

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE  
PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**PRISÃO, MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS  
E MECANISMOS DE FISCALIZAÇÃO**

WESLEI MOURA SOARES

Presidente Prudente/SP

2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE  
PRESIDENTE PRUDENTE**

**CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO**

**PRISÃO, MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS  
E MECANISMOS DE FISCALIZAÇÃO**

**WESLEI MOURA SOARES**

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de Curso de Pós-Graduação para obtenção de Título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Mario Coimbra.

Presidente Prudente/SP

2015

341.432  
5 S657p

Soares, Weslei Moura.  
Prisão, Medidas Cautelares Alternativas e  
Mecanismos de Fiscalização/ Weslei Moura Soares –  
Presidente Prudente: Centro Universitário Antônio  
Eufrásio de Toledo, 2015.  
63 p.

Monografia de conclusão de Curso de Pós-  
Graduação em Direito Penal e Processo Penal – Centro  
Universitário Antônio Eufrásio de Toledo - Toledo: Presidente  
Prudente – SP, 2015.

1. Estudo das prisões, das cautelares alternativas e de  
sua consequente fiscalização. I. Título.

# **PRISÃO, MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS E MECANISMOS DE FISCALIZAÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Título de Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

MARIO COIMBRA

FERNANDA DE MATOS LIMA MADRID

JOÃO AUGUSTO ARFELI PANUCCI

Presidente Prudente, 01 de dezembro de 2015.

*De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.*

Ruy Barbosa

Dedico este trabalho a minha família, de onde retiro força e sustentação para seguir adiante.

## AGRADECIMENTOS

Ao senhor Deus, agradeço, em primeiro lugar, pela oportunidade de estudar e pela conquista de mais este objetivo. Não fosse pelo seu amor, eterno e infinito, eu não seria nada, não existiria.

Agradeço ao sábio professor Dr. Mário Coimbra, pelas valiosas orientações e dicas na pesquisa e elaboração desta monografia.

Agradeço a minha amável e querida esposa *Lidiane*, pela paciência e compreensão nos momentos em que, por me dedicar à elaboração deste trabalho, tive que me privar da sua agradável companhia.

A meu filho *Victor Augusto*, por brindar minha vida com sua existência. Aos meus irmãos *Reginaldo*, *Ricardo* e *Juliano* pela parceria e companheirismo de sempre.

E a minha mãe *Genoveva*, por ensinar-me os valores da vida, por ter me gerado e trazido a este mundo.

Deixo a toda minha família, aqui registrado, os meus mais sinceros agradecimentos.

## RESUMO

O foco do presente trabalho é, por meio da pesquisa à doutrina e à jurisprudência sobre o tema, a elaboração de um breve estudo sobre a história das prisões, a natureza do cerceamento da liberdade através dos tempos e a sua evolução até os dias de hoje. Em sequência, dá-se, como se pode notar, ênfase às prisões cautelares existentes em nosso ordenamento jurídico, colocando em relevo o conceito e a aplicação de cada uma delas, com atenção especial à prisão preventiva. Fala-se sobre a recente mudança na legislação processual penal com a introdução de medidas cautelares alternativas e substitutivas à prisão preventiva, destacando sua importância como mecanismo hábil a contribuir com a redução da população carcerária no Brasil. Afigura-se, ainda, uma crítica pelo desinteresse estatal em criar mecanismos de fiscalização das medidas cautelares substitutivas e alternativas à prisão, quando aplicadas. E, para finalizar a monografia, identifica-se, como exemplo, uma ferramenta utilizada pelo Juiz da 2ª Vara Criminal, do Júri e da Infância e Juventude da Comarca de Assis, em conjunto com a Polícia Militar daquela cidade, como forma de tornar efetiva fiscalização e a utilidade das medidas alternativas e substitutivas à prisão.

**Palavras-chave:** Prisão. Prisão preventiva. Liberdade provisória. Medidas Cautelares. Fiscalização.

## **ABSTRACT**

The focus of this paper is, through research on doctrine and jurisprudence on the subject, the preparation of a brief study of the history of prisons, the nature of curtailing freedom through the ages and its evolution to the present day. In sequence takes place, as you can see, emphasis on existing precautionary arrests in our legal system, putting into relief the concept and the application of each of them, with special attention to preventive detention. There is talk about the recent change in criminal procedure law with the introduction of alternative and substitute precautionary measures to provisional detention, highlighting its importance as clever mechanism to contribute to the reduction of the prison population in Brazil. It was also a critique by the state disinterest in creating oversight mechanisms of substitute precautionary measures and alternatives to imprisonment, when applied. And finally the monograph, is identified, for example, a tool used by the 2nd Criminal Court Judge, Jury and Children and Youth Assisi County, together with the Military Police of the city, in order to make effective supervision and the use of alternative measures and to substitute prison.

**Keywords:** Prison. Probation. Bail. Precautionary measures. Supervision.



# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 CONCEITO DE PRISÃO .....</b>	<b>11</b>
2.1 Prisão Pena .....	12
2.2 Prisão Processual .....	12
<b>3 HISTÓRIA DAS PRISÕES .....</b>	<b>15</b>
3.1 A Prisão na Antiguidade .....	15
3.2 A Prisão na Idade Média .....	17
3.3 A Prisão na Idade Moderna.....	19
3.4 A Prisão na Atualidade .....	22
3.5 A Prisão no Brasil .....	24
<b>4 AS PRISÕES CAUTELARES EM ESPÉCIE .....</b>	<b>26</b>
4.1 Prisão em Flagrante .....	26
4.1.1 Flagrante Próprio.....	27
4.1.2 Flagrante Impróprio .....	28
4.1.3 Flagrante Presumido .....	29
4.2 Prisão Temporária.....	30
4.3 Prisão Preventiva .....	32
4.3.1 Pressupostos.....	35
4.3.2 Fundamentos .....	36
4.3.2.1 Garantia da Ordem Pública.....	36
4.3.2.2 Garantia da Ordem Econômica.....	37
4.3.2.3 Assegurar a Aplicação da Lei Penal.....	38
4.3.2.4 Conveniência da Instrução Criminal.....	38
<b>5 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS E SUBSTITUTIVAS À PRISÃO PREVENTIVA .....</b>	<b>40</b>
5.1 Da Decretação .....	42
5.2 Da Revogação, Cumulação e da Substituição das Medidas Cautelares.....	43
5.3 Do Prazo de Duração.....	44
5.4 Das Medidas Cautelares em Espécie .....	45
5.4.1 Comparecimento Periódico em Juízo.....	46
5.4.2 Proibição de Frequentar Determinados Lugares.....	47

5.4.3 Proibição de Contato com Pessoa Determinada.....	47
5.4.4 Proibição de Ausentar-se da Comarca.....	48
5.4.5 Recolhimento Domiciliar no Período Noturno e nos Dias de Folga.....	49
5.4.6 Suspensão de Exercício de Função Pública ou Atividade de Natureza Econômica ou Financeira.....	49
5.4.7 Internação Provisória.....	50
5.4.8 Fiança.....	50
5.4.9 Monitoração Eletrônica.....	51
<b>6 MECANISMOS DE FISCALIZAÇÃO (Inexistência) .....</b>	<b>54</b>
<b>7 EXPERIÊNCIA PRÁTICA NA COMARCA DE ASSIS/SP .....</b>	<b>56</b>
<b>8 CONCLUSÃO.....</b>	<b>58</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>61</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Tema vasto e complexo é o relativo ao estudo da prisão. Tal afirmativa encontra guarida quando se analisa as etapas pelas quais a prisão passou, qual foi a sua natureza em tempos mais remotos e como ela é tratada nos dias de hoje.

Objetivou-se na pesquisa, após estudo da a prisão, a análise do uso exagerado da prisão cautelar, como se ela fosse o remédio para todos os males. E não é exagero nenhum dizer isso, pois dados recentes apontam que o Brasil detém uma população carcerária que supera os 500 mil presos, e desse número, pouco menos da metade, são de presos provisórios.

A monografia teve a preocupação de esclarecer, entre outros pontos: (1) quais são os tipos de prisão cautelar atualmente vigente em nosso sistema processual penal; (2) quando se deve aplicar um ou outro tipo de prisão cautelar; (3) a eficácia dessas prisões; (4) medidas cautelares substitutivas da prisão preventiva; (5) mecanismos de fiscalização das medidas cautelares substitutivas da prisão.

Embora o resultado da pesquisa tenha motivado a reflexão contrária do uso exagerado das prisões cautelares, não se firmou uma posição crítica contundente das prisões, sempre muito úteis e necessárias ao processo e à garantia da aplicação da lei. A intenção foi tecer breves apontamentos e convites à reflexão sobre o seu uso, muitas vezes, desarrazoado ou desnecessário num contexto em que se pode lançar mão de outra medida menos drástica.

A disciplina da prisão preventiva foi, em grande parte, remodelada pela Lei nº. 12.403, de 4 de maio de 2011, recentemente editada. O novo regramento tem a intenção de interferir, em muito, nas “chamadas medidas cautelares pessoais”, exaustivamente estudadas.

Pôde-se perceber que o juiz, com o advento da nova lei, encontra-se, agora, municiado de várias alternativas, o que antes não se via, no momento em que delibera por manter ou não prisão cautelar do indiciado.

No entanto, não se percebe muita disposição estatal em viabilizar e fiscalizar o cumprimento dessas medidas alternativas à prisão, quando aplicadas. Dessa forma, fica a sensação de que a medida é implementada “apenas para inglês ver”. Ou seja, é como se se trocasse a prisão por “um nada”, já que ninguém fiscaliza o cumprimento, pelo indiciado, da medida substitutiva a ele aplicada. Isso resulta para o possível criminoso, como um estímulo à prática de novos delitos, e, para a sociedade, numa sensação de impunidade.

Ao final foi sugerido um sistema de fiscalização para as medidas cautelares que tem sido usado na Comarca de Assis, estado de São Paulo, por meio do trabalho conjunto entre a Polícia Militar e o Poder Judiciário.

Esse sistema foi colocado em prática pelo MM. Juiz Titular da 2ª Vara Criminal, do Júri e da Infância e Juventude, Dr. Thiago Baldani Gomes De Fillippo, auxiliado por este pós-graduando que é Diretor do respectivo Ofício Criminal. O resultado da implantação, como ficou demonstrado, tem surtido bons efeitos e contribuído para que se desperte nos indiciados a percepção de que, realmente, houve uma substituição da prisão por alguma outra medida alternativa, e que ele deverá cumpri-la, sob pena de retornar ao cárcere.

Para a pesquisa e elaboração do trabalho foi utilizado o método hipotético-dedutivo e o comparativo, e nos valem, sempre que necessário, de doutrinas sobre o assunto, artigos da *internet* e a análise de posicionamentos dos Tribunais e das Cortes Superiores.

## 2 CONCEITO DE PRISÃO

Nossa Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988 elenca no *caput* do seu art. 5º, um rol de garantias invioláveis do indivíduo, composto pelo direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O direito à liberdade ocupa, no referido rol, a segunda posição, e isso não é por acaso.

Pode-se afirmar que, depois da garantia do direito à vida, a segunda mais importante é a do direito à liberdade, pois do contrário, de que adiantaria viver, se não fosse para ser livre.

Porém, sabe-se que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Dessa forma, torna-se importante o estudo da prisão, justamente por ser ela uma forma de se restringir a liberdade de ir e vir do indivíduo, entendida pelo celebrado autor Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 28) como “[...] a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, por meio do recolhimento da pessoa humana ao cárcere”.

É usual a utilização, desde os bancos acadêmicos, do famoso brocardo de que a prisão é a *ultima ratio* da *ultima ratio*, ou seja, a prisão de uma pessoa, tal qual se verifica hodiernamente, deve ser decretada somente depois que outros mecanismos de controle social tenham se mostrado ineficazes para evitar determinadas condutas. “Seria a prisão, então, um mal necessário, uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma.” (BITENCOURT, 1993, p. 11)

A prisão, portando, nada mais é do que a privação da liberdade pessoal de um indivíduo, que deve permanecer enclausurado, podendo ser encarada como a maneira de se privar uma pessoa da sua liberdade de ir e vir colocando-a em um lugar fechado, onde deverá permanecer, pois como leciona Fabio Machado de Almeida Delmanto (2014, p. 10) “[...] é o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção [...], recolhendo-a a um lugar seguro e fechado, de onde não poderá sair”.

