

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

**A NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS
CAUTELARES FRENTE A TRADIÇÃO JURÍDICA DO
APRISIONAMENTO**

JOSÉ JADDRES SÓSTENES ALVES DE SOUZA COSTA

CARUARU

2017

JOSÉ JADDRES SÓSTENES ALVES DE SOUZA COSTA

**A NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS
CAUTELARES FRENTE A TRADIÇÃO JURÍDICA DO
APRISIONAMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado à ASCES/UNITA, como
requisito parcial para a obtenção do grau de
bacharel em Direito, sob orientação do
Professor Esp Marupiraja Ramos Ribas.

CARUARU

2017

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: 01/12/2017.

Presidente: Professor Marupiraja Ramos Ribas

Primeiro Avaliador: Adrielmo Moura

Primeiro Avaliador: Osório Chalegre

RESUMO

O artigo em tela estudado tem como objetivo analisar o uso das novas medidas cautelares prevista no Código de Processo Penal com o advento da nova lei 12.403/2011, tendo a mesma o objetivo de desafogar a grande quantidade de população carcerária existente no Brasil, dando ênfase especialmente aos artigos trazidos nela, que evitam que o suspeito ainda não condenado, fique preso em uma unidade penitenciária, podendo o mesmo cumprir uma medida cautelar das diversas existente, de acordo com o entendimento do magistrado o qual está a pá de toda sua situação, e estando ele de acordo ou não para que seja cumprida a mesma de forma, correta, sem esquecer da colaboração do suspeito, tendo por base a tradição jurídica do aprisionamento no país, junto do sistema bipolar o qual o magistrado tinha apenas duas opções, deixar o suspeito preso preventivamente ou o mesmo ser posto em liberdade, e a autoridade judiciária em muitos casos ficava de mãos atadas por não se existir outra saída menos danosa a quem ele decretasse prisão preventiva logo de cara sem ter uma breve análise de tal caso, e que sempre eram postos no esquecimento, ultrapassando presos o tempo estimado para uma prisão preventiva, sem ter sido nem ao menos sentenciado, podendo ainda ser julgado inocente, só que já passado pelo sistema e carregando consigo essa cicatriz consigo pra o resto da vida, vindo assim à atrapalhar em muitos aspectos.

Palavras chave: Medidas cautelares. Processo penal. Prisão preventiva.

ABSTRACT

The article under study studied aims to analyze the use of the new precautionary measures provided for in the Code of Criminal Procedure with the advent of the new law 12,403 / 2011, with the purpose of unburdening the large amount of prison population existing in Brazil, with emphasis especially to the articles brought there, which prevent the suspect who has not yet been convicted, to be imprisoned in a penitentiary unit, and he may comply with a precautionary measure of the existing ones, according to the understanding of the magistrate who is the spade of all his situation, and whether he agrees or not to comply with it correctly, without forgetting the collaboration of the suspect, based on the legal tradition of imprisonment in the country, with the bipolar system which the magistrate had only two options, let the suspect was arrested preventively or the same was released, and the judicial authority in many cases was tied hands because there is no other a less damaging exit to whom he decreed pretrial detention immediately without having a brief analysis of such a case, and which were always put in oblivion, surpassing in prison the estimated time for a preventive detention, without being even at least sentenced, and may still be judged innocent, but already passed through the system and carrying this scar with him for the rest of his life, thus coming to disrupt in many respects.

Key words: Precautionary measures. Criminal proceedings. Preventive detention.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 MEDIDAS CAUTELARES: CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL.....	10
2 A PRIMAZIA DA APLICAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES EM DETRIMENTO DAS ACAUTELATÓRIAS DIVERSAS.....	13
3 A NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES....	17
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	21
REFERÊNCIAS.....	23

INTRODUÇÃO

O sistema processual Penal brasileiro, notadamente, ao longo dos últimos cinquenta anos, foi extremamente conservador e naturalmente, só se preocupa com o aprisionamento das pessoas que violam a ordem jurídica.

Por tradição quase sempre serão aplicadas a prisão como regra, e a liberdade provisória como exceção, isso muda um pouco com a Constituição Federal de 1988, onde a ideia é o contrario, onde o estado de normalidade fosse a liberdade do suposto acusado, até que houvesse uma condenação de fato.

