê, a medida protetiva de urgência prevista na Lei Maria da Penha foi estendida agora a todo o processo penal. Procura-se, por intermédio da concessão desta medida cautelar, o seguinte:

Esta medida visa proteger determinada(s) pessoa(s), em situação de risco em virtude do comportamento do agente. Suponha-se, a título de exemplo, situação em que uma pessoa esteja sendo vítima de ameaças por parte do agente, ou, ainda, hipótese em que um indivíduo esteja sendo ofendido em sua honra subjetiva por meio de ligações telefônicas. Em tais situações, como os crimes de ameaça e de injúria têm pena máxima inferior a 4 (quatro) anos, não seria cabível a decretação da prisão preventiva. Porém, a fim de se evitar que haja a reiteração da conduta delituosa, poderá o juiz determinar que o acusado se abstenha de manter contato com a vítima, hipótese em que referida medida seria adotada de modo a evitar a prática de novas infrações penais (LIMA, 2011, p. 360).

Cabe destacar, entretanto, uma diferença sensível entre ambos os dispositivos, a qual não poderia ter sido omissa o legislador. Enquanto a Lei Maria da Penha é clara ao possibilitar ao juízo o estabelecimento de “limites mínimos de distância entre o agressor e a vítima”, o inciso III do novo art. 319 nada dispõe a respeito. Deste modo, acredita-se ser necessária a utilização de integração analógica entre ambos os dispositivos, para que o juízo, ao conceder a cautelar com base no inciso III do art. 319, possa estabelecer tais limites, sob pena de se esvaziar a efetividade da medida. Decidir pela proibição de manter contato com pessoa determinada e não poder estabelecer distância mínima é enfraquecer a decisão cautelar. A mera “proibição de contato” é medida inespecífica, vaga. Melhor é proibir o contato e, além disso, estabelecer limites mínimos de distância entre o agente e a vítima ou testemunha.

## 5.5 Proibição de Ausentar-se da Comarca

O processo penal brasileiro, antes da reforma em comento, previa que o temor de evasão do acusado configurava hipótese para a decretação da prisão preventiva. Era, a prisão preventiva, o único instrumento apto a combater a iminência de fuga à aplicação da lei penal, conforme se pode denotar do ensinamento doutrinário abaixo destacado:

Antes do advento da Lei nº 12.403/11, caso o investigado ou acusado desse indicativos de que pretendia se evadir do distrito da culpa, inviabilizando futura e eventual execução da pena, a única medida cautelar expressamente prevista em lei para tutelar a aplicação da lei penal era a decretação de sua prisão preventiva (LIMA, 2011, p. 361).

O inciso IV do art. 319, mudando este panorama, ostenta a seguinte redação:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: IV – proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.

Assim como ocorreu com os dois primeiros incisos do citado artigo, a medida cautelar consistente na “proibição de ausentar-se da Comarca” é também uma importação do contido tanto no § 2º do art. 78 do Código Penal quanto no art. 89, § 1º, da lei dos juizados especiais. Prevêem tais dispositivos que a proibição de ausentar-se da comarca sem autorização do juízo é condição para concessão tanto do *sursis* penal quanto do *sursis* processual, respectivamente.

Daí é possível verificar uma inovação: a medida cautelar é clara ao especificar que a proibição de ausentar-se da comarca é medida a ser concedida apenas se a permanência do investigado ou acusado no juízo da culpa é conveniente ou necessária para a instrução criminal.

Assim, não parece ser referida medida a de rigor a ser tomada se já houver sido concluída a instrução probatória, com oitiva de testemunhas e colheita do interrogatório do réu.

Rômulo de Andrade Moreira (2011, p. 86) traz pensamento interessante a respeito da medida em comento:

Trata da proibição de ausentar da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução (aqui, é preciso atentar para aqueles casos em que o indiciado ou réu trabalhe em local muito muito distante de seu domicílio, como nas regiões metropolitanas das grandes cidades; nesse caso, impor essa medida, convenhamos, não é nada razoável).