Em suma, o ato de prender é retirar ou limitar a liberdade de ir e vir do indivíduo.

## 2.1 Prisão Pena

Existem atualmente, num sentido mais amplo, dois tipos de prisão. De um lado, fala-se em prisão-pena e, do outro, temos a chamada prisão processual.

É necessário ter em mente que cada uma dessas modalidades de prisão presta-se a determinada finalidade e é decretada em momentos distintos no processo, sendo característica principal da prisão-pena a existência de uma sentença transitada em julgado, de modo que, conforme ensina Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 28), “a prisão-pena advém da imposição de sentença condenatória, com trânsito em julgado”.

Essa “bipolaridade da prisão”, se é que se pode dizer assim, nem sempre existiu. Na antiguidade, por exemplo, a prisão era entendida somente como instrumento para garantia da aplicação da pena. Ou seja, encarcerava-se o delinquente a fim de que, com o julgamento, ao final do processo, ele recebesse a verdadeira pena, que não raras vezes era de morte, açoite, trabalhos forçados, amputação de membros, confisco de bens, entre outras não menos cruéis.

A prisão-pena, dessa maneira, nada mais é que o sofrimento imposto pelo Estado a um delinquente considerado culpado por uma infração penal, em execução de uma sentença. É uma retribuição ao mal praticado, para restabelecer a ordem jurídica vilipendiada.

Importa dizer, então, que a prisão-pena tem como pressuposto a existência de uma sentença transitada em julgado, em que o autor da infração penal é levado ao cárcere, em suma, à prisão, para cumprir a pena que lhe é imposta na sentença, uma vez reconhecida a sua culpa em regular processo penal, no qual se assegura, de forma plena, o direito de defesa. Esse é a regra, conforme nos ensina o autor Hidejalma Muccio (2003, pag. 19).

Ou seja, prisão-pena, pelo exposto, e de acordo com Guilherme de Souza Nucci (2012, p.11) é “tão-só a que se impõe, na Justiça Penal, como sanção repressiva, ao autor de crime ou contravenção, somente podendo ser aplicada com a condenação criminal passada em julgado [...]”.

Arrematando, por tudo o que foi dito sobre esse tipo de prisão e o que interessa ao nosso estudo, deve-se considerá-la como a perda da liberdade do sujeito, imposta pelo Estado, quando ele comete um ato ilícito que prevê essa modalidade de pena.

## 2.2 Prisão Processual

A prisão cautelar ou processual, ao contrário da prisão-pena, tem a finalidade de acautelar, garantir a investigação, a instrução criminal ou a execução penal. Tem natureza processual, pois busca acautelar e garantir uma produtiva investigação ou instrução criminal.

É a modalidade de prisão utilizada para garantir a eficiência da investigação criminal ou instrução processual. Nos dizeres do mestre Fernando Capez (2011, p. 296-297):

É prisão de natureza puramente processual, imposta com finalidade cautelar, destinada a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda a impedir que, solto, o sujeito continue praticando delitos. Depende do preenchimento dos pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

A prisão estudada, segundo Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 28), “é fruto da necessidade de se obter uma investigação ou instrução criminal produtiva, eficiente e livre de interferências.”

Necessário acrescentar a importância de não se confundir os dois tipos de prisão, pois suas finalidades são completamente diferentes e são aplicadas, também, em momentos diversos. Ficando claro que a prisão provisória tem por objetivo “a garantia da tutela de um bem jurídico para evitar as consequências do *periculum in mora*, aplicando-se, portanto, durante o curso do processo, mas antes da prolação de sentença definitiva.” (DELMANTO, 2008, p. 11)

Não é por outro motivo que conforme entende o autor Hidejalma Muccio (2003, p. 26) “a prisão sem pena também é chamada prisão-providência

ou provisória. É aquela prisão em que não decorre da imposição de pena. Não se trata de prisão feita para o cumprimento da sanção penal aplicada”.

Entende-se, portanto, por prisão processual aquela que visa a tornar o processo penal, ou antes, a investigação criminal, útil e efetiva, de modo a possibilitar a formação da culpa e, de fato, a punir o criminoso.



### **3 HISTÓRIA DAS PRISÕES**

É estranho refletir sobre o cárcere humano. Pensar na situação em que um nosso semelhante esteja privado de sua liberdade de locomoção. Tem-se esse pensamento pelo fato de que o bem liberdade, em nossa sociedade, é precioso.

Contudo, sem embargo dos diversos motivos que podem ensejar o encarceramento de uma pessoa, aquela privação da liberdade, diga-se, institucional, recai, quase sempre, sobre pessoas que escolheram levar uma vida à margem da lei.

Veja-se, adiante, um breve histórico evolutivo da privação da liberdade humana. A prisão, em determinados momentos da história, mostrou-se exageradamente cruel, e teve, como se verá, finalidades distintas. Hoje, por outro lado, ela é encarada de forma diferente e tem características próprias como se verá.

#### **3.1 A Prisão na Antiguidade**

Sempre que se tem a oportunidade de observar os aspectos da construção de uma penitenciária, observando os seus grandes muros, normalmente de tons acinzentados, a sensação que se tem é a de se estar diante de um grande símbolo de exclusão social.

Acontece que, verdadeiramente, ignoramos, na maioria das vezes, a dura realidade que se passa no interior de uma prisão. E isso não é de hoje, o terror que lá se vive remonta há muito tempo atrás. O horror de uma prisão, é certo, fica escondido por detrás dos muros.

Costumava ser característica das prisões que elas ficassem em locais completamente isolados e desertos. Hoje, porém, isso tem mudado, na medida em que vemos presídios cada vez mais próximos das cidades, até por

uma questão de crescimento populacional, para facilitar a visita de parentes e até mesmo a viabilizar a escolta de presos até os fóruns.

Antigamente as prisões deveriam, e isso elas faziam exageradamente bem, representar o símbolo do poder e do direito de punir do Estado.

Segundo estudo de Elizabeth Misciasci (1999, s/p.), em torno de 1700 a 1280 a.C., os escravos egípcios eram mantidos em cativeiros, sob custódia. Eram forçados a construir obras públicas e utilizados no cultivo. Tornavam-se escravos, aqueles que não conseguiam pagar impostos.

O encarceramento, segundo a citada autora, tinha a finalidade de conter, de manter sob custódia e de torturar os que cometiam faltas, ou praticavam aquilo que para a antiga civilização fosse considerado delito ou crime. As masmorras também serviam para abrigar presos provisoriamente. Nesse período os infratores ficavam presos por muitos dias, meses e até anos a espera do desfecho do processo e o recebimento da verdadeira reprimenda. Segundo Cesar Roberto Bitencourt (1993, p. 14) “desconhecia-se totalmente a privação de liberdade, estritamente considerada como sanção penal”.

De se concluir, portanto, que o enfoque dado às prisões era bastante diferente do que é visto hoje. De modo que, o aprisionamento não tinha o caráter de sanção penal.

Ressalte-se que a prisão não era entendida como pena, assim como é hoje. Vejamos o que escreveu sobre o assunto Luís Francisco Carvalho Filho (2002, p. 20):

Os réus não eram condenados especificamente à perda da liberdade por um período determinado de dias, meses ou anos. Eram punidos com morte, suplício, degredo, açoite, amputação de membros, galés, trabalhos formados, confisco de bens. Para viabilizar a punição imposta, permaneciam presos durante dias, meses ou anos.

Com isso, fica claro que o ato de aprisionar, antigamente, não tinha caráter de pena, mas era uma garantia de manter determinada pessoa presa, mantendo-a sob o domínio físico, para, somente após, ser exercida a verdadeira punição imposta.

Não custa frisar, desse modo, que a prisão não era encarada como pena, mas sim como uma medida garantidora, como se viu, da aplicação de verdadeira pena, pois na pré-história não existia a ideia de prisão como confinamento para retribuição, prevenção ou reeducação do infrator. A medida considerada com pena, nos povos primitivos, era, por essência, a de morte. (MESSA, 2009, p. 113)

É importante insistir, pela relevância da questão, que o encarceramento não era constituído com o caráter de pena. A prisão tinha razões diversas, e, muitas vezes, era fundada nos preceitos da Lei de Talião e no Código de Hamurabi. Desnecessário dizer, pela obviedade, que esses regramentos tinham forte influência da religião, da moral e do sentimento de vingança.

Sintetizando, na antiguidade, com base nos ensinamentos de Cláudio do Prado Amaral (2013, s/p.), em trecho de texto extraído da *internet*, aprendemos que:

[...] a prisão era o local onde o imputado esperava seu julgamento. Assim se evitava sua fuga. Essa era a função primordial da prisão. Em caso de condenação, o que quase sempre ocorria, a pena aplicada era cruel ou de morte. Na Antiguidade, a pena de prisão não existia e a morte era um alívio para aquele que aguardava seu julgamento em celas fétidas e imundas.

O uso da prisão sem o caráter de pena perdurou em maior ou menor medida, pode-se dizer, até os séculos XVII e XVIII, período em que ocorreram as Revoluções Inglesa, Americana e Francesa.

### **3.2 A Prisão na Idade Média**

Nesse período, da mesma forma que na antiguidade, a privação da liberdade ainda não era considerada uma pena. O aprisionamento, como já se falou, era tido apenas como uma garantia de que o acusado não escaparia à verdadeira punição que estava por vir, e que, invariavelmente, seria bem pior.

Quando o assunto era aprisionar alguém, não havia preocupação com as características do local, se ele era salubre ou não, pois como já estudamos “o encarceramento era um meio e não um fim. Nesse contexto, não existia preocupação com a qualidade do recinto nem com a própria saúde do prisioneiro. Bastava que o cárcere fosse inexpugnável.” (CARVALHO FILHO, 2002, p. 21). Era necessário apenas garantir, dessa forma, o cumprimento das punições.

Tanto é assim que, sobre esse período nos ensina Cesar Roberto Bitencourt (2011, p. 26):

A privação da liberdade continua a ter uma finalidade custodial, aplicável àqueles que “seriam submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas. A amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, constituem o espetáculo favorito das multidões desse período histórico.

Marcante nesse período é que aqueles tidos como criminosos ficavam sujeitos a toda sorte de arbítrios dos governantes. A pena, normalmente, era imposta em função de sua casta, ou seja, do "status social" a que pertencia o indivíduo.

Ficava muito claro que, segundo Giorgio (1979) **apud** Delmanto (2008, p. 12) “o Estado, representado pelo antigo regime paternalista ou Estado-providência ou Estado-política, prevalecia sobre o indivíduo, não havendo espaço para as liberdades individuais.”

Vigorava, portanto, o sistema inquisitivo e, nas palavras do professor Fabio Machado de Almeida Delmanto (2008, p. 12):

Os acusados eram submetidos a processo extremamente injusto e as funções de acusar e julgar eram depositadas nas mãos de uma só pessoa, não havendo espaço para as garantias hoje presentes no processo penal moderno, de índole predominantemente acusatória.

Notório nessa época é que qualquer pessoa podia agredir ou matar o condenado, sem que isso lhe acarretasse consequências. Não é difícil imaginar o sofrimento por que passavam aqueles condenados, muitas vezes mutilados em

praça pública, como forma de exemplo e distração para o povo. Era um verdadeiro espetáculo.

Esses castigos constituíam verdadeiras anarquias, fazendo com que as autoridades daquele período percebessem que as penas deveriam evoluir. Não se podia mais admitir que a execução das penas terminasse em um espetáculo de sangue, pois isso contribuía ainda mais para a violência.

Foi dessa forma, que aos pequenos delitos, passou-se a aplicar penas de fiança. Ou seja, evoluiu-se para a prestação pecuniária em troca da liberdade, e, quando não era possível o pagamento da fiança, o indivíduo era preso, daí surgindo a chamada prisão-custódia. Vigorava, também, a chamada prisão eclesiástica, destinando-se àqueles que não se enquadravam nos preceitos da Igreja. Monges eram mantidos recolhidos em mosteiros para refletirem e expiarem seus pecados. Era o tempo do “Direito Canônico”, que influenciou, em muito, o desenvolvimento da prisão moderna (MISCIASCI, 1999, s/p.)

