

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

VILAYANA LOPES VIEIRA LEITE

A ATUAL CONJUNTURA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DAS
MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO

SOUSA-PB

2013

VILAYANA LOPES VIEIRA LEITE

A ATUAL CONJUNTURA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DAS
MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Prof^a. Orientadora: Jônica Marques Coura Aragão

SOUSA-PB

2013

VILAYANA LOPES VIEIRA LEITE

A ATUAL CONJUNTURA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DAS
MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Jônica Marques Coura Aragão

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: ____/____/____.

Orientadora: Prof.^a Jônica Marques Coura Aragão

Examinador (a) interno 1

Examinador (a) interno 2

Com imensa gratidão dedico este trabalho à minha
mãe, Maria do Socorro, ao meu pai, Joaquim Lopes,
aos meus irmãos, Stenwallace, Aldara e
Stroessener, verdadeiras vigas mestras em minha
vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, força presente em minha vida, que me concedeu a oportunidade de concretizar esse sonho.

À minha mãe, Maria do Socorro de Sousa Leite Vieira e ao meu pai, Joaquim Lopes Vieira, sempre presentes e prestativos, verdadeiros exemplos de honestidade. Vocês são minha base, fonte de amor e confiança, pessoas a quem devo a vida. Sei o quanto batalharam para que eu pudesse realizar esse sonho. A educação e os ensinamentos que me proporcionaram foram determinantes para minha formação pessoal e profissional. Não há palavras que possam mensurar meu sentimento de gratidão.

Aos meus irmãos, Stenwallace Lopes Vieira Leite e Stroessener Lopes Vieira Leite, pelo amor, força e energia positiva. Vocês conferem sentido à minha existência, meus sinceros agradecimentos.

À Aldara Martina Lopes Vieira Leite, minha irmã e, acima de tudo, amiga, companheira nessa caminhada. Nós bem sabemos o quanto lutamos para chegarmos até aqui. Cada momento em que estivemos nos apoiando foi fundamental para a realização desse sonho. Agradeço a Deus, pela nossa vitória!

Às minhas avós, Maria Anita Montenegro, Gertrudes Vieira de Oliveira e Maria Vilany Vieira de Oliveira (*in memoriam*), mulheres guerreiras, exemplo de amor e dignidade. A Ramon Caetano Dantas, meu namorado, pelo carinho, incentivo e apoio, meus agradecimentos.

À professora Jônica Marques Coura Aragão, exemplo de competência e caráter, que com sua simplicidade despertou em mim a paixão pelo Processo Penal. Muito além de orientadora, mostrou-se amiga, sempre pronta a ajudar.

Ao Sr. Rubismar Albuquerque de Farias (*in memoriam*), grande amigo, que sempre será lembrado com carinho. Agradeço toda a atenção a mim dispensada.

Aos meus mestres, servidores e funcionários do CCJS/UFCG, meus agradecimentos pela orientação e auxílio.

“Celebrai com júbilo ao Senhor, todas as terras.
Servi ao Senhor com alegria; e entrai diante
dele com canto”. Salmos (100:1-2)

RESUMO

O sistema penal, desde a avocação estatal do poder-dever de punir os indivíduos que transgridem as normas penais, importa em questão sócio-jurídica das mais relevantes para diversas áreas do conhecimento; além de especialmente interessante ao cenário jurídico atual. O presente trabalho monográfico tem como problemática: Há possibilidade jurídica de aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão provisória de modo a contribuir sensivelmente para a diminuição dos encarcerados que abarrotam as prisões brasileiras? Para tanto, a partir dessa problemática, aponta-se, título de objetivo geral, analisar a efetividade das medidas alternativas à prisão processual no contexto processual penal brasileiro. Por sua vez, são objetivos específicos: realizar abordagem sobre a origem e evolução das penas e dos principais sistemas penitenciários; verificar a atual conjuntura do sistema penitenciário brasileiro, dando primazia ao estudo do problema da superlotação; identificar a viabilidade jurídico-legal das medidas cautelares alternativas à prisão e a consequente, concretização da prisão preventiva como *ultima ratio*. Visando alcançar os objetivos traçados, utiliza-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo, em que os juízos formulados a partir da hipótese de que a Lei n.º 12.403/11 contribui para a redução do número de presos provisórios, projetam a premissa que deduz o perfil da realidade processual penal brasileira. A partir daí, mediante o emprego do empirismo, se faz a análise da pesquisa realizada pelo Departamento Penitenciário Nacional. A pesquisa se apresenta para além de uma análise simplesmente dogmática, buscando aliar a análise legal e doutrinária, além de dados estatísticos acerca da temática enfrentada, concluindo, em linhas gerais, pela efetividade das medidas alternativas.

Palavras-chave: Superlotação carcerária. Medidas cautelares alternativas. Redução.

ABSTRACT

The penalty system, since the state call-back of the power-duty of punishing the ones who violate the penalty rules, matters as one of the most relevant social-legal issue to many knowledge areas; besides being specially interesting to the current legal scene. The present monographic paper has as objective to answer the following question: Is there legal possibility of applying alternative precautionary measures to the pre-trial detention in order to considerably contribute to a decrease in the number of prisoners who overload brazilian prisons? Therefore, given the question, it is pointed out, general objective title, the analysis of the alternative measures effectiveness on the procedural detention on brazilian legal system context. In turn, these are the specific objectives: to realize an approach above the penalties and the main penitentiary systems origin and evolution; to verify brazilian penitentiary system current conjuncture, giving priority to the study of the overcrowding problem; to identify the legal feasibility of the alternative precautionary measures to detention and the consequent materialization of the pre-trial detention as ultima ratio. Aiming to achieve the planned objectives, it is used the hypothetical-deductive approach method, in which the judgments, formatulated given the hypothesis of the no. 12.403/11 Law contribution to the decrease in the number of temporary prisoners, project the premise that deduct the profile of the brazilian criminal procedure reality. Given this, under empiricism use, it is made the analysis of the research made by the National Penitentiary Department. The research presentation is beyond a dogmatic analysis, pursuing a legal and doctrinal alliance, besides statistical datas about the dealt question, concluding, in general, for the effectiveness of the alternative measures.

Keywords: Overcrowding in prisons. Alternative precautionary measures. Reduction.

LISTA DE SIGLAS

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

INFOPEN – Sistema Integrado de Informações Penitenciárias

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 BREVE ESTUDO SOBRE A ORIGEM E EVOLUÇÃO DAS PENAS	13
2.1 Noções Introdutórias	13
2.2 Período das Vinganças Defensivas	14
2.2.1 Fase da Vingança Privada	14
2.2.2 Fase da Vingança Divina	16
2.2.3 Fase da Vingança Pública	17
2.3 Período Humanitário	17
2.4 Período Pré-Científico ou Escola Clássica	19
2.5 Período Científico ou Escola Positiva	20
2.6 As Escolas Penais	22
2.7 Sistemas Penitenciários	24
2.8 O Direito Penal no Brasil	25
2.9 Espécies de Penas na Legislação Brasileira	26
2.9.1 A Pena Privativa de Liberdade	26
2.9.1.1 Dos Regimes Prisionais	27
2.9.1.2 Da Aplicação do Regime Inicial	28
2.9.2 As Penas Restritivas de Direitos e a Pena de Multa	29
2.10 A Deficiência dos Estabelecimentos Prisionais	30
3 ANÁLISE DA ATUAL CONJUNTURA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	32
3.1 A Superlotação nos Presídios Brasileiros	32
3.1.1 As Condições de Vida no Cárcere	36
3.1.2 A Flagrante Inobservância aos Princípios da Dignidade Humana e da Presunção de Inocência	38
3.1.3 O Cárcere Como Instrumento Estatal de Degradação da Personalidade do Indivíduo	41
3.2 A Banalização da Prisão Cautelar	43
3.3 O Novo Sistema Multicautelar	48
4 A LEI Nº. 12.403/11 E AS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO PROVISÓRIA	50

4.1 Considerações Gerais.....	50
4.2 Lei nº. 12.403/11: Primeiras Impressões.....	51
4.3 Medidas Cautelares Alternativas à Prisão.....	54
4.3.1 Base Principlológica.....	55
4.3.2 Aplicabilidade.....	56
4.3.3 Requisitos	58
4.3.4 Cautelares em Espécie.....	60
4.4 A Prisão Preventiva Como Ultima Ratio e a Efetiva Aplicação das Medidas Cautelares Alternativas	63
5 CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS	70
ANEXO.....	75

1 INTRODUÇÃO

A realidade prisional brasileira demonstra que nas últimas décadas cresceu assustadoramente o número de indiciados ou acusados, que se encontram nos deploráveis e deletérios cárceres, aguardando uma sentença. Na forma como se procede hoje no cenário jurídico-processual, antecipa-se a prisão para depois julgar; e esses indivíduos, não raro, face à morosidade processual, ficam presos durante anos, esperando por um julgamento, fato que em realidade, acaba transformando inocentes em verdadeiros criminosos, haja vista as condições em que se encontram os estabelecimentos prisionais em nosso país.

Pretende-se, pois, a partir dessa problemática, a título de objetivo geral, analisar a efetividade das medidas alternativas à prisão processual no contexto processual penal brasileiro. Apresentar-se-ão como objetivos específicos: realizar abordagem sobre a origem e evolução das penas e dos principais sistemas penitenciários; verificar a atual conjuntura do sistema penitenciário brasileiro, dando primazia ao estudo do problema da superlotação; identificar a viabilidade jurídico-legal das medidas cautelares alternativas à prisão e a consequente, concretização da prisão preventiva como *ultima ratio*.

Visando alcançar os objetivos traçados, utilizar-se-á como método de abordagem o hipotético-dedutivo, em que os juízos serão formulados a partir da hipótese de que a Lei nº. 12.403/11 contribuirá para a redução do número de presos provisórios, dessa premissa se deduzindo o perfil da realidade processual penal brasileira. A partir daí, mediante o emprego do empirismo, se fará a análise de pesquisa realizada pelo Departamento Penitenciário Nacional.

Para tanto, a técnica de pesquisa adotada será a pesquisa bibliográfica e documental, com subsídio na doutrina nacional, artigos científicos e colação dos posicionamentos dos tribunais.

Num primeiro momento, será feita uma abordagem sobre a origem e evolução das penas, que nos primórdios eram exteriorizadas pelas torturas, mortes, açoites, esquartejamentos, e, depois, no período humanitário, com a influência dos ideais iluministas, evolui-se para a pena privativa de liberdade atual.

Também será observada a origem da pena de prisão e o (des)cumprimento de uma de suas finalidades precípuas, a ressocialização; neste ponto se buscará

entender, a partir do seu histórico, quais os fundamentos que legitimam sua existência e o seu desenvolvimento ao longo do tempo, fazendo um percurso sobre os principais sistemas penitenciários e o contexto da época em que existiram.

Ainda no primeiro capítulo, será trabalhada brevemente a origem do Direito Penal no Brasil, bem como as espécies de pena existentes na legislação pátria e sua aplicação, com enfoque à pena privativa de liberdade.

Em seguida, por ocasião do segundo capítulo, passar-se-á à análise da atual conjuntura do sistema penitenciário brasileiro, aprofundando o estudo acerca do problema da superlotação que permeia os cárceres, bem como às inúmeras deficiências que caracterizam esse meio, tais como: doenças; falta de higiene e de assistência, enfim, as consequências trazidas ao indivíduo encarcerado, que culminam por implicar na impossibilidade de ressocialização.

Essa realidade será pontuada nos dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, sobre os quais esse trabalho se debruçará analiticamente, onde a partir da marca absurda de 42% de presos cautelares, dentre a totalidade dos encarcerados, buscar-se-á entender de que forma a alteração legislativa promovida no Código de Processo Penal pela Lei nº. 12.403/11, que inseriu um rol de medidas cautelares alternativas à prisão no novo art. 319, poderá contribuir para minimizar esse número alarmante.

No bojo do último capítulo, buscar-se-á detectar se a efetiva aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão e a conseqüente, concretização da prisão preventiva como *ultima ratio*, ou seja, nos casos em que não for possível a sua substituição por uma das medidas desencarceradoras, poderá, segundo as regras constitucionais e processuais, além das diretrizes científicas, efetivamente corroborar para amenizar a superlotação dos cárceres brasileiros.

Por fim, convém acrescentar que a temática desafia muito mais que mudança na legislação, afinal, também no cenário jurídico-penal a questão cultural, influenciada pelos mais diferentes estímulos, é responsável pelo resultado efetivo a que se propõem determinadas diretrizes. Advém desse contexto a importância da análise de uma questão apenas aparentemente definida, à luz do Estado Democrático de Direito.

2 BREVE ESTUDO SOBRE A ORIGEM E EVOLUÇÃO DAS PENAS

2.1 Noções Introdutórias

Desde os tempos mais remotos o homem passou a ter contato com o Direito, o qual surgiu concomitantemente às sociedades primitivas, passando, assim, a integrar a vida humana. Por apresentar um caráter dinâmico, o Direito incumbe-se de constantemente reger as relações sociais, seja permitindo, proibindo, ou sancionando, quando suas regras são violadas.

Essa convivência do homem com seus semelhantes, nem sempre foi pacífica e vez por outra, se viam envolvidos em conflitos violadores da paz social. É nesse cenário, visando sanar esses comportamentos indesejáveis, que se fez necessário o estabelecimento de regras e conseqüentemente, de punições àqueles que infringissem tais mandamentos.

Dessa forma, o Direito Penal, bem como a ideia de penalidade, surge com o próprio homem. E por tutelar o direito à vida e assegurar outros bens, tidos como essenciais ao indivíduo e à comunidade, tal ramo do Direito, apresenta-se como um dos mais importantes do ordenamento jurídico.

Antes de tudo, é imprescindível salientar que em sua origem histórica a pena tinha caráter de vingança, reação de defesa, uma retaliação à agressão sofrida, desprovida de qualquer senso de justiça ou proporção à ofensa, manifestando-se através de suplícios, açoites, esquartejamentos, mortes na fogueira, torturas físicas, enfim, penalidades aplicadas sobre o corpo do infrator, caracterizando-se como verdadeira vingança privada entre o limite do crime e a pena aplicada. A propósito Teles (2006, p. 315):

As primeiras penas eram manifestações de vinganças individuais, extremamente severas e absolutamente desproporcionais, arbitrárias e excessivas. O próprio ofendido, ou alguém por ele geralmente um seu parente de sangue, exercia o direito de punir, impingindo ao agressor do interesse a pena que bem entendesse, em qualidade e quantidade.

A privação de liberdade não era conhecida nas origens do Direito Penal, um longo percurso foi trilhado para se chegar a atual sistematização. Assim, as fases de evolução da vingança penal foram várias e, tais etapas não se sucederam de forma sistemática. Não há, portanto, uma divisão precisa entre um período e outro, de modo que advindo um, não ocorre necessariamente o desaparecimento integral do outro, mostrando-se possível a coexistência dos princípios característicos de cada um.

Buscando facilitar o entendimento, pode-se aceitar a divisão estabelecida por Noronha (2003), que divide o período das vinganças defensivas em vingança privada, vingança divina e vingança pública. Decorrido algum tempo, surge o período humanitário, submerso nos ideais iluministas, inserindo várias modificações no Direito Penal, posteriormente, surge o período criminológico embasado na Escola Positivista.

2.2 Período das Vinganças Defensivas

2.2.1 Fase da Vingança Privada

Na fase da vingança privada, cometido um delito, ocorria uma reação natural e instintiva mostrando-se certo o revide da vítima, dos seus familiares e, até mesmo, da tribo (grupo) a que pertencia o indivíduo. Tal reação dava-se sem proporção à agressão atingindo tanto o ofensor quanto o seu grupo.

Não havia um Estado detentor do poder punitivo, não havia normas que estabelecessem a punição adequada para cada tipo de infração cometida. As penas aplicadas eram desproporcionais à ofensa, e muitas vezes, correspondiam aos castigos corporais fatais, aplicados ao ofensor ou a sua tribo. Nesse sentido, Noronha (2003, p. 192):

[...] cometido um crime, havia reação da vítima, dos parentes e do seu grupo/tribo, que, agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só o agressor, mas também toda a sua tribo. A vingança era privada,

pois a reação à ofensa era puramente pessoal, sem intervenção ou auxílio de terceiros.