De fato, a proporcionalidade deve também imperar na concessão desta medida cautelar, sob pena de se incorrer em ilegitimidade do ato.

Saliente-se, finalmente que esta medida cautelar “não revogou a prisão preventiva decretada com base na garantia de aplicação da lei penal” (LIMA, 2011, p. 362). Isso porque pode ser que, de fato, seja a prisão cautelar o único e último instrumento apto a proteger a aplicação da lei penal, aqui entendida no sentido de se evitar o empreendimento de fuga por parte do acusado.

## **5.6 Recolhimento Domiciliar**

A medida de recolhimento domiciliar, segundo a doutrina:

Baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do acusado, que, de modo a não perder seu emprego e poder manter sua rotina de vida praticamente inalterada, sujeita-se à obrigação de não ausentar-se de sua casa no período noturno e nos dias de folga (LIMA, 2011, p. 363).

Bem por isso, ou seja, por ser uma medida que interfere no direito de liberdade do investigado ou acusado, mas sem a mesma gravidade da prisão cautelar, afirma-se que o recolhimento domiciliar “não se trata exatamente de uma

medida cautelar privativa de liberdade, como a prisão cautelar, mas sim restritiva de liberdade” (MOREIRA, 2011, p. 86). Restringe a liberdade apenas no tocante ao período noturno e nos dias de folga. É essa a redação do inciso V do art. 319:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos.

Vê-se que a finalidade dessa medida cautelar é a de compatibilizar interesses relativos tanto à aplicação da lei penal quanto do acusado e mesmo da vítima do delito. Pelo recolhimento domiciliar, evita-se a prática de novos delitos (reincidência), e, protegendo-se o direito trabalho do acusado (o que é, como se denota, requisito necessário para a decretação desta medida cautelar), acaba-se por permitir que este proteja seu patrimônio ou adquira fontes necessárias à indenização da eventual vítima do delito. A medida de recolhimento domiciliar, a um só passo, pode funcionar no sentido de proteção de interesses tanto do Estado, enquanto aplicador da lei penal, quanto da vítima do delito e do próprio investigado ou acusado.

## **5.7 Suspensão de Funções**

O inciso VI traz a seguinte hipótese de medida cautelar:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: 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.

Essa modalidade de medida cautelar, segundo a doutrina, justifica-se nos seguintes termos: “essa medida acautelatória deve ser aplicada em casos de crimes praticados contra a Administração Pública, contra a ordem econômico-



financeira, fiscais, previdenciários ou contra a economia popular” (MOREIRA, 2011, p. 86).

Visa-se, por intermédio desta hipótese de decretação de medida cautelar, evitar que pessoas que tenham acesso a documentos e dados de natureza administrativa, em seu sentido mais amplo, pratiquem crimes facilitados por tal acesso, como o crime de “Extravio de Documento”, previsto no art. 314 do Código Penal, que se configura quando o agente “extravia livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo”.

Em crimes dessa natureza, a mera suspensão do cargo ou função já é suficiente para que a reiteração da conduta delitiva torne-se impossível. Por isso, essa medida deve ser preferencial à prisão cautelar, porquanto menos gravosa.

Ainda, segundo a doutrina:

Referida medida cautelar somente poderá recair sobre o agente que tiver se aproveitado de suas funções públicas ou de sua atividade de natureza econômica ou financeira para a prática do delito, ou seja, deve haver um nexo funcional entre a prática do delito e a atividade funcional desenvolvida pelo agente. Significa dizer que a simples prática do delito não autoriza a decretação da medida, sendo necessária a comprovação da existência de relação entre o crime e as funções exercidas pelo agente, isto é, que o agente tenha praticado o delito aproveitando-se, de algum modo, das vantagens que sua função pública ou que o exercício de atividade de natureza econômica ou financeira lhe forneçam (LIMA, 2011, p. 363-364).

Como se denota, assim como ocorre na medida cautelar prevista no item II, é necessário haver conexão lógica entre o comportamento que se proíbe e a conduta delituosa que em tese tenha o agente praticado para que a medida seja decretada.