A mentalidade estava mudando, a natureza da prisão mudava junto. Chegava-se à conclusão de que o castigo não devia orientar-se apenas à destruição do culpado, mas, em grande parte, para o seu melhoramento.

### **3.3 A Prisão na Idade Moderna**

É possível afirmar que nesse período começava surgir a noção de que a prisão, pura e simples, não era a melhor solução.

Como ensina Elizabeth Misciasci (1999, s/p.), em meados do século XVI, iniciou-se um grande movimento de transcendência que buscava o aperfeiçoamento das penas privativas de liberdade, bem como a construção e adaptação de prisões de forma organizada, de modo a proporcionar a correção dos apenados por delitos menores. Isso resultou em uma grande mudança, pois os mecanismos de punição utilizados outrora, como o açoite e a execução, foram substituídos por instituições de correção, que consistiam na reforma dos autores de delito por meio do trabalho forçado, disciplina, castigo corporal e instrução religiosa. Estas instituições tinham o objetivo não só de corrigir, mas igualmente o

de prevenir o aumento da criminalidade, desencorajando a prática de novos delitos.

A corroborar o que foi dito, é apropriado colacionar os ensinamentos da professora Ana Flávia Messa (2009, p. 114), que diz:

No período moderno, já na segunda metade do século XVI, passaram a serem construídos os institutos de reclusão, com o objetivo de que lá os detentos fossem cumprir a sua pena. A prisão era vista como espécie de sanção e lugar em que o preso aprendia trabalho e disciplina, e visava desestimular outros a cometerem crimes.

E ao mesmo tempo em que se deram os fatos acima, de acordo com Elizabeth Misciasci (1999, s/p.):

Surge em todas as camadas sociais atitudes de protesto contra os suplícios, surgindo assim as primeiras correntes humanistas que visavam o desenvolvimento, sendo determinada a construção de casas de correção ou trabalho, estabelecendo-se uma relação entre a utilização de mão de obra dos reclusos e a prisão.

O que se conclui ainda do texto de autora citada logo acima é que, nesta fase, aproximadamente entre os séculos XVI e XVII, a Europa foi atingida intensamente por uma grande pobreza. Esse alarmante estado de miséria se alastrou e afetou diversos países, o que contribuiu para o aumento da criminalidade. Eram comuns, à época, os distúrbios religiosos, as guerras, as expedições militares, as devastações de países, a extensão dos núcleos urbanos, a crise das formas feudais e da economia agrícola. Emerge então o capitalismo formado por uma sociedade feudal, onde passou a vigorar a prisão preventiva e a prisão por dívidas. A partir daí, iniciou-se um movimento de grande transformação e desenvolvimento das penas privativas de liberdade e na criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados.

Eis que surge também a ideia da possibilidade de expiar o delito com um *quantum* de liberdade, abstratamente predeterminado. Tornou-se interessante que todas as formas de riqueza fossem reduzidas à forma mais simples e abstrata do trabalho humano medido pelo tempo. Para o sucesso desse sistema sócio-econômico, baseado nos feudos, a pena-retribuição não

poderia ser a morte, mais uma pena que forçasse o devedor a saldar sua dívida, ou até mesmo, fazê-lo trabalhar para pagar.

Foi já na segunda metade do século XVII, que se verifica, pela leitura do trabalho de Elizabeth Misciasci (1999, s/p.) que a pena de morte deixava de ser a solução:

[...] pois havia a finalidade e o propósito de evitar que houvesse o desperdício da mão-de-obra oferecida pelos encarcerados, que garantiam a produção, educação, e reprodução da força de trabalho que o capital necessitava, na medida em que era mais vantajoso para a economia manter o cárcere ao invés de custear inúmeras execuções e julgamentos, estabelecendo-se desta maneira uma relação entre força de trabalho e trabalhos forçados, constatando-se que a prisão surgiu não somente sob um impulso humanista, mas deve-se também a estrutura sócio-econômica da época. Segundo o entendimento de Rushe, o lucro configura a razão pela qual a prisão surge como forma de punição, fazer do sistema penal um sistema produtivo foi o grande ideal de todo o projeto mercantilista.

Ainda com base no que escreveu a supracitada autora, a partir do Século XVIII as raízes do Direito Penitenciário começaram a se formar e, após isso, ainda por um longo período, o condenado foi objeto da Execução Penal. Ao criar contornos mais densos, o Direito Penitenciário passou a proteger o condenado, reconhecendo seus direitos como pessoa humana.

Com o início da Revolução Industrial do século XIX e o surgimento das máquinas à vapor o trabalho manual perdeu o seu valor. As altas taxas de desemprego eram assustadoras. Havia abundância de força de trabalho livre, os trabalhos forçados e as casas de trabalho foram perdendo o propósito de sua existência. Ficou completamente fora de questão sustentar um sistema remunerativo dentro da prisão.

Diante do desenfreado aumento populacional nas prisões surge a preocupação com a reeducação do criminoso, de modo que ele, uma vez cumprida a pena, não retornasse mais para o sistema penitenciário. Veja-se, por exemplo, o que ilustre escritora Elizabeth Misciasci (1999, s/p.) comenta em seu texto sobre o assunto:

Neste diapasão, com o aumento da população carcerária os modelos punitivos passam a se diversificar dando passagem a uma penalidade de detenção, tornando o cárcere a principal forma de punição no

mundo, aplicável de forma gradativa, de acordo com a gravidade do crime cometido e a posição social do autor. No entanto, possuía uma administração ineficaz e defeituosa, sob a qual os prisioneiros eram submetidos ao açoite, fome, e trabalho duro. Sob o crescente número de condenações elevou-se a preocupação dos pensadores em projetar um método de tratamento que posteriormente acarretasse na não reincidência dos apenados, e conseqüentemente na redução da quantidade detentos.

A Revolução Francesa e a edição da Declaração de Direitos Humanos trouxeram consigo, por assim dizer, o fim do antigo sistema penal. Foi sob a influência desses acontecimentos que surgiu a preocupação com os direitos e garantias inerentes ao infrator. O acusado passa a ser encarado como pessoa humana, sendo a ele assegurada a proporcionalidade da pena e a assistência estatal.

O século XX marca o final desse período. Surgem as primeiras ideias ressocializadoras e a prisão passa a ser encarada com uma forma de reeducação e ressocialização do preso.

### **3.4 A Prisão na Atualidade**

Na esfera do processo penal talvez uma das maiores conquistas foi o reconhecimento do instituto da presunção de inocência, estampado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e mais tarde adotado por nossa Carta Constitucional, nos termos do art. 5º, inciso LVII, dizendo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Seguiu-se a esse período o entendimento de que qualquer prisão que se impusesse a um acusado, antes de formada a sua culpa em um processo devido e legal, deveria ser estritamente necessária. Do contrário, a segregação prematura deveria ser veementemente repudiada. Por conta desse viés é que a prisão passou a ser a essência do sistema punitivo moderno.

Delimitou-se de forma clara o que viria a ser a prisão-pena e prisão sem pena. A primeira sendo decorrente de uma sentença penal condenatória irrecorrível, ou seja, o culpado por cometer uma infração penal deve sofrer a



reprimenda estatal por seu ato. A segunda, por outro lado, é aplicável sem que haja uma condenação definitiva, logo, tem finalidade cautelar, o que será oportunamente estudado.

De acordo com Fabio Machado de Almeida Delmanto (2008, p. 13):

Foi somente após o Renascimento, e sobretudo com o advento das Revoluções Liberais dos séculos XVII e XVIII, notadamente das Revoluções Inglesa, Americana e Francesa, que se verificou um 'retorno da consciência individual e, portanto, uma afirmação da liberdade', com a declaração expressa dos direitos e garantias do cidadão perante o Estado.

E justamente no período do Iluminismo surgiu a figura dos chamados Estados Modernos. Estes Estados eram fundados na "tentativa de contenção do poder político pela sua submissão à lei", dando lugar ao chamado "estado do império da lei". Essa opção política passou a repercutir na conformação dos sistemas legais de diversos Estados que compartilhavam dos mesmos ideais.

Esse período deu início a um novo tratamento destinado à figura do acusado. Passou-se, a partir daí, a considerar o acusado como sujeito de vários direitos e garantias fundamentais. Não mais se admitia que alguém fosse preso ou recebesse uma sanção legítima, sem o devido processo legal que garantisse a observância de uma proporcionalidade na aplicação da pena, com ensina Cesar Roberto Bitencourt (1993, p. 12):

Passa-se a adotar o conceito de pena necessária de Von Liszt. Bettiol, há quase quarenta anos, já advertia que "se é verdade que o Direito Penal começa onde o terror acaba, é igualmente verdade que o reino do terror não é apenas aquele em que falta uma lei e impera o arbítrio, mas é também aquele onde a lei ultrapassa os limites da proporção, na intenção de deter as mãos dos delinqüentes.

Consenso na atualidade é que a prisão de qualquer pessoa deve ser cercada de vários requisitos e garantias constitucionais e processuais. Restam, portanto, a busca cada vez mais constante de um aperfeiçoamento da pena privativa de liberdade, pois ainda hoje, em que pese as várias reformas que ocorrem, verifica-se um grande descrédito na pena de prisão, utilizada quase que exclusivamente, como forma de controle social formalizado.

### 3.5 A Prisão no Brasil

De acordo com o que já foi dito, a prisão figurando como pena é de aparecimento recente na história do direito penitenciário e, por consequência, também no Brasil. Em nosso país, a prisão como cárcere, a exemplo do que aconteceu pelo mundo, era aplicada apenas aos acusados que estavam à espera de julgamento. Essa situação se manteve assim durante as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, cujas bases eram formadas por um direito penal da brutalidade das sanções corporais e na violação dos direitos do acusado (ASSIS, 2007, s/p.).

Ainda segundo o supracitado autor, com o Brasil já independente, a Constituição de 1824 previu que se elaborasse uma nova legislação penal e, em 16 de dezembro de 1830, D. Pedro I sancionava o Código Criminal do Império. Esse código inspirou-se no Código francês de 1810 e no Napolitano de 1819. Ele trouxe um esboço de que viria a ser individualização da pena, e, previa ainda, a existência de atenuantes e agravantes e julgamento especial para menores de 14 anos de idade.

Com o advento do Código Penal do Império, foi possível observar no Brasil o início da humanização das penas. Essa afirmação pode ser constada no seguinte trecho colhido da Rede Mundial de Computadores, em texto produzido por Rafael Damasceno de Assis (2007, s/p.):

Essa situação perdurou até a introdução do Código Criminal do Império, em 1830. Este estatuto já trazia consigo idéias de justiça e de equidade, influenciado pelas idéias liberais que inspiraram as leis penais européias e dos Estados Unidos, objeto das novas correntes de pensamento e das novas escolas penais.

Após esse período, e já no final do século XIX, operou-se a Abolição da Escravatura e a Proclamação da República no Brasil. Em 1890, entrou em vigor o Código Penal da República, prevendo diversas modalidades de prisão, como a prisão celular, a reclusão, a prisão com trabalho forçado e a prisão disciplinar, sendo que para cada uma dessas modalidades era previsto que o cumprimento se desse em estabelecimento penal específico.

Ocorre que, desde o início do século passado, até os dias de hoje, as prisões brasileiras apresentam condições precárias. Os estabelecimentos prisionais não contemplam direitos e garantias fundamentais dos presos, em verdadeira afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Os problemas vão desde superlotação, crescimento constante da população carcerária, ociosidade, os presos por delitos de menor gravidade são mantidos com criminosos perigosos, o que torna o cárcere, no Brasil, uma verdadeira escola para o crime.

Em 7 de dezembro de 1940 é publicado o nosso atual Código Penal, com entrada em vigor na data 1º de janeiro de 1942. De lá para cá, apesar das várias reformas que ele sofreu, e mesmo com o advento da Lei de Execução Penal, de 11 de julho de 1984, pouco se avançou no aprimoramento do sistema carcerário no Brasil.

Vigorando agora está a Lei 12.403/11. Esta nova norma foi editada para trazer um freio ao crescente número de presidiários em nosso país, sobretudo aqueles cuja liberdade está restringida preventivamente, o que, já é quase a metade de nossa população carcerária, que hoje ultrapassa os 500 mil presos.

## 4 AS PRISÕES CAUTELARES EM ESPÉCIE

É necessário dizer, inicialmente, que várias são as espécies de prisão, como por exemplo, prisão-pena, prisão civil, prisão militar, prisões processuais ou cautelares, e outras.

Especificamente no caso do Brasil, são modalidades de prisão processual ou cautelar: a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva (esta considerada prisão cautelar por excelência).

Muito ainda se poderia falar das várias espécies de prisões, além do que já foi dito até aqui, porém, o foco do trabalho, doravante, será a prisão processual ou cautelar.

### 4.1 Prisão em Flagrante

Somente com relação à prisão em flagrante, existem várias espécies, que são tratadas pela doutrina e jurisprudência, e até a própria legislação extravagante, porém, visando zelar pela sintetização do trabalho, falaremos apenas dos casos previstos no Código de Processo Penal, no artigo 302 e seus incisos.

O sentido da expressão flagrante tem origem no latim, significando “*flagrare*”, “*flagrans*” e “*flagrantis*”, ou seja, “ardente”, “chama”. De modo que, flagrante é aquilo que está queimando ou ardendo.

Embora por flagrante deva-se entender a relação de imediatidade entre o fato ou evento e sua captação ou conhecimento, o artigo 302 do Código de Processo Penal contempla situações temporais em que, numa realidade estritamente fática, não seria mais possível falar-se em ardência, crepitação ou flagrância, pois o agente, em alguns casos ainda considerados flagrante pela norma penal, não estaria mais cometendo a infração, ou seja, já se teria transcorrido determinado período de tempo desde o seu cometimento.

A situação clássica de flagrante, portanto, seria a hipótese contida apenas no inciso I, do art. 302 do Código de Processo Penal, como ensina Eugênio Pacelli de Oliveira (2013, p. 404):

[...] apenas a situação mencionada no ar. 302, I, do CPP se prestaria (sic) a caracterizar uma situação de ardência, de visibilidade incontestável da prática do fato delituoso. Ali se afirma a existência da prisão em flagrante quando alguém está cometendo a infração penal.

Prisão em flagrante, então, é modalidade de prisão que retira o direito à liberdade de locomoção do indivíduo no momento em que ele vem a ser surpreendido cometendo o ilícito penal.

A prisão em flagrante, em todos os casos que iremos estudar adiante, não depende de ordem fundamentada do juiz.

#### **4.1.1 Flagrante Próprio**

É também chamado de flagrante propriamente dito, real ou verdadeiro. Nos termos do art. 302, incisos I e II do CPP, é aquele em que o delinquente é surpreendido cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la. Note que a segunda hipótese não se enquadraria no conceito de flagrante já estudado. Porém, é necessário que se faça uma interpretação extensiva, ou seja, considerando a expressão “acaba de cometê-la” como uma situação de absoluta imediatidade.

Portanto, a modalidade do inciso I seria a que mais se aproxima da origem da palavra flagrante, pois há um vínculo de imediatidade entre a ocorrência da infração e a realização da prisão.

Vejamos a redação do art. 302 do CPP, e seus incisos I e II: “Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; [...]”

No flagrante próprio do inciso II, o agente terminou de concluir a prática da infração penal, mas fica evidente que foi ele quem praticou o delito, ou seja, ele ainda não se desligou da cena do crime.

Assim, pelo que foi dito, está na situação de flagrante próprio aquele indivíduo pego ou surpreendido no exato momento em que pratica o crime, ou no momento em que acabou de praticar, estando ainda no local, ou seja, ligado aos elementos que o vinculem ao fato, conforme se verifica na lição de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 562):

Temos duas situações contempladas nesta modalidade: a) daquele que é preso quando da realização do crime, leia-se, ainda na execução da conduta delituosa; b) de quem é preso quando acaba de cometer a infração, ou seja, sequer se desvencilhou do local ou dos elementos que o vinculem ao fato quando vem a ser preso. A prisão deve ocorrer de imediato, sem o decurso de qualquer intervalo de tempo. São as hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 302 do CPP.

Disso conclui-se que nessa modalidade de flagrante o agente é surpreendido em pleno desenvolvimento dos atos executórios da infração penal. Quando isso ocorre, muitas vezes, ele é impedido de prosseguir na execução, hipótese que, na maioria dos casos, configurará tentativa do cometimento do delito. Por outro lado, isso pode acontecer também em caso de crime permanente, e dessa forma, sua prisão impedirá que o crime, que já está consumado, tenha seu prosseguimento.

#### **4.1.2 Flagrante Impróprio**

O flagrante impróprio ou quase-flagrante está disciplinado no inciso III do artigo 302, do Código de Processo Penal. Verifica-se a hipótese quando o indivíduo é perseguido logo após a prática do crime pela autoridade ou por qualquer pessoa outra pessoa, em situação que se presuma ser ele o autor do crime. Nessa modalidade, a palavra “perseguição” é chave para distingui-la do flagrante presumido, que será estudado a seu tempo.

Segundo Norberto Avena (2013, p. 893) é o flagrante que:

Ocorre na hipótese em que o agente, muito embora não tenha sido surpreendido cometendo a infração ou acabado de cometê-la, é perseguido, logo após esses atos, de forma ininterrupta pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, sendo, ao final, localizado e preso.

Como já foi dito, mas nunca é demais frisar, para a caracterização do flagrante impróprio exige-se a “perseguição” do agente, e que ela seja realizada logo após a consumação do delito ou após a sua tentativa.

E segundo esclarece Norberto Avena (2013, p. 892/894):

Não se exige que a perseguição esteja ocorrendo com a percepção visual do agente, pois não é este o sentido da lei. Assim, como perseguição ininterrupta entende-se as constantes diligências, sem intervalos longos, realizadas com o intuito de localização e prisão do criminoso, sendo irrelevante, outrossim, o tempo de sua duração, que poderá estender-se até mesmo por vários dias.

Extrai-se desses ensinamentos que o flagrante, ao contrário do que muita gente propaga por aí, não tem o prazo de 24 horas. Ou seja, enquanto houver perseguição, mesmo sem contato visual, haverá a situação de flagrante.

#### **4.1.3 Flagrante Presumido**

Essa espécie de flagrante é o também conhecido como ficto ou assimilado. Caracterizado por ser aquele em que a agente não é surpreendido cometendo ou quando acaba de cometer a infração.

Tal hipótese encontra-se disciplinada no art. 302, inciso IV do CPP, como segue: “Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: (...) IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.”

Veja que nos próprios termos da lei, estará nesta situação aquele que é encontrado, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. A atenção especial nesse caso é justamente o fato de que não é necessário que haja “perseguição”, bastando apenas que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito em situação suspeita.

A respeito desta modalidade de flagrante, corroborando o que já dissemos, escreve Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 745):

Não é necessário no caso que haja perseguição, mas sim que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito com coisas que traduzem um veemente indício da autoria ou participação no crime.

Imagine a situação em que a polícia recebe a notícia de que acabou de ocorrer um roubo e recebe as características dos suspeitos. Rumando para o local se depara nas proximidades do fato com indivíduos em atitude suspeita e usando trajes semelhantes aos informados na denúncia. Ao abordarem esses sujeitos, localizam em posse deles os objetos do crime. Sem dúvida, serão eles presos em situação de flagrância e estaremos diante de um exemplo da modalidade de flagrante estudada neste tópico.

## 4.2 Prisão Temporária

A prisão temporária é espécie de prisão cautelar decretada por tempo determinado, cuja finalidade é possibilitar e favorecer a investigação sobre crimes graves.

Só poderá ser decretada pelo juiz e durante o inquérito policial. A respeito dessa prisão pede-se vênia para colacionar o trecho que mais interessa ao nosso estudo, conforme a Lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989, que trata especificamente da prisão temporária:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
  - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
  - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
  - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
  - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
  - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
  - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
  - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);



- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

Veja ainda que, segundo nos ensina o mestre Fernando Capez (2011, p. 329) “é a modalidade de prisão cautelar de natureza processual destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial”.

Essa prisão, diferentemente das que vimos até agora, é regulamentada por uma lei específica, qual seja a Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

Ainda, segundo Fernando Capez (2011, p. 329), essa prisão:

Pode ser decretada, nos termos do art. 1º da Lei 7.960/89, estando presentes as hipóteses de imprescindibilidade da medida para as investigações do inquérito policial; indiciado não tem residência fixa ou não fornece dados necessários ao esclarecimento de sua identidade; fundadas razões da autoria ou participação do indiciado em qualquer um dos seguintes crimes: homicídio doloso [...].

Para a decretação da prisão temporária, que é excepcionalíssima, além de o agente ser suspeito de estar envolvido em crime grave, entre aqueles elencados pela Lei 7.960/89, em seu artigo 1º, inciso III, das alíneas “a” até a “o”, é necessário, ainda, que se afigure a existência de pelo menos um dos outros dois requisitos que evidenciam o *periculum in mora*, sendo que eles estão previstos nos incisos I e II da citada lei, ou seja, a imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial, ou, ficar demonstrado que o indicado não tem residência fixa, ou, não fornece elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

### 4.3 Prisão Preventiva

No que tange à prisão preventiva. Talvez seja esta a espécie que mais interessa ao nosso trabalho.

Constata-se, já de início, que ela tem natureza de prisão cautelar, ou seja, provisória e processual, com caráter eminentemente excepcional. É uma prisão decretada antes de formada a culpa do acusado, durante o inquérito policial ou ação penal e antes do trânsito em julgado da sentença, desde que preenchidos os seus pressupostos legais e os motivos que a autorizam, previstos, basicamente, nos artigos 311, 312 e 313 do Código de Processo Penal, que seguem transcritos:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

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

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

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

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

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

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

Essa prisão só pode ser decretada pela autoridade judiciária. Ou seja, só o juiz pode determiná-la, e isso, em respeito à chamada cláusula de reserva de jurisdição, insculpida no art. 5º, inciso LXI da Constituição Federal. Poderá, no entanto, ser requerida pelo Ministério Público e o pelo querelante. No caso da autoridade policial (Delegado de Polícia), tecnicamente falando, deverá, quando for o caso, por ela representar.

Em razão do postulado da não-culpabilidade a prisão preventiva só deve ser decretada diante de inegável necessidade, pois é medida eminentemente cautelar, isso se confirma pelos ensinamentos do jurista Fernandes (2003) **apud** Fábio Machado de Almeida Delmanto (2008, p. 25)

Em face do princípio (hoje, como visto, consagrado em garantia) da presunção de inocência, verifica-se que toda prisão anterior à condenação definitiva somente pode ser aplicada como medida de absoluta exceção, admitida apenas em face de sua extrema e comprovada necessidade cautelar, sob pena de caracterização de inadmissível punição antecipada.

Deve-se ter em mente que a prisão preventiva só deve ser adota em último caso, ou seja, somente quando estivermos diante de situações de extrema gravidade. Pois, do contrário, deve-se preferir a adoção de outra medida menos severa e suficiente para acautelar o processo, garantir a ordem pública ou a aplicação da lei penal.

Prender provisoriamente um sujeito é uma forma tão invasiva de sua liberdade que o professor André Nicolett (2011, p. 21) nos ensina, corroborando nossa tese, que:

É no campo das medidas cautelares penais que encontramos a mais agressiva forma de intervenção do Estado na esfera individual, pois nesta seara encontramos a prisão cautelar que é, sem sombra de dúvida, mais agressiva que a própria prisão pena.

Antes do advento da Lei 12.403/11, o uso dessa modalidade de prisão era corriqueiro e exagerado, e, conforme fundamenta Fabio Machado de Almeida Delmanto (2008, p. 4):

Acreditava-se que o uso exacerbado (e muitas vezes indiscriminado) da prisão provisória tem diversas causas. Uma delas é a indevida utilização desta como resposta rápida e aparentemente eficiente do Estado à criminalidade, apaziguando os anseios da população, frequentemente alardeada pela mídia sensacionalista.

Além disso, o sistema do Código de Processo Penal de 1941 tinha inspiração notadamente fascista, de modo que a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade. Nos moldes como era antes da nova lei, a prisão convertia-se automaticamente em prisão cautelar, sem a necessidade de o juiz,

posteriormente, ratificá-la e convertê-la em prisão preventiva, se fosse o caso, como acontece hoje. Era como que antecipar o juízo de culpabilidade.

Ainda na esteira do que dissemos, ensina o mestre Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 14):

[...] considerando-se ser o acusado inocente, até prova definitiva em contrário, não deve ser recolhido ao cárcere antes da hora. Disso deduz-se, com lógica, ser a prisão cautelar um momento excepcional na vida do indiciado ou réu.

De tudo o que se falou até agora é muito importante ter em mente que a prisão preventiva deve ser realmente evitada ao máximo, devendo ser reservada aos casos estritamente necessários. Vejamos a opinião de Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 23), sobre esse assunto:

[...] durante a tramitação procedimental é intuitivo que haverá um lapso temporal, dentro do qual é possível que haja alterações fáticas que venha a comprometer o resultado final do processo. No processo penal, este risco pode ser trazido sobretudo pela liberdade do acusado, que poderá comprometer interesses ao longo do processo, se destruindo provas, ameaçando testemunhas, fugindo ou, ainda, continuando a praticar crimes.

E sobre o mesmo assunto Rui Pinheiro e Artur (2007) **apud** Mendonça (2011, p. 25), ainda arremata:

[...] a prisão cautelar muitas vezes é fundamental para a própria eficiência do processo penal e, em última análise, da proteção de bens jurídicos estampados no próprio texto constitucional, seja da sociedade, seja de indivíduos concretos. No entanto, haverá sempre a busca da compatibilização de dois interesses contraditórios: o da necessidade da prisão e o da liberdade.

Ao invés da privação da liberdade deve-se dar preferência, sempre que possível, à aplicação de medidas cautelares (substitutivas ou alternativas) menos severas. E isso, nada mais seria, nos dizeres de Fabio Machado de Almeida Delmanto (2008, p. 8), a maneira de:

[...] conferir um maior respeito à garantia da presunção de inocência e tornar concreta a dignidade da pessoa humana, princípios esses basilares e asseguradores de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, mesmo correndo o risco de soar repetitivo, nunca é demais frisar que o decreto de prisão preventiva deve ter lugar somente em casos especiais, cuja necessidade deverá estar devidamente fundamentada na decisão do juiz.

#### **4.3.1 Pressupostos**

Podemos considerar como pressupostos para a decretação da prisão preventiva aqueles estampados na parte final do art. 312 do Código de Processo Penal, ou seja, “prova da existência do crime” e “indício suficiente de autoria”. Esses pressupostos devem ser simultâneos, é dizer: ambos devem estar presentes para validar o decreto de prisão preventiva.

O primeiro diz respeito à materialidade do crime, normalmente um exame de corpo de delito ou um laudo toxicológico da droga; já o segundo fala de indícios de autoria, ou seja, bastam simples elementos que vinculem o agente ao fato criminoso. Não precisa haver certeza da autoria, basta a suspeita do envolvimento.

Percebemos que de acordo com a redação do artigo é necessário que exista “prova” da existência do crime, logo, não se admite o decreto de prisão preventiva quando tivermos apenas suspeitas ou indícios de que o crime ocorreu.

Nestes termos, “existe prova da existência do crime quando demonstrada está a prática de fato típico na integralidade de seus elementos [...]. E há indícios suficientes de autoria quando o réu é o provável autor do crime” (MARQUES, 2000, p. 53).

Sobre este tópico do nosso estudo encontramos, de acordo com Julio Fabbrini Mirabete (2006, p. 799), que:

Nos termos legais, a prisão preventiva só pode ser decretada quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. A primeira exigência refere-se à materialidade do crime, ou seja, a existência do corpo de delito que prova a ocorrência do fato criminoso (laudo de exame de corpo de delito, documentos, prova testemunhal etc). exigindo-se “prova” da existência do crime não se justifica a

custódia por mera suspeita ou indícios da ocorrência de um ilícito penal. São exigidos também “indícios suficientes da autoria”, contentando-se a lei com elementos probatórios ainda que não concludentes e unívocos, não sendo necessário, portanto, a certeza da autoria. A suficiência dos indícios é deixada à verificação do juiz, que deve se haver com prudente arbítrio. O juiz deve medir e pesar os elementos colhidos para verificar se são suficientes para a decretação dessa prisão provisória, que é medida de exceção quanto ao sistema de liberdades individuais. É necessário que apure se há a “fumaça do bom direito” que aponta para o acusado como autor da infração penal.

E ainda precisamos mais que a simples prova de existência do crime e dos indícios de autoria. Esses pressupostos deverão somar-se a pelo menos um dos fundamentos que permitem a prisão preventiva, de acordo com o que veremos a seguir.

### **4.3.2 Fundamentos**

São fundamentos para a decretação da prisão preventiva, aqueles dispostos no artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal, sendo a garantia da ordem pública; a garantia da ordem econômica; a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal; e a conveniência da instrução criminal.

Necessário acrescentar, porém, que ao contrário dos pressupostos acima estudados, os fundamentos para a decretação da prisão não precisam coexistir. Ou seja, basta um dos fundamentos, conjuntamente com os dois pressupostos, para que o decreto prisional esteja hígido.

#### **4.3.2.1 Garantia da Ordem Pública**

A preocupação em garantir a ordem pública existirá quando o possível criminoso, após a análise, pelo juiz, de sua conduta, de seus antecedentes, de sua personalidade, e outras situações concretas levarem a crer que, se solto, ele colocará em risco a ordem pública, continuando a praticar crimes.

O fundamento da garantia da ordem pública recebe muita crítica da doutrina, pois é um conceito muito fluido, aberto demais, gerando, muitas vezes, confusão e exagero na sua aplicação. Tanto é que são várias as prisões preventivas aplicadas e fundamentadas no clamor social causado pelo delito praticado ou em razão de sua gravidade abstrata.

Contudo, tal prática é repudiada pelos Tribunais, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência é firme nesse sentido. Vejamos um trecho do v. acórdão proferido nos autos do *Habeas Corpus* nº. 118.684/ES, Segunda Turma, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, julgado em 03/12/2013:

[...] II – A prisão, antes da condenação definitiva, pode ser decretada segundo o prudente arbítrio do magistrado, quando evidenciada a materialidade delitiva e desde que presentes indícios suficientes de autoria. Mas ela deve guardar relação direta com fatos concretos que a justifiquem, sob pena de se mostrar ilegal. III – No caso sob exame, o decreto de prisão preventiva baseou-se, especialmente, na gravidade abstrata dos delitos supostamente praticados e na comoção social por eles provocada, fundamentos insuficientes para se manter o paciente na prisão. IV – Segundo remansosa jurisprudência desta Suprema Corte, não basta a gravidade do crime e a afirmação abstrata de que os réus oferecem perigo à sociedade para justificar a imposição da prisão cautelar. Assim, o STF vem repelindo a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente, a exemplo do que se decidiu no HC 80.719/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello. [...]

Deve-se concluir, portanto, que para a decretação da prisão preventiva com alicerce na garantia da ordem pública, deve o magistrado ter por base as provas existentes até o momento, e que elas sejam hábeis a demonstrar o potencial abalo à ordem pública causado pelo acusado se for mantido em liberdade, sobretudo pela possibilidade, concreta, de ele vir a cometer novos delitos.

#### **4.3.2.2 Garantia da Ordem Econômica**

Essa outra hipótese permissiva da prisão preventiva foi incluída no art. 312 do Código de Processo Penal pela Lei 8.884/94 (Lei Antitruste) e pelo que se viu ao realizar a presente pesquisa, a doutrina dá pouca importância ao

estudo da garantia da ordem econômica como condição para decretação da prisão preventiva, pois entende que ela já está incluída na garantia da ordem pública, acima estudada.

Em que pese esse entendimento, é possível vislumbrar algumas hipóteses de condutas criminosas que colocam em risco a ordem econômica, como por exemplo, naqueles casos em que o delito pode trazer prejuízos à economia do país, ou a todo o sistema tributário. Imagine, por exemplo, um executivo de uma grande empresa que omite que esta empresa encontra-se praticamente falida, apresentando balanços falsos. Quantas pessoas podem ser prejudicadas por isso, talvez todo o sistema econômico, sobretudo os vários acionistas e sócios daquela empresa, que tenham alto capital investido.

#### **4.3.2.3 Assegurar a Aplicação da Lei Penal**

Sabe-se que o acusado, se solto, pode fugir do distrito da culpa, e assim, inviabilizar a execução de eventual pena privativa de liberdade aplicada a ele.

Ou seja, essa prisão é autorizada quando houver sérios indícios de que o acusado procura se esquivar do cumprimento da pena. Por exemplo, o juiz fica sabendo que um sujeito que responde por crime grave e é grande a possibilidade de ser-lhe aplicada pena privativa de liberdade por muitos anos, às vésperas de proferir a sentença em um processo que tramita em seu desfavor, tira passaporte com a intenção de viajar para outro país, ao mesmo tempo em que passa a vender todos os seus bens.

#### **4.3.2.4 Conveniência da Instrução Criminal**

Nesse caso, permite-se a decretação da prisão preventiva quando o agente criminoso busca interferir no próprio processo. Ou seja, ele cria embaraços para a colheita de provas, cria empecilhos ao trâmite processual.



Caso clássico que podemos mencionar aqui é a intimidação ou aliciamento de testemunhas, de peritos e da própria vítima do crime.

O que se busca com a previsão desse fundamento é, segundo Heráclito Antônio Mossin (1998, p. 405):

O que o legislador pretende, em última análise, é que haja a coleta normal da prova, sempre conduzida no sentido de demonstrar a verdade real dos fatos, quando da instrução probatória em juízo e da exata apuração da infração penal e de sua autoria no correr do inquérito policial, para que o membro do Ministério Público ou próprio ofendido tenha elementos sérios e seguros para a formação de sua *opinio delicti*.

É, em linhas gerais, o caso em que se o sujeito permanecer solto, ele terá possibilidade de influenciar na produção das provas a serem coletadas ou produzidas, de modo a adulterá-las, ocultá-las ou destruí-las.

## 5 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS E SUBSTITUTIVAS À PRISÃO PREVENTIVA

Estudando cautelaridade no processo penal, a conclusão que se nos apresenta é que ela se desenvolve em três vias, são elas: a) medidas cautelares pessoais; b) medidas cautelares reais (de natureza civil); e c) medidas cautelares probatórias.

Essas medidas postas à disposição do juiz, para decidir sobre manter ou não uma prisão cautelar, são, ao mesmo tempo, uma possibilidade de conceder liberdade ao eventual criminoso, pois demonstrado o exagero ou a desnecessária de sua prisão, e uma maneira de pressioná-lo a não praticar novos delitos, preservando, assim, a utilidade do processo.

Importa dizer, dessa maneira, segundo o magistério de Edilson Mougenot Bonfim (2012, p. 464), que as medidas cautelares em processo penal visam, sobretudo, a:

[...] garantir a efetividade do processo, ou ainda, a aplicação da lei substantiva ou material, na medida em que se intenta a preservação e a inalterabilidade de situações ou meios que interessem à prestação jurisdicional, de modo que toda situação ou meio de que se repute conter valor para o deslinde da causa possa estar protegida contra seu falseio, modificação ou perda de significação ou utilidade.

Em resumo, as cautelares reais são aquelas cujo objetivo é a reparação do dano ou o futuro perdimento de um bem. Pode recair sobre o patrimônio lícito do réu ou sobre o produto ou proveito do crime. Nessa categoria, segundo o Código de Processo Penal, estão enquadrados o sequestro, a hipoteca e o arresto.

Cautelares relativas à prova são aquelas que visam à protegê-la, evitando a sua destruição ou perecimento ao longo do processo. Aqui se enquadra a busca e apreensão de documentos, o sistema de proteção de testemunhas, e alguns outros casos.

Por fim – são as que interessam ao nosso trabalho –, as medidas cautelares pessoais. Estas dizem respeito à restrição da liberdade do acusado ou

(sobretudo agora com o advento da Lei 12.403/11) de algum outro direito dele. São elas: prisão cautelar (art. 283), prisão domiciliar (art. 317 e 318), as outras medidas cautelares diversas da prisão (art. 319), todos do Código de Processo Penal.

Atemo-nos, de agora em diante, ao rol de medidas cautelares do art. 319, do Código de Processo Penal:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

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

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

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

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

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

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

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

IX - monitoração eletrônica.

(...)

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Antes do advento dessa nova lei, o juiz não tinha a sua disposição outras medidas que pudesse lançar mão para assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem processual que não fosse a prisão preventiva.

A novel norma, portanto, reformula as regras de cautelaridade no processo penal, demonstrando a nítida intenção do legislador de privilegiar as cautelares em substituição da prisão, pois, muitas vezes, a morosidade do processo e a falta de opção do juiz, mantinham um indivíduo preso preventivamente por longo lapso temporal.

As “novas medidas cautelares foram criadas, com o objetivo de substituir a aplicação da prisão preventiva ou de atenuar os rigores da prisão em flagrante [...]” (NUCCI, 2012, p. 9).

E, ainda segundo Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 28):

A medida cautelar, tal como estampada no Código de Processo Penal, é um instrumento restritivo da liberdade, de caráter provisório e urgente, diverso da prisão, como forma de controle e acompanhamento do acusado, durante a persecução penal, desde que necessária e adequada ao caso concreto.

A visão do citado autor, que acompanhamos, é a de que a medida cautelar deve ser aplicada, sempre que possível, em substituição à prisão preventiva, pois está deve ser, como já ouvimos, a *ultima ratio*.

Importa explicar que com a aplicação de uma medida cautelar, conseqüentemente, existirá a concessão da liberdade provisória, que nada mais é que “[...] um benefício concedido ao preso em flagrante, não sendo a prisão convertida em preventiva, nem relaxada por ilegalidade.” (NUCCI, 2012, p. 29)

A utilização das medidas cautelares da forma como propõe o legislador, poderá surtir efeito positivo não só no que diz respeito à desnecessária decretação da prisão de um indiciado, sujeitando-o desnecessariamente às mazelas do cárcere, como também, reduzindo o crescimento desenfreado da nossa população carcerária, umas das maiores do mundo atualmente.

## 5.1 Da Decretação

Importa discernir, ainda, as medidas cautelares diversas da prisão preventiva, pois, embora a própria prisão preventiva seja também uma cautelar de natureza pessoal, utilizamos um capítulo próprio para falar dela, como se verifica alhures.

Previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, as medidas cautelares alternativas à prisão deverão ser aplicadas quando estiver presente, primeiramente, a possibilidade de se decretar a prisão preventiva, ou

seja, devem estar presentes os requisitos da necessidade e adequação, previstos no art. 282, I e II do CPP, mas, por uma questão de proporcionalidade, ela será substituída por outra medida cautelar. De acordo com o que dissemos “[...] os requisitos para a aplicação das medidas cautelares concentram-se, basicamente, na necessidade e na adequação, como se pode constatar da leitura dos incisos I e II do art. 282.” (NUCCI, 2012, p. 30)

Vejamos, sobre esse o assunto, o que diz ainda Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 10):

Para o estabelecimento das novas medidas cautelares, criam-se dois critérios básicos: necessidade e adequabilidade. Sob o manto do primeiro, deve-se verificar a indispensabilidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou para a instrução criminal além de servir para evitar a prática de infrações penais. Sob o segundo, atende-se à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

É bom enfatizar, ainda, pela relevância do tema, que as medidas cautelares, como instrumento para evitar a prisão cautelar, podem ser decretadas isoladas ou cumulativamente.

## **5.2 Da Revogação, Cumulação e da Substituição das Medidas Cautelares**

Uma vez aplicadas, como não poderia ser diferente, as medidas cautelares podem ser revogadas, substituídas e até mesmo reforçadas.

A possibilidade de revogação e substituição das cautelares aplicadas está disposta no art. 282, §§4º e 5º do Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

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

[...]

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

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Analisando o dispositivo legal verifica-se que o juiz irá revogar a cautelar aplicada em duas situações: a primeira, se o indiciado descumpri-la, o que poderá ensejar a sua prisão preventiva; a segunda, se o juiz perceber que não subsiste mais a necessidade de mantê-la.

Ocorrerá de substituição quando, por exemplo, o juiz, de ofício ou a requerimento, entender que uma medida anteriormente aplicada não está surtindo o efeito necessário ou foi excessivamente rigorosa. Assim, aplicará outra do rol do art. 319, que melhor acautele a situação.

Poderá, por fim, haver o reforço a uma cautelar já aplicada, quando verificada a ineficácia de medida anterior. Por exemplo, cumula-se a medida de não ausentar-se da Comarca sem autorização do juiz, com outra de recolhimento mensal no período noturno.

### **5.3 Do Prazo de Duração**

Legalmente falando, não há prazo de duração da medida cautelar aplicada. O que se vê, na prática, é que ela dura até o término da instrução ou até o juiz proferir a sentença.

Vejamos sobre esse tópico o que diz o Luiz Flávio Gomes, em sua obra em conjunto com Alice Bianchini, Ivan Luís Marques e Rogério Sanches Cunha (2011, p. 182)

Sendo medidas restritivas de direitos – embora em menor intensidade do que a prisão – elas também estão sujeitas a prazos não excessivos (razoáveis). Assim, necessário se criar mecanismos para que tais medidas não se prolonguem indefinidamente. Mesmo porque, não se tratando de prisão, a tendência é que o controle sobre o prazo de duração delas seja ainda menos rigoroso.

Considerando que todas as medidas cautelares devem ter fim, em nosso estudo encontramos, na pesquisa realizada, em monografia elaborada por uma aluna das Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, alguns

parâmetros que podem servir de base, pois assim consignou a graduanda Diana Baroni Firmino (2012, p. 71), à época, em seu trabalho:

Todas as medidas cautelares trazidas pelos artigos 319 e 320 tem (sic) fim, obviamente em [razão] do seu caráter cautelar e provisório. A extinção poderá ocorrer em situações diversas, tais quais: a) quando não mais subsistirem os motivos que ensejaram a decretação da medida; b) quando for revogada a medida cautelar e for decretada prisão preventiva, por exemplo, em razão do descumprimento injustificado das obrigações que foram impostas; c) quando sobrevier sentença absolutória, a qualquer tempo; e d) quando transitar em julgado a sentença penal condenatória, pois irá ter início a fase de execução penal.

Fica claro que é necessário ter-se uma razoabilidade no prazo das medidas cautelares, pois um processo penal pode durar anos, tendo em vista que a justiça é, muitas vezes, morosa. E sem adentrar no mérito das razões da demora no tramitar dos processos penais, fato é que o réu não pode ser prejudicado ou pesar sobre ele medidas restritivas por tempo exageradamente longo.

#### **5.4 Das Medidas Cautelares em Espécie**

A Lei 12.403/11 trouxe um rol de medidas cautelares que permitem ao juiz conceder liberdade provisória a um acusado para que ele assim responda ao processo. Contudo, embora em liberdade, ele terá, em contrapartida, que obedecer a alguma outra determinação do juiz, para assim permanecer.

Curioso é que, antes da edição dessa lei, o magistrado não dispunha dessa possibilidade. É dizer, ou ele mantinha o indiciado preso, e assim ele permanecia durante todo o tramitar do processo ou concedia-lhe a liberdade provisória, sem nenhuma outra restrição.

É intuitivo que a nova lei possibilita ao magistrado um campo maior de possibilidades quando decide pela manutenção ou não da prisão cautelar de um acusado, abrindo maior possibilidade de agir dentro dos limites da legalidade e da proporcionalidade.

O autor Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 104) considera que o rol é taxativo. E é assim, por tratar de questões relativas à prisão e liberdade do acusado. Tratando-se desses direitos, a interpretação deve ser sempre restritiva, observando ao máximo, o princípio da legalidade. E, corroborando esse entendimento, encontramos na jurisprudência em decisão proferida nos autos do *Habeas Corpus* nº 56.961-RJ do Superior Tribunal de Justiça, Min. Relator Sebastião Reis Júnior, o seguinte posicionamento:

A medida cautelar decretada e supostamente desrespeitada refoge aos limites semânticos claramente colocados pela redação do artigo 319, inciso II do Código de Processo Penal. Não existe equivalência entre as expressões "determinados lugares" e "manifestações ou protestos". O primeiro, admitido na lei, define um espaço territorial fisicamente especificado ou determinado. O segundo é uma abstração que pode abranger desde um discurso proferido através de uma rádio ("manifestação") até a participação em um protesto universitário que pleiteie melhorias acadêmicas. A miríade de hipóteses que podem se encaixar nos conceitos de "manifestações ou protestos" é algo que a lei processual penal não pretendeu alcançar. Se o desejasse, não teria estabelecido o rol taxativo do artigo 319.

Sem embargo de posições contrárias a essa visão, fato é que agora as medidas cautelares diversas da prisão existem e estão à disposição do juiz para a sua utilização e aplicação, com razoabilidade, proporcionalidade e com a mais estrita observância dos limites da legalidade.

#### **5.4.1 Comparecimento Periódico em Juízo**

É uma condição para que o indiciado tenha sua liberdade provisória decretada, vinculando-o à persecução penal. Na prática, ocorre da seguinte forma: o juiz toma conhecimento de uma prisão em flagrante pelo cometimento de algum delito, por meio da comunicação da prisão em flagrante que é encaminhada ao fórum, pela delegacia de polícia.

O juiz, analisando a gravidade do delito, os antecedentes do eventual criminoso e as circunstâncias do fato, entende que não é necessário converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. Porém, enxerga a necessidade de o indiciado comparecer em juízo, normalmente todo mês (mas a



lei não diz qual é a periodicidade), para assinar uma folha que serve como comprovante do seu comparecimento. Essa folha fica em autos apensados ao principal.

Caso o indiciado deixe de comparecer, os autos serão encaminhados ao Ministério Público. Este requererá ao juiz determine ao indiciado que justifique as faltas. Se não justificadas, isso poderá resultar na sua prisão preventiva.

Se o indiciado residir em outra comarca será expedida uma carta precatória ao juízo competente daquela comarca, deprecando o controle dos comparecimentos.

#### **5.4.2 Proibição de Frequentar Determinados Lugares**

Pode acontecer de o indiciado ter praticado o suposto crime em um bar ou em uma boate, estando, ao que tudo indica, sob o efeito, por exemplo, de bebida alcoólica.

A medida de proibição de frequentar determinados lugares age justamente nesses casos. Tendo o objetivo de evitar que a pessoa envolvida em algum crime, nessas circunstâncias, esteja proibida de frequentar esses lugares, onde poderia voltar a delinquir.

Existe proibição semelhante na conhecida “Lei Maria da Penha” (Lei nº 11.340/06). Aqui, no caso, é proibido ao agressor a frequência a determinados lugares com a finalidade de proteger a integridade física da vítima (art. 22, III, “c”), para evitar novas agressões ou ameaças.

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

Essa proibição deve ocorrer quando por circunstâncias relacionadas ao fato deva o suposto autor do delito manter-se distante de pessoa determinada. É medida que anteriormente só era prevista pela já citada Lei Maria da Penha,

mas foi encampada também pela Lei 12.403/2011, que alterou o CPP, podendo ser decretada sempre que o juiz achar necessário.

Normalmente, essa cautela é necessária para proteger a vítima em delitos que envolvam violência ou grave ameaça.

Porém, segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 668):

Não podemos descurar das pessoas que vão contribuir com a persecução penal, como testemunhas, peritos, assistentes técnicos e a própria vítima. Por essa razão, e para tutela da instrução criminal, a proibição também se faz pertinente.

A vedação não é somente com relação ao contato físico, podendo recair, ainda, sobre telefonemas, mensagens, cartas e até mesmo por meio de interpostas pessoas.

#### **5.4.4 Proibição de Ausentar-se da Comarca**

A Comarca é o território da jurisdição do juiz e é dessa área, dessa região, que o indiciado estará impedido de sair sem comunicar o juízo e dele receber, se for o caso, autorização para tanto.

Corriqueiramente é interessante ao processo que o sujeito investigado ou processado permaneça no chamado “distrito da culpa”, local onde ele cometeu o suposto crime. “Objetiva-se impor ao indiciado ou acusado a obrigação de permanecer no distrito da culpa.” (AVENA, 2013, p. 863)

A finalidade da proibição aqui tratada é auxiliar na apuração dos fatos, pois como o próprio dispositivo legal menciona, a permanência do acusado na comarca terá lugar quando for conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.

É comum fixar-se um prazo, por exemplo, de 8 (oito) dias, em que se poderá sair da comarca sem avisar. Porém, se for por prazo superior ao delimitado, deverá comunicar o juízo.

Se a proibição for para que o indiciado ou acusado não saia do país, não estará enquadrada nessa hipótese, mas sim na do art. 320 do Código de Processo Penal, que é regra específica.

#### **5.4.5 Recolhimento Domiciliar no Período Noturno e nos Dias de Folga**

Essa medida cautelar tem intenção de impedir que o agente saia de sua casa no período noturno, normalmente é fixado das 22:00 às 06:00 horas, e nos dias de folga, logicamente, se possuir residência e trabalho fixos, pois do contrário a medida não teria sentido.

Necessário, porém, que a aplicação dessa medida tenha um nexo de causalidade com o delito praticado, pois não de que adiantaria impor cautelar dessa natureza, por exemplo, a um autor de lesão corporal contra seu irmão. Por outro lado, seria bem útil decretá-la em desfavor de um indivíduo que está sendo processado pela prática do crime de furto, em que foi preso em flagrante durante a noite.

#### **5.4.6 Suspensão de Exercício de Função Pública ou Atividade de Natureza Econômica ou Financeira**

Sabe-se que a prática de crimes por funcionários públicos, dentro da Administração Pública, é repugnante, e, muitas vezes, será necessário afastar o funcionário de suas atividades quando ele estiver sendo investigado por crime praticado dentro da repartição. É que, por ser funcionário, goza de facilidades na atividade criminosa, podendo influenciar testemunhas e sumindo com provas. Daí a necessidade de acautelar essa situação.

Quando essa providência for tomada o funcionário não perderá sua remuneração. É necessário, para decretar o afastamento do funcionário, que os indícios da prática do delito por ele sejam extremamente convincentes.

Já com relação aos delitos que envolvem atividade financeira e econômica é necessária, além dos indícios do cometimento do crime, a existência da pertinência temática, nos termos em que preceituado por Nestor Seabra e Rosmar Rodrigues de Alencar (2013, p. 669), assim:

[...] a suspensão do exercício da atividade econômica ou financeira também estão a exigir pertinência temática, como ocorre no risco de perpetuação de delitos contra o sistema financeiro (Lei 7.492/86) ou contra a ordem econômica (Lei nº 8.137/90 e 8.176/91).

Curioso que a Lei de Drogas (11.343/06) traz dispositivo semelhante em seu art. 56, §1º, possibilitando ao juiz, quando do recebimento da denúncia, decretar o afastamento cautelar do funcionário público de suas funções, comunicando o órgão em que está lotado o servidor.

#### **5.4.7 Internação Provisória**

Aqui se constata, mediante o incidente de insanidade mental, que o agente é absolutamente ou relativamente incapaz, ou seja, é inimputável ou semi-inimputável, nos termos do art. 26 do CPP.

Essa medida cautelar, ao contrário das outras previstas no elenco do art. 319 do CPP, é privativa de liberdade.

Nos termos do inciso VII, do artigo estudado, a medida deve ser aplicada somente quando houver risco de reiteração delituosa em crimes cometidos com violência ou grave ameaça e a internação deverá dar-se em Hospital de Custódia e Tratamento Ambulatorial.

#### **5.4.8 Fiança**

Sabe-se que atualmente a regra é a afiançabilidade, sendo que os crimes inafiançáveis são trazidos expressamente pelo texto constitucional no art.

5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, e pelo Código de Processo Penal em seu artigo 323.

Exceção feita às hipóteses em que não se admite fiança, acima expostas, será possível, nos termos do art. 319, inciso VIII, do CPP, ser ela aplicada nos casos mencionados no inciso, ou seja: a) para assegurar que o agente compareça a todos os atos do processo; b) para evitar que obstrua o andamento processual; e c) no caso de resistência injustificada à ordem judicial.

Importante mencionar que a fiança como medida cautelar, assume viés de uma medida de natureza autônoma, ou seja, não se confunde com a fiança existente em nosso Código de Processo Penal antes da edição da Lei 12.403/11. Entendemos melhor essa questão por meio dos ensinamentos de Norberto Avena (2013, p. 870), nos seguintes termos:

Oportuno esclarecer que esta natureza autônoma atribuída à fiança ganha relevância, se comparado o modelo atual com a disciplina incorporada ao Código de Processo Penal antes da vigência da lei 12.403/11. Isto porque, naquela época, ao contrário do que agora ocorre, a fiança encontrava-se diretamente relacionada à prisão em flagrante. Em verdade, agregava-se ela a uma das formas de liberdade provisória previstas em lei – a chamada *liberdade provisória permitida com fiança*.

Esclareça-se, por fim, que essa modalidade de fiança poderá ser decretada em qualquer fase da investigação, seja em sede de inquérito policial ou já durante o trâmite processual, sendo sempre preferível ela à prisão preventiva.

#### **5.4.9 Monitoração Eletrônica**

Podemos dizer que a monitoração eletrônica é a tecnologia a serviço da pena e da persecução penal.

Nesse caso, ao invés de privar o eventual criminoso de sua liberdade, retirando-o do seu meio social, opta-se por privá-lo de outros direitos que não o de liberdade. É a não dessocialização do criminoso, com o objetivo de educá-lo.

Previa-se, inicialmente, nos termos da Lei 12.258/10, que a monitoração eletrônica fosse utilizada nos casos de saída temporária de presos beneficiados pelo cumprimento de pena no regime semi-aberto e nos casos de prisão domiciliar. Porém, com a vigência da Lei 12.403/11, o instituto agora pode ser utilizado durante toda a persecução penal, desde a fase investigativa até durante o processo, como medida eficaz como substituta do cárcere cautelar.

O dispositivo para o controle e monitoramento pode ter forma de uma tornozeleira ou pulseira. A intenção é saber, a qualquer momento, a localização do indiciado. O sistema utilizado é o conhecido GPS (Sistema de Posicionamento Global).

Muitos entendem que obrigar o acusado a utilizar esse dispositivo seria um atentado contra o princípio da dignidade da pessoa humana, no entanto, conforme nossa visão do tema, a melhor interpretação não deve caminhar nesse sentido, vejamos, por exemplo, o que diz Norberto Avena (2013, p. 871) sobre o assunto:

Em que pese a existência de opiniões contrárias, a medida não implica, a nosso ver, qualquer atentado ao *princípio da dignidade da pessoa humana*, pois, desde que o agente se submeta corretamente às condições do monitoramento, não sofrerá ele restrições maiores do que as decorrentes do uso de um aparelho eletrônico que pode ficar oculto sob suas roupas. Além do mais, ainda que se possa cogitar da ocorrência de alguma forma de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana com tal monitoramento, é óbvio que o grau de lesividade daí decorrente é bem inferior àquele que advém, por exemplo, de uma prisão preventiva, ainda mais se levamos em conta a realidade de nosso sistema prisional.

Apenas a título de ilustração, vejamos a opinião de GOMES (2014) **apud** Gisele Mendes de Carvalho e Thais Aline Mazeto Corazza (2014, p. 212):

[...] esse monitoramento pode transformar-se numa prisão mental, quando essa vigilância é exagerada e descontrolada (opressiva). É um equívoco imaginar que o monitoramento eletrônico não gere estresse ou sensação similar à de um presídio com muros. Ser controlado todas as horas do dia, todos os dias, é difícil de ser suportado. No entanto, a vigilância eletrônica seria sem dúvida melhor que o presídio tradicional: “Na prática, no entanto, pode ser tão penoso (ou mais) que o presídio tradicional. De qualquer modo, a tendência claríssima (na era da sociedade telemática) passa pela ideia do fim do presídio tradicional, para dar lugar para o presídio eletrônico”.

Mantemos, portanto, a opinião de que a substituição da prisão pela utilização do dispositivo de monitoração, na verdade, trata-se de uma vantagem para o indivíduo, pois, o uso do aparelho terá pouca influência em sua vida cotidiana. O mesmo não se pode dizer se ele estiver preso.

## 6 MECANISMOS DE FISCALIZAÇÃO (Inexistência)

A nosso ver, a ideia do legislador ao criar essas novas possibilidades alternativas à prisão cautelar, previstas nos art. 319 do CPP, teve uma única finalidade: conter o crescimento desenfreado da nossa população carcerária.

E não é de hoje que vemos no Brasil o uso do Direito Penal e, conseqüentemente, do Processual Penal, e somente eles, para resolver todo e qualquer problema relacionado à criminalidade. Ou seja, basta dizer que está acontecendo muitos atos infracionais de natureza grave, que logo pensamos em reduzir a maioria penal; basta dizer que estão acontecendo muitos furtos e lá vamos nós endurecermos a pena do furto.

É notório que não há uma preocupação em atingir as causas dos problemas, busca-se apenas remediar, ou seja, combater os seus efeitos. Isso, sem falar na influência da mídia e o clamor social. Estes, mais do que ninguém, interferem sobremaneira na criação e modificação de tipos penais e em tudo relacionado à matéria penal.

Essa observação inicial é só para deixar claro que não concordamos com o fato de simplesmente criar leis (no caso estamos falando da 12.403/11), para resolver o problema da superpopulação carcerária. Isso não tem a ver, tanto quanto nos querem fazer pensar, com o Direito Penal ou Processual Penal, mas sim está ligado a uma questão de falta de políticas públicas, voltadas principalmente para uma educação de qualidade e o combate à pobreza.

Da forma como se está fazendo, utilizando o caminho mais fácil, pode resultar em um “tiro no pé”, pois a sensação de impunidade, que já é muito grande em nosso país, pode aumentar ainda mais, e, o reflexo disso, não há dúvida, é o aumento no índice de criminalidade (efeito “bola de neve”). Estamos falando, talvez, de um verdadeiro estímulo à criminalidade.

Não seria assim, conforme entendemos, se pelo menos essas medidas substitutivas à prisão fossem fiscalizadas, quando aplicadas. E porque dizemos isso? Ora, tomemos como exemplo a medida cautelar do inciso V, do art. 319 do CPP, que trata da obrigação do recolhimento domiciliar no período



noturno e nos dias de folga. Quem é que fiscaliza o cumprimento dessa medida quando aplicada pelo juiz? Não é preciso nem pensar para responder, pois o correto a dizer é: NINGUÉM!!!

Observa-se que, apesar da criação dessa lei, não houve nenhuma preocupação em viabilizar a fiscalização das medidas cautelares diversas da prisão. Parece-nos que o Estado só está preocupado em desafogar o sistema penitenciário, nada mais. Não existe nenhuma lei que regulamente ou obrigue a fiscalização das medidas cautelares diversas da prisão, demonstrando que o legislador não está dando a mínima importância para isso.

Sobre isso, vejamos o que escreveu Karen Louise Jeanete Khan e Marcelo Batlouni Mendroni (2013, p. 334):

Não é demasiado destacar, desde logo, que uma medida cautelar aplicada e descumprida, sem vigilância do Estado, torna-a inócua, sem qualquer efetividade, além de desmoralizar o próprio Estado.

Contudo, nós, enquanto operadores do direito e membros da sociedade, que sentimos na pele o crescimento da violência e os seus efeitos, não devemos apenas esperar pela boa vontade de nosso Poder Legislativo, que nada mais é do que uma fábrica de leis, para trazermos eficácia e efetividade às normas que entram em vigor.