Caso o ofensor fosse membro do grupo, podia sofrer a punição de banimento, ou expulsão, o que também acabaria ocasionando sua morte, já que enfrentaria, sozinho, as adversidades do meio, bem como os ataques de outras tribos rivais. Se a transgressão fosse praticada por um indivíduo estranho ao grupo, a reação era a da “vingança de sangue”, obrigação religiosa e sagrada, onde ocorria verdadeira guerra movida pela tribo ofendida contra a tribo ofensora e, geralmente, chegava ao fim com a dizimação completa de um dos grupos.

Em meio a tantas agressões desproporcionais, muitas tribos acabaram extinguindo-se por completo. O sentimento humano apresentava-se desprovido de qualquer censo de justiça, fato que logo transformava o agressor em vítima.

A evolução social traz consigo o *talião*, (*talis* = tal). Considerado um grande avanço na história do Direito Penal, reduziu a amplitude da ação punitiva, buscando, assim, a manutenção das tribos e da paz social por meio da máxima: “*sangue por sangue, olho por olho, dente por dente*”, ou seja, a ideia de castigo igual à culpa.

Estabelece-se um limite de reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado, ou seja, a reação deve ser proporcional à ofensa recebida, sendo o transgressor punido da mesma forma que cometeu o delito. A Lei de Talião foi adotada pelo Código de Hamurábi (Babilônia), pela Legislação Hebraica e pela Lei das XII Tábuas (Roma).

Posteriormente, como uma forma alternativa de repressão, surge a composição. Caracterizada pela substituição do castigo por um bem (gado, terras, moedas), tal sistema permitia ao transgressor livrar-se da pena comprando sua liberdade. A composição é considerada a origem remota das modernas formas de indenização do Direito Civil e da multa do Direito Penal. Também foi adotada pelo Código de Hamurábi (séc. XVIII a. C), pelo Pentateuco e pelo Código de Manu (Índia) (MIRABETE, 2008).

2.2.2 Fase da Vingança Divina

Nesse período, o Direito Penal estava impregnado de um sentido místico, a religião influenciava de forma marcante a vida dos povos e confundia-se com o Direito. Não havia distinção entre as normas divinas e as normas de convivência social e, os delitos eram tidos como pecado, reprimidos como satisfação aos deuses pela transgressão praticada no grupo. Nesse sentido, aduz Farias Júnior (1993, p. 23):

[...] Determinados povos da antiguidade cultivavam a crença de que a violação da boa convivência ofendia a divindade e que sua cólera fazia recair a desgraça sobre todos, todavia, se houvesse uma reação, uma vingança contra o ofensor, equivalente à ofensa a divindade depunha sua ira, voltada a ser propícia e a dispensar de novo a sua proteção a todos.

Era o “Direito Penal religioso, teocrático e sacerdotal, que tinha como objetivo a purificação da alma do criminoso, através do castigo para que pudesse alcançar a benesse divina” (NORONHA, 2003, p. 195).

Nessa época, as penalidades eram aplicadas pelos sacerdotes, uma vez que se acreditava que possuíam ligação com o divino e poderiam aplicar, por sua própria escolha, as sanções que bem entendessem, buscando assim, satisfazer a divindade. Tais penalidades eram usadas, sobretudo, como meio de intimidação, servindo ainda, segundo os sacerdotes, para a purificação e salvação da alma do infrator. Ainda segundo Noronha (2003, p. 20):

O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido.

O Código de Manu é uma legislação típica dessa época, no entanto, relata-se que tais princípios foram adotados no Egito, na Babilônia, na China, na Pérsia e em Israel.

2.2.3 Fase da Vingança Pública

Com a evolução da organização social, chega-se a fase da vingança pública. Nesse período, a pena deixa de ser imposta como uma forma de agradar aos deuses, buscando-se, agora, a centralização do poder no Estado, nas mãos dos seus representantes (soberanos e os príncipes).

Como forma de conferir maior estabilidade ao Estado, cabia aos soberanos e aos príncipes castigar seus súditos, ainda de maneira severa e cruel, objetivando-se, com isso, a segurança do reinado e o fortalecimento da soberania. Assevera Falconi (2002, p. 34):

Visava essa modalidade de aplicação do direito penal antigo, garantir a integridade e autoridade dos príncipes e dos soberanos. Era entendimento da época que, quanto maior e mais cruel fosse a pena, melhor e mais eficiente seria a emenda do criminoso. Como sanção era sempre a pena capital ou o desterro, chega-se a conclusão que, na realidade, a pena tinha conotação de prevenção geral.

Embora nessa fase, tenha havido uma separação entre o Direito e a Religião, a proteção concedida pelo Estado ao soberano ou príncipe, ainda apresentava um sentido religioso, uma vez que estes governavam em nome dos deuses (Grécia e Roma). As penas ainda apresentam as mesmas características das fases anteriores (morte na fogueira, açoites, roda, esquartejamento), o processo era sigiloso e ao acusado não era concedido direito de defender-se.

2.3 Período Humanitário

No século XVIII, mais conhecido como o Século das Luzes, tem início o período humanitário. Insurgindo-se contra os excessos dos períodos anteriores, o Iluminismo apresenta ideais mais humanos para a aplicação das penas. Tal movimento pregou a reforma das leis e da administração da justiça penal, propagando uma conscientização quanto às barbáries que estavam sendo praticadas. Segundo o magistério de Bitencourt (2008, p. 48):

Esse movimento de ideias definido como Iluminismo, atingiu seu apogeu na Revolução Francesa, com considerável influência e uma série de pessoas com um sentimento comum: a reforma do sistema punitivo. O Iluminismo, aliás, foi uma concepção filosófica que se caracterizou por ampliar o domínio da razão a todas as áreas do conhecimento humano.

Os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade entre os homens, pregados pela Revolução Francesa, passam a demonstrar a impossibilidade de continuar se aplicando as torturas, os castigos corporais e a morte, como forma de punição. Surge a necessidade de romper com convencionalismos e tratar de forma mais justa e humana o condenado.

A nova ciência se desenvolve sobre o fundamento do direito de punir e da legitimidade das penas. Busca-se uma lei penal simples, clara, precisa e escrita em língua pátria, mas que ao mesmo tempo seja severa para combater a criminalidade, contribuindo, assim, para a rapidez e eficácia do processo penal.

É nesse cenário, que surge Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, nascido em Milão, em março de 1.738, como o primeiro defensor desse movimento. Apenas com 25 anos de idade, influenciado pelos princípios pregados por Rousseau e Montesquieu, publica a obra "*Dos delitos e das penas*" (*Dei Delitti e Delle Pene*), defendendo os desfavorecidos e desafortunados e demonstrando a necessidade de mudança da sistemática penal até então vigente.

Seus ensinamentos revolucionaram todas as formas de sanções até então impostas e prevalecem até hoje. A revolucionária obra de Beccaria torna-se símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal então vivenciado e propõe um novo fundamento à justiça penal, qual seja, um fim utilitário e político que deve, no entanto, ser sempre limitado pela lei moral.

O mencionado autor, baseado no princípio da Teoria do Contrato Social contra a pena capital, argumenta que, embora o homem ceda parte de sua liberdade ao bem comum não pode ser privado de todos os seus direitos, especialmente os direitos fundamentais, porquanto a ninguém seria dado o poder de ceifar-lhe a vida. No que diz respeito à pena de morte, segue um trecho da sua obra (BECCARIA, 1997, p. 94):

[...] Essa inútil prodigalidade de suplícios, que nunca tornou os homens melhores, levou-me a examinar se a morte é realmente útil e justa num governo bem organizado. Qual será o direito que os

homens se reservam de trucidar seus semelhantes? Não é certamente o mesmo do qual resultam a soberania e as leis. Estas nada mais são do que a soma de porções mínimas da liberdade privada de cada um; elas representam a vontade geral, que é o agregado de vontades particulares. Mas quem será o homem que queira deixar a outros o arbítrio de matá-lo? Como pode haver, no menor sacrifício da liberdade de cada um, o do bem maior de todos, a vida? [...]

Outro pensador que exerceu grande influência na modificação do contexto das penas foi Foucault (1993, p. 69), com sua obra *Vigiar e Punir*, onde assevera:

Ser preciso punir de outro modo; eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do suplicado e do carrasco. O suplício tornou-se rapidamente intolerável. Revoltante, visto da perspectiva do povo, onde revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o cruel prazer de punir.

2.4 Período Pré-Científico ou Escola Clássica

As ideias fundamentais do Iluminismo, reunidas nas obras de diversos autores que escreveram na primeira metade do século XIX, reuniram-se sob a denominação de Escola Clássica.

Nesse cenário, por sua índole e seu impacto, conforme mencionado alhures, sobressai a obra de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas* (1.764), como o manifesto da abordagem liberal do direito criminal. O autor buscou fundamentar a legitimidade do direito de punir, bem como definir critérios de sua utilidade, a partir do postulado do contrato social, sendo ilegítimas todas as penas que não o revelem como salvaguarda e sem utilidade todas as que não sejam adequadas a obviar as suas violações futuras, em particular as que se revelem ineficazes do ponto de vista da prevenção geral.

O pensamento clássico foi um dos principais responsáveis pelo surgimento e popularização da Ciência Penal, porquanto exerceu forte influência no uso do penalismo para a defesa do indivíduo, em face do absolutismo estatal, através da humanização e proporcionalização da norma penal, limitando a atuação do Estado e embasando a expansão do pensamento liberal.

Pode-se dizer que a Criminologia passou a existir com a Escola Clássica, produto das ideias do Iluminismo, dos Reformadores e do Direito Penal “clássico”, se valendo de um método abstrato, dedutivo e formal. Para essa Escola, o método que deve ser utilizado no Direito Penal é o dedutivo ou lógico-abstrato. A pena é tida como tutela jurídica, como uma proteção aos bens jurídicos tutelados penalmente, e a sanção é regulada pelo dano sofrido, não pode ser arbitrária e, embora retributiva, também tem a finalidade de defesa social.

Segundo as lições de Molina (2010, p. 166), o ponto débil da Escola Clássica:

[...] não foi tanto a carência de uma genuína teoria da criminalidade (etiologia), senão o intento de abordar o problema do crime menosprezando o exame da pessoa do delinquente, assim como do seu meio ou relacionamento social, como se fosse possível conceber o delito como uma abstração jurídico-formal.

Dessa forma, o decisivo é mesmo o fato e não o autor. Optou-se pela especulação, pelo silogismo, pela dedução. A determinação imposta pela lei, de forma justa e acertada, é infringida pelo delinquente em uma decisão livre e soberana. Falta na Escola Clássica uma preocupação em indagar as “causas” do comportamento criminoso, uma vez que sua premissa “*jus naturalista*” atribui a origem do ato delitivo a uma decisão “livre” do seu autor, não sendo compatível com a existência de outros fatores ou causas que pudessem influenciar seu pensamento.

2.5 Período Científico ou Escola Positiva

A distinção entre a Escola Clássica e a Escola Positivista reside na passagem da especulação, à indução do método positivo. O período criminológico, baseado no método empírico, realiza investigações sobre o crime de forma fragmentária por especialistas das mais diversas procedências (fisionomistas, antropólogos, psiquiatras etc), afastando, assim, a ideia do livre-arbítrio tão propagada pelos autores clássicos. Submeter a imaginação à observação e os fenômenos sociais às leis implacáveis da natureza foi uma das virtudes do método positivo. Ainda segundo as palavras de Molina (2010, p. 175):

A Escola Positivista surge como crítica e alternativa à denominada Criminologia clássica, dando lugar a uma polêmica doutrinária conhecidíssima, que é, em última análise, uma polêmica sobre métodos e paradigmas, do Científico (o método abstrato e dedutivo dos clássicos, baseado no silogismo), frente ao método empírico-indutivo dos positivistas, (baseado na observação dos fatos, dos dados).

Nesse sentido, Prado (2008, p. 80) apresenta as três grandes fases da Escola Positiva:

A orientação positivista – de caráter unitário e cosmopolita – apresenta três grandes fases, tendo cada qual um aspecto predominante e um expoente máximo. São elas: a) fase antropológica: Cesare Lombroso (*L'uomo Delinquente*, 1876); b) fase sociológica: Enrico Ferri (*Sociologia Criminale*, 1892); e c) fase jurídica: Raffaele Garofalo (*Criminologia*, 1885).

A etapa científica, começa no final do século passado, com a *Scuola Positiva*, italiana, encabeçada pelos estudos do médico Cesare Lombroso, que em 1.876, publicou o livro "*L'uomo delinquente studiato in rapporto, all'antropologia, alla medicina legale e alle discipline carcerarie*", e apresentou suas teorias, inaugurando nova etapa na evolução penal.

Estudando o delinquente do ponto de vista biológico, Lombroso considera o crime como manifestação da personalidade humana e produto de vários fatores. Em seus estudos, criou a Antropologia Criminal e a figura do *criminoso nato*, porquanto pregava que o crime seria uma manifestação da personalidade humana, sendo, portanto, as características físicas decisivas para o cometimento de delitos.

Através de conceitos básicos, ampliados e outros retificados por seus seguidores, esse pioneiro contribuiu significativamente para o estudo do crime e do criminoso, proporcionando diretrizes para Criminologia e, dessa maneira, ampliando os horizontes do Direito Penal.

No entanto, é com Henrique Ferri, criador da Sociologia Criminal, que a Escola Positiva tem seu maior vulto. Para esse estudioso, o delito apresentava um trinômio causal: fatores antropológicos, sociais e físicos. Enfatizou o aspecto sociológico, defendendo que o meio social em que vive o delinquente também o direcionaria à prática criminosa. Embora não discordasse da teoria de Lombroso (antropológica), Ferri a considerava incompleta, porquanto afirmava que o indivíduo

criminoso deveria ser analisado dentro do ambiente em que se encontrava e que este também exerceria influência na pré-disposição delitiva.

Um terceiro representante do positivismo italiano foi Raffaele Garófalo, que, no conjunto de sua obra, analisou a figura do homem atávico pela ótica jurídica, percorrendo sobre os desdobramentos legais que a situação ocasionava. Segundo ele, a prática de um delito deveria ser mensurada através da análise da gravidade do ato, cominada com a periculosidade do agente. Sustentava a existência de dois sentimentos básicos no homem, a piedade e a proibição, e que o delito é sempre uma lesão desses sentimentos. Estuda o delito, o delinquente e a pena, em sua obra *Criminologia*, sendo essa a primeira vez em que se utiliza essa denominação para as ciências penais.

Assim, a partir dos pensamentos da Escola Positiva foi conferida notoriedade à Criminologia, a qual teve seu conteúdo teórico equiparado ao direito penal. Desse modo, surgiu uma nova etapa nos estudos sobre o delito, embasada pelo cientificismo e empirismo, onde a dedução cede espaço para a observação e constatação.

2.6 As Escolas Penais

É cediço que o Estado é detentor do direito de punir, considerado um poder-dever, portanto, obrigatório, o qual nasce com a prática da infração. Nesse sentido, três correntes surgiram apontando a natureza e os fins da pena: a absoluta, a relativa e a mista.

Conforme preleciona, Prado (2008, p. 430):

Para os partidários das teorias absolutas da pena, qualquer tentativa de justificá-la por seus fins preventivos (razões utilitárias) – como propunham, por exemplo, os penalistas da Ilustração – implica afronta à dignidade humana do delinquente, já que este seria utilizado como instrumento para a consecução de fins sociais. Isso significa que a pena se justifica em termos jurídicos exclusivamente pela retribuição, sendo livre de toda consideração relativa a seus fins (pena absoluta *ab effectu*). A ideia de retribuição em seu sentido clássico, como, aliás, é mais conhecida, além de indemonstrável, tem base ética e metafísica, despida de racionalidade.

De acordo com a teoria absoluta ou de retribuição, pune-se o indivíduo que cometeu o delito, ou seja, a pena apresenta-se como um imperativo categórico a ser imposta àquele que cometeu uma infração. Não havia preocupação com a pessoa do delinquente, a pena era tida como puramente retributiva, esse foi o ponto frágil da Escola Clássica.

Já a teoria relativa ou utilitária, conferia à pena uma finalidade preventiva, uma vez que visava a intimidação de todos os membros da sociedade, seja quando cominada abstratamente, seja quando imposta concretamente ao criminoso, intimidando-o e corrigindo-o. Ainda segundo Prado (2008, p. 431):

[...] Em resumo, a prevenção geral tem como destinatária a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, e se orienta para o futuro, com o escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social. É a denominada prevenção geral intimidatória, que teve clara formulação em Feuerbach (teoria da coação psicológica), segundo a qual a pena previne a prática de delitos porque intimida ou coage psicologicamente seus destinatários [...].