## **5.8 Internação Provisória em Caso de Semi-Imputabilidade ou Inimputabilidade**

A reforma promulgada pela Lei 12.403/11 tratou de possibilitar a internação provisória do investigado ou acusado que, em virtude de doença mental

que lhe comprometa ou retire por completo a dirigibilidade, poderá voltar a praticar um delito.

A redação do dispositivo é a seguinte:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável o agente (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração.

Denota-se, pelo constante do dispositivo, que configuram requisitos indispensáveis para a concessão desta medida cautelar: a) a análise pericial que conclua pela inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente; b) que o agente esteja sendo investigado ou processado por crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa; c) que tal imputabilidade ou semi-imputabilidade faça com que o agente possa voltar a praticar uma conduta delituosa. Segundo a doutrina:

Como se percebe, a internação provisória somente será aplicável ao inimputável ou semi-imputável nas hipóteses de fatos típicos e ilícitos cometidos com violência ou grave ameaça, quando houver risco de reiteração, o que demonstra que essa medida deve ser aplicada com a finalidade de proteção da sociedade contra a possível prática de crimes graves. O dispositivo não estabelece distinção entre quem já era inimputável ou semi-imputável à época do crime (CP, art. 26 *caput* e parágrafo único) e aquele cuja doença mental sobreveio à infração. Logo, a medida pode ser aplicada em ambas as hipóteses, jamais como medida de segurança provisória, mas sim como instrumento de natureza cautelar destinado à tutela da garantia da ordem pública, para evitar a prática de novas infrações penais com violência ou grave ameaça (LIMA, 2011, p. 366).

Embora a assertiva doutrinária destacada afirme que a medida presta-se a proteger a sociedade, é evidente que pela internação provisória atinge-se também a proteção do próprio agente. Isso porque o inimputável ou semi-imputável é pessoa que não possui pleno gozo de saúde mental, a qual pode – e sem sombra de dúvida é o que mais ocorre – fazer com que o agente venha a praticar inúmeros outros atos, criminosos ou não, que culminam em sofrimento pessoal, sofrimento familiar, dilapidação de bens etc. A internação provisória presta-se, portanto, a

proteger tanto a segurança pública quanto os direitos fundamentais do próprio agente.

Importante salientar que o dispositivo falha ao tratar apenas do “acusado”. Com efeito, o termo “acusado” é utilizado para designar sujeito que já esteja sofrendo contra si uma ação penal. Não é necessário, para que se decrete esta modalidade de medida cautelar, que tenha o titular da ação penal oferecido a inicial acusatória e o juízo a recebido para que somente a partir de então seja a medida cautelar decretada. Tal medida, assim como todas as demais medidas cautelares – ressalte-se –, pode ser decretada mesmo antes do início da ação penal, quando os supostos autores do fato não passam de “investigados”, e não acusados.

Ademais, é importante salientar que a internação provisória, embora se preste também para o tratamento do agente, não pode se dar a termo indeterminado. Bem por isso, destaca Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 365) o seguinte:

O STJ já teve a oportunidade de asseverar que constitui constrangimento ilegal passível de reparação por via de *habeas corpus* a segregação, em hospital de custódia, de réu inimputável e desprovido de periculosidade pelo longo período de três anos, sem que se tenha dado curso ao procedimento próprio.

Assim, a medida cautelar em estudo parece merecer interpretação análoga à decorrente do prazo da medida de segurança aplicável ao réu inimputável: “é mister reconhecer-se para as medidas de segurança o limite máximo da pena correspondente ao crime cometido, ou a que foi substituída, em razão da culpabilidade diminuída” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 862), embora haja quem defenda que “enquanto não for devidamente curado, deve o sujeito permanecer em tratamento, sob custódia do Estado” (NUCCI, 2007, p. 553).