De certa forma a Lei 12.403/2011, com a modificação do seu artigo 319, o qual trouxe medidas alternativas ao aprisionamento, no que tange tal assunto isso se ocorre de uma maneira muito afimco em nossa tradição, na visão de que esse aprisionamento em muitos casos é de maneira errônea, vez que acontece em inúmeras vezes um abandono daqueles que se encontram aprisionados devido a uma medida cautelar.

Sendo de certa forma postos em esquecimento devido a uma certa morosidade do judiciário em não haver uma preocupação para resolução de certos casos em que hajam uma medida cautelar encarcerando alguém, vez que existem casos, pequenas exceções onde grande maioria passa mais tempo aprisionado por força de medida cautelar, do que com a pena prevista pelo seu ilícito praticado.

É transparente que a postura punitiva e encarceradora dos atores do campo jurídico e da sociedade em geral influencia diretamente na aplicação dos novos preceitos legais, podendo acarretar a inversão dos objetivos da reforma ou até mesmo sua inaplicabilidade na prática. Desse modo, aponta-se a hipótese de que a inserção de medidas cautelares diversas pode reproduzir e legitimar a lógica do aprisionamento, posto que não se torne efetivo o rompimento com a estrutura punitiva centrada na prisão.

A manifestação de penas alternativas não pode reproduzir a cultura encarceradora e inquisitória, não pode simplesmente criar um sistema adicional e apenso, mas sim concretizar medidas que sejam efetivamente alternativas, de modo a acarretar uma real redução do poder punitivo estatal e das taxas de cidadãos aprisionados.

A medida cautelar no processo penal tem um caráter instrumental, ao passo que, diante do princípio da presunção de inocência, fundamental em um Estado

Democrático de Direito, nenhuma restrição deve ser imposta ao réu antes do trânsito em julgado de sua condenação, exceto para a tutela de fins relacionados ao próprio processo no que se refere a medida cautela instrumental ou final.

A cultura que domina no campo criminal, permeada pela punição e pela atitude inquisitória, pode implementar barreiras e obstáculos para a concretização dos objetivos da Lei 12.403/11, ao passo que o rompimento com o paradigma encarcerador se mostra intrincado. A definição da prisão cautelar como última opção, ou seja, medida de extrema excepcionalidade, não parece de fácil aceitação por parte dos atores processuais penais em geral.

A Lei 12.403/11 surgiu, então, neste contexto que atormenta e assim provocando importantes alterações que podem contribuir para o delineamento de um processo penal democrático no Brasil, mas o sistema de medidas cautelares diversas deve ser analisado de modo crítico, pois, em caso de intensa utilização indevida e sem legitimação adequada, tais inovações podem acarretar a expansão do controle penal, semelhantemente à introdução de penas alternativas no ordenamento brasileiro, ou seja, o objetivo da Lei 12.403/11, reduzir e racionalizar o regime das prisões provisórias no processo penal brasileiro.

De forma temida a mudança da legislação por si só pode ser inutilizada pela reprodução acrítica dos atores do campo criminal, é fundamental, portanto, uma mudança de cultura na aplicação do poder punitivo, de modo a romper com o pensamento inquisitorial e encarcerador.

O aprisionamento, que vem a se tornar a penalidade principal do século XIX, não era usada até então como punição. Sua natureza na origem era de prática para-judiciária, não se tratando, ainda, de uma pena do direito. Esta era enviada junto com um indivíduo que, no lugar de ser diretamente enforcado, queimado ou outra sorte, deveria ficar retido até nova ordem do poder real.

Neste caso, se houvesse o entendimento de que o aprisionado pudesse ter se corrigido, a autoridade que requisitou a retirar o pedido. Ou seja, desde seu princípio a prisão tem como objetivo, não só a resposta a uma infração, mas também a correção do indivíduo. Para Foucault (2005, p. 84),

(...) essa ideia de corrigir um indivíduo nasce da prática policial, de forma paralela e exterior a justiça. Não surge dos grandes reformadores nem da teoria jurídica, mas sim da necessidade de controle social pelos que exerciam o poder.

Várias são as características das medidas cautelares a serem aplicadas no curso do inquérito ou do processo penal. Dentre elas, pode-se destacar a provisoriedade, a revogabilidade, a substitutividade, como também seu caráter excepcional. Como bem traz a jurisprudência pátria, as medidas cautelares são essencialmente provisórias, visando que a situação seja preservada ou constituída no provimento cautelar.