Para as teorias mistas ou ecléticas houve uma fusão entre as duas correntes anteriores. Assim, a pena deve, simultaneamente, retribuir e prevenir a infração. Acerca da teoria eclética, Prado (2008, p. 436-437):

De acordo com esse direcionamento, assevera-se que a pena justa é provavelmente aquela que assegura melhores condições de prevenção geral e especial, enquanto potencialmente compreendida e aceita pelos cidadãos e pelo autor do delito, que só encontra nela (pena justa) a possibilidade de sua expiação e de reconciliação com a sociedade [...] A pena – espécie do gênero sanção penal – encontra sua justificação no delito praticado e na necessidade de evitar a realização de novos delitos. Para tanto, é indispensável que seja justa, proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade de seu autor, além de necessária à manutenção da ordem social [...]

Essa é a teoria adota no Brasil, uma vez que o Código Penal, em seu art. 59, determina os sentidos de retribuição e prevenção, aduzindo: “o juiz, atendendo à culpabilidade, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: as penas aplicáveis dentre as cominadas [...]”.

Segundo já aduzido anteriormente, no princípio as penas eram despidas de qualquer caráter de humanidade e justiça. Com o advento dos pensamentos de grandes nomes como Marquês de Beccaria e Michel de Foucault, as sanções penais

evoluíram significativamente, passando agora a apresentar uma feição mais racional. É o momento em que se decide aplicar a pena privativa de liberdade ao indivíduo, porquanto diante da evolução do pensamento, os suplícios, antes aplicados em praças públicas não mais poderiam ser admitidos.

2.7 Sistemas Penitenciários

A ideia de encarceramento não é algo recente. No princípio, a prisão era tida como local de transição, onde os condenados eram colocados amontoados enquanto aguardavam uma punição mais severa, que poderia variar, conforme já aduzido, entre castigos corporais como açoites, até a pena de morte.

As prisões eram verdadeiras salas de suplício, onde, muitas vezes, os condenados eram torturados para que descobrissem a verdade. A aplicação de penalidades desumanas, geralmente, ocorria em praças públicas na presença de toda a população, com o intuito de servir de “exemplo” para os demais indivíduos.

Com a evolução social, a punição vai aos poucos perdendo esse caráter tirano, uma vez que, segundo mencionado anteriormente, vários pensadores surgiram defendendo a ideia de que o suplício aplicado ao condenado era, muitas vezes, igual ou superior em brutalidade ao crime por ele praticado e que a pena de morte não tinha apoio em qualquer direito (BECCARIA, 1997).

A construção da primeira prisão destinada aos criminosos ocorreu em Londres, entre 1550 e 1552, chamada de *House of Correction*, e difundiu-se marcadamente no século XVIII (MIRABETTE; FABBRINI, 2008). No que diz respeito à execução das penas privativas de liberdade, a doutrina elenca os sistemas penitenciários da Filadélfia, de Auburn e o Inglês.

Também chamado de Pensilvânico, Belga ou Celular, nesse sistema o isolamento celular era absoluto. O sentenciado não podia receber visitas ou trabalhar e era incentivado a ler a Bíblia, sendo-lhe permitido apenas um passeio isolado em pátio circular. Caracterizado por sua severidade, tal sistema recebeu muitas críticas, sobretudo quanto à impossibilidade de readaptação do condenado que permanecia isolado.

No Sistema Auburniano, é criado o trabalho dos presos, de início em suas celas, depois, em comum. O isolamento agora é apenas noturno. Uma característica marcante desse sistema consistia na exigência de silêncio absoluto entre os condenados, fato que o tornou conhecido por *silent system*.

O Sistema Progressivo, conhecido também como Sistema Inglês ou Irlandês, surgiu na Inglaterra no século XIX e estabelecia três períodos de cumprimento da pena: o primeiro deles era o período de prova, quando o condenado ficava completamente isolado; o segundo período, era iniciado com a permissão para o trabalho em comum, porém em silêncio; e o último estágio, permitia o livramento condicional.

Esse último sistema foi aperfeiçoado por Walter Crofton, na Irlanda, e passou a apresentar mais um estágio para o tratamento dos presos, de modo que, a condenação divide-se em quatro fases: a) recolhimento celular absoluto; b) trabalho e ensino diurnos e isolamento noturno; c) estágio de semiliberdade, onde o sentenciado pode trabalhar fora do presídio e se recolher à noite; e d) livramento condicional. O sistema progressivo, ainda é adotado em vários países, inclusive no Brasil, com algumas modificações.

2.8 O Direito Penal no Brasil

As ideias de Direito Penal que podem ser atribuídas aos indígenas, quando da colonização do Brasil, estavam ligadas ao direito costumeiro, estando contidas nele a vingança privada, a vingança coletiva e o talião. Na época do Brasil Colônia, estiveram em vigor no Brasil as Ordenações Afonsinas e Manuelinas, sendo esta substituída pelo Código de D. Sebastião. Depois, passa-se para as Ordenações Filipinas, que espelhavam o Direito Penal medieval, onde o crime confundia-se com o pecado e as penas eram severas e cruéis (MIRABETE; FABBRINI, 2008).

A Constituição de 1824 previa a elaboração de nova legislação penal, assim, em 1830 foi sancionado o Código Criminal do Império. Este estabeleceu a individualização da pena, a existência de circunstâncias atenuantes e agravantes, bem como, um tratamento específico para os menores de 14 anos. A pena de morte

visava coibir a prática de crimes pelos escravos e só foi aceita após debates no Congresso.

Em 1890, proclamada a República, foi elaborado um novo estatuto, denominado *Código Penal*. Tal codificação foi duramente criticada pelas falhas decorrentes da pressa com que fora confeccionado. Constituindo um avanço na legislação penal, a pena de morte foi abolida e instalou-se o regime penitenciário correccional. Por ser mal sistematizado, tal estatuto, foi modificado por várias leis, que foram reunidas na Consolidação das Leis Penais, pelo Decreto nº. 22.213, de 14/12/1932 (MIRABETE; FABBRINI, 2008).

Como legislação penal ainda vigente, o Código Penal (Decreto-lei nº. 2.848 de 7/12/1940), entrou em vigor em 1º/12/1942. Esse estatuto é originário do projeto de Alcântara Machado, tendo passado por uma comissão revisora, formada por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lira.

2.9 Espécies de Penas na Legislação Brasileira

Com a reforma realizada no Código Penal pela Lei nº. 7.209/84, as penas estão elencadas no artigo 32, do mencionado *codex*, e correspondem a penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa. A seguir será feita breve análise sobre as espécies de penas na legislação pátria.

2.9.1 A Pena Privativa de Liberdade

A pena privativa de liberdade, apresenta-se como instrumento de repressão e de defesa social. Tal espécie de pena, que cerceia a liberdade do indivíduo, embora tenha surgido com a finalidade de eliminar as penas aflagantes e os suplícios, outrora aplicados, infelizmente, não tem correspondido, de maneira eficaz, à sua finalidade ressocializadora e recuperadora do delinquente.

No sistema brasileiro, as modalidades de penas privativas de liberdade são: reclusão, detenção e prisão simples. A reclusão e a detenção são cominadas a

crimes, segundo dispõe o artigo 33 do Código Penal, e a prisão simples é cominada à contravenções penais, conforme aduz o artigo 5º, I, da Lei das Contravenções Penais – Decreto-Lei nº. 3.688/41. A propósito, dispõe o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº. 3.914/41):

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

A pena de reclusão caracteriza-se pelo seu cumprimento em regime fechado, semiaberto ou aberto, ao passo que a detenção inicia seu cumprimento em regime semiaberto ou aberto, ressalvada a necessidade de transferência a regime fechado, segundo preleciona o art. 33 do Código Penal.

2.9.1.1 Dos Regimes Prisionais

Os regimes penitenciários são determinados, em sua fase inicial, pela quantidade de pena imposta e pela reincidência e depois, passam a ser determinados pelo mérito do condado. Constituem regimes de penas o fechado, o semiaberto e o aberto, de acordo com os artigos 34 a 36 do Estatuto Penal e, artigos 110 a 119 da Lei nº. 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

O regime fechado, de acordo com o artigo 33, § 1º, alínea “a”, do Código Penal, é aquele cuja pena deve ser cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média, ou seja, em penitenciária (art. 87, LEP). No início do cumprimento da pena, o indivíduo deverá ser submetido a exame criminológico de classificação, ficará sujeito a trabalho no período diurno e recolhimento noturno, esse trabalho será em comum, dentro do estabelecimento, sendo admitido trabalho externo apenas em serviços ou obras públicas (art. 34, CP).

O apenado deve ser recolhido em cela individual, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, que deve ter como requisitos básicos: salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; área mínima de seis metros quadrados (art. 88,

LEP). No entanto, não é essa a realidade encontrada na maioria dos estabelecimentos prisionais brasileiros, conforme será demonstrado adiante.

Segundo dispõe o art. 33, § 1º, alínea “b”, do referido estatuto, no regime semiaberto, a pena deve ser executada em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. O apenado também deverá se submeter a exame criminológico, sendo admissível o trabalho externo, bem como a frequência a cursos profissionalizantes, de segundo grau ou superior (art. 35, CP).

Além disso, os mesmos elementos de salubridade do ambiente exigidos na penitenciária, também devem ser aqui observados (art. 92, LEP). São também requisitos básicos das dependências coletivas: a seleção adequada de presos e o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena (art. 92, parágrafo único, LEP).

O regime aberto é baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade do preso, o qual deverá trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade organizada, fora do estabelecimento e sem vigilância, e permanecer recolhido no período noturno e nos dias de folga na casa do albergado (art. 33, § 1º, alínea “c” c/c art. 36, CP).

A casa de albergado deverá conter, além dos aposentos para os presos, locais adequados para cursos e palestras, além de instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados (art. 95, LEP). Tal sistema apresenta como vantagens a obrigatoriedade de trabalho do condenado, além de mantê-lo em contato com a família e a sociedade, afastando-o do ambiente negativo das prisões coletivas.

2.9.1.2 Da Aplicação do Regime Inicial

Estão sujeitos ao regime inicial necessariamente fechado, os condenados à reclusão reincidentes, ou cuja pena aplicada seja superior a oito anos, conforme se encontra estampado no Código Penal, art. 33, § 2º, “a”.

Todavia, quando se tratar de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, de terrorismo e dos crimes definidos como hediondos, consumados ou tentados,

mesmo que a pena aplicada seja inferior a oito anos, deverá ser inicialmente cumprida em regime fechado, por disposição expressa da Lei nº. 8.072/90.

Para que se possa iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto, é necessário que o indivíduo não seja reincidente e que a condenação à pena de reclusão esteja entre quatro e oito anos (art. 33, § 2º, “b”, CP). Contudo, quando aplicada pena de detenção, ainda que o condenado seja reincidente, diante do art. 33, *caput*, não será possível a imposição inicial do regime fechado.

Já o cumprimento da pena em regime inicial aberto, segundo encontra-se gizado no art. 33, § 2º, “c” do CP, só será possível aos condenados não reincidentes, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos.

Desse modo, caberá ao juiz, na sentença, optar pelo regime inicial de execução da pena, devendo observar, além dos requisitos de não reincidência e quantidade de pena, os critérios previstos no art. 59 do Estatuto Penal, quais sejam culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, além do comportamento da vítima.

Convém frisar, que de acordo com o sistema progressivo, adotado pela nossa legislação, iniciado o cumprimento de pena estabelecido na sentença, é possível que o condenado seja transferido para um regime menos rigoroso, desde que cumprido pelo menos um sexto da pena no regime anterior e seu comportamento recomendar a progressão.

2.9.2 As Penas Restritivas de Direitos e a Pena de Multa

Também denominadas penas substitutivas ou alternativas, as penas restritivas de direitos, correspondem a sanções autônomas, dispostas no artigo 43 do Código Penal e são: prestação pecuniária, perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas; interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

O artigo 59, IV, do referido estatuto, prevê a possibilidade de o juiz substituir a privação de liberdade aplicada por pena restritiva de direitos, na sentença, atendendo aos requisitos estabelecidos para tanto.

Atualmente, vários questionamentos acerca da pena de prisão, tem difundido a orientação de restringir o cerceamento da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, primando-se pela aplicação de substitutivos penais, uma vez que a pena privativa de liberdade há muito não está mais atendendo aos anseios da ressocialização.

No que diz respeito à pena de multa, o Código Penal, em seu artigo 49, estabelece o mínimo de 10 e o máximo de 360 dias-multa que deve ser pago ao fundo penitenciário nacional. Pode ser uma sanção principal, quando cominada abstratamente, ou uma sanção específica a um tipo penal, alternativa ou cumulativamente com a pena privativa de liberdade.

Essa forma de punição tem se mostrado inócua em virtude da desvalorização da moeda. Ademais, na prática, a maioria dos criminosos não dispõe de recursos para saldar a multa, e caso sejam afortunados, a pena pecuniária assume valor ínfimo, despiciendo.

2.10 A Deficiência dos Estabelecimentos Prisionais

Dentre as mencionadas formas de punição (privação de liberdade, restrição de direitos e multa), no presente trabalho, será dada ênfase à pena privativa de liberdade, porquanto esta cerceia o segundo maior bem jurídico do indivíduo, qual seja, o seu direito de ir e vir. Em verdade, os estabelecimentos prisionais demonstram a evolução do direito de punir e conter os agressores do crime e que a sanção penal trilhou um longo percurso até chegar à condição atual, qual seja, à pena privativa de liberdade.

Os estabelecimentos penitenciários e, conseqüentemente, o sistema prisional, representam um enorme avanço na história das penas, ao passo que surgem com a finalidade de abolir as sanções desumanas e cruéis, outrora aplicadas, destinando-se, dessa forma, ao encarceramento do indivíduo que infringiu as regras sociais, visando, sobretudo, alcançar sua recuperação e reabilitação, de modo a prepará-lo para o retorno ao convívio social.

Como será visto adiante, o sistema prisional brasileiro, enfrenta uma série crise, decorrente do avanço desproporcional da criminalidade em face do número

de cárceres existentes, e essa realidade demonstra a inadequação legal nas penitenciárias, onde milhares de presos são aglomerados, sem as mínimas condições de dignidade.

3 ANÁLISE DA ATUAL CONJUNTURA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Em seu surgimento, a prisão não passava de um local para manter em custódia os delinquentes que aguardavam a execução da pena. Portanto, consistia em uma forma de evitar a fuga, algo semelhante à prisão preventiva ou à prisão cautelar nos dias de hoje.

A sociedade evoluiu e juntamente com ela surgiu a pena privativa de liberdade, vez que fazia-se necessário reabilitar e recuperar aqueles que, por alguma, ou nenhuma razão, infringiram as regras sociais. As penas de morte, as torturas públicas, injustas e desumanas, outrora aplicadas, não poderiam mais ser admitidas. Era preciso proporcionar ao indivíduo um período de recuperação e preparação moral e psicológica para um recomeço; concedendo-lhe a oportunidade de voltar reformado ao meio do qual foi segregado.

3.1 A Superlotação nos Presídios Brasileiros

Muito embora tenha sido instituída com a finalidade de reformar o indivíduo, a pena privativa de liberdade está cada vez mais distante desse caráter, uma vez que hodiernamente, não tem correspondido à finalidade de recuperação do delinquente, em virtude de o sistema penitenciário pátrio enfrentar uma verdadeira falência gerencial, decorrente da falta de uma política prisional séria e eficiente. Dessa forma, tem se revelado como um local propício a estigmatizar o apenado, contaminando-o com as vicissitudes próprias do ambiente, ao invés de recuperá-lo para o retorno à sociedade.

Cumprе ressaltar, que no Brasil, ainda vigora a cultura do encarceramento, onde significativa parcela da sociedade jungiu à ideia de punição eficaz à privação da liberdade. Porém, é imprescindível recordar que na atual conjuntura do sistema carcerário pátrio, a pena de prisão não tem apresentado subsídios que viabilizem a ressocialização.

Ante esse cenário, mostra-se premente a necessidade de o Estado rever o comportamento de castigar por castigar, devendo dotar de eficácia as medidas cautelares alternativas à prisão processual, e, quando esta se mostrar inevitável, conferir eficácia à finalidade precípua da pena, que é a ressocialização, a humanização do indivíduo que se encontra recluso, de forma a prepará-lo para o retorno ao convívio social, proporcionando, assim, a interrupção de comportamentos reincidentes.