## 5.9 Fiança

O instituto da fiança foi completamente remodelado pela reforma processual penal de 2011. A título inicial cabe já salientar que a fiança não se configura mais apenas medida de “contracautela”, ou seja, não é a fiança apenas concedida quando o investigado for preso em flagrante. Pode, agora, a fiança ser arbitrada mesmo que se verifique o réu não pode ser levado à prisão cautelar, por inexistem seus requisitos autorizadores. Nesse sentido, vejamos o ensinamento doutrinário:

A fiança não é mais uma medida de contracautela substitutiva da prisão em flagrante. A fiança pode ser concedida de maneira autônoma, independentemente de prévia prisão em flagrante. Logo, como espécie de medida cautelar diversa da prisão (CPP, art. 319, VIII), é evidente que a fiança pode ser arbitrada durante todo o curso da persecução penal, enquanto não transitar em julgado a sentença pena condenatória (CPP, art. 334) (LIMA, 2011, p. 405).

O mecanismo de acautelamento da fiança é simples. Praticado o delito afiançável, é esta arbitrada. Recolhida, o réu poderá acompanhar em liberdade todo o andamento processual e, ao final, caso seja condenado e se apresente para cumprir a pena imposta, o valor pago a título de fiança a ele será devolvido. Impele-se o investigado ou acusado a, deste modo, cooperar no fiel andamento da marcha processual e da execução penal.

Caso deixe de comparecer a determinado ato processual ou não se apresente para cumprir a pena imposta, ocorrerá o perdimento da fiança. “As fianças quebradas ou perdidas serão destinadas ao Fundo Penitenciário Nacional” (LIMA, 2011, p. 423).

### **5.10 Monitoração Eletrônica**

A Lei Federal nº 12.258/10 acrescentou parágrafo único ao art. 122 (que trata sobre a saída temporária do condenado definitivo) da Lei de Execuções Penais. Sua redação é a seguinte:

Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.

Por esta reforma, instituiu-se a possibilidade de utilização de monitoração eletrônica na execução penal brasileira. A doutrina assim leciona a respeito do contido na Lei nº 12.258/11: “Em síntese, a Lei permite a imposição da fiscalização, por meio da monitoração eletrônica, na saída temporária autorizada no regime semiaberto e no caso de prisão domiciliar” (VAZ, 2010, p. 04).

De fato, a lei citada não tratou de prever a utilização de monitoração eletrônica como espécie de medida cautelar, aduzindo apenas que “O juiz poderá definir a fiscalização por meio de monitoração eletrônica quando autorizar a saída temporária no regime semiaberto ou determinar a prisão domiciliar”, conforme se pode extrair do constante no art. 146-B da Lei de Execuções Penais.

Sobreveio, então, a Lei nº 12.403/11, que tratou de especificar que a monitoração eletrônica é espécie de medida cautelar diversa da prisão, conforme se denota do constante no inciso IX do novo art. 319. Tal espécie de medida:

Consiste no uso da telemática e de meios tecnológicos, geralmente por meio da afixação ao corpo do indivíduo de dispositivo não ostensivo de monitoração eletrônica, permitindo que, à distância, e com respeito à dignidade da pessoa a ele sujeito, seja possível observar sua presença ou ausência em determinado local e período em que ali deva ou não possa estar, cuja utilização deve ser feita mediante condições fixadas por determinação judicial (LIMA, 2011, p. 368).

Diante do surgimento de tal medida, há quem se levante para se posicionar no sentido da inconstitucionalidade da monitoração eletrônica. Denise Provasi Vaz (2010, p. 05) assim se posiciona, por exemplo:

Ora, é intuitiva a ideia de que um equipamento atrelado ao corpo em tempo integral afeta o estado psicológico da pessoa e impede a superação da lembrança da má conduta, prejudicando sua readaptação. Constitui, ainda, forma de cumprimento de pena incidente sobre o próprio corpo do condenado. Desse modo, é de se concluir que a monitoração eletrônica – mormente se entendida como uma condição adicional para a liberdade e não como substitutivo da prisão – afronta a integridade moral do indivíduo e caracteriza pena degradante, em oposição ao postulado constitucional (art. XLVII e XLIX).