É preciso arregaçar as mangas e por meio do engajamento de determinados setores, fazermos as coisas funcionarem. O que queremos dizer com isso? No próximo capítulo, já rumo ao exaurimento do nosso trabalho, falaremos sobre o que tem sido feito na Comarca de Assis/SP, quando são aplicadas, pelo Poder Judiciário, as medidas cautelares diversas da prisão. Para tanto, convidamos o leitor ao fecho de nossa obra.

## 7 EXPERIÊNCIA PRÁTICA NA COMARCA DE ASSIS/SP

Ciente da absoluta inexistência de qualquer forma de fiscalização das medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP), quando aplicadas, o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal, do Júri e da Infância e Juventude da Comarca de Assis/SP, Dr. Thiago Baldani Gomes De Filippo, com quem este escritor tem a oportunidade de trabalhar, em conjunto com a Polícia Militar daquela cidade, colocaram em prática um projeto que viria mais tarde suprir essa lacuna.

Totalmente inovador, o sistema não poderia ser colocado em prática apenas pelo Poder Judiciário. Necessitávamos, concluiu-se à época, do apoio fundamental da Polícia Militar, como agente fiscalizador das medidas aplicadas pelo juízo. Esse apoio, basicamente, consistia em comunicar o juiz a respeito dos eventuais descumprimentos das cautelares (diversas da prisão) por aqueles contra quem elas eram decretadas.

Daquele início de ano para cá, os resultados colhidos têm sido satisfatórios e o futuro é ainda alvissareiro. O engajamento dos agentes envolvidos é outro ponto forte do trabalho e digno de reconhecimento.

A intenção dessa breve introdução sobre o sistema adotado pela Comarca de Assis na fiscalização das medidas cautelares diversas da prisão foi justamente remeter o leitor a este ponto da monografia, momento em que vamos desvendar o que é e como funciona a ferramenta.

Trata-se de um *software* que denominados de MAP (Medidas Alternativas à Prisão), desenvolvido para possibilitar a troca de dados entre o Poder Judiciário e a Polícia Militar.

E como isso funciona?

Os dados, que consistem na qualificação, o mais completa possível, do indiciado/ acusado submetido à medida cautelar que não seja, obviamente, prisão; mais o detalhamento a respeito de qual cautelar lhe foi imposta (lembrando que as medidas cautelares podem ser cumulativas – aliás, é o que mais acontece), são encaminhados via *e-mail* institucional, pelo Poder Judiciário

(no caso da 2ª Vara Criminal, do Júri e da Infância e Juventude de Assis, o controle e encaminhamento dos dados é feito este próprio pós-graduando), à Polícia Militar, que os insere no programa MAP, para controle e acesso. Normalmente, esses dados são encaminhados semanalmente pela Vara Criminal.

Alimentado o sistema, os dados ficam disponíveis para acesso dos policiais que atuam na sala de controle de rádio patrulha, ou seja, na central de emergência 190, conhecido como COPOM (Centro de Operações da Polícia Militar). Essa central comunica-se com as viaturas policiais que efetuam as rondas pela cidade, por meio de rádios, sejam eles *H.T.* (dispositivos portáteis utilizados pelos policiais quando desembarcados da viatura) ou aqueles acoplados na própria viatura policial.

Sabemos que durante o turno de serviço de uma viatura policial os seus integrantes, os policiais militares, efetuam diversas abordagens a indivíduos, sejam elas apenas de rotina, quando identificam alguma atitude suspeita, ou mesmo quando atuam na detenção de alguém pela prática de crime. São nesses momentos, estando os policiais munidos dos dados do suspeito, que solicitam ao COPOM realize pesquisa sobre o indivíduo, entre outros sistemas, também no MAP.

Após a pesquisa, uma vez constando alguma restrição imposta ao sujeito abordado, o policial da viatura elabora um documento que serve para comunicar o juízo que aplicou a medida, e que a fez normalmente como condição para que o indiciado permanecesse em liberdade, e este irá analisar, após a manifestação do Ministério Público, se reforça a cautelar já aplicada, ou até mesmo se a revoga, decretando, em seguida, a prisão preventiva pelo descumprimento.

Ainda não há, como gostaríamos, estatísticas que demonstrem a efetividade do sistema, até porque, pela sua recente implantação, ainda não se pôde fazer esse levantamento. No entanto, corre “à boca miúda” nos meios policiais, pelo que nos chega, que houve uma mudança de comportamento dos delinquentes mais conhecidos da nossa região, que se mostram preocupados, pois estão notando que agora a polícia tem fiscalizado a ordem do juiz.

## 8 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, que é um dos requisitos para aprovação e conclusão do curso de pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal das Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente/SP, foi possível notar a importância que se deu ao instituto da prisão.

Interessante, a quem quer que se aventure na leitura desta singela obra acadêmica, notar a evolução da história do encarceramento humano. Muitos de nós, que escrevemos sobre o assunto, não temos nem sequer noção de como deve ser estar preso, privado da liberdade. No entanto, vivemos tentando, como fizemos aqui, deixar transparecer um pouco dessa miséria do mundo. Nunca paramos para pensar, pelo menos não com tanto comprometimento como deveríamos, se poderia haver outra forma de repreender, de educar, de regenerar o ser humano. Parece-nos que prender foi a solução mais fácil encontrada para tratar aqueles que não se adaptam à sociedade, que não se encaixam nas regras postas.

Mas apesar disso, ao longo do tempo, pelo menos, o homem se mostrou preocupado com o exagero na aplicação do cerceamento da liberdade do outro. Se bem que, conforme estudamos, a privação da liberdade nem sempre teve o caráter de pena. Houve um período em que ela tinha o objetivo de garantir o cumprimento da verdadeira pena que viria mais tarde, e era bem pior do que a privação da liberdade, na maioria dos casos.

Hoje em dia, talvez, a prisão seja a mais comum das penas. Por isso ela deve ser muito bem estudada. O quanto evoluímos até o momento, permite-nos entender e sentir o quão grave e invasivo é privar alguém de sua liberdade.

O homem, por mais que tentemos ser modestos, é o protagonista do mundo. Somente nossa espécie é capaz de criar, de evoluir, de sentir. Essas capacidades ficam seriamente comprometidas a partir da privação da liberdade.

Por isso, a prisão de alguém deve ser o último recurso. Somente uma pessoa que coloca o grupo, a sociedade em risco, ou cometeu um grave erro, deve ser retirada do convívio em comum, seja para pagar pelo que fez, seja

para servir de exemplo, ou para proteger os demais membros do grupo de outros ataques aos seus bens que possam ser cometidos por esse indivíduo.

Acontece que nós somos movidos por paixões, e assim é com todos os membros da comunidade de pessoas. Ou seja, desde o carteiro, o açougueiro, o motorista e até mesmo os juízes, os promotores e os operadores do direito em geral. Todos nós somos assim.

E é por isso que toda análise de um caso concreto que possa levar alguém ao cárcere, deve ser feita livre de qualquer interferência emocional. Toda prisão deve ser decretada de forma técnica, com a análise dos requisitos e pressupostos que a permitem.

A cultura da prisão de forma excessiva, além das várias mazelas que isso pode trazer, resulta, como vimos, em uma superpopulação carcerária, situação de difícil controle e administração para o Estado. E esse próprio Estado, diante dessa realidade, se vê obrigado a criar outras formas de controle e punição de eventuais criminosos, formas diversas da prisão.

Ainda mais diante de um cenário em que o sistema prisional está praticamente falido e é extremamente mal administrado, como no Brasil. Aqui as cadeias se revelam verdadeiras escolas da criminalidade.

Pensando nisso, eclodem sempre várias discussões a respeito do que se poderia fazer para reverter esse quadro. E algumas atitudes até são tomadas, exemplo disso é a Lei 12.403/11, que trouxe várias alternativas preferíveis à prisão de um eventual infrator da lei.

Só que, em nosso país, infelizmente, vemos o uso exagerado de leis para resolver todo e qualquer assunto, que demandariam, muitas vezes, outro tipo de providência. E esse comportamento estatal é intensificado quando falamos de leis penais ou processuais penais. Fazem de conta que não sabem que a criminalidade e seus efeitos estão ligados mais à ausência de políticas públicas de combate à pobreza e à falta de uma educação de qualidade. No entanto, investir nesses setores é custoso demais e o retorno é demorado.

E o pior, faz-se as leis de qualquer jeito, sem se preocupar com a efetividade e eficácia da norma. Isso fica muito claro quando se analisa a Lei 12.403/11. Ou seja, a lei é útil para evitar o encarceramento do delinquente,

aplicando-lhe outras medidas que deverá cumprir para livrar-se solto, mas não cria nenhum mecanismo de fiscalização dessas medidas.

É justamente aqui que nós, membros da sociedade, diante da lacuna e má vontade legislativa, devemos tomar postura para viabilizar que esta norma cumpra com o seu desiderato, que é desafogar os presídios, diminuindo a população carcerária. Mas, por outro lado, não faça simplesmente colocar eventuais criminosos na rua, sem nenhuma outra restrição (ou com restrição que ninguém fiscaliza). E é só fiscalizando e restringindo que vamos desenvolver no infrator a sensação de que, no descumprimento de outras obrigações a ele impostas, poderá ir ou voltar para o cárcere. É dessa sensação que ele precisa, só assim irá dar certo.

Tem gente trabalhando nesse sentido, foi o que vimos ao final da nossa obra. Que isso sirva de exemplo e de motivação, pois somos nós que estamos nas ruas, somos nós que sentimos a violência cada vez mais de perto.

## BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Cláudio do Prado. *Evolução Histórica e Perspectivas sobre e Encarcerado no Brasil como Sujeito de Direitos*. Disponível em: <<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/13-artigo-evolucao-historica-e-perspectivas-sobre-o-encarcerado-no-brasil-como-sujeito-de-direitos>>, acesso em 30 de jun. 2015.

ASSIS, Rafael Damasceno de. **Histórico das prisões no Brasil, histórico das Leis De Execuções Penais, aspectos e finalidades da atual Lei De Execução Penal Brasileira**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3482/As-prisoas-e-o-direito-penitenciario-no-Brasil>>, acesso em 02 jul. 2015.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; e MACIEL, Silvio. **Prisão e Medidas Cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro, 1941.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A Prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

CARVALHO, Gisele Mendes de, CORAZZA, Thais Aline Mazetto. **O Sistema de Monitoramento Eletrônico à Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Revista dos Tribunais (nº. 945), 2014.

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

FIRMINO, Diana Baroni. Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de curso. **Inovações da Lei 12.403/11: Solução para a Superlotação dos Presídios ou Estímulo à Impunidade?** Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo, 2012.

KHAN, Karen Louise Jeanete e MENDRONI, Marcelo Batlouni. **As Medidas Cautelares no Processo Penal Brasileiro – Reforma com a Lei 12.403/11.** São Paulo: Revista dos Tribunais (nº. 941), 2014.

Lei 12.403/11. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Diário Oficial da União. República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 mai. 2011.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal - Volume IV.** Campinas: Millennium, 2000.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais.** São Paulo: Método, 2011.

MESSA, Ana Flávia. **Prisão e Liberdade.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado.** São Paulo: Atlas, 2006.

MISCIASCI, Elizabeth. **A Primeira Prisão e Como Surgiram os Presídios.** Disponível em: <[http://www.eunanet.net/beth/news/topicos/nasce\\_os\\_presidios.htm](http://www.eunanet.net/beth/news/topicos/nasce_os_presidios.htm)>, acesso em 30 jun. 2015.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 1998.

MUCCIO, Hidejalma. **Prisão e Liberdade Provisória.** Jaú/SP: HM Editora, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Comentado.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NICOLITT, André. **Lei 12.403/2011- O Novo Processo Penal Cautelar.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 2013.

Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 56.961-RJ.** Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 22-06-2015, DJe 24-06-2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON>>



&sequencial=49170650&num\_registro=201500401804&data=20150624>, acesso em 20 jul. 2015.

Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 118684-ES**. Segunda Turma. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 03-12-2013, DJe 06-12-2013.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5042742>>, acesso em 20 jul. 2015.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Podium, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal - volume 3**. São Paulo: Saraiva, 2013.