Como a maioria das pessoas que compõe a sociedade não se interessa em exigir do Estado políticas penitenciárias e de segurança pública que efetivamente cumpram a função social da pena, muitos preferem abandonar por completo o presidiário, ora renegando-o como ser humano, ora negando-lhe dignidade e respeito após o cumprimento da pena.

Descrever o sistema penitenciário pátrio torna-se tarefa simples quando se observam as manchetes, os editoriais e os depoimentos constantes nos jornais brasileiros. Embora, teoricamente, apresente natureza igualitária, devendo ser indistintamente destinado aos infratores, na realidade, o sistema carcerário reveste-se de um caráter seletivo, posto que é composto basicamente por jovens, negros e de baixa renda. Aduz Bianchini *et al* (2011, p. 80):

Os velhos inimigos do sistema penal e do Estado de polícia (os miseráveis, marginalizados, toxicômanos, prostitutas, desempregados, não escolarizados etc) constituem sempre uma massa de potenciais prisioneiros: são eles que habitam preferencialmente os horrendos cubículos dos presídios mundiais.

O sistema prisional brasileiro, na atual conjuntura, não dispõe de subsídios para cumprir, de maneira eficaz, sua função precípua, qual seja, restituir o indivíduo recuperado ao seio social. A estrutura física desses estabelecimentos prisionais não contribui para o desenvolvimento de atividades que propiciem a ressocialização do detento e, não coopera para que sua integridade física e moral sejam asseguradas.

De acordo com dados divulgados, pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias¹ (Infopen), do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), vinculado ao Ministério da Justiça, em julho de 2012, o número total de presos em

¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Sistema Prisional**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID364AC56ADE924046B46C6B9CC447B586PTBRIE.htm>>. Acesso em: 02 dez 2012.

penitenciárias e delegacias brasileiras era de 549.577. Desse número, 58% (317.333 presos) são condenados definitivos e 42% (232.244 presos) são presos provisórios, ainda não condenados definitivamente.

Com a quarta maior população carcerária do mundo, o Brasil fica atrás apenas dos Estados Unidos (2,2 milhões), da China (1,6 milhão) e da Rússia (740 mil), segundo dados do Centro Internacional para Estudos Prisionais.

Ainda segundo estatísticas oficiais, nessa mesma época, havia um déficit de 250.504 vagas nas prisões do país, sendo este um dos focos de crítica da Organização das Nações Unidas, ou seja, não há mais espaço físico para abrigar tantos presidiários.

Percebe-se, que das três finalidades da pena (repressão ao crime, recuperação do criminoso e prevenção ao ilícito penal) apenas uma está sendo cumprida: o castigo demasiado ao detento, posto que além do sofrimento físico, este também é submetido ao sofrimento moral, no momento em que tem seus direitos e garantias individuais vilipendiados.

Com supedâneo nos dados mencionados, torna-se cristalino que a superlotação carcerária é hoje a principal mazela enfrentada pelo sistema prisional brasileiro, cuja razão primordial pode ser atribuída ao excessivo número de prisões cautelares, uma vez que, conforme demonstrado, 42% da massa carcerária corresponde a presos provisórios. Nesse sentido, são precisas as palavras de Bianchini *et al* (2011, p. 28):

[...] O sistema carcerário brasileiro e, dentro dele, a prisão provisória (também chamada de prisão cautelar ou preventiva), é um dos problemas e dos entraves mais chocantes da nossa evolução civilizatória. Não existe prisão no nosso país que atenda a todas as exigências internacionais, constitucionais e legais.

As garantias e os direitos assegurados aos presos, tanto na Constituição Federal, quanto na Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), são totalmente desconsiderados e descumpridos na atual conjuntura do sistema penitenciário, uma vez que os detentos são tratados como animais ferozes, amontoados como lixo em celas superlotadas e em condições precárias. A título de exemplo, o art. 88, da mencionada lei, estabelece:

Art. 88 O apenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único: São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à sobrevivência humana;
- b) área mínima de 6 metros quadrados.

Não obstante a Lei de Execução Penal, estabelecer que os detentos devam ser mantidos em celas individuais de pelo menos 6 (seis) metros quadrados (art. 88, parágrafo único, “b”), os dados estatísticos alhures citados, comprovam que esses recintos são, normalmente, destinados ao alojamento de inúmeros presos, ou seja, é muito comum, nos presídios, celas maiores, transformarem-se em locais para o amontoamento de seres humanos. Conforme preconiza Gomes² (2013):

[...] Contudo tantas prisões não têm sido capazes de diminuir a criminalidade (o Brasil hoje é o 20º país que mais mata no mundo) nem tampouco de deixar a população brasileira mais tranquila, já que a sensação de pânico e insegurança é cada vez maior e a opinião pública clama por leis mais severas, redução da maioria penal etc [...] Por outro lado, tantos aprisionamentos também não têm evitado a reincidência nem tornado os encarcerados pessoas melhores, tendo em vista as condições indignas e desumanas de sobrevivência nas unidades prisionais [...] Diante desse cenário, surgem as indagações: O que fundamenta e para onde está nos levando todo esse encarceramento massivo, sobretudo de gente que não cometeu crime violento?

Em muitos estabelecimentos prisionais a superlotação tornou-se alarmante e atingiu níveis tão desumanos, que é comum os noticiários denunciarem cenas de revezamento entre os detentos, quando alguns presos ficam amarrados às grades da cela, enquanto os outros dormem, pois não há espaço para todos ficarem deitados. É gritante o ultraje à dignidade da pessoa humana, em todas as suas arestas, princípio colimador do ordenamento jurídico pátrio.

Somam-se a essas condições, a morosidade do Judiciário no que diz respeito ao julgamento dos processos criminais, pois, embora o jurisdicionado tenha a garantia, constitucionalmente, assegurada à razoável duração do processo (CRFB/88, art. 5º, LXXVIII), na maioria das vezes, o Estado não dispõe de subsídios para a concretização desse direito, fazendo com que os agentes fiquem presos por muito tempo, aguardando uma decisão.

² GOMES, Luiz Flávio. População carcerária cresceu 6,8% em seis meses. In: **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-23/luiz-flavio-gomes-populacao-carceraria-cresceu-68-seis-meses>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

Sendo assim, é evidente a omissão estatal, no que tange ao tratamento do preso no sistema carcerário brasileiro e, esse fator caminha por marginalizar o encarcerado da sociedade, ao passo que, não é possível prever o comportamento que esse indivíduo apresentará ao sair desse ambiente, onde, geralmente, foi humilhado, mal tratado e teve, em geral, os poucos valores que ainda lhe restavam, anulados.

3.1.1 As Condições de Vida no Cárcere

Conforme determina a LEP, o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua finalidade e estrutura (art. 85). Entretanto, conforme aduzido, a superlotação é a principal característica desse ambiente, que, além disso, é impregnado por sujeira, ratos, insetos, umidade e um odor insuportável. Muitas vezes, a soma de todos esses fatores, agrava o estado de ânimo entre os presos, ocasionando tensões que levam a ocorrência de motins, rebeliões, greves de fome, tentativas de fuga, ataques a agentes e guardas.

Faz-se oportuno salientar, que nesse cenário são precárias as condições de higiene. Além disso, o atendimento médico, farmacêutico e odontológico, quando existem, são defasados. Em condições subumanas, os detentos dividem celas abarrotadas com inúmeros outros encarcerados e, muitas vezes, há esgotos dentro desses locais, sem contar que os sanitários coletivos, geralmente, são instalados no mesmo ambiente em que permanecem enclausurados.

Em setembro de 2012, no Estado da Paraíba, um grupo do Conselho Estadual de Direitos Humanos³, flagrou um cenário deplorável em um presídio local. A seguir, um trecho da reportagem descreve sucintamente a situação:

[...] No primeiro pavilhão visitado, 80 presos alojados estavam praticando greve de fome por melhores condições de tratamento no presídio. Não havia nenhum local para dormir (colchão, rede),

³ PARAÍBA. CONSELHO ESTADUAL DE DIREITOS HUMANOS. Relatório de Visita do Conselho Estadual de Direitos Humanos da Paraíba Realizada na Penitenciária de Segurança Máxima Dr. Romeu Gonçalves de Abrantes - PB1/PB2 - João Pessoa (PB) - 28/08/2012. Disponível em: <<http://static.congressoemfoco.uol.com.br/2012/09/relatorio-penitenciaria-de-seguranca-maxima-dr.pdf>>. Acesso em: 26. dez. 2012.

apenas o chão. Os homens estavam todos sem camisa, com estado de higiene ruim. Afirmaram que não estavam tendo direito ao banho, estavam há meses sem banho de sol, e somente tinham acesso a uma única bacia higiênica na cela, para 80 pessoas fazerem suas necessidades fisiológicas, que era trocada pela administração de forma esporádica. [...].

Por todas essas razões, é comum que os presos adquiram os mais diversos tipos de doenças, sendo mais frequentes aquelas que afetam o aparelho respiratório (tuberculose, pneumonia). Além dessas, a hepatite e as doenças sexualmente transmissíveis, principalmente a AIDS, estão entre as mais comuns. Também estão presentes nesse ambiente doenças como o câncer, a hanseníase e os distúrbios mentais.

Cumprido aduzir, que grande parte das prisões, não dispõe de tratamento médico-hospitalar, ou seja, os detentos ficam a mercê da disponibilidade da Polícia Militar para levá-los até um hospital, quando, muitas vezes, também são vítimas do deficiente sistema público de saúde de nosso país.

Tal realidade é ilustrada por Leal (2001, p. 58):

[...] Prisões onde estão enclausuradas milhares de pessoas, desprovidas de assistência, sem nenhuma separação, em absurda ociosidade; prisões infectas, úmidas, por onde transitam livremente ratos e baratas e a falta de água e luz é rotineira; prisões onde vivem em celas coletivas, imundas e fétidas, dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aids; prisões onde quadrilhas controlam o tráfico interno de maconha e da cocaína e firmam suas próprias leis. Prisões onde vigoram um código arbitrário de disciplina, como espancamentos frequentes; prisões onde detentos promovem uma loteria sinistra, em que o preso “sorteado” é morto, a pretexto de chamarem a atenção para suas reivindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao da sentença; prisões onde, por alegada inexistência de local próprio para a triagem, os recém-ingressos, que deveriam submeter-se a uma observação científica, são trancafiados em celas de castigo, ao lado de presos extremamente perigosos.

Contudo, a Carta Magna de 1988, estabelece em seu art. 5º, III, que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; e, logo adiante, no inciso XLIX, aduz que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Como se não bastasse, a utópica Lei de Execução Penal (art. 3º, Lei nº. 7.210/84), no mesmo sentido, também prevê que “ao condenado e ao internado

serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”; além disso, no art. 41 (Lei nº. 7.210/84), são elencados inúmeros direitos ao preso, como exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, direitos esses, que não passam do plano imaginário, já que raramente são observados.

Outra deficiência observada no interior das prisões diz respeito à falta de ocupação dos detentos. Esta decorre da ausência ou da ineficácia dos programas governamentais que possibilitem uma formação técnica ou o desenvolvimento de algum ofício dentro do presídio; não obstante a Lei nº. 7.210/84 preveja o trabalho como um direito e um dever do preso, ao menos do preso apenado.

Esse fator prejudica seriamente a reinserção social do apenado ao deixar a prisão, o que faz com que seja novamente punido, pois além de já haver se submetido à privação da liberdade, agora será vítima do preconceito da sociedade, que geralmente lhe fecha as portas, acabando por castigá-lo mais uma vez.

A situação é tão calamitosa que há quem prefira morrer a cumprir uma pena nesses estabelecimentos. Almeida⁴ (2012), noticiou que o Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, durante um encontro com empresários paulistas, afirmou que se fosse para cumprir muitos anos em uma prisão nossa, preferiria morrer. Cardozo disse que falava como cidadão e não governante e ainda afirmou que "temos um sistema prisional medieval, que não só desrespeita os direitos humanos como também não possibilita a reinserção".

3.1.2 A Flagrante Inobservância aos Princípios da Dignidade Humana e da Presunção de Inocência

O Brasil, desde a promulgação da Carta Política de 1988, incorporou regras internacionais que visam à proteção dos Direitos Humanos, sendo signatário dos mais importantes tratados internacionais, tanto na esfera da Organização das Nações Unidas (ONU), como na da Organização dos Estados Americanos (OEA),

⁴ ALMEIDA, Alberto Carlos. Ministro da Justiça diz que preferia morrer a cumprir pena em presídio brasileiro. In: **Revista Época**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Brasil/noticia/2012/11/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-cumprir-anos-em-presidio-brasileiro.html>>. Acesso em: 8 dez. 2012.

destacando-se, dentre eles, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998) (MAZZUOLI, 2002).

Não é novidade que os direitos do encarcerado são assegurados desde o momento em que é acusado e devem ser respeitados durante toda a instrução do processo, bem como na fase executória da sentença (Lei nº. 7.210/84, art. 40). No entanto, ao submeter o indivíduo ao cumprimento da pena privativa de liberdade, seja em decorrência de condenação, seja em decorrência de prisão cautelar, sobretudo neste caso, o Estado estigmatiza a sua dignidade, uma vez que, “não existe preso que não esteja recolhido num desses depósitos de forma inconveniente, inconstitucional e ilegal” (BIANCHINI *et al*, 2011, p. 28).

Diante da explosão do cenário prisional, a prisão não tem conseguido efetivar o fim correccional da pena. Logo, o cárcere, passa a ser caracterizado como um ambiente degradante e pernicioso, maculado por inúmeros vícios, funcionando, muitas vezes, como escolas de aperfeiçoamento do crime, tornando distante a ressocialização de qualquer ser humano.

A situação torna-se mais grave, quando se analisa o alarmante número de presos provisórios, cuja marca corresponde a 42% do total de encarcerados. Tais indivíduos são simplesmente depositados em celas superlotadas, experimentando toda a sorte de maus-tratos típicos do inferno vivenciado no cárcere, sem a observância das mínimas condições de garantia de respeito à dignidade humana.

É razoável que se dê primazia à presunção da inocência do indivíduo, uma vez que todo homem deve ser considerado inocente até que tenha sido declarado culpado, conforme assegura o art. XI Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948) e consagra o art. 5º, LVII da Constituição Federal. A propósito, Lopes Júnior (2012, p. 777):

[...] A presunção de inocência [...] é um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, pois decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão

prematura e desnecessária de algum inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro.

Com efeito, diante da realidade do sistema prisional brasileiro é patente a inobservância aos tratados e convenções internacionais, aos princípios fundamentais colimadores do Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) e a presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB). Ademais, também são descartadas e violadas as normas elencadas pela Lei de Execução Penal (nº. 7.210/84), cuja redação traz regras perfeitas, no entanto, distantes da real situação vivenciada nos cárceres.

A título de ilustração, em janeiro de 2013, Montenegro⁵ (2013) noticiou que entidades de direitos humanos denunciaram o Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), da Organização dos Estados Americanos (OEA), devido à superlotação carcerária e a precariedade das instalações, dentre outros problemas, no Presídio Central de Porto Alegre-RS. Na inspeção realizada nesse estabelecimento, o juiz Douglas de Melo Martins, coordenador do mutirão, encontrou um quadro de superlotação equivalente a 233% da capacidade do presídio.

Nesse sentido, o movimento de humanização dos cárceres tem culminado com a ação readaptadora da execução penal. De acordo com Greco (2009, p. 59) “a dignidade da pessoa humana deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa”. Assim, um Estado Democrático de Direito não pode admitir toda a sorte de desumanidades da forma que vem sendo constatado nas prisões.

⁵ MONTENEGRO, Manuel Carlos. Entidades apelam à OEA para interditar presídio de RS. 11-01-2012. In: **Agência CNJ de Notícias**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/23086:entidades-apelam-a-oea-para-interditar-presidio-de-rs>>. Acesso em: 12 jan.2013.

3.1.3 O Cárcere Como Instrumento Estatal de Degradação da Personalidade do Indivíduo

A fábrica de encarceramento no Brasil está funcionando eficazmente. “Nosso país continua fechando escolas e abrindo presídios”, afirma Gomes⁶ (2013). O sistema carcerário é visto hoje como um aparato destruidor da personalidade do indivíduo, sendo, verdadeiramente, uma máquina de reprodução da carreira no crime.

Nas palavras de Oliveira (1997, p. 55), ao ser segregado, o indivíduo será vítima:

[...] de um aparelho destruidor de sua personalidade, pelo qual: não serve o que diz servir; neutraliza a formação ou o desenvolvimento de valores; estigmatiza o ser humano; funciona como máquina de reprodução da carreira no crime; introduz na personalidade a prisionalização da nefasta cultura carcerária; estimula o processo de despersonalização; legitima o desrespeito aos direitos humanos.

Conforme já aduzido, a espantosa realidade demonstra estabelecimentos prisionais superlotados, abarrotados, deficientes em vários aspectos, marcados por atentados, falta de profissionalização e ensino, além da carência de profissionais especializados. Dessa forma, tais recintos mais se assemelham a depósitos promíscuos onde seres humanos são amontoados, sem a observância das mínimas condições existenciais, fato que ocasiona o descrédito da prevenção e da reabilitação do condenado. Segundo preleciona Bianchini *et al* (2011, p. 28):

[...] O sistema carcerário brasileiro retrata uma das maiores atrocidades de todos os tempos no nosso país. A história de horror das penas supera em muito o horror dos crimes (Ferrajoli). A desumanidade indescritível das prisões só é suportada pela sociedade brasileira, de forma resignada, em razão da irracionalidade da nossa forma (alienada) de viver na era da globalização da riqueza (para alguns) e da miséria (para milhões).

⁶ GOMES, Luiz Flávio. População carcerária cresceu 6,8% em seis meses. In: **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-23/luiz-flavio-gomes-populacao-carceraria-cresceu-68-seis-meses>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

Notadamente marcado pela superlotação, caracterizado por instalações precárias e indignas, alimentação ruim, corrupção dos agentes penitenciários, ociosidade, abusos e maus tratos impingidos à maioria; regalias indevidas, ilegal e, injustamente concedidas a alguns encarcerados, fazem esse ambiente tornar-se extremamente favorável ao crescimento da violência, e impossibilita o Estado de manter seus custodiados, em conformidade com a lei. Ademais, a falta de agentes qualificados para lidar com esse tipo de trabalho, bem como a baixa remuneração que percebem, agravam ainda mais a situação.

Na verdade, o medieval sistema penitenciário, enfrenta uma séria crise, que, tem se agravado ao longo dos anos. Totalmente defasadas, as penitenciárias não apresentam estrutura que possibilite o cumprimento eficaz da finalidade precípua da pena, qual seja, a restauração do detento para que possa voltar ao convívio social, fator esse que contribui para os elevados índices de reincidência, muito embora a lei estabeleça que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade” (art. 10, Lei nº. 7.210/84).

“A prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade” (BITENCOURT, 2011, p. 164). Nesse diapasão, não é difícil perceber que os presídios, funcionam como verdadeiras escolas do crime, centros de aprendizagem criminal, onde a maioria dos agentes que cumpre pena, ou aguarda um julgamento, irá se aprimorar na “arte da criminalidade”, não sendo raro, que os infratores de menor ofensividade, amadureçam dentro desses locais, pois a convivência com criminosos experientes, quase sempre, os proporciona espaço aberto para a aprendizagem criminógena. Nas palavras de Bianchini *et al* (2011, p. 80) “a prisão é a universidade do crime. É dentro dela (sobretudo) que a grande maioria dos delinquentes aprimoram sua carreira criminal”.

Os discursos que pregam a maior severidade das penas, a exemplo da instituição da pena de morte, em nada contribuem para a melhoria do sistema penitenciário. É preciso conferir efetividade às maneiras alternativas de punir, dando-se preferência a elas, e, assim, evitar o desnecessário aprisionamento do agente. Desse modo, acredita-se em significativa contribuição para amenizar os efeitos da crise pela qual passa o cárcere brasileiro.

Sendo assim, devem ser concomitantemente observadas as garantias constitucionais, processuais penais, bem como os tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos, de modo que se reafirmem princípios como a garantia do estado de inocência, o direito de ser ouvido por um juiz competente, dentro de um prazo razoável, o direito ao contraditório e à ampla defesa, permitindo aos sujeitos processuais, no seu decorrer, uma participação igualitária, terminando com uma decisão justa, fundamentada e transparente, que possibilite o efetivo controle jurisdicional.

3.2 A Banalização da Prisão Cautelar

Em um discurso falacioso, a prisão ainda é vista por muitos como ressocializadora e reeducativa, uma vez que a clausura tem natureza exclusivamente punitiva. No entanto, não é justo punir de maneira cruel e desumana o agente, que por qualquer motivo tenha cometido um crime. Não se está a defender a impunidade do infrator, mas sim a adequada, e justa, aplicação da pena.

É intuitivo que deve haver punição severa aos autores de crimes que destroem famílias inteiras, como homicídios, estupros, tráfico de entorpecentes, dentre outros crimes, cruéis e bárbaros. Mas é imprescindível diferenciar aqueles que praticam infrações penais por seu grau de lesão e periculosidade à sociedade. Por exemplo, o agente que comete um furto simples não pode ser tratado da mesma maneira que um homicida qualificado. Entretanto, esses dois sujeitos ao serem colocados atrás das grades, são igualmente tratados como animais ferozes, bichos irracionais, pois assim são vistos os autores de crimes (RASSI, 2013)⁷.

Indubitavelmente, a prisão é a mais frequente, dentre as cautelas processuais penais, e também a mais grave existente em nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, faz-se oportuno salientar que a prisão penal e a prisão cautelar, também denominada de prisão processual, não se confundem.

⁷ RASSI, Renato da Cunha Lima. A falência do sistema prisional. In: **Âmbito Jurídico**.(2013) Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6355> . Acesso em: 25 fev. 2013.

A prisão penal decorre de sentença condenatória transitada em julgado que impõe o cumprimento de pena privativa de liberdade. É caracterizada pela definitividade e expressa a satisfação da pretensão punitiva só podendo ser aplicada após um devido processo legal, respeitadas todas as garantias e direitos do cidadão.

Ao passo que a prisão cautelar ou prisão provisória, que segundo a doutrina majoritária, apresenta-se sob as modalidades de prisão em flagrante (art. 301 e segs., CPP); prisão preventiva (art. 311 e segs., CPP), e prisão temporária (Lei nº. 7.960/89), não deve objetivar a punição, mas assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal, funcionando como um instrumento para a realização do processo ou para a garantia de seus resultados, sendo, portanto, decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Com efeito, precisas são as palavras de Brasileiro de Lima (2011, p. 80), acerca da prisão preventiva, ao enfatizar que esta deve objetivar a proteção dos meios ou do resultado do processo, não podendo funcionar como punição antecipada:

[...] a prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada pelo Poder Público como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou uma prática do delito. Isso significa que a prisão cautelar não pode ser utilizada com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da presunção de inocência.

A banalização da prisão cautelar, mais precisamente, o uso exacerbado da prisão preventiva, é hoje apontada como a principal responsável pela superlotação carcerária (BIANCHINI *et al*, 2011, p. 29). Conforme já adiantado anteriormente, os números publicados, semestralmente, pelo DEPEN⁸, comprovam que, do total de 549.577 presos, 232.244 são presos provisórios, ou seja, estão encarcerados aguardando um julgamento definitivo.

Conforme preconiza Lopes Júnior (2012, p. 792):

No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender, para depois ir atrás do suporte

⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Sistema Prisional**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID364AC56ADE924046B46C6B9CC447B586PTBRIE.htm>>. Acesso em: 02 dez 2012.

probatório que legitime a medida. Ademais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois se prende para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Norteador do ordenamento jurídico, o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII), preleciona que a liberdade é a regra e, assim, deve ser tutelada pela legislação infraconstitucional. Entretanto, a massificação ou a degeneração das prisões cautelares é comprovada pelo estarrecedor número de indivíduos submetidos aos estigmas do medieval sistema carcerário.

Cumprе ressalvar, que a prisão cautelar tem natureza excepcional e exige a demonstração dessa excepcionalidade pelo juiz. É a *extrema ratio* da *ultima ratio* (que é o direito penal). Só pode ser adotada em caso de extrema necessidade e quando incabíveis as medidas cautelares substitutivas ou alternativas, elencadas no novo art. 319 do Código de Processo Penal (BIANCHINI *et al*, 2011, p. 25).

Conforme observado, a prisão cautelar deve comprometer-se com a instrumentalização do processo criminal, não podendo ser utilizada como cumprimento antecipado da pena, uma vez que para sua decretação é realizado um juízo de periculosidade e não de culpabilidade.

Ademais, faz-se oportuno gizar, que, como decorrência da crise do sistema penitenciário, além dos presídios e penitenciárias, também as delegacias e cadeias públicas, malgrado sejam estas utilizadas ao arrepio da lei, transformaram-se em verdadeiros depósitos, onde indivíduos são presos indistintamente.

É evidente a impossibilidade de aplicação individualizada da pena, tornando-se flagrante o descumprimento da norma estabelecida na Lei de Execução Penal (nº. 7.210/84, art. 84), bem como do art. 300, do CPP, que determina a separação entre os presos provisórios e os condenados. Segundo o magistério de Bianchini *et al*, (2011, p. 119), ao tratar sobre a separação entre presos provisórios e definitivos:

O objetivo da segregação é óbvio. Impedir que alguém, presumidamente inocente, seja lançado às mazelas do caótico, estúpido e selvagem sistema prisional brasileiro. A superlotação carcerária, a estrutura de masmorras das nossas prisões, a omissão da administração pública no controle da ordem e da disciplina que permite toda sorte de barbáries praticadas pelos presos líderes, tudo isso recomenda que o preso provisório, contra o qual há apenas uma ordem precária de prisão e em favor do qual há uma determinação constitucional de inocência, seja separado dos condenados

definitivos. E essa cautela se torna ainda mais justificável se considerarmos que no Brasil as prisões provisórias, não raras vezes, são decretadas sem qualquer cuidado, como pura antecipação de uma condenação que ao final do processo muitas vezes não ocorre.

Esse fator agrava ainda mais a situação, uma vez que há uma miscigenação entre aqueles que estão presos provisoriamente, aguardando um julgamento e aqueles que já foram condenados, em decorrência do cometimento dos mais diversos tipos de crime, como assassinato, tráfico de drogas, estupro, sequestro. É nesse sentido, que o cárcere, geralmente, é intitulado de “escola do crime”, ou “centro de aperfeiçoamento do criminoso”.

A propósito, aduz o doutor Silva⁹ (2013):

[...] Uma vez considerando a prisão concebida como uma universidade do crime, por sua própria natureza institucional, na dinâmica social das penitenciárias, deve ser observada a separação entre presos e se evitar que um número de reclusos forme uma massa de corpos vivos amontoados sobre um cenário mortificante. O amontoamento de presos é responsável pela impressão psicológica da pena comum, ou seja, de que todos os apenados sofrem da mesma condenação.

Segundo mencionado alhures, a prisão cautelar só se justifica em situações estritas, quando presentes todos os fundamentos legais necessários à sua decretação pelo Estado-Juiz, pois do contrário, estar-se-ia aplicando antecipadamente uma punição e ferindo o mandamento constitucional que garante que “ninguém será considerado culpado, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CRFB).

A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter um primor de fundamentação, não bastando a invocação genérica dos fundamentos legais. É imprescindível um juízo sério, desapaixonado e, acima de tudo, calcado na prova existente nos autos (LOPES JÚNIOR, 2012).

Ao se referir à decretação da prisão cautelar, aduz Tornaghi (apud BRASILEIRO DE LIMA, 2011, p. 79):

⁹ SILVA, Iranilton Trajano da. Sistema prisional brasileiro: desafios e incertezas em face do caos social e de sua falência aparente. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 10 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41673>>. Acesso em: 27 mar. 2013.

O juiz deve ser prudente e até mesmo avaro na decretação. Há alguns perigos contra os quais deveriam prevenir-se todos os juízes, ao menos os de bem: 1) o perigo do calo profissional, que insensibiliza. De tanto mandar prender, há juízes que terminam esquecendo os inconvenientes da prisão [...]. 2) o perigo da precipitação, do açodamento, que impede o exame maduro das circunstâncias e conduz a erros. A possibilidade de soltar e tornar a prender e soltar de novo e mais uma vez prender, tudo ao talante do juiz, facilita a inconsideração, presta-se à imprudência, e o bom juiz deve acautelá-lo contra essa facilidade; 3) o perigo do exagero, que conduz o juiz a ver fantasmas, a temer danos imaginários, a transformar suspeitas vagas em indícios veementes, a supor que é zelo o que na verdade é exacerbação do escrúpulo.

Ademais, sob pena de desconfigurar o seu caráter instrumental, as prisões cautelares também não podem ser decretadas para satisfazer aos anseios da sociedade, da mídia ou da opinião pública. Seu caráter excepcional deve caminhar compassadamente com a presunção de inocência, fazendo com que sejam, efetivamente, a *ultima ratio* do sistema, destinadas aos casos mais graves, em virtude do custo elevado que representam. Nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 446 e 449):

Em um Estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade, o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

No entanto, a realidade demonstra que ainda vige no seio social a lógica do encarceramento, onde prevalece a ideia de que a sanção eficaz é apenas aquela que segrega o indivíduo ao cárcere. Apresentam-se oportunas, as lições de Lopes Júnior (2012, p. 793)

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser excepcional torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares, quadro esse agravado pela duração excessiva.

Percebe-se que mesmo diante da ausência de espaço nas penitenciárias brasileiras, o Estado continua aglomerando indivíduos, muitas vezes, sem

necessidade, como é o caso dos presos cautelares acusados de crimes de menor ofensividade, como furtos simples, depredação do patrimônio, tornando-os, assim, mais propensos e desenvoltos à prática de crimes.

Conforme preleciona, Nucci (2011, 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. A liberdade individual é a regra; a prisão cautelar, exceção.

Mais uma vez, repise-se que o direito fundamental à liberdade constitui a regra, enquanto a prisão corresponde à exceção, só devendo ser decretada em *ultima ratio*, uma vez que diante da crise pela qual passa o sistema carcerário brasileiro, com os estabelecimentos prisionais caracterizados pela obscuridade, superlotação, insalubridade, rebeliões, abusos sexuais, torturas, maus-tratos, bem como por inúmeras outras deficiências, resta comprovado que a pena de prisão espelha um caráter deletério e, dificilmente, conseguirá imprimir alguma dose de ressocialização no encarcerado.

Sendo assim, é preciso que seja conferida especial atenção à segregação de indivíduos presos cautelarmente, visto que a prisão cautelar é a principal responsável pela superlotação carcerária, devendo-se evitar ao máximo, o desnecessário encarceramento de presos cautelares, porquanto quando estiverem em contato com o mundo existente atrás das grades, muitos desses indivíduos, poderão ser transformados em verdadeiros criminosos, frutos do sistema prisional vigente.

3.3 O Novo Sistema Multicautelar

O sistema processual brasileiro sempre foi caracterizado pela bipolaridade ou binariedade: prisão ou liberdade. Em face dessa realidade, nosso sistema necessitava de medidas intermediárias, que conferissem ao juiz a possibilidade de evitar o encarceramento desnecessário. Essa bipolaridade conduziu à massificação

da prisão cautelar, uma vez que muita gente está recolhida nos cárceres brasileiros sem necessidade (BIANCHINI *et al*, 2011, p. 27).

Diante disso, foi editada a Lei nº 12.403/11, publicada no Diário Oficial da União em 05 de maio de 2011, em vigor desde 04 de julho do referido ano. A novel legislação provocou significativa alteração no Título IX, do Código de Processo Penal, o qual passou a ter a seguinte denominação: “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória”.

Na busca de alternativas para o cárcere cautelar, ou seja, a previsão legal de outras medidas coercitivas que o substituam com menor dano para a pessoa humana, porém com similar garantia da eficácia do processo, o novo art. 319 do Código de Processo Penal, passa a elencar 9 (nove) medidas cautelares diversas da prisão (LIMA, 2011).

Com efeito, o novo sistema multicautelar (art. 319, CPP), possibilita ao juiz várias opções de não encarceramento. Abandona-se o velho sistema dicotômico ou bipolar (prisão x liberdade) e institui-se um modelo polimorfo, onde o juiz poderá dispor de um leque de medidas substitutivas da prisão cautelar. Abre-se a possibilidade para o julgador de evitar o aprisionamento desnecessário nas já saturadas penitenciárias brasileiras.

A possibilidade agora de o julgador decretar outras medidas cautelares distintas da prisão pode reforçar a doutrina da impossibilidade da antecipação da pena, podendo deferir algumas medidas acautelatórias, que podem constituir o meio termo adequado em alguns casos concretos. Nem a sensação de impunidade, nem execução provisória da pena de prisão (BIANCHINI *et al*, 2011, p. 39).

Destarte, cumpridos os requisitos previstos na lei, como se verá adiante, a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão cautelar, previstas no art. 319 do CPP, garantirá a liberdade e a integridade do indivíduo, antes de ser proferida a sentença que decidirá o seu destino e, sobretudo, poderá funcionar como provável e necessária redução à superlotação enfrentada pelos cárceres brasileiros.

4 A LEI Nº. 12.403/11 E AS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO PROVISÓRIA

4.1 Considerações Gerais

Ao longo das últimas décadas, o processo penal brasileiro passou por inúmeras mudanças. Recentemente, foi promulgada a Lei nº. 12.403/11, conhecida como a Lei de prisões e medidas cautelares, que alterou significativamente o Código de Processo Penal, mais especificamente o Título IX, que agora é intitulado “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória” e ampliou a tutela cautelar no Código de Processo Penal, no afã de atender as diretrizes normativas constitucionais ao assegurar que a liberdade deve ser a regra e, a prisão, a exceção.

Até o advento da mencionada Lei, o sistema cautelar brasileiro era, morfológicamente, bastante pobre, resumindo-se à prisão cautelar ou liberdade provisória (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 781). Com a alteração legislativa, foi instituído um modelo polimorfo, onde o juiz tem à sua disposição várias medidas alternativas à prisão provisória, as quais estão elencadas no novo art. 319, do Código de Processo Penal.

Conforme demonstrado no capítulo anterior, não é de hoje que o sistema penitenciário brasileiro é marcado pela superlotação, já que esse é um problema que se arrasta há anos. A população carcerária, até o mês de julho de 2012, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, já mencionados, compreende mais de meio milhão de presos, dos quais cerca de 42%, são presos cautelares. Isso revela que no Brasil a prisão provisória vem sendo utilizada como meio de proteção e defesa social, sendo colocado em segundo plano o juízo de necessidade da medida.

A Lei nº. 12.403/11 conferiu outra roupagem à prisão cautelar, impondo a sua decretação aos crimes dolosos cuja pena máxima seja superior a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não seja reincidente (dentre outros requisitos), além de ter adicionado ao rol das hipóteses passíveis de decretação da preventiva o descumprimento das denominadas medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319, do CPP.

Sob esse aspecto, a nova Lei de prisão e medidas cautelares (Lei nº. 12.403/11) pode ser vista como uma possível forma de minimizar o déficit do sistema carcerário, de modo que se faz imprescindível que seja corretamente aplicada e muito bem fiscalizada por advogados e defensores, para que coíbam o abuso das prisões provisórias que, geralmente, são desproporcionais e descabidas. Assim, a principal mudança ocasionada pela novel legislação diz respeito à possibilidade de substituição da prisão cautelar pelas medidas alternativas substitutivas (art. 282, § 6º e art. 313, do CPP).

4.2 Lei nº. 12.403/11: Primeiras Impressões

A princípio, a nova Lei foi recebida pela sociedade com balbúrdia e, suscitou inúmeros questionamentos dividindo a opinião de sérias autoridades no que tange às suas consequências. De forma precoce e pejorativa, foi apelidada de “lei da impunidade”, principalmente pela mídia, que divulgou a ideia de que, com a mudança da norma processual, milhares de criminosos seriam postos em liberdade, já que a prisão preventiva agora é expressamente prevista para os crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos. No entanto, aqueles que se manifestam a favor da mudança legislativa, aduzem que uma das razões de política criminal da nova lei é contornar o problema da superlotação do sistema penitenciário brasileiro.

Manifestando-se a favor da mudança legislativa, preleciona, Távora (2012, p. 352):

[...] A recente reforma do CPP, consagrada pela Lei n.º 12.403/11, inova de forma bastante positiva a nossa legislação, estipulando, expressamente, a possibilidade de cominação de medidas cautelares não constritivas da liberdade, como forma de se evitar a prisão preventiva, que se torna residual (art. 283, § 1º, CPP).

No mesmo sentido, relata Bianchini *et al* (2011) que se espera que a reforma do CPP, agora vigente, que abandonou o velho sistema dicotômico ou bipolar, altere de forma radical o quadro caótico das prisões cautelares no nosso país. Oportunas são as lições de Bottini, (*apud*, LIMA, 2011, p. 6):

A superação dessa dualidade medíocre (prisão ou nada) protege, de forma mais efetiva, o processo, o acusado e a própria sociedade. O processo, porque surge um novo rol de medidas protetivas à ordem dos trabalhos. O acusado, porque a prisão cautelar, ato de extrema violência, fica restrita como opção extrema e última. A sociedade, porque a redução da prisão cautelar significa o desencarceramento de cidadãos sem condenação definitiva, que eram submetidos desde o início do processo ao contato nefasto com o submundo de valores criados pela cultura da prisão.

Não se pode esquecer, que uma das razões de política criminal da Lei nº. 12.403/11 consiste em possivelmente reduzir o elevado número de presos cautelares, sobretudo, aqueles presos preventivamente, que povoam os deploráveis e empestados depósitos de encarcerados, demonstrando, assim, uma preocupação em não se manter um sistema cautelar punitivo.

Segundo já aduzido, o déficit prisional do sistema penitenciário está correlacionado com a prisão provisória e, não se pode negar que a nova Lei de prisões e medidas cautelares será um passo fundamental para o enfrentamento da questão carcerária brasileira, cujas prisões são exemplos chocantes de instituição fora-da-lei.

Segundo o magistério de Nucci (2011, p. 26):

[...] As inovações introduzidas, na maioria das hipóteses, estão em perfeita harmonia com o texto constitucional de 1988 [...] A sociedade em geral somente tem a ganhar com a aprovação do texto ora comentado. Seus eventuais equívocos serão, certamente, suplantados, pelos acertos [...]. Introduz-se no Título IX, além da prisão e da liberdade provisória, a expressão medidas cautelares, dando ensejo à criação de várias alternativas à prisão, que podem ter resultado positivo, quando aplicadas em casos concretos [...].

À luz desses entendimentos, de modo genérico, é possível perceber que o rol de medidas cautelares alternativas (art. 319, do CPP), posto à disposição do juiz, apresenta reflexos positivos, porquanto, antes, o magistrado ou decretava a prisão provisória ou deixava o réu em liberdade, no entanto, com a alteração legislativa, ele poderá aplicar uma das medidas diversas da prisão, desde que se coadunem à situação concreta.

Aqueles que se manifestaram contrariamente à mudança legislativa, afirmam que haverá um aumento na insegurança do sistema judiciário, uma vez que agora vários crimes não comportarão a prisão preventiva, a exemplo dos crimes de

sequestro e cárcere privado (art. 148, CP), furto simples (155, *caput*, CP), formação de quadrilha (art. 288, CP) e receptação (art. 180, *caput*, CP).

Para aqueles que enxergam essa vertente da nova lei, o perigo reside no fato de que, em regra, serão soltos os presos cautelares, que não sejam reincidentes em crime doloso, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro anos), fato que aumentará a sensação de insegurança por parte da população. Nesse diapasão, faz-se oportuno auscultar as palavras de Coutinho (2011, p. 4):

[...] O que aparentemente se pretendeu com a Lei nº 12.403/11 tende a não vingar. Mas não porque ela seja má em si; e sim em razão de que temos muito caminho a percorrer até formarmos uma *cultura democrática no processo penal*, a qual só virá com a *reforma global* e a mudança efetiva para um processo fundado nas bases do sistema acusatório. Ter-se-á, portanto, que esperar a *mentalidade* sofrer o câmbio que precisa; e até lá seguimos rezando para os estragos serem os menores possíveis [...].

Ainda nessa visão, algumas autoridades, argumentam que o Estado não está preparado administrativamente para fiscalizar, de maneira efetiva, o cumprimento das medidas cautelares substitutivas à prisão cautelar, previstas no novo art. 319, do CPP, uma vez que a fiscalização não será realizada diretamente devido à carência de profissionais especificamente designados para tal.

Nesse sentido, torna-se necessário que seja concomitantemente trabalhada uma estrutura adequada e eficiente que confira a operacionalização e a fiscalização das medidas cautelares diversas da prisão. Caso isso não ocorra, haverá um provável temor quanto à adoção de tais medidas, com o surgimento de uma natural resistência por parte de juízes e membros do Ministério Público, que irão se voltar novamente à prisão cautelar como instrumento mais eficiente à tutela processual, em detrimento da liberdade do agente (LIMA, 2011).

Outrossim, as medidas cautelares diversas da prisão provisória, estatuídas no novo art. 319, do Estatuto Processual Penal, podem ser uma luz no fim do túnel, uma vez que conferem ao magistrado, a possibilidade de aplicá-las, nas situações em que ainda não houver uma sentença condenatória, isto é, na fase de investigação policial (inquérito) ou na fase processual, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos (art. 282, do CPP).

4.3 Medidas Cautelares Alternativas à Prisão

Para além do maniqueísmo comum ao cenário jurídico-penal ao surgimento de cada inovação na tentativa de oxigenar o velho sistema, constata-se que algo precisava ser apresentado como alternativa ao caos completo que se instalava nos cárceres brasileiros; algo teria que surgir para preencher a lacuna imensa existente entre a liberdade provisória e a prisão processual – dois extremos jurídicos.

Dessa maneira, o processo penal deve dispor de instrumentos e mecanismos capazes de contornar os efeitos deletérios do tempo sobre o processo. Daí a importância da tutela cautelar no processo penal, a qual é prestada através de medidas cautelares que podem ser concedidas durante toda a persecução penal, seja na fase investigatória, seja no curso do processo (LIMA, 2011).

Indubitavelmente, a maior inovação da Lei nº. 12.403/11 diz respeito à instituição de um sistema multicautelar com estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do novo art. 319, do CPP. Com efeito, é deixada para trás a bipolaridade (prisão ou liberdade) até então vigente, proporcionando ao julgador a escolha da providência mais ajustada ao caso concreto, dentro dos limites de legalidade e de proporcionalidade, como subterfúgio ao encarceramento.

Nesse diapasão, as medidas cautelares diversas da prisão apresentam-se como instrumentos capazes de assegurar a realização do processo e os seus resultados, sem com isso sujeitar o indivíduo ao encarceramento, com os malefícios que sabidamente causam ao acusado ainda não definitivamente condenado (GOMES FILHO, 2011).

Faz-se oportuno ressaltar que as medidas cautelares alternativas não se confundem com as penas alternativas, uma vez que essas substituem a pena de prisão já imposta na sentença (art. 44 e ss. CP), e as medidas alternativas à prisão provisória (art. 319, CPP) visam evitar o encarceramento do agente antes da sentença final transitada em julgado.

A partir da reforma introduzida no CPP, pela Lei nº 12.403/11, o juiz passa a dispor de uma série de medidas cautelares alternativas (art. 319, CPP), que contam com primazia sobre a prisão provisória, a qual só deve guardar a posição de *extrema ratio* da *ultima ratio*, que é o direito penal (art. 282, § 6º, CPP).

4.3.1 Base Principlológica

Não se pode refutar que a adoção de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP), espelha inegável restrição à liberdade de locomoção, mesmo que com menor intensidade, se comparada à prisão. Destarte, cabe ao juiz fazer a conjugação de uma série de princípios que constituem o norte do sistema. A seguir é feita uma breve análise das principais regras basilares que sempre devem nortear a aplicação das medidas alternativas.

Como se vê, a criação das medidas cautelares diversas da prisão é uma necessária reverência ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB), que protege o indiciado ou acusado contra a ingerência indevida a seu direito de liberdade. A pedra de toque de qualquer restrição da liberdade humana, provisória ou definitiva, restringe-se, pois, numa palavra: necessidade (BIANCHINI, 2011). De sorte que, a prisão cautelar, somente será admitida, se demonstrada, fundamentadamente, a fragilidade de outras medidas (art. 286, § 6º e art. 312, do CPP).

Princípio de fundamental relevância é o da legalidade das medidas cautelares. De acordo com tal princípio, toda medida cautelar deve ter base legal expressa, o que confere caráter taxativo ao rol de medidas exposto no art. 319, do CPP. No entanto, existe uma posição que defende ser o mencionado rol, meramente exemplificativo, sob a alegação de que o julgador dispõe do poder geral de cautela, fundamentado no princípio da proporcionalidade.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade é o principal sustentáculo das medidas cautelares, vez que norteia a conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deve ponderar a necessidade da medida imposta com a adequação (finalidade) pretendida, sem perder de vista o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

De acordo com o princípio da jurisdicionalidade a decretação de qualquer medida cautelar diversa da prisão está condicionada à manifestação do Poder Judiciário, desse modo, não há dúvidas de que é imprescindível a necessária intervenção judicial para a decretação dessas medidas (art. 282, §§ 3º, 4º e 5º etc, do CPP). Ademais, saliente-se, que nenhuma medida cautelar pode ser decretada sem a devida fundamentação, em obediência ao princípio da motivação (art. 93, IX, da CRFB; e arts. 283 e 315, do CPP).

Cumpra ainda salientar que as medidas cautelares tutelam uma situação fática, sendo assim, são pautadas pelo princípio da provisionalidade e terão sua validade condicionada à cláusula “*rebus sic stantibus*”, devendo ser modificadas ou suprimidas quando as circunstâncias que as ensejaram desaparecerem (art. 282, §§ 4º e 5º, do CPP).

Com base no fator tempo, segundo o princípio da provisoriedade ou temporariedade nenhuma medida cautelar pode ser decretada de forma excessiva, nem durar mais tempo do que o necessário. Assim, tais medidas devem ser contornadas pela breve duração, sob pena de assumir caráter de pena antecipada (art. 5º, LXXVIII, CRFB). Nesse ponto, reside um grande problema que é a falta de estipulação legal de um prazo de duração das medidas cautelares.

Por último, mas não menos importante, segundo os princípios da liberdade e da excepcionalidade, a liberdade é a regra, enquanto a prisão é a exceção. Nesse sentido, Bianchini *et al* (2011, p. 38):

[..] o normal, o natural é que o ser humano esteja em liberdade. Sua prisão constitui, portanto, medida excepcional, que só pode ser adotada pelo juiz quando razões muito sérias a justifiquem, cabendo-lhe explicitá-las, com base (a) no direito; (b) nos fatos assim como (c) na sua absoluta necessidade.

4.3.2 Aplicabilidade

As medidas cautelares diversas da prisão podem ser aplicadas: a qualquer tempo, no curso da investigação ou do processo, quando se fizer necessária a medida de controle; a qualquer tempo no curso da investigação ou do processo, como medida alternativa à prisão preventiva já decretada e que se revele desproporcional ou desnecessária à luz da situação fática de perigo; juntamente com a liberdade provisória, no momento da homologação da prisão em flagrante pelo juiz, como medida de contracautela (LOPES JÚNIOR, 2012).

De acordo com o magistério de Lima (2011, p. 6),

[...] As medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319, CPP, podem ser aplicadas não somente como medidas substitutivas e

alternativas à prisão, mas também como medidas autônomas, ou seja, como medidas que não guardam nenhum vínculo com anterior prisão em flagrante.

Foi feliz o legislador ao prever a possibilidade de aplicação das medidas alternativas, de forma isolada ou cumulativa, assim, caso o indivíduo não se enquadre em uma das medidas, poderá o magistrado aplicar-lhe outra ou cumular essa aplicação (art. 282, § 1º, CPP). Em caso de não cumprimento de quaisquer das medidas diversas da segregação cautelar impostas, o juiz poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 282, § 4º c/c art. 312, CPP).

Percebe-se que a Lei teve a preocupação de prever e impor a prisão preventiva como última opção, conferindo ao juiz, mesmo diante do descumprimento da medida cautelar alternativa, a possibilidade de substituí-la ou cumular-la com outra de acordo com o caso concreto, adequando-a até que se torne eficaz à diminuição do risco.

No que tange ao prazo máximo de duração das cautelares alternativas, a Lei nº. 12.403/11 perdeu a oportunidade de estabelecê-lo, o que poderá gerar abusos. Logo, caberá ao juiz observar o caráter situacional e quando a medida não se mostrar necessária e/ou proporcional, substituí-la por outra, menos gravosa, ou revogá-la (art. 282, § 5º, do CPP). Deve-se tomar cuidado para que tais medidas não sejam deturpadas, devendo-se evitar que sejam banalizadas.

Outra questão que tem suscitado muitas controvérsias diz respeito à incidência ou não da detração no caso de cumprimento das medidas cautelares alternativas. Com base no art. 42, do CP, discute-se sobre a possibilidade (ou não) de o tempo de cumprimento das medidas alternativas ser descontado da pena definitiva. A doutrina tem se manifestado favoravelmente à incidência da detração, nesse sentido, preleciona Távora (2012, p. 673):

Sublinhe-se que o cumprimento da medida cautelar imposta pode servir, inclusive, para efeitos de detração, havendo equivalência entre a cautelar cumprida e a pena cominada em futura sentença condenatória. Assim, aplicando-se ao final do processo pena restritiva de direitos nada impede que o tempo de submissão a uma cautelar similar sirva para abatimento.

Não obstante tal posicionamento, enquanto o legislador não regulamentar esse ponto, a jurisprudência terá que construir um caminho, tomando o cuidado de não imiscuir-se na função legislativa.

4.3.3 *Requisitos*

A adoção de quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão pressupõe a presença do *fumus commissi delicti*, que corresponde à prova de indícios suficientes de autoria e demonstração da materialidade (justa causa), bem como do *periculum libertatis* ao regular transcorrer da persecução penal, ou seja, o risco inerente à liberdade plena.

Segundo já mencionado, as medidas cautelares alternativas à prisão provisória, visam exatamente afastar o encarceramento, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, preservando a liberdade do indivíduo em respeito ao princípio da presunção de inocência, estampado no art. 5º, LVII, da CRFB.

Ao analisar a nova redação do artigo 282, incisos I e II, do CPP, percebe-se que a aplicação das medidas cautelares alternativas deve ser feita com observância aos requisitos genéricos e cumulativos da *necessidade e adequação*, uma vez que tais medidas sempre implicarão alguma restrição a direitos fundamentais daquele que, até o trânsito em julgado de uma eventual sentença condenatória irrecorrível, deve ser presumido inocente.

Esses requisitos, na verdade, constituem subprincípios, espécies do gênero proporcionalidade (razoabilidade), o qual fundamenta o ordenamento jurídico como um todo, e, nesse caso, destaca que a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão deve ser eficaz à satisfação das finalidades a que se propõem (BIANCHINI *et al*, 2011).

O primeiro caráter das novas medidas cautelares diversas da prisão corresponde à necessidade (NUCCI, 2011). O estado de inocência pressupõe que as eventuais restrições à liberdade individual sejam, efetivamente, indispensáveis. A propósito, ilustra Bianchini *et al* (2011, p. 51):

[...] O princípio da necessidade traz, em seu bojo, o princípio da intervenção mínima. A intervenção penal estatal deve ser a mínima possível. De todas as existentes, compete ao juiz escolher a que menor gravame gera para o direito fundamental da pessoa afetada. Se outras medidas existem e são suficientes, o juiz não pode optar pela mais drástica. Incide aqui o princípio da suficiência da medida menos onerosa.

Nesse quesito, o art. 282, I, do CPP, consigna quais as situações em que se mostra premente a necessidade de fixação das medidas cautelares alternativas, devendo sempre o magistrado ponderar o custo benefício que tais medidas requerem, objetivando assegurar: a) a aplicação da lei penal; b) a investigação e a instrução criminal e, c) evitar a prática de novas infrações penais.

De acordo com o requisito da adequação ou idoneidade (art. 282, II), o juiz deve analisar se o meio escolhido é apto para alcançar o resultado almejado (BIANCHINI *et al*, 2011, p. 51). Esse requisito evidencia que o meio escolhido deve ser idôneo a alcançar a finalidade pretendida, devendo ser eficaz à garantia da ordem pública. Nas palavras de Nucci (2011, p. 28), cuida-se da individualização da medida cautelar, vez que existem várias à disposição do magistrado para aplicação ao caso concreto.

Desse modo, no que concerne ao requisito da adequação, a lei impôs a análise em concreto de três aspectos a serem considerados para fins de avaliar qual a melhor medida cautelar diversa da prisão a ser aplicada de acordo com a situação apresentada, a saber: a) a gravidade do delito; b) as circunstâncias do fato e, c) as condições pessoais do indiciado ou acusado.

Entretanto, mesmo em meio a tais mudanças, percebe-se que ainda permanecem resquícios inquisitoriais, ainda que de forma intrínseca, os quais podem ser percebidos quando a legislação deixa ao arbítrio do magistrado a delimitação de conceitos como “evitar a prática de infrações penais” (art. 282, I, CPP), “gravidade do crime” (art. 282, II, CPP), “ordem pública” (art. 312, *caput*, CPP), dentre outros. De modo que, a depender do nível de prudência no arbítrio do julgador, o desvio de quaisquer desses conceitos poderá ampliar por demasiado a punição, seja por meio da aplicação de medidas cautelares alternativas, seja através da decretação da prisão preventiva.

Assim, sempre será necessária a observância do binômio: necessidade e adequação; posto que sem o preenchimento desses dois requisitos, nenhuma

medida cautelar, incluindo a prisão, pode ser decretada (GARCIA, 2011). Dessa forma, deverá o julgador observar o princípio da proporcionalidade, levando em conta esses dois requisitos, não podendo atuar de forma a punir antecipadamente o suspeito, indiciado ou acusado, ou seja, a medida aplicada não pode ser mais grave do que a própria pena a ser cominada na infração que se está a apurar.

4.3.4 Cautelares em Espécie

Em uma ordem de gradação, estabelecida segundo a intensidade das obrigações impostas ao acusado, as medidas cautelares alternativas, de acordo com o art. 319 do CPP, são: comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; proibição de manter contato com pessoa determinada; proibição de ausentar-se da comarca; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; internação provisória; fiança e monitoração eletrônica. Além dessas, embora não esteja disposta no mencionado artigo, a proibição de ausentar-se do país (art. 320, CPP), também é considerada medida cautelar alternativa.

A primeira medida cautelar diversa da prisão é o comparecimento periódico em juízo (art. 319, I, CPP), cuja finalidade precípua é garantir que o acusado permaneça à disposição para a prática de qualquer ato processual. A periodicidade com que o acusado deve se apresentar em juízo será fixada pelo juiz atendendo à razoabilidade e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, observando os termos do art. 282, I e II, do CPP. A medida mostra-se eficaz, em muitos casos e, ainda evita uma providência mais danosa e tantas vezes deletéria, como é a prisão provisória antes da culpa formada.

A segunda medida alternativa consiste na proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, II, CPP). Alguns locais, por sua natureza, localização, finalidade ou tipo de frequência, como bares, prostíbulos, clubes, estádios, entre outros, potencializam a prática de infrações penais, por aumentarem as possibilidades de conflito.

Logo, essa medida, reveste-se de prudência, porquanto, algumas vezes, o indivíduo pode ser estimulado pelo meio que frequenta, a praticar atos ilícitos. Com efeito, a proibição de acesso ou frequência a esses ambientes não deve ser genericamente aplicada, devendo se ater a situações em que se mostre eficiente para evitar a prática de novos crimes, sobretudo, quando ficar evidenciado o risco de reiteração delituosa por parte do agente (art. 282, I, parte final, CPP). Acertadamente, preleciona Lima (2011, p. 359):

A fim de assegurar a operacionalidade e eficácia da medida, devem ser pensados instrumentos idôneos para a fiscalização dessa medida. A despeito do silêncio da lei, queremos crer que a adoção dessa medida deve ser comunicada de imediato a Polícia Judiciária e à própria Polícia Militar, a fim de que deem apoio ao seu cumprimento.

Outra medida cautelar alternativa, diz respeito à proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante (art. 319, III, CPP). Tal medida pode ser decisiva para coibir a prática de condutas criminosas, bem como sua reiteração. Deve-se atentar para pessoas que vão contribuir para o desenvolvimento da persecução penal como testemunhas, vítimas, peritos, etc. Já em outras situações, o relacionamento entre pessoas pode desencadear condutas propícias ao crime, como nos casos de rixa, ameaças, violência familiar, nesses casos, é prudente que o juiz determine o afastamento dessas pessoas entre si, de modo a evitar situações potencialmente criminosas. A mesma situação é evidenciada em relacionamentos onde os agentes se unem em comparsarias para o cometimento de delitos.

De acordo com art. 319, IV, do CPP, pode o juiz determinar a proibição de o indivíduo ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução. Essa medida é aplicada caso o investigado ou acusado dê indicativos de que pretende evadir-se do distrito da culpa, inviabilizando a futura e eventual execução da pena. Antes do advento da Lei nº. 12.403/11, a única medida para tutelar essa situação era a decretação da prisão preventiva, a qual se apresenta hoje como medida de *ultima ratio*.

A medida cautelar alternativa à prisão provisória que consiste no recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos (art. 319, V, CPP), baseia-se no senso de

responsabilidade e na autodisciplina e é de extrema importância, posto que evita o pernicioso encarceramento e permite que o indiciado ou réu continue trabalhando além de favorecer sua recuperação ou readaptação social.

Nesse sentido, têm decidido nossos Tribunais:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGA E ASSOCIAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO PREVISTAS NO ART. 319, I E V DO CPP. MEDIDAS COMPATÍVEIS E PROPORCIONAIS ÀS CONDIÇÕES PESSOAIS DO PACIENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Lei 12.403/11, que alterou a prisão processual, possibilitou a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, inserindo a prisão preventiva como a *ultima ratio*. No caso dos autos, o paciente possui residência fixa, é primário, de bons antecedentes, e está prestes a iniciar o curso de medicina na Universidade Federal do Piauí. Portanto, não se trata de um criminoso contumaz [...]. 2. Revoga-se a prisão preventiva do acusado, por considerar suficiente, neste momento, a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, para resguardar a ordem pública, garantir a aplicação da lei penal e o bom andamento da instrução, nos termos do art. 282, I e II, do CPP, alterado pela Lei 12.403/11. 3. Entende-se cabível e proporcional a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão em desfavor do paciente, previstas no art. 319, incisos I e V do CPP, quais sejam: o comparecimento mensal ao juízo para informar e justificar suas atividades, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga [...] 4. Ordem concedida, em conformidade com o parecer do Ministério Público Superior. (TJPI. HC 201200010075506/PI. 2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Relator Des. Erivan José da Silva Lopes. Julg.:15/01/2013. Dje.: 21/01/2013)

A sexta medida cautelar alternativa, corresponde à suspensão de função pública ou de atividade de natureza econômica e financeira (art. 319, VI, CPP), quando houver facilitação da atividade criminosa pela função desempenhada. É aplicada nos casos de crimes que envolvem o sistema financeiro ou a administração pública com o fito de evitar a continuidade delitiva. Em muitas situações, a prisão preventiva mostra-se excessiva ou, até mesmo, desnecessária, sendo a medida de suspensão do autor suficiente para acautelar a segurança do sistema financeiro e a probidade administrativa.

A medida de internação provisória do acusado, inimputável ou semi-imputável, somente será decretada depois que a perícia concluir que o autor da infração era incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, e só tem lugar nos crimes cometidos com violência

à pessoa ou grave ameaça, quando presente o risco de reiteração criminosa, nos termos do art. 319, VII, do CPP.

A fiança, conforme dispõe o art. 319, VIII, do CPP, será arbitrada nas infrações em que seja admitida e é medida alternativa à prisão processual, conforme aduz o legislador, cuja finalidade é assegurar o comparecimento do autor do crime ao processo, visando evitar sua obstrução, bem como a resistência do autor a alguma ordem judicial. Em verdade, a fiança protege a liberdade individual ameaçada pela prisão, e pode ser aplicada pela autoridade policial ou judicial. A critério do juiz pode ser cumprida com outras medidas substitutivas da prisão provisória.

A nona medida cautelar alternativa à prisão provisória, consiste no monitoramento eletrônico (art. 319, IX, CPP). Embora seja uma medida constrangedora (uso de bracelete ou tornozeleira), apresenta-se menos deletéria do que o encarceramento cautelar do indivíduo, desde que observada sua necessidade e adequação (art. 282, CPP).

Por fim, embora não esteja no rol do art. 319, do CPP, a proibição de ausentar-se do país (art. 320, CPP), também é uma medida cautelar diversa da prisão. Essa medida é legalmente cabível, desde que decretada com supedâneo em dados concretos de fuga, portanto, a determinação de entregar o passaporte, não pode ter por base meras suposições de que o réu fugirá.

4.4 A Prisão Preventiva Como Ultima Ratio e a Efetiva Aplicação das Medidas Cautelares Alternativas

Depois da vida e da integridade física, a liberdade é o bem mais precioso do ser humano. Porém, levando em consideração que o Brasil é o quarto país com maior população carcerária do mundo e que do total de encarcerados, 42% corresponde a presos cautelares, reveste-se de suma importância o disposto no § 6º do art. 282 do CPP, que estabelece a prisão preventiva como *ultima ratio*, e consagra, assim, o princípio da excepcionalidade, segundo o qual a prisão preventiva deve ser o último instrumento a ser utilizado. Conforme já mencionado, o

réu, antes do trânsito em julgado final, é presumidamente inocente, assim, deve-se dar preferência às demais medidas cautelares (art. 319, do CPP).

Diante dessa realidade, salta aos olhos o abuso da prisão cautelar no Brasil. No entendimento de Bianchini *et al* (2011, p. 39) “[...] não se pode conceber, no Estado de Direito, que a prisão preventiva cumpra papel distinto do cautelar. Não se pode primeiro castigar, para depois condenar (Ferrajoli). A prisão processual não pode se revestir do caráter de pena antecipada”.

A propósito, o entendimento da Suprema Corte no julgamento do HC 95009-SP, sob a relatoria do Ministro Eros Grau:

[...] Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a regra é a liberdade; a prisão, a exceção. Aquela cede a esta em situações excepcionais. É necessária, contudo, a demonstração de situações efetivas que justifiquem o sacrifício da liberdade individual em prol da viabilidade do processo, o que não se dá no caso em exame [...] Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro Ilmar Galvão) que a interpretação sistemática da Constituição “leva à conclusão de que a Lei maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar”. Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta a sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie [...] (STF, HC 95009-SP. Plenário. Relator: Min. Eros Grau. Julg. 06/11/2008. Dje 16/11/2008).

Em boa hora veio a alteração legal realizada pela Lei nº 12.403/11, que determinou expressamente (§ 6º do art. 282, arts. 311 e ss, do CPP) que a prisão preventiva é medida de exceção, e deve ser reservada para casos extremos, resguardando-se para situações onde não seja possível a adoção das medidas cautelares alternativas (art. 282, § 6º do CPP), afinal, o encarceramento estigmatiza, por demais, a figura do infrator. De acordo com Lima (2011, p. 362):

A decretação de uma prisão cautelar é a interferência mais agressiva do Estado na vida e na dignidade do indivíduo, pois, além da segregação em si, o cárcere produz intensa estigmatização social e psicológica. Não se pode, pois, banalizar a prisão preventiva, já que seus efeitos criminógenos [...] causam profunda desagregação dos valores da pessoa, inserindo-a em um contexto capaz de afetar de maneira definitiva qualquer processo de socialização.

Com o advento da Lei nº. 12.403/11, a prisão preventiva, passa a ser cabível apenas para os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima

superior a 4 (quatro anos), se o agente for reincidente em crime doloso, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, e quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa, nos moldes do novo art. 313, do CPP.

Ante o exposto, considerando-se o cenário em que se encontram os estabelecimentos prisionais brasileiros, marcados por toda espécie de desumanidade, conforme demonstrado no capítulo anterior, é razoável que a prisão seja evitada, sempre que possível, uma vez que a segregação desnecessária (v.g crimes que comportem a aplicação das cautelares alternativas dos arts. 319 e 320 do CPP), baseada em uma versão açodada dos fatos, poderá trazer consequências nefastas ao suspeito, indiciado ou acusado.

Em face da novel legislação, tem decidido nossos Tribunais:

Habeas Corpus. Processual Penal. Prática de ilícitos penais por organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital (PCC), na região do ABC paulista. Paciente incumbida de receber e transmitir ordens, recados e informações de interesse da quadrilha, bem como auxiliar na arrecadação de valores. Sentença penal condenatória que vedou a possibilidade de recurso em liberdade. Pretendido acautelamento do meio social. Não ocorrência. Ausência dos requisitos justificadoras da prisão preventiva (art. 312 do CPP). *Ultima ratio* das medidas cautelares (§ 6º do art. 282 do CPP - incluído pela Lei nº 12.403/11). [...]. (HC 106446-SP. Primeira Turma. Rel.: Min. Cármen Lúcia. Julg.: 20/09/2011 Dje.: 11-11-2011).

Estando presentes os requisitos autorizadores da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no novo art. 319, do CPP, deve o julgador primar por elas, porquanto é notável que a política de segurança pública, com as alterações promovidas pela Lei nº. 12.403/11, buscou preservar o direito fundamental à liberdade do indivíduo.

A aplicação prática urgente das medidas cautelares alternativas, poderá, possivelmente, minimizar a incidência das prisões cautelares, sem diminuir o controle penal, concretizando a medida coercitiva pessoal, como medida de *extrema ratio*. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

[...] Prisão cautelar que se mostra como exceção no nosso sistema. Análise sob a ótica da Lei n.º 12403/11 - Inexistência de elementos que, concretamente, justifiquem a prisão preventiva. Ilegalidade da prisão Ordem concedida - (voto n. 18509). [...] A prisão cautelar, como sabido, é a exceção no nosso sistema jurídico [...] A

aplicabilidade da prisão e das medidas cautelares, agora, passa a abranger maior período, compreendido entre a prisão em flagrante ou a notícia de um crime até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória. A liberdade até o trânsito em julgado da condenação criminal é vetor estipulado pela Constituição Federal de 1988, expressão da vontade do povo, em nossa democracia indireta vigente no Estado Democrático de Direito. E alinhada ao preceito constitucional, a Lei n.º 12.403/2011 amplia as medidas cautelares alternativas à prisão processual, aumentando o rol de possibilidades de se efetivar os motivos da excepcional prisão cautelar sem que se imponha a segregação provisória àquele que não tem contra si uma condenação criminal transitada em julgado, prevendo a lei ordinária ferramentas aptas para a concretização das garantias constitucionais previstas no art. 5º, incisos LXI, LXIII, LXIV, LXV e LXVI [...] Ante todo o exposto, e pelo meu voto, concedo a ordem para outorgar a liberdade provisória ao paciente, mediante imposição das medidas do art. 319, I e IV, do CPP, confirmando-se a liminar. (TJSP. HC 0248057-51.2012.8.26.0000. 16ª Câmara de Direito Criminal. Relator Des. Newton Neves. Julg.: 13/02/13. Dje.: 11/03/2013.)

Destarte, a efetiva adoção de tais medidas, em algum espaço de tempo, poderá contribuir significativamente para minimizar a mazela da superlotação carcerária no Brasil, posto que será consideravelmente reduzido o número de decretações de prisão provisória; sem contar que devem ser revistas as prisões que se enquadrem na possibilidade de substituição por quaisquer das medidas alternativas (art. 319, do CPP).

Sendo assim, as medidas cautelares desencarceradoras, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº. 12.403/11, configuram um passo fundamental para minorar os altos índices populacionais que hoje caracterizam o medieval arquipélago penitenciário brasileiro, além de tornar o sistema processual mais humano.

Pode-se dizer que a nova Lei nº. 12.403/11 trouxe relevantes alterações no âmbito das prisões provisórias, bem como fez a inserção, (in)felizmente, de inúmeras alternativas ao cárcere, cabendo aos julgadores romperem com a cultura de encarceramento, até então existente, para, finalmente, reservar-se a prisão preventiva para situações excepcionalíssimas.

Ademais, é preciso atentar para o fato de que as novas medidas cautelares alternativas não podem ser banalizadas e, muito menos, serem objetos de utilização indiscriminada pelos operadores do direito, tendo em vista que, nenhuma providência cautelar pode se tornar superior ao resultado final do processo a que se destina tutelar.

Portanto, é imprescindível que seja dispensada especial atenção aos princípios da provisoriedade, provisionalidade, excepcionalidade e proporcionalidade, para que as medidas cautelares desencarceradoras, bem como as espécies de prisões acautelatórias, sejam aplicadas conforme a Constituição Federal de 1988. Senão, serão ilegítimas, por configurarem espécies de antecipação da pena, revelando-se desproporcionais e desnecessárias.

5 CONCLUSÃO

Ao longo da história da humanidade, as condutas tidas como ilegais ou indesejáveis sempre foram passíveis de punição. A princípio, as penas tinham caráter desumano e cruel, cenário este, que foi se modificando com o passar do tempo, uma vez que com os ideais iluministas não mais se admitiriam as barbáries outrora cometidas.

Nesse trabalho monográfico, analisou-se a sistematização da pena nos primórdios, no momento em que surgiu para regular a convivência social, tendo sido sumamente importante para que a sociedade chegasse ao estágio atual. Em seguida foi percorrido sobre a atual legislação penal brasileira, expondo as espécies de penas no Código Penal atual.

Observou-se que no Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, sendo o princípio norteador do processo penal. Sendo fruto da evolução civilizatória, de uma opção protetora do indivíduo, que só pode ser considerado culpado, após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Como visto, a pesquisa realizada acerca do tema proposto também analisou a atual conjuntura do sistema prisional brasileiro, através de índices nacionais, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, além disso, foi abordada a análise da contribuição da nova Lei de prisões e medidas cautelares (Lei nº. 12.403/11), com a implantação das medidas alternativas diversas da prisão, como forma de otimizar o sistema carcerário pátrio.

Constatou-se, através dos dados revelados pelo Departamento Penitenciário Nacional, que o Brasil é o quarto país com o maior número de encarcerados do mundo. São mais de 549.577 presos, os quais se encontram amontoados em celas superlotadas, sem o mínimo de observância ao princípio da dignidade humana.

Nesses recintos, não há distinção entre os enclausurados, porquanto o suspeito, indiciado ou acusado de um furto simples, por exemplo, está segregado em meio aos homicidas, esturpadores e traficantes. O indivíduo ao ser preso no sistema carcerário brasileiro, pelas condições que encontra, tem sua condição humana vilipendiada, e penetra em um mundo completamente violador das normas

legais e morais, acabando por absorver mais influências acerca do crime, ao invés de ser ressocializado.

Esse cenário se complica ainda mais face à banalização das prisões cautelares no Brasil, em específico, da prisão preventiva, uma vez que 42% do total de encarcerados corresponde a presos provisórios, ou seja, estão encarcerados aguardando um julgamento.

Com efeito, após o advento da Lei nº. 12.403/11, que alterou vários dispositivos do Código de Processo Penal, referentes à temática das prisões processuais e das medidas cautelares do processo, surge, então, uma forma de modernizar o sistema processual penal brasileiro, elencando uma série de medidas cautelares alternativas, que poderão ser aplicadas em substituição à prisão provisória.

Nesse diapasão, esse trabalho monográfico demonstrou de que forma a edição da Lei nº. 12.403/11, que inseriu as medidas cautelares alternativas à prisão, no novo art. 319 do Código de Processo Penal, poderá contribuir para amenizar a superlotação vivenciada nos cárceres de todo o país.

Além disso, foi demonstrado que a prisão preventiva, aplicada cautelarmente, antes de uma sentença transitada em julgado, é dizer, na fase do inquérito policial ou na fase processual, deverá ser reservada para situações excepcionais, quando não se afigurar possível a aplicação das medidas cautelares alternativas do art. 319 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, observou-se que se torna imperioso que a nova Lei possa romper os grilhões da cultura do aprisionamento e seja efetivamente aplicada; e devidamente fiscalizada para, assim, cumprir a sua finalidade, evitando-se prisões provisórias desnecessárias e, na maioria das vezes, desproporcionais.

Portanto, não se pode negar que com a alteração legislativa foi dado um passo fundamental para o enfrentamento da crise do sistema carcerário no Brasil, tomando como ponto de partida o necessário cumprimento da norma constitucional. Resta aos sujeitos processuais, especialmente ao julgador, a tarefa de manterem-se alertas para que a lei não seja letra morta e possa solucionar graves problemas, sociais e jurídicos, discutidos ao longo desse trabalho.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alberto Carlos. Ministro da Justiça diz que preferia morrer a cumprir pena em presídio brasileiro. In: **Revista Época**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Brasil/noticia/2012/11/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-cumprir-anos-em-presidio-brasileiro.html>>. Acesso em: 8 dez. 2012.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**: tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa – São Paulo: Martins fontes, 1997.

BIANCHINI, Alice et al.; coordenação Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques. **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. Ed. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. Ed. 10. São Paulo. Saraiva 2008.

_____. **Falência da Pena de Prisão – causas e alternativas**. Ed. 4. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 dez. 2012.

_____. **Decreto nº. 22.213, de 14 de dezembro de 1932**. Aprova a Consolidação as Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=42869>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

_____. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 dez. 2012.

_____. **Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 17 dez. 2012.

_____. **Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941.** Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm>. Acesso em: 20 dez. 2012.

_____. **Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 10 nov. 2012.

_____. **Lei nº. 12.403, de 4 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 20 dez. 2012.

_____. **MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Sistema Prisional.** Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID364AC56ADE924046B46C6B9CC447B586PTBRIE.htm>>. Acesso em: 02 dez 2012.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de processo penal.** V. 1. Ed. 1. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Lei nº. 12.403/2011:** mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. In: Boletim IBCCrim. Ano 19, n. 223. Junho de 2011.

FALCONI, Romeu. Lineamentos do direito penal. Ed. 3. rev.ampl.e atual. São Paulo: Ícone, 2002.

FARIAS JÚNIOR, João. Manual de Criminologia. Curitiba: Juruá, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Teoria do garantismo penal. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir – História da violência nas prisões. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1993.

GOMES, Luiz Flávio. População carcerária cresceu 6,8% em seis meses. In: **Consultor Jurídico.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-23/luiz-flavio-gomes-populacao-carceraria-cresceu-68-seis-meses>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

GARCIA, Débora Faria. **Novas regras da prisão e medidas cautelares:** comentários à Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Método, 2011.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Coordenação: Og Fernandes. **Medidas cautelares no processo penal:** prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. Ed. 4. Niterói, RJ: Ímpetus, 2009.

LEAL, César Barros. **Prisão:** crepúsculo de uma era. Ed. 2. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar:** doutrina, jurisprudência e prática – Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal – 9 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os tratados internacionais:** estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. Manual de direito penal, V. 1. parte geral, arts. 1º ao 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2008.

MOLINA, Antonio García Pablos de. **Tratado de Criminología.** Ed. 4. Atual. Rev. e Ampl. Valencia: Lo Tirant Blanch Theory, 2010.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Entidades apelam à OEA para interditar presídio de RS.** 11-01-2012. In: Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/23086:entidades-apelam-a-oea-para-interditar-presidio-de-rs>>. Acesso em: 12 jan.2013.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal, introdução à parte geral.** Ed. 37. Atualizado Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eduardo. Políticas criminais e alternativas à prisão. Rio de Janeiro Forense, 1997.

PARAÍBA. CONSELHO ESTADUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório de Visita do Conselho Estadual de Direitos Humanos da Paraíba Realizada na Penitenciária de Segurança Máxima Dr. Romeu Gonçalves de Abrantes - PB1/PB2 - João Pessoa (PB) - 28/08/2012**. Disponível em: <<http://static.congressoemfoco.uol.com.br/2012/09/relatorio-penitenciaria-de-seguranca-maxima-dr.pdf>>. Acesso em: 26. dez. 2012.

PIAUI. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ. **HC 201200010075506/PI**. 2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Relator Des. Erivan José da Silva Lopes. Data do Julgamento: 15/01/2013. Data da Publicação: 21/01/2013. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/consulta_processo.php?num_processo_consulta=201200010075506&consulta=s>. Acesso em: 26. jan. 2013

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RASSI, Renato da Cunha Lima. A falência do sistema prisional. In: **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6355> . Acesso em: 25 fev. 2013.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **HC 0248057-51.2012.8.26.0000**. 16ª Câmara de Direito Criminal. Relator Des. Newton Neves. Data do Julgamento: 13/02/13. Data da Publicação: 11/03/2013. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=0248057-51.2012.8.26.0000&pbEnviar=Pesquisar>>. Acesso em: 15 mar.2013.

SILVA, Iranilton Trajano da. Sistema prisional brasileiro: desafios e incertezas em face do caos social e de sua falência aparente. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 10 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41673>>. Acesso em: 27 mar. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **HC 95009-SP**. Plenário. Relator: Min. Eros Grau. Data de Julgamento: 06/11/2008. Data de Publicação: 16/11/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

_____. **HC 106446-SP**. Primeira Turma. Rel.: Min. Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 20/09/2011. Data de Publicação: 11/11/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

TÁVORA, Nestor. Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de direito processual penal**. Ed. 7. Salvador, BA: Ed JusPodvim, 2012.

TELES. Ney Moura. **Direito Penal**: parte geral, arts. 1º ao 120. V.1. Ed. 2. São Paulo. Atlas 2006.

ANEXO

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011.

Vigência

Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 282, 283, 289, 299, 300, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 334, 335, 336, 337, 341, 343, 344, 345, 346, 350 e 439 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

“TÍTULO IX

DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”

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

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

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

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 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.

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

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.” (NR)

“Art. 289. Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.

§ 1º Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada.

§ 2º A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação.

§ 3º O juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida.” (NR)

“Art. 299. A captura poderá ser requisitada, à vista de mandado judicial, por qualquer meio de comunicação, tomadas pela autoridade, a quem se fizer a requisição, as precauções necessárias para averiguar a autenticidade desta.” (NR)

“Art. 300. As pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.

Parágrafo único. O militar preso em flagrante delito, após a lavratura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes.” (NR)

“Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.” (NR)

“Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.” (NR)

“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.” (NR)

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

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

“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;

IV - (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.” (NR)

“Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.” (NR)

“Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.” (NR)

“CAPÍTULO IV

DA PRISÃO DOMICILIAR”

“Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.” (NR)

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

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

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

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

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

“CAPÍTULO V

DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES”

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

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

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

“Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

I - (revogado)

II - (revogado).” (NR)

“Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

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

“Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes de racismo;

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

IV - (revogado);

V - (revogado).” (NR)

“Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;

II - em caso de prisão civil ou militar;

III - (revogado);

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).” (NR)

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

a) (revogada);

b) (revogada);

c) (revogada).

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

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

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

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

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

III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

§ 2º (Revogado):

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).” (NR)

“Art. 334. A fiança poderá ser prestada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória.” (NR)

“Art. 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.” (NR)

“Art. 336. O dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

Parágrafo único. Este dispositivo terá aplicação ainda no caso da prescrição depois da sentença condenatória (art. 110 do Código Penal).” (NR)

“Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.” (NR)

“Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado:

I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo;

II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo;

III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança;

IV - resistir injustificadamente a ordem judicial;

V - praticar nova infração penal dolosa.” (NR)

“Art. 343. O quebramento injustificado da fiança importará na perda de metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares ou, se for o caso, a decretação da prisão preventiva.” (NR)

“Art. 344. Entender-se-á perdido, na totalidade, o valor da fiança, se, condenado, o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena definitivamente imposta.” (NR)

“Art. 345. No caso de perda da fiança, o seu valor, deduzidas as custas e mais encargos a que o acusado estiver obrigado, será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.” (NR)

“Art. 346. No caso de quebraimento de fiança, feitas as deduções previstas no art. 345 deste Código, o valor restante será recolhido ao fundo penitenciário, na forma da lei.” (NR)

“Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 deste Código.” (NR)

“Art. 439. O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante e estabelecerá presunção de idoneidade moral.” (NR)

Art. 2º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 289-A:

“Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade.

§ 1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.

§ 2º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo.

§ 3º A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou.

§ 4º O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública.

§ 5º Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2º do art. 290 deste Código.

§ 6º O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o caput deste artigo.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação oficial.

Art. 4º São revogados o art. 298, o inciso IV do art. 313, os §§ 1º a 3º do art. 319, os incisos I e II do art. 321, os incisos IV e V do art. 323, o inciso III do art. 324, o § 2º e seus incisos I, II e III do art. 325 e os arts. 393 e 595, todos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

Brasília, 4 de maio de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA ROUSSEFF
José Eduardo Cardozo

Este texto não substitui o publicado no DOU de 5.5.2011