Em contrapartida, há posicionamento doutrinário no sentido da constitucionalidade da monitoração eletrônica:

Diante das mazelas do sistema carcerário, verdadeira fábrica de reincidência, que não protege a integridade física e moral do preso, sujeitando-o a uma série de sevícias sexuais, à transmissão de doenças como AIDS e tuberculose, qualquer instrumento que venha a servir como substitutivo do encarceramento cautelar deve ser acolhido pelo sistema (LIMA, 2011, p. 371).

De fato, embora seja inegável que medidas que recaiam sobre o corpo do agente de certo modo lhe ataquem a dignidade, fato é que a monitoração é medida muito menos gravosa que o encarceramento. Muito mais grave que uma pulseira ou tornozeleira são todos os fatos indignos pelos quais o preso acaba tendo que passar. Assim, a monitoração eletrônica, mormente quando se tratar de medida cautelar, é uma alternativa ruim mas ainda assim melhor que o aprisionamento.

## 6 CONCLUSÃO

Diante de todo o trabalho desenvolvido, foi possível chegar às seguintes conclusões:

1. Hoje, tem-se buscado a preponderância das normas constitucionais, com o objetivo de se fazer com que seu conteúdo seja aplicado segundo sua máxima efetividade. Vigora o pós-positivismo, cujo preceito básico é o da busca pela concretização das normas constitucionais e dos direitos fundamentais, superando-se um positivismo despreocupado com os valores que inspiram uma sociedade que possui em seu texto fundamental uma ampla declaração de direitos.

2. Dentre os princípios constitucionais, destaca-se o princípio constitucional penal de presunção de inocência, segundo o qual aquele que não tem contra si uma sentença condenatória definitiva não pode ser considerado culpado e, portanto, não pode sofrer as consequências advindas da culpa (como a pena). Em contrapartida, a própria Constituição eleva diversos direitos à categoria de direitos fundamentais, como a vida, assim como estabelece o direito de punir ao Estado, para que, por intermédio da lei penal, seja possível punir os agressores desses direitos fundamentais. Evidencia-se, portanto, um conflito entre valores constitucionais diametralmente opostos: a presunção de inocência e o direito de punir do Estado, que tem por plano de fundo a proteção de direitos fundamentais violados pela prática de crimes.

3. Desse conflito, surge a necessidade de “ponderação” entre valores constitucionais, para que se propicie a máxima eficácia de todos os valores em jogo, devendo um deles ceder espaço à aplicação do outro sem perder sua vigência e eficácia. Diante disso, o legislador brasileiro resolveu instituir medidas cautelares diversas da prisão, com a precípua finalidade de proteger a presunção de inocência do não-condenado (evitando-se a prisão) e, ao mesmo tempo, possibilitar a proteção do direito de punir do Estado. As medidas cautelares diversas da prisão protegem,

portanto, tanto os interesses dos acusados como os interesses do Estado, em uma boa atividade de sopesamento entre valores constitucionais.

4. Uma das principais justificativas para que se evite ao máximo o encarceramento é a crise – também denominada até mesmo como “falência” - da prisão. Surgida como “pena” somente a partir do movimento iluminista, a pena vem sendo desde então fortemente criticada por não cumprir com nenhum de seus objetivos. Pouco a pouco a pena de prisão vai sendo mitigada no ordenamento pátrio, e o advento das medidas cautelares diversas da prisão segue a mesma linha, tendo em vista que estabelece que a prisão é a última dentre as medidas cautelares a serem tomadas.

5. Antes do advento da reforma, as medidas cautelares giravam em torno da prisão. Agora, diversas medidas foram estabelecidas, e devem ser aplicadas preferencialmente à prisão.

6. O principal princípio de estatura constitucional a ser aplicado no momento da decretação das medidas cautelares é o princípio da proporcionalidade. Segundo este vetor, a medida cautelar deve ser mais aguda segundo a gravidade do delito e as necessidades específicas do caso concreto. Deve, a proporcionalidade, ser observada em todo o ordenamento, vinculando tanto o Legislativo ao instituir normas quanto o Judiciário ao aplicá-las. Especialmente, deve a proporcionalidade funcionar como diretriz básica da aplicação das medidas cautelares, uma vez que encontra-se em jogo o direito de liberdade do indivíduo, que pode no caso ser tolhido mesmo sem sentença penal definitiva.

7. Algumas medidas cautelares, embora sejam novidade como tais, já existiam no ordenamento, mas com diversa função: a de requisitos para concessão de benefícios despenalizadores. É o que ocorre, por exemplo, com as medidas de comparecimento periódico em juízo e com as proibições de frequência a determinados lugares, de contato com determinada pessoa e de ausentar-se da comarca, assim como a monitoração eletrônica. Esta última modalidade possui certa resistência doutrinária, mas vinga e se justifica (sendo, portanto, constitucional) a partir do momento em que possibilita a aplicação de uma medida cautelar mais favorável e benéfica ao investigado que a prisão.



8. Outras medidas, quem também já existiam no ordenamento com roupagem distinta, agora ganham natureza específica de cautela. A fiança, que antes da reforma consistia apenas em medida de “contracautela”, já que era concedida como mecanismo de liberdade provisória, pode agora ser arbitrada mesmo que não se cogite a possibilidade de prisão cautelar, funcionando como medida essencialmente cautelar, visando compelir o indivíduo a participar de todos os atos processuais, sob pena de perda do valor afiançado.

9. A internação provisória pode, agora, ser concedida a título cautelar quando se verificar que o indiciado ou acusado é inimputável ou semi-imputável. Imprescindível, no caso, a verificação de tal situação por intermédio de análise pericial.

10. A suspensão de exercício ou atividade de natureza pública, ligada a funções relativas à área econômico-financeira, é também nova medida cautelar diversa da prisão, justificando-se porquanto menos lesiva aos direitos fundamentais do presumivelmente inocente ao passo em que protege de modo satisfatório o direito de punir do Estado, impedindo-se a reiteração da conduta delituosa.

11. Como se vê, as medidas cautelares de fato surgiram para proteger os direitos fundamentais, respeitando-se a vontade constitucional da proporcionalidade. No entanto, somente o passar do tempo e a reiteração de decretação das decisões fará com que se verifiquem os eventuais equívocos e abusos de tais medidas. Embora seja ainda cedo para se chegar a qualquer conclusão, sem dúvida as medidas cautelares penais diversas da prisão favorecem o Estado de Direito, porquanto protegem a um só passo os direitos fundamentais do inocente e o direito de punir do Estado, sem que seja necessário recorrer aos malefícios do encarceramento.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMELIN, Donaldo (org.). **Tutelas de urgência e cautelares**. - São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed., rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. – 25. ed., rev. e atual. – São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed., rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. - São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. – Coimbra: Editora Almedina, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Legislação Penal Especial. 6. ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. Teoria do estado e da constituição. Direito constitucional positivo. 14. ed., rev. e atual. - Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. História da violência nas prisões. 33 ed. - Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 10. ed., rev. e atual. - Niterói: Editora Impetus, 2008.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7. ed. - São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al.). **Juizados especiais criminais**. 5. ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Trad: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. - São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. De acordo com a Lei nº 12.403/11. Niterói: Editora Impetus, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4. ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares – comentários à lei nº 12.403/11**. In Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Ed. 69. Ago-Set/2011. Porto Alegre: Editora Síntese, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed., rev. e atual. - São Paulo: Editora Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 3. ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 14. ed., rev. e atual – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral. 3. ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 11. ed., rev. e atual. - São Paulo: Editora Saraiva, 1986.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2003.

SOTO, Rafael Eduardo de Andrade. **Aplicabilidade das medidas cautelares e prisão preventiva: primeiras impressões (críticas) sobre a lei nº 12.403/2011**. In Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Ed. 69. Ago-Set/2011. Porto Alegre: Editora Síntese, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni R. C. de. **Curso de direito processual penal**. 2. ed., rev., atual. e ampl. - Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. 5. ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Processo penal**. Vol. 3. 31. ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

VAZ, Denise Provasi. **Monitoração eletrônica de presos – limites legais e constitucionais**. In Boletim IBCCrim. Ano 18. Nº 216. - São Paulo: Editora IBCCRIM, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Vol. 1. 9. ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. 4. ed., rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.