As medidas cautelares estão previstas no Código de Processo Penal, e são comumente vistas no dia a dia. Devido ao fato de serem comuns, muitas vezes o acusado queda-se esquecido pelo Poder Público durante seu cumprimento. Sua utilização se justifica nas situações emergenciais. Quando esta situação não mais existir, ou quando sobrevier o resultado do processo principal, poderá esta medida deixar de existir.

Em matéria processual penal é frequente a ocorrência de circunstâncias em que se faz necessária a utilização de medidas urgentes, quando, por exemplo, há o interesse de se garantir uma investigação adequada de um determinado fato ou mesmo de se garantir a execução de certa sanção penal. Contudo, a utilização dessas medidas deve ocorrer em casos de extrema necessidade, principalmente, no caso da prisão, já que a Constituição Federal de 1988 traz inúmeros princípios e garantias fundamentais ao acusado.

O fundamental desígnio dessa pesquisa é conseguir mostrar uma apreciação acerca das medidas cautelares no processo penal, em especial as prisões cautelares, que são aplicadas em demasia pelos julgadores, vindo estes a olvidarem-se do que preceitua o artigo 319 do CPP, aduzindo acerca de outras medidas cautelares, que seriam alternativas para diminuir a superlotação do sistema carcerário brasileiro.

Desta feita, estaria o código de ritos criminal a ser aplicado conforme os princípios basilares da Constituição Federal, como a Dignidade da Pessoa Humana e o Estado de Inocência, visto que ao serem inseridos no cenário prisional, os acusados passam a conviver em um panorama degradante, vindo estes ainda a serem maculados pela sociedade com a estirpe de “criminosos”, ainda que inocentados durante o curso do processo.

1 MEDIDAS CAUTELARES: CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Na sistemática do processo penal brasileiro, há clássica tripartição entre conhecimento, execução e cautelar, sendo destinado a esse último à função de auxiliar e assegurar os efeitos procedimentais das outras duas espécies. Portanto, de forma preventiva, preparatória ou incidental, as medidas cautelares surgem como necessárias, justificando-se por acautelar a relação jurídica processual e o provimento jurisdicional final, uma vez que podem ocorrer situações que comprometam a atuação jurisdicional ou tornem ineficaz sua prestação.

Ainda que não se admita a existência de um processo penal cautelar, as medidas cautelares são formas de se garantir a defesa de determinados direitos até que se confirme a tutela definitiva, isto é, a guarda e a defesa da sociedade mediante o direito. Portanto, pode-se dizer que servem para garantir o bom funcionamento da função jurisdicional estatal.

A prisão cautelar na legislação processual penal brasileira passa a contar com as seguintes cautelares pessoais: prisão cautelar (art. 283 e §), prisão domiciliar (arts. 317 e 318), e outras cautelares diversas da prisão (art. 319): 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, monitoração eletrônica.

Já a prisão em flagrante nas melhores hipóteses do também são mantidas. No entanto, diante da notícia do *flagrante* o juiz deverá optar por *relaxar a prisão*, caso seja ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, se presentes os requisitos do art. 312 do CPP, ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

As prisões preventivas dentro das suas hipóteses de decretação da continuam explicitadas no art. 312, que manteve a redação anterior. Portanto, a decretação dessa cautelar tem por objetivo: garantia da ordem pública, ou garantia da ordem econômica, ou conveniência da instrução criminal, ou assegurar a aplicação da lei penal. Presente um desses elementos é possível a

preventiva, desde que haja prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Em presença da característica cautelar, pode-se dizer que as supracitadas medidas estão subordinadas a um processo penal em curso, de forma que serão finalizadas com o término do processo, extinguindo seus efeitos ou transformando-se em medidas executivas.

Diz-se assim que as cautelatórias existem para servir o processo principal. Por último, entende-se que, pela provisoriedade, só poderão subsistir as medidas cautelares enquanto persistirem os motivos que as determinem e, ainda, até a decisão final, momento em que perderão sua eficácia ou serão substituídas pela decisão definitiva.

As medidas cautelares vem suprir uma grande e relevante omissão legislativa referente ao antigo sistema bipolar, em que o juiz ficava adstrito a manter o indiciado ou denunciado preso provisoriamente ou decretava uma liberdade provisória ao mesmo. Com efeito, essa falta de opção fazia como o número de pessoas presas provisoriamente no país aumentasse cada vez mais, e fossem esquecidas em suas penas cautelares, gerando em muitos casos grandes prejuízos para o apenado provisório.

Por estes motivos relatados que não havia muito que se fazer por parte do magistrado antes da lei entrar em vigor, pelos mesmos motivos expostos a cima.

Seguindo a redação da Lei nº 12.403/2011, a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, poderá ser feita durante o processo penal, bem como durante a investigação policial, diferente de como era anteriormente, quando só podia ser decretada a preventiva durante as fases do inquérito policial ou da instrução criminal.

Além dessa possibilidade de decretação da prisão preventiva, cumpre informar que a decretação também pode ocorrer a requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente, e mediante representação da autoridade policial, conforme foi dito anteriormente.

Hodiernamente, pode-se debater ainda que, não existem mais outras modalidades de prisão cautelar diversas da prisão preventiva (artigos. 312 e 313 do Código de Processo Penal) e prisão temporária (Lei 7.960/89). Pela nova visão legislativa, é possível defender que a prisão em flagrante não se trata mais de uma medida cautelar. Isso porque, essa modalidade de prisão, não tem mais o condão de

manter ninguém preso durante a persecução penal. Para Aury Lopes (2010, pp. 30/31)

(...) mas isso não significa uma ampliação das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva. Mais, não existe prisão cautelar obrigatória e tampouco qualquer tipo de presunção de fuga que conduza, automaticamente, à legitimidade de uma medida cautelar pessoal.

Quando o artigo diz 'se for o caso', está remetendo para os casos do art. 312, não ampliando ou facilitando a adoção da (excepcionalíssima) prisão preventiva.

Em suma: a inatividade processual ficta não autoriza, por si só, a decretação da prisão preventiva.

Há que se demonstrar e fundamentar, com argumentos cognoscitivos robustos e suporte probatório real, a necessidade da prisão preventiva, em igualdade de condições com os demais casos do art. 312 do CPP.

Com todo o esforço e superação do juízo de antecipação de culpabilidade, a partir da nova ordem constitucional inaugurada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, percebe-se que a prisão tornou-se exceção para quem está sendo indiciado ou acusado, diante disso, a nova ordem constitucional trouxe mudanças radicais sobre a possibilidade da aplicação de prisões cautelares.

No assunto de prisão e liberdade provisória, torna-se, pois, absolutamente inadiável a redefinição de diversos institutos jurídicos pertinentes à matéria, para o fim de seu realinhamento com o sistema de garantias individuais previsto na Constituição Federal de 1988.

Portanto, pode-se dizer que a interpretação e aplicação do Código de Processo Penal Brasileiro, em matéria de prisão cautelar, após o advento da Lei 12.403/11 buscou a adaptação desses institutos jurídicos aos ditames constitucionais. O princípio basilar da dignidade da pessoa humana, através da proteção das garantias e direitos fundamentais, supera a visão centrada no totalitarismo e na proteção do Estado, explicita na antecipação da culpabilidade do acusado, passando, assim, a vigorar o princípio da presunção de inocência, onde, em um Estado Democrático de Direito, a exemplo do Brasil, cabe ao Estado provar a Culpabilidade do acusado, através do contraditório e da mais ampla defesa.

Há duas espécies de medidas cautelares, as chamadas medidas cautelares incidentais e as medidas cautelares preparatórias. Sendo as primeiras aplicadas quando já existe uma demanda, ao passo que na segunda ainda não há nenhum processo vigente. Desta feita, pode-se afirmar que o princípio que rege o instituto das medidas cautelares é o Princípio da Necessidade. Não importa se o processo

já esta em andamento ou não, toda vez que houver a necessidade caberá medida cautelar.

É de suma importância destacar que nos casos em que o processo começar com uma medida cautelar preparatória o juiz será prevento, sendo assim a ação principal será distribuída para a mesma vara, cuja qual a medida cautelar fora distribuída. Assim, fica a parte obrigada a propor a ação principal em um prazo máximo de 30 dias, contados da data em que houver sido efetiva de fato a medida cautelar.

Já no caso das medidas cautelares incidentais, como se depreende do próprio nome, