



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

CURSO DIREITO

ANDRÉA VICKY DE MORAES MELO

**AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E A
EFETIVIDADE DA JUSTIÇA PENAL**

CAMPINA GRANDE – PB

2012

AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E A EFETIVIDADE DA JUSTIÇA PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Graduação de Direito na Universidade Estadual da Paraíba em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Doutora Rosimeire Ventura Leite

CAMPINA GRANDE – PB

2012

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

M528m Melo, Andréa Vicky de Moraes.
As medidas cautelares diversas da prisão e a efetividade da justiça penal [manuscrito] /Andréa Vicky de Moraes Melo.– 2012.
28 f.: il. Color.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2012.
“Orientação: Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite, Departamento de Direito Público”.

1. Direito penal. 2. Medidas cautelares. 3. Justiça penal.
I. Título.

21. ed. CDD 345

ANDRÉA VICKY DE MORAES MELO

**AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E A
EFETIVIDADE DA JUSTIÇA PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso de Graduação de Direito na Universidade Estadual da Paraíba em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel.

Aprovada em: 21 / junho / 2012

Nota: dez (10,0)

Rosimeire Ventura Leite

Prof. Doutora Rosimeire Ventura Leite/ UEPB

Orientador

Carla P. de F. Azevedo

Prof. Doutoranda Carla Pedrosa de Figueiredo Azevedo/ UEPB

Examinador

Herry Charriery da Costa Santos

Prof. Mestre Herry Charriery da Costa Santos/ UEPB

Examinador

RESUMO

A Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, elencou nove medidas cautelares diversas da prisão em seu artigo 319 com o objetivo, dentre outros, de impedir a execução antecipada da pena. A novidade legislativa, entretanto, não foi recebida de bom grado pela população e mídia brasileiras, que argumentaram tratar-se de dispositivo facilitador da impunidade. Para averiguar, então, se essas medidas contribuem ou não para a efetividade da justiça penal, este artigo procedeu ao estudo, através do método hipotético-dedutivo aplicado à revisão bibliográfica em geral, do contexto sócio-jurídico de surgimento das medidas; seu conceito, espécies, procedimento de aplicação e efeitos. Restou constatada a contribuição positiva das referidas medidas com a efetividade da justiça penal, haja vista terem promovido a adequação do Código de Processo Penal à Constituição Federal e aos preceitos do Estado Democrático de Direito com importantes reflexos na realidade social brasileira.

Palavras-chave: medidas cautelares; efetividade; justiça penal

1 INTRODUÇÃO

A Lei 12.403/11, que entrou em vigor no dia 05 de Julho de 2011, modificou substancialmente o Código de Processo Penal Brasileiro, alterando dispositivos relativos à prisão, medidas cautelares e liberdade.

Dentre as principais inovações trazidas pela Lei estão as medidas cautelares diversas da prisão, elencadas no art.319, que correspondem à monitoração eletrônica, recolhimento domiciliar noturno, comparecimento periódico em juízo, dentre outras; antes restritas aos extremos da prisão e da liberdade provisória.

Tais medidas objetivam evitar o encarceramento do agente antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e foram criadas com a finalidade de modernizar a legislação processual penal atinente à matéria, adequando-a à Constituição Federal, principalmente no que diz respeito ao princípio da presunção de inocência, até então afrontado pela realidade sócio-jurídica de banalização da prisão cautelar caracterizadora do Estado Penal em que se tornou o país.

Nesse contexto, as referidas medidas constituem-se verdadeiros instrumentos de política criminal haja vista, se alcançarem sua efetividade, acarretarão considerável redução no número de prisioneiros, aliviando o sistema penitenciário sobrecarregado por presos provisórios.

Entretanto, tanto a mídia quanto a população não receberam a alteração legislativa de bom grado. Além de rechaçarem a idéia da liberação de presos provisórios para responderem seus respectivos processos em liberdade, argumentaram que o Estado não dispõe do aparelhamento necessário à fiscalização da execução das medidas que, se precária, terminará por ensejar a inocuidade das mesmas e, portanto, a concretização da impunidade.

Ante o exposto, constata-se a suma importância do estudo acerca do papel das medidas cautelares na efetividade da justiça penal, já que as medidas são juridicamente mais do que necessárias, porém sua viabilidade prática é duvidosa e sua execução, se realizada de modo precário, pode efetivamente gerar uma realidade de impunidade.

O tema é ensejador de polêmica nacional e é imperioso o debate consciente ao seu respeito tanto para esclarecimento da sociedade quanto para provocar soluções que só emergirão em meio ao exame exaustivo da matéria.

Este artigo, desprovido, todavia, da ingênua pretensão de exaurir a cognição acerca do tema, propõe-se ao estudo, através do método hipotético-dedutivo aplicado à revisão bibliográfica em geral, da relação das medidas cautelares diversas da prisão com a efetividade da justiça penal, de forma sistematizada, abordando o contexto sócio-jurídico de surgimento das medidas; seu conceito, espécies, procedimento de aplicação e efeitos; e a partir daí, sua contribuição para a efetividade da justiça penal.

2 AS MEDIDAS CAUTELARES E O PROCESSO PENAL

O Direito Processual tem por finalidade precípua a concretização do direito material. Nas lições de um dos mais notáveis processualistas latino-americanos, Hernando Devis Echandía, aquele pode ser definido da seguinte forma:

(...)o ramo do Direito que estuda o conjunto de normas e princípios que regulam a função jurisdicional do Estado em todos os seus aspectos e que, portanto, fixam o procedimento que se há de seguir para obter a atuação do direito positivo nos casos concretos(...)(*apud* Câmara, 2009, p.03).

Nesse sentido, o Direito Processual possui princípios e regramento próprios que não se confundem com as normas de direito material que regem as relações jurídicas. Devendo,

entretanto, a estas amoldar-se, na medida em que se caracteriza como instrumento para concretização destas normas.

O Direito Processual Penal tem como foco, então, viabilizar a concretização das normas do Direito Penal e, por conseguinte, o *jus puniendi*- direito/dever de punir do Estado. Lida diretamente, portanto, com os bens jurídicos mais essenciais à sociedade e ao ser humano, como por exemplo a liberdade.

Nesse diapasão, tratando-se o processo de “instrumento” essencial à consecução da prestação jurisdicional, o Direito Processual Civil, com vistas a assegurar e garantir a efetividade do processo, lançou mão do chamado processo cautelar.

Já no Direito Processual penal, que até a vigência da Lei 12.403/11 não havia tratado especificadamente sobre o instituto, não há um procedimento cautelar ou um direito de ação cautelar específicos, mas somente as chamadas medidas cautelares.

As medidas cautelares são, por sua vez, instrumentos do processo que objetivam garantir o regular desenvolvimento do próprio processo e a eficácia da justiça penal. A esse respeito, Luís Flávio Gomes (2011, p.33):

As medidas cautelares não possuem um fim em si mesmas. Não são penas. Elas existem para assegurar a aplicação da lei penal ou a eficácia do processo penal ou da investigação ou para evitar novas infrações penais. O processo penal serve para a tutela da liberdade assim como para a efetivação do direito de punir do Estado.

Antes do advento da referida Lei, nos termos da doutrina processual penal dominante, só dispúnhamos do então sistema binário ou bipolar das cautelas. Ou seja, apenas duas espécies de medidas cautelares, quais eram: as prisões provisórias expedidas antes do trânsito em julgado e a liberdade provisória, conforme infere-se do que segue:

Durante anos e anos, nosso sistema processual penal ofereceu ao magistrado apenas duas opções de medidas cautelares de natureza pessoal: prisão cautelar ou liberdade provisória(...). Tem-se o que a doutrina denominava de bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Significa dizer que, no sistema originalmente previsto no CPP, ou o acusado respondia ao processo com total privação de liberdade, permanecendo preso cautelarmente, ou então lhe era deferido direito à liberdade provisória(...) (LIMA, *apud* Almeida, 2011, p. 36).

A novel legislação, que inaugurou, com sua vigência, o sistema multicautelar no Processo Penal, elencando verdadeiro rol de medidas cautelares à disposição do magistrado, no art. 319 do CPP¹; faz parte de um processo de reforma empreendido no direito processual penal pátrio, a ser explicitado adiante.

¹ Vide p. 16.

3 CONTEXTUALIZAÇÃO DA REFORMA DO CPP

A vigência do Código Processual Penal do Brasil teve início em 1942, em pleno Estado-Novo, sob a égide da Constituição de 1937. Elaborado sob forte influência do regime fascista italiano, estava longe de apresentar em seu bojo concepções características do atual Estado Democrático de Direito.

Tratava-se de período de exceção ao Estado de Direito, conforme infere-se do preâmbulo da então Constituição e da Exposição de Motivos do referido Código, respectivamente.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, (...) ATENDENDO ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente;(...);²

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.³

Superado o estado de exceção em meados da década de 80, entretanto, a democracia nascente haveria de impor a reconstitucionalização do Brasil – o que aconteceu com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Junto com a nova constitucionalização, tinha de haver, obviamente, uma adequação das normas infraconstitucionais, aí incluso o Código de Processo Penal, à Carta Maior e aos tratados e convenções internacionais assinados pelo Brasil. Com essa mesma preocupação, o Projeto de Lei nº 156 de 2009, dispôs da seguinte forma, quando da Exposição de Motivos do Novo CPP⁴:

A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei n. 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. E essencial. A

² Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.soleis.com.br/ebooks/Constituicoes2-1.htm>. Acesso em: 21/05/2012.

³ LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DECRETO-LEI Nº 3.931, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1941. Disponível em: http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/DECRETOSLEI/DL3931_1941.PDF. Acesso em: 22/05/2012.

⁴ Exposição de motivos do novo cpp. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/novocpp>. Acesso em: 18/05/2012

configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo.

Tendo em vista tamanha discrepância entre os sentimentos, ideologias, valores e contextos sócio-políticos ensejadores do Código de Processo Penal de 1941 e da Constituição de 88, e entre seus próprios conteúdos, fez-se imprescindível a reforma do direito processual penal, se possível no todo.

Isto não aconteceu. Diferentemente da maioria dos países latino-americanos, e de países como Itália e Portugal, que empreenderam reformas globais em suas estruturas processuais, adequando-as aos seus respectivos ditames constitucionais e à nova ordem política do Estado de Direito; o Brasil optou por alterações fragmentadas na sua legislação processual penal, fazendo "uma opção técnico-política pelas reformas segmentadas, cujas supostas virtudes são sobejamente suplantadas por suas deficiências estruturais" (CHOUKR, 2011, p. 15)

Dessa forma, ao longo do tempo, foram sendo empreendidas alterações pontuais no Código de Processo Penal, com vistas a sua atualização. Observa-se que, de forma imprudente, muitas dessas alterações terminaram por ser ensejadas pelo clamor popular, pela mídia e, conseqüentemente, por políticas que visavam promover o governo; à verdadeira revelia das garantias constitucionais.

Junte-se, então, tais alterações normativas pontuais a um código de processo penal fortemente influenciado pelo fascismo italiano e, ainda por demais retrógrado, ao contexto social de medo e insegurança, decorrente de alarmantes índices de violência que ainda são potencializados pela mídia; configurado estava o chamado sistema emergencial, que até hoje vigora.

Fauzi Hassam Choukr (2011, p.21), Luiz Flávio Gomes (2006, p.01)⁵ e Leonardo Sica (2002, p.87) apontam as seguintes normas como exemplos da materialização desse "sistema" de repressão emergencial:

MP n. 8.072/1990 e Lei n. 7.960/1989	prisão temporária
Leis n. 8.072/1990, 8.930/1994 e 9.695/1998	crimes hediondos

⁵ Legislação Penal Emergencial e seus Limites Constitucionais. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060327170811149&query=home. Acesso em: 14/05/2012.

Lei n. 9.034/1995	crime organizado
Lei n. 9.271/1996	lavagem de dinheiro
Lei 9.613/1998	apreensão de bens de origem ilícita
Lei n. 9.807/1999	colaboração com a justiça e programa de proteção a vítima e testemunhas
Lei n. 10.217/2001	interceptações ambientais e agentes infiltrados – alterou os arts. 1º e 2º da Lei n. 9.034/1995
Lei n. 10.300/2001	Mínas terrestres antipessoais
Lei n. 10.446/2002	autoriza intervenção da Polícia Federal em investigação em curso em qualquer Estado
Lei n. 10.792/2003	criou o regime disciplinar diferenciado de execução penal

O sistema emergencial penal caracteriza-se, pois, pela promoção do sistema penal como política de governo. É inflacionado o ordenamento penal para resolução de qualquer conflito, quando deveria ser *extrema ratio*. Isto é, o legislador, diante de uma população amedrontada, ansiosa por punição, devido a um fato criminoso geralmente explorado pela mídia de forma, inclusive, sensacionalista; elabora norma repressiva emergencial, ávido por dar uma pronta resposta à sociedade, no sentido de que “as coisas estão sob controle” e “tem-se de volta o *status quo ante*”.

Para melhor visualização, utilizar-se-á o exemplo da Lei 10.300 de outubro de 2001 (minas terrestres antipessoais), a qual Leonardo Sica (2002, p. 87) caracteriza como “histericamente sensível ao ‘crescimento da criminalidade advindo com o terrorismo global’”. Naquele mesmo ano de 2001, em 11 de setembro, deu-se o que se pode chamar de auge do terrorismo com os atentados as torres gêmeas do World Trade Center, em Nova York, que tiveram repercussão global. Ainda a esse respeito:

Trata-se de criminalização de mais uma conduta que, por si só, não encontra nenhuma ressonância em nossa sociedade. Não temos casos de terrorismo em nosso território. É a satisfação brasileira ao governo americano em um verdadeiro caso de vassalagem e de obediência do colonizado ao colonizador. Se a desculpa for a Convenção sobre a Proibição do Uso, Armazenamento, Produção e Transferência de Minas Antipessoal e sobre sua Destruição devemos lembrar que o Brasil também é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional

sobre Direitos Cíveis e Políticos e suas regras passam longe do cotidiano do brasileiro (RANGEL, 2002, s/p)⁶.

Uma vez nesse sistema, é recorrente a edição de normas de cunho emergencial que ignoram os preceitos constitucionais e, pior, há a supressão das garantias constitucionais fundamentais. A própria população passa a enxergar as garantias constitucionais como rígidas demais e facilitadoras da impunidade, levando à coisificação do homem. Isso gera o abandono do núcleo principiológico do Direito Penal e do Estado de Direito, através do qual há exaltação da vertente do Direito Penal que visa assegurar o *jus puniendi* estatal, em detrimento da que visa frear este direito/dever do Estado perante as garantias fundamentais, vertente igualmente importante.

Há, portanto, um retrocesso, uma involução do ordenamento processual penal que, nas palavras de Francesco Carnelutti (2010, p. 13) “é o termômetro da civilidade.” E, ainda segundo ele (Ibidem p.13), “pode haver uma forma mais expressiva de incivilidade do que considerar uma pessoa como uma coisa?”. Nesse mesmo sentido, preleciona o Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF):

A boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, principalmente a proteção judicial efetiva, permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial. O prestígio desses direitos configura também elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica, impedindo que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais (STF – 2ª Turma – HC n. 91.386/BA. – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 19.02.2008 – Dje. 16.05.2008).

As consequências dessa ordem emergencial são, portanto, demasiadamente perigosas. Até porque, como ensina Fauzi Hassan Choukr (2011, p. 21) “a emergência repressiva infiltra-se no seio cultural da normalidade”, consubstanciando uma cultura de pena e, mais grave, de prisão, que se distancia do princípio da proporcionalidade e instaura realidades como a do Brasil: execução antecipada da pena e superlotação de presídios sem nenhum sinal de decréscimo da violência; um Estado Penal⁷.

A superlotação dos presídios brasileiros é veiculada diuturnamente pela mídia juntamente com o desrespeito, na verdade, afronta direta ao direito constitucional à dignidade

⁶ O Clone da Inquisição Terrorista. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/1319>. Acesso em: 10/05/2012.

⁷ Expressão cunhada por Loïc Wacquant, na sua obra: *Prisões da miséria*. Seu significado é basicamente o seguinte: Há a diminuição do chamado estado social para assegurar o desenvolvimento econômico e, para conter suas consequências nefastas (aumento da desigualdade social, da criminalidade e da violência e a superlotação carcerária), amplia-se o estado penal. Obra disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/63016220/Prisoos-da-Miseria-Loic-Wacquant>. Acesso em: 02/05/2012.

da pessoa humana dos presos, que são submetidos a um tratamento degradante que abrange o verdadeiro amontoamento dos prisioneiros em situações de extremo frio ou calor, alimentação paupérrima, carência total de higiene e condições sanitárias humilhantes, a própria promiscuidade com companheiros não desejados e violência sexual, a privação do sono por falta de espaço para dormir, dentre outras barbáries.

Se estas condições já configuram uma exacerbação cruel, desumana e funesta da pena aplicada aos julgados culpados, que deveria ser estritamente privativa da liberdade, imagine-se o quão infame e aviltante é aplicá-las aos que são presumidamente inocentes, presos em sede de prisão temporária. Mas, ainda assim, infelizmente, banalizou-se, no Brasil, o instituto da prisão temporária, e essa é uma das razões do abarrotamento no sistema penitenciário nacional.

A título de ilustração, segundo dados do DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional -, em dezembro de 2011 o Brasil contava com uma população carcerária de mais de 500.000 presos, meio milhão de pessoas, e, desse total, 43% eram presos provisórios⁸. Não bastasse isso, quando analisada essa estatística conjuntamente com os dados do ano de 1990, o resultado é assustador. Em 1990, a população carcerária contabilizava aproximadamente 90.000 presos, dos quais, somente 18% eram provisórios (GOMES, 2011, p. 28). A realidade que esses números denotam é a seguinte: entre 1990 e 2011, a população carcerária aumentou cerca de 500% (5x), enquanto o número de presos provisórios aumentou, numa aparente progressão geométrica, em cerca de 1.340% (13x), no mesmo período.

Quanto à relação das novas medidas cautelares com essa realidade, Luiz Flávio Gomes (2011, p.29) conclui:

Para contornar o problema prisional decorrente do excesso de prisioneiros, não basta apenas apostar nas penas e medidas alternativas à prisão, que são aplicadas no momento da condenação definitiva. O cenário nacional exigia (urgentemente) medidas que possibilitassem alternativas também à prisão cautelar, já que esta é a principal responsável pela superlotação carcerária.

Assim, resta evidente o escopo de política criminal das medidas cautelares, posto que, têm o reflexo social de reduzir a população carcerária do país e, principalmente, de frenar o alarmante crescimento do número de presos cujo aprisionamento decorre de prisão provisória.

⁸Dados disponíveis em: <http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em: 20/05/2012.

4 A REFORMA DO CPP EM SEDE DE CAUTELARIZAÇÃO PROCESSUAL

No interesse de não contribuir com a concretização do contexto de sistema emergencial no qual estamos inseridos, ao longo do tempo, foram sendo empreendidas modificações benéficas ao ordenamento penal. E, apesar das mesmas não terem logrado o objetivo mediato de impedir a configuração de um Estado Penal, contribuíram para a evolução tanto do ordenamento quanto do próprio pensamento processual. Isto restará evidenciado após a sistematização da evolução do pensamento e da legislação atinente à cautelarização do processo penal, a ser especificamente tratada neste trabalho que, com a devida vênia, ater-se-á à evolução apenas desta temática, para não perder-se do seu foco de estudo.

O direito brasileiro já há muito tempo busca implementar mecanismos alternativos à prisão cautelar. Como exemplo, pode-se citar o Decreto-Lei n. 201 de 1967 (crimes de responsabilidade de prefeito), que obriga o juiz a manifestar-se, obrigatória e motivadamente, sobre a prisão preventiva do prefeito e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal, conforme o caso.

Em se tratando de reformas globais, no Projeto Frederico Marques, Projeto de Lei n. 633 de 1975, havia o título “Das providências cautelares” no qual eram elencadas medidas alternativas à constrição de liberdade, quais eram: a) medida de segurança provisória; b) inabilitações provisórias; e c) restrições processuais. O Projeto de Lei n. 1.655 de 1981, instituído ainda no governo do então presidente Ernesto Geisel, também sugeria medidas liberatórias. O próximo projeto a almejar a reforma global do Código de Processo Penal é o Projeto de Lei n. 156 de 2009 que está atualmente em trâmite no senado federal⁹.

No que tange as reformas setoriais, na década de 1990, nos trabalhos da comissão presidida pelo então Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Portaria n. 03 de 10.06.92), há a proposta de possibilitar a substituição da prisão preventiva por medidas restritivas de liberdade que não correspondam ao recolhimento prisional¹⁰. A próxima iniciativa de reforma

⁹Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/182956/2/Anteprojeto_de_Reforma_do_CPP.pdf. Acesso em: 04/05/2012.

¹⁰ DOU, 30 de Junho de 1993, Seção I, página 8.805. paginação do jornal: 13 de 137.

Anteprojeto de lei n.

SEÇÃO I

MEDIDAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE

Art. 319. [...] o juiz imporá medidas restritivas de liberdade consistentes em:

I – apresentação semanal em local determinado;

II – proibição de ausentar-se da-comarca por mais *de* oito dias, ou do País, sem autorização judicial.

setorial nesse sentido já foi a da comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover que deu origem a Lei 12.403/2011.

No que concerne às reformas pontuais, são mais recorrentes os dispositivos atinentes à matéria cautelar. A Lei 9.099/1995 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais), em seu artigo 89 prevê a possibilidade da suspensão do processo, submetendo o acusado ao cumprimento de um período de prova, sob certas condições:

Art. 89. (...)

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.(...)

A Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) também denota em seu bojo a possibilidade de aplicação de medidas cautelares, como a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor. Já a Lei 9.605/1998 (Crimes Ambientais) prevê, em seu art.13, o recolhimento domiciliar¹¹, embora não em sede de medida cautelar, e sim como pena definitiva.

A recente Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) enuncia as chamadas medidas protetivas de urgência, as quais abrangem as proibições do agressor entrar em contato com a vítima e de frequentar determinados lugares.

Art. 22. (...) as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

[...]

SEÇÃO II

MEDIDAS RESTRITIVAS DE OUTROS DIREITOS

Art. 320. [...] o juiz imporá também, observado o disposto no artigo anterior, as seguintes medidas:

I - afastamento do exercício de função pública;

II - impedimento de participação em Licitação Pública;

III - impedimento para contratação com a Administração direta ou indireta.

Disponível

em

http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=30/06/1993&jornal=1&pagina=13&totalArquivos=137Seção_I.

Acesso em: 10/05/2012

¹¹ Art. 13 da Lei 9.605/98 - O **recolhimento domiciliar** baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado a sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença condenatória. (Negrito nosso)

- IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Observa-se, assim, que as medidas cautelares, já há muito tempo, fazem parte do ordenamento processual penal e que, portanto, sua positivação na Lei 12.403/2011 é o desfecho de uma tendência normativa¹².

5 AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO NA LEI 12.403/2011

Através da Portaria n. 61, de 20 de Janeiro de 2000, o então Ministro da Justiça José Carlos Dias constituiu uma comissão de Juristas do Instituto Brasileiro de Direito Processual, presidida por Ada Pellegrini Grinover, para apresentar propostas visando à reforma do Código Processual Penal Brasileiro.

Dentre os anteprojatos apresentados pela Comissão, estava o intitulado “Prisão, medidas cautelares e liberdade” que visava sistematizar e atualizar o tratamento dos respectivos institutos, e que, mais tarde, deu origem ao Projeto de Lei n. 4.208 de 2001 e, conseqüentemente à Lei 12.403/2011.

Nesse diapasão, as principais alterações projetadas pela reforma no que se refere às medidas cautelares, nas palavras da própria presidente da Comissão Ada Pellegrini Grinover (s/d, p.05)¹³, consistem em:

- a) o tratamento sistemático e estruturado das medidas cautelares e da liberdade provisória; b) o aumento do rol das medidas cautelares, antes centradas essencialmente na prisão preventiva e na liberdade provisória sem fiança; (...) e) a impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, ocorrer prisão que não seja de natureza cautelar(...).

Em 04 de Julho de 2011 entrou em vigor a Lei 12.403, ou a nova Lei de Prisões como ficou conhecida. Dentre as importantes alterações veiculadas, destaca-se o disposto acerca da prisão preventiva, que passou a ser medida cautelar excepcional, aplicável apenas

¹²Quanto ao contexto internacional, na década de 1980, quando do Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, realizado em Caracas, Venezuela, a Organização das Nações Unidas já recomendava a utilização de medidas alternativas à prisão provisória.

Adiante, a ONU adotou, na sua Resolução n. 45/110 de 14 de dezembro de 1990, as chamadas Regras de Tóquio - regras mínimas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade – que deveriam orientar a interpretação do art. 9º, n. 3, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos determinando que “a detenção prisional de pessoas aguardando julgamento não deve ser regra geral, mas a sua libertação pode ser subordinada a garantir que assegurem a presença do interessado no julgamento” (CHOUKR, 2011, p. 104).

¹³ A Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13200-13201-1-PB.pdf>. Acesso em: 16/12/2011.

quando outras cautelares forem insuficientes ou de impossível aplicação, conforme infere-se do inciso II do artigo 310, abaixo transcrito.

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.

(...) (Negrito nosso)

A referida Lei ainda ressaltou o caráter cautelar de toda prisão anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória com a revogação dos artigos 393 e 595, ambos do CPP, claramente com o objetivo de evidenciar a vedação à execução antecipada da sentença penal que, por sua vez, apesar de fazer parte da realidade social brasileira, não se coaduna com os princípios da Constituição e do Estado Democrático de Direito¹⁴.

A Lei inovou principalmente com o que dispôs em seu art. 319, o qual foi acrescido de nove medidas cautelares diversas da prisão.

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.”

¹⁴ Essa vedação, por sua vez, tomou forma no contexto jurídico pátrio através do STF que em fevereiro de 2009, quando do julgamento do Habeas Corpus n. 84.078, permitiu que um réu já condenado à pena de reclusão recorresse, em liberdade, da decisão aos tribunais superiores, assentando o fim da execução provisória da pena. Nesse sentido, em novembro de 2009, o ministro do STF Joaquim Barbosa, quando do julgamento do HC n. 92.852: “(...)segundo a atual orientação do Plenário do STF, até o trânsito em julgado da condenação, só há espaço para a prisão de natureza cautelar(...)” (GOMES, 2011, p.40).

Dessa forma, fica evidente o caráter de desprisionização da Lei e o respeito do legislador ao princípio da proporcionalidade, haja vista a instituição das medidas cautelares supracitadas como um meio-termo, uma escala progressiva de intensidade das obrigações a serem cumpridas, entre a liberdade provisória total e a prisão, restrição completa da liberdade. A regra é a liberdade total, cabendo ao juiz, quando necessário, aplicar medida cautelar ao imputado.

A constatação da medida cautelar mais adequada para a aplicação ao caso ficará a cargo do juiz, a quem competirá, mediante um juízo de necessidade e adequação, aferir as necessidades inerentes ao resguardo dos direitos da vítima, como a integridade física; do acusado, seus direitos fundamentais e, principalmente, a presunção de inocência a que faz jus; e da sociedade, a efetividade do processo.

Para sua aplicação é necessário primeiramente que estejam presentes os seguintes requisitos: a) *fumus comissi delicti*, consiste na fumaça do cometimento de um fato punível que abrange a prova da existência desse fato e indícios suficientes de autoria; e b) *periculum libertatis*, ou seja, a liberdade sem restrições do indiciado configura risco concreto à bem jurídico de outrem.

Posteriormente, o juiz deve demonstrar a incidência de pelo menos uma das finalidades da medida cautelar processual, elencadas no inciso I do art. 282 do CPP, no caso concreto; ou seja, que a medida a ser adotada é necessária para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e para evitar a prática de novas infrações penais – esta última somente nos casos expressamente previstos.

Assim, e em respeito ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, quando de sua decisão, o juiz deve fundamentar, conforme ensina Luiz Flávio Gomes (2001, p.49), a situação fática justificadora da medida cautelar, a sua base jurídica e a sua imperiosa necessidade.

Dessa forma, restará preservado o controle de legalidade e razoabilidade da decisão, evitando-se a aplicação arbitrária do direito; e o respeito à presunção de inocência, já que explicitada a concreta necessidade da restrição de liberdade oriunda da medida cautelar por meio de decisão devidamente fundamentada¹⁵.

As medidas acautelatórias, de acordo com o disposto no art. 282, §1º, podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, a depender da necessidade do caso concreto. Têm

¹⁵ De acordo com o STF, a gravidade da infração, apenas, não é suficiente para demonstrar a necessidade da aplicação de medida cautelar. “Mesmo que se trate de crime hediondo, ainda assim, não é a gravidade abstrata da infração que autoriza a prisão cautelar.” (STF – 2ª Turma - HC 100.959-TO – Rel. Min. Celso Antônio Bandeira Mello – j. 08.10.09 – Dje. 15.10.09).

cabimento tanto na ausência da prisão em flagrante – o que não acontecia antes da reforma legislativa - quanto em substituição a esta. Nos termos do artigo 282, §2º, elas podem ser impostas independentemente de prévia prisão em flagrante e, portanto, tanto na fase de investigação quanto na do processo. Tem-se, então, nesse quesito, uma ampliação da abrangência do poder interventor do estado no status libertatis do indivíduo que, não mais se restringe à exigência de que o acusado tenha sido submetido à prisão em flagrante.

A respeito da abrangência da aplicação das medidas cautelares, infere-se do art.283, §1º, - manifestação legal do princípio da homogeneidade das medidas cautelares a ser explicitado oportunamente - que estas não poderão ser impostas quando à infração não for cominada pena privativa de liberdade, bem como em se tratando de crime para o qual seja cabível a transação penal ou ainda, nos casos de suspensão condicional do processo.

No que concerne à aplicação das medidas na fase investigatória, em consonância com o sistema acusatório adotado pelo ordenamento processual penal vigente, o juiz só poderá decretá-la mediante requerimento das partes, não lhe sendo facultado agir de ofício, no intuito de preservar sua imparcialidade.

Assim é que, Luigi Ferrajoli, citado por Luiz Flávio Gomes (2011, p.66), define como acusatório todo sistema processual que trata o juiz como sujeito passivo rigidamente separado das partes e o processo como uma iniciativa da acusação, a quem incumbe provar o alegado, assegurando-se o contraditório.

E é em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa que o art. 282, em seu §3º estabeleceu que “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.”

Ainda no que diz respeito a procedimento, fundamenta o princípio da efetividade das medidas cautelares o §4º do art. 282, ao determinar que, o juiz, no caso de descumprimento de medida cautelar aplicada, poderá substituir a mesma, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão.

Assim tem, o juiz, fundamento jurídico para não permitir, em qualquer hipótese, a permanência de fatídica desobediência à medida cautelar imposta que, quando da ocasião, resta inócua.

Outra possibilidade de atuação do juiz mediante alteração da situação fática a que está vinculada medida cautelar é a enunciada no §5º do art. 282, que lhe autoriza revogar ou

substituir a medida cautelar imposta, quando verificar a falta de motivo para que subsista, ou ainda decretá-la novamente caso sobrevenham razões que a justifiquem.

Impende ressaltar que, nesse sentido, uma vez constatado o desaparecimento da situação fática ensejadora da medida cautelar, deve o juiz revogá-la sob pena da mesma tornar-se ilegal e inconstitucional.

Em síntese, quando da decretação de medida cautelar, o juiz deverá observar, além das exigências expressas no art. 282, incisos I e II do CPP¹⁶, as seguintes: a) o caráter instrumental das medidas cautelares, b) a presença do *fumus comissi delicti*, c) a presença do *periculum libertatis*, d) os princípios da presunção de inocência, da liberdade individual e da proporcionalidade, e) a excepcionalidade da aplicação das medidas, f) as finalidades das medidas cautelares, g) a motivação da decisão judicial, bem como g) o princípio da homogeneidade das medidas cautelares – que será explicitado mais adiante.

6 AS MEDIDAS CAUTELARES E OS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PROPORCIONALIDADE

Com o advento do pós-positivismo, é imprescindível, quando do tratamento de qualquer matéria jurídica, o estudo dos princípios que lhe são correlatos. Em sede de medidas cautelares, não é diferente.

Já foi relatado que as medidas cautelares, apesar de restringirem direitos e a própria liberdade do indivíduo a quem cominadas, não constituem violação ao princípio da presunção de inocência e, ao contrário, como já visto, foram positivadas com a finalidade de fazê-lo ser respeitado.

O princípio da presunção de inocência aduz que todo ser humano acusado de um delito é presumido inocente, tanto na fase investigatória quanto na processual, até que, por sentença transitada em julgado, seja declarado culpado.

Trata-se de princípio intrínseco ao Estado Democrático de Direito e sua origem remonta à queda do absolutismo e à Revolução Francesa, quando em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão enunciou-o em seu artigo 9º estabelecendo que “Todo

¹⁶ 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.

(...)(Negrito nosso).

acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”.

Em 1948, no pós-guerra, foi a vez da Organização das Nações Unidas (ONU) fazer questão de reiterá-lo para o mundo, quando da edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dispondo que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.”.

Atualmente são diversos os tratados e convenções internacionais, bem como ordenamentos jurídicos de países, que prevêm o princípio também chamado de princípio da não-culpabilidade.

No âmbito nacional, o princípio é direito fundamental que vincula todos os Poderes e está expresso na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LVII, *ipsis litteris*: “Ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nesse passo, é assente no ordenamento pátrio, como já visto, que em pendência de recurso, ainda que já prolatada sentença ou acórdão de tribunal estadual condenatório, permanece intocável o status de inocente do réu que, só poderá ter seu direito à liberdade individual restringido antes do advento do trânsito em julgado da sentença condenatória se reunir os requisitos autorizadores da aplicação de medida cautelar.

A uma análise *prima facie*, as medidas cautelares poderiam parecer não condizentes com o princípio da inocência, desrespeitosas deste por se tratarem de restrições ao direito de ir vir livremente do indivíduo. Entretanto, a presunção de inocência não é absoluta, tem natureza *juris tantum*, de modo que, conforme ensina Eugênio Pacelli (2011, p.09), “quando houver risco, concreto e efetivo, ao regular andamento do processo, por ato imputável ao acusado, o Estado poderá adotar medidas tendentes a superar tais obstáculos, ainda que com o recurso à sua inerente *coercibilidade*.”(grifos do autor). O Estado também poderá agir dessa forma quando houver risco, concreto e efetivo a bens jurídicos de outrem, por ato imputável ao acusado.

Percebe-se assim que, quando da ocorrência dessas hipóteses, a relativização da regra da preservação do direito à liberdade individual é decorrente da razoabilidade e proporcionalidade, haja vista tratar-se medida cautelar, cuja finalidade é instrumental, e não de execução antecipada de pena, cuja finalidade é retributiva e preventiva. Ou seja, resta preservada a presunção de inocência na medida em que não se está punindo o acusado.

Com o objetivo de que, nesse contexto, não houvesse abusos do Estado, desrespeito a direitos fundamentais, nem tampouco a banalização das medidas cautelares é que estabeleceu-se a imprescindibilidade de fundamentação do magistrado, quando da decretação de quaisquer medidas cautelares, evidenciando a indispensabilidade de sua aplicação¹⁷.

Igualmente importante para a elucidação da matéria das medidas cautelares é o estudo do princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade não está expresso na Constituição Federal, mas decorre da interpretação sistemática desta sob a ótica do pós-positivismo, cujas características remontam à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e à valorização dos princípios através da atribuição de caráter normativo aos mesmos.

Coelho compreende esse princípio, expressando o entendimento majoritário da doutrina, da seguinte forma:

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

Compreende-se assim sua função de controle de constitucionalidade e convencionalidade de todas as restrições impostas aos direitos fundamentais, consubstanciando-se o próprio limite dessas restrições, que devem ser proporcionais e razoáveis.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade constitui-se limite ao juiz quando da decretação de qualquer medida cautelar, e mais, toma forma de norte orientador do magistrado quando dessa decisão, posto que, além de assim ser exigido pela legislação e pela Constituição Federal, ele tem que optar por qual(is) medida(a) cautelar(es) aplicar no caso concreto. Os critérios orientadores dessa decisão serão exatamente a necessidade (indispensabilidade) de que a medida seja aplicada; a razoabilidade, demonstrada na evidência de que a medida aplicada tem o condão de alcançar a finalidade ensejadora da restrição; e a

¹⁷ A exigência de ordem judicial escrita e fundamentada para a decretação de medida acautelatória encontra guarida nos seguintes dispositivos do CPP: art. 387, art. 413 e art. 315; no art.5º, LXI, da CF; e no art.283 da Lei 12.403/11.

proporcionalidade da medida que revela-se após uma ponderação dos valores e bens jurídicos envolvidos no conflito.

Corolário do princípio da proporcionalidade das medidas cautelares é o princípio da homogeneidade das mesmas.

Por esse princípio entende-se que a restrição imposta pela medida cautelar não pode ser mais gravosa do que a pena imputada ao ilícito como resultado final do processo.

Dessa forma, quando ao final do processo não se vislumbra a pena privativa de liberdade, não é lógico, adequado, necessário e nem proporcional a aplicação de medida cautelar de prisão. Do contrário, estar-se-ia utilizando a prisão (restrição mais grave de liberdade) para assegurar o regular desenvolvimento do processo e o jus puniendi estatal que, nos casos de crimes culposos, por exemplo, ao final do processo, culminaria ao réu uma pena alternativa – arts.43 e 44 do CP - (restrição de gravidade muito inferior a da prisão).

Outro princípio que também decorre do princípio da proporcionalidade das medidas cautelares é o da proibição de proteção deficiente. Isto porque na medida em que o princípio da proporcionalidade freia o Poder estatal frente as garantias fundamentais individuais do acusado, também cria para o Estado o dever de tutelar efetivamente o direito fundamental em conflito, seja da vítima, da sociedade ou de ambos.

Assim, no caso das medidas cautelares, além da inconstitucionalidade advir de ato desarrazoado do Estado quando lhes decreta em flagrante excesso, pode também ser consequência da proteção deficiente do Estado, quando lhes decreta de modo carente ao cumprimento de sua finalidade, não sendo suficientes para tutelar o bem jurídico em conflito.

7 AS MEDIDAS CAUTELARES DISTINTAS DA PRISÃO E A EFETIVIDADE DA JUSTIÇA PENAL

A palavra efetividade vem do latim *effectivus* – “o que produz, o que tem efeito”; e, ainda, de *efficere* – “cumprir, obter resultados”¹⁸. Seu significado tem um caráter axiológico e, portanto, é algo difícil de dimensionar. Nenhuma das definições encontradas nos dicionários é realmente elucidativa, mas, aquelas oriundas da ciência da administração que englobam os conceitos de eficiência e eficácia se aproximam da idéia do que seria efetividade.

¹⁸ Origem da palavra. Disponível em: <http://origemdapalavra.com.br/pergunta/origem-do-nome-afetividade/>. Acesso em: 04/06/2012.

Eficiência seria a capacidade para a obtenção de determinado resultado; eficácia seria a própria obtenção do resultado; e efetividade seria a produção de efeitos, com qualidade, que se projetam para além do resultado.

A efetividade da justiça, então, está intimamente ligada à consecução dos seguintes efeitos para além do resultado alcançado pela prestação jurisdicional: a promoção do bem-estar e da paz social, bem como da igualdade de direitos, e o respeito à legalidade.

Nesse diapasão, para que o Direito alcance sua finalidade precípua de promoção da justiça de forma efetiva, o mesmo se utiliza do processo. Neste ponto, a instrumentalidade do processo revela-se, como já visto, para a concretização das normas do direito material, mas também para a concretização da justiça.

O processo é, nesse quadro, um instrumento a serviço da paz social. Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 1998, p.26)

Dessa forma, a efetividade da justiça penal está adstrita à efetividade do Processo Penal, que, segundo Fábio Ramazzini Bechara (2009, p.23), “consiste nos efeitos positivos produzidos para fora do próprio processo, entendidas a transformação social, a manutenção da paz pública, o respeito às liberdades, dentre outros.”

Percebe-se assim que o suposto choque entre a efetividade do processo penal (princípio da efetividade) e a orientação desse processo pautada no respeito às garantias fundamentais do indivíduo (princípio do garantismo) é um equívoco. Na verdade, esses dois princípios são complementares, conforme lição de Ada Pellegrini Grinover (s/d, p.01)¹⁹:

(...) os valores fundamentais do moderno processo penal são o garantismo e a efetividade. Garantismo, visto tanto no prisma subjetivo dos direitos das partes, e sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo da tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. Efetividade, na visão instrumental do sistema processual, posto a serviço dos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição.

Conforme já esclarecido, as medidas cautelares diversas da prisão configuram-se instrumentos do processo que visam garantir sua eficácia. Mas não somente em razão disso, contribuem para a efetividade da justiça penal.

¹⁹ A Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13200-13201-1-PB.pdf>. Acesso em: 16/12/2011.

A cautelarização do processo penal, nos termos trazidos pela Lei 12.403/11, promove verdadeira adequação do direito processual penal brasileiro à Constituição Federal. Impende ressaltar, entretanto, que esta adequação não é plena, até porque tarefa tão difícil não poderia ser desempenhada pela alteração de um único instituto jurídico. De qualquer forma, um passo foi dado em atendimento aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Mas, então por que a novidade legislativa acarretou polêmica nacional?

Como observado ao longo do texto, a configuração social do Brasil como um verdadeiro estado de polícia foi fomentada, caracteriza-se ou tem como consequência a disseminação de uma cultura de prisão, de forma que, para a sociedade, o único meio de garantir a paz social é a prisão dos delinquentes, tenham eles sido julgados culpados ou não. Nesse sentido, as medidas cautelares diversas da prisão, por sua vertente descarcerizadora, foram vistas como facilitadoras da impunidade.

O equívoco dessa concepção é que, à luz do estudado, a abrangência dessas medidas é mais larga do que a da prisão preventiva, importando maior intervenção estatal no *status libertatis* do indivíduo, só que de forma a respeitar a regra da prisão cautelar como *extrema ratio da ultima ratio*, que é o direito penal.

Há, todavia, uma dúvida pertinente quanto a causalidade da impunidade por parte da vigência das medidas que põe em xeque a efetividade das mesmas, qual seja: tem, o Estado, o aparato necessário para a execução e fiscalização do cumprimento dessas medidas? Para o Ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça, “as modificações são bem-vindas e eram necessárias”, mas a possibilidade de uma fiscalização precária por parte do poder judiciário constitui o grande risco das cautelares:

Duvido muito que no Brasil, com as carências que temos de magistrados, do Ministério Público (MP), de servidores do Judiciário, de polícia – que já não cumprem seu papel primordial e ainda vai ter que fiscalizar uma série de outras medidas-, a lei será bem cumprida. (...) não adianta ter medidas boas, modernas, protetivas dos direitos fundamentais, se não houver uma efetiva fiscalização da aplicação dessas medidas.²⁰

De fato, a fiscalização do cumprimento das medidas cautelares é requisito essencial para a efetividade das mesmas e para a não configuração da proteção deficiente por parte do Estado, bem como da temida impunidade. Também é verdade que essa prestação estatal demanda diversos recursos de ordem financeira, profissional e administrativa. Porém, se de

²⁰ Para especialistas nova Lei de Prisões Cautelares é positiva, mas impõe desafios de fiscalização. Disponível em: <http://www.direitolegal.org/destaque/para-especialistas-nova-lei-de-prisoas-cautelares-e-positiva-mas-impoe-desafios-de-fiscalizacao/>. Acesso em: 16/12/2011.

um lado há a incerteza da fiscalização das medidas, por outro há a certeza de que se está diante de um sistema penal falido há tempos, o que é uma situação grave e emergencial. O legislador não poderia ficar a mercê de uma prévia organização estatal que, todos sabem, não aconteceria. Ainda mais em se tratando de sistema penal e liberdade individual.

É válido, ainda, ressaltar que não se está arriscando uma suposta impunidade, posto que, quando do não cumprimento de medida cautelar decretada, o princípio da efetividade das cautelares autoriza a aplicação de outra medida mais adequada em substituição ou em cumulação, bem como, em último caso, da prisão cautelar.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A novidade legislativa das medidas cautelares distintas da prisão promovem a adequação, não só do Código de Processo Penal, mas do sistema penal brasileiro à Constituição Federal, no que tange à matéria, ratificando o caráter de *extrema ratio* da prisão cautelar. Fornece ao julgador, entre a prisão cautelar e a liberdade provisória, um meio termo que, por sua vez, é efetivo à tutela do bem jurídico em conflito ao mesmo tempo em que garante o respeito às garantias individuais.

Em que pese tratem-se de medidas restritivas da liberdade, os princípios e procedimentos a elas inerentes resguardam os princípios constitucionais da presunção de inocência e da proporcionalidade, que, até a vigência das referidas cautelares, eram aviltados pelo estabelecimento da execução antecipada da pena no país.

As medidas, ora analisadas, possuem ainda o escopo de política criminal haja vista se caracterizarem como mecanismos de desprisionização e, portanto, terem o condão de freiar a assustadora multiplicação das prisões provisórias, desabarrotando o sistema penitenciário brasileiro.

Quanto à sua viabilidade prática, é imprescindível a fiscalização de seu cumprimento por parte do Estado, mas afasta-se a concepção de uma suposta facilitação da impunidade, haja vista, o princípio da efetividade das medidas cautelares já tutelar as situações de inocuidade de medidas aplicadas que porventura possam se revelar.

Finalmente, é perceptível que o advento das medidas cautelares diversas da prisão e seu regramento vem para contribuir com a efetividade da justiça penal de forma significativa já que, impõe respeito as garantias constitucionais, atualiza o Direito Processual Penal pátrio, prima pelos postulados do Estado Democrático de Direito e, ainda, abre caminhos para a solução do problema da superlotação dos presídios brasileiros

ABSTRACT

Article 319 of law 12.403, of the fifth of May 2011, listed nine precautionary measures other than prison aiming, among other objectives, to prevent the early implementation of sentence. This new law, however, was not well received by Brazilians population and media, who argued that it is a device serving to facilitate impunity. With the purpose of determining if these measures contribute or not to the effectiveness or the criminal justice, this article studied, through the hypothetical-deductive method applied to the general literature review, the socio-legal context in which these measures emerged; it's concept, species, procedure for application and effects. The positive contribution of these measures to the effectiveness of criminal justice was noted, considering that these measures promoted the adequacy of the Criminal Procedure Code to the Federal Constitution and the precepts of the Democratic Rule of Law with important reflexion to Brazilians social reality.

Key-words: precautionary measures; effectiveness; criminal justice.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Raquel Lençoni. **Reforma processual penal de 2011, medidas cautelares e presunção de inocência: um estudo à luz dos valores constitucionais**. s/d. disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/2866/2644> Acesso em: 06/06/2012

Anteprojeto da Reforma do CPP. Disponível em: http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/182956/2/Anteprojeto_de_Reforma_do_CPP.pdf Acesso em: 04/05/2012

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal: eficácia da prova produzida no exterior**. São Paulo: USP, 2009, 198 p. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Área de Concentração: Direito Processual – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde.../Texto.pdf

BIANCHINI, Alice...[et al.]; GOMES, Luis Flavio; MARQUES, Ivan Luis (org.). **Prisão e Medidas Cautelares**. 2 ed. São Paulo: RT, 2011

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/>. Acesso em: mai. 2012.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 12/2011

_____. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12403.htm>. Acesso em 5 out 2011

_____. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 20/05/2012

_____. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm Acesso em: 20/05/2012

_____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm Acesso em: 20/05/2012

_____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm Acesso em: 20/05/2012

_____. **Lei de introdução ao código de processo penal.** decreto-lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941. Disponível em: http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/DECRETOSLEI/DL3931_1941.PDF Acesso em: 18/05/2012

_____. Supremo Tribunal Federal. Número do processo: **HC 100.959-TO** Rel. Min. Celso Antônio Bandeira Mello. Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Data do julgamento: 08/10/2009. Data da Publicação/Fonte: DJ de 15.10.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> . Acesso em: 04/05/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Número do processo: **HC 91.386-BA** Rel. Min. Gilmar Mender. Órgão Julgador T2 - Segunda Turma. Data do julgamento: 19/02/2008. Data da Publicação/Fonte: DJ de 16.05.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> . Acesso em: 04/05/2012.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** 19º Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal.** São Paulo: Servanda, 2010.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas Cautelares e Prisão Processual.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos De Araújo; GRINOVER , Ada Pellegrini; DINAMARCO , Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 14ª Ed. Malheiros, 1998. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/6941771/TEORIA-GERAL-DO-PROCESSO-ADA-PELLEGRINI> Acesso em:20/05/2012

Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.soleis.com.br/ebooks/Constituicoes2-1.htm>. Acesso em: 21/05/2012

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=30/06/1993&jornal=1&pagina=13&totalArquivos=137Seção I>. Acesso em: 10/05/2012

DIREITOLEGAL. “**Para especialistas, nova Lei de prisões cautelares é positiva, mas impõe desafios à fiscalização.**” Direito Legal. 18/07/2011. Disponível em: <http://www.direitolegal.org/destaque/para-especialistas-nova-lei-de-prisoes-cautelares-e-positiva-mas-impoe-desafios-de-fiscalizacao/> Acesso em: 16/12/2011

DOTTI, René. **Um novo e democrático conceito do tribunal do júri.** s/d. s/p. disponível em: <http://dotti.adv.br/brev150608.html> acesso em: 02/06/2012

Exposição de motivos do novo cpp. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/novocpp>. Acesso em: 18/05/2012

GOMES, Luiz Flávio. **Legislação Penal Emergencial e Seus Limites Constitucionais.** 27/03/2006. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060327170811149&query=home Acesso em : 14/05/2012

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A reforma do código de processo penal.** s/d. s/p. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13200-13201-1-PB.pdf> acesso em: 16/12/2011

KIRST, Carolina Pereira. **O princípio da dignidade humana frente ao sistema prisional.** 09/2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12461/o-principio-da-dignidade-humana-frente-ao-sistema-prisional> acesso em:02/06/2012

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MAGALHAES. Lucia Regina Esteves de. **O novo regime das medidas cautelares no processo penal.** Disponível em: http://www.emerj.rj.gov.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_227.pdf Acesso em:04/06/2012

OLIVEIRA, Eugenio pacelli. **Atualização do processo penal Lei n 12.403, de 05 de maio de 2011.** Disponível em: http://www.amdepol.org/arquivos/reforma_do_CPP.pdfbbdc4.pdf Acesso em: 05/05/2012.

Origem da palavra. Disponível em: <http://origemdapalavra.com.br/pergunta/origem-do-nome-afetividade/>. Acesso em: 04/06/2012

RANGEL, Paulo. **O clone da inquisição terrorista.** 30/12/2002. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/1319> Acesso em: 10/05/2012

Relatórios Estatísticos - Analíticos do sistema prisional de cada Estado da Federação. disponível em: <http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm> Acesso em: 20/05/2012

SICA, Leonardo. **O Direito Penal de Emergências e Alternativas à Prisão**. São Paulo: RT, 2002

SOTO, Rafael Eduardo de Andrade. **Aplicabilidade das medidas cautelares e prisão preventiva: primeiras impressões (críticas) sobre a Lei 12.403/2011**. Disponível em: <http://defesajudicial.com.br/noticias/wp-content/uploads/2012/03/Aplicabilidade-das-medidas-cautelares1.pdf> Acesso em: 20/12/2011

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A efetividade do processo e a reforma processual**. 17/08/1983. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/393> Acesso em: 02/05/2012

VERENAL, Débora. **Sistema penitenciário e o princípio da dignidade da pessoa humana**. s/d. disponível em: <http://www.deboraveneral.com.br/wp-content/uploads/Sistema-Penitenci%C3%A1rio-e-o-princípio-da-dignidade-da-pessoa-humana.pdf> acesso em: 30/05/2012

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/63016220/Prisoas-da-Miseria-Loic-Wacquant>. Acesso em: 02/05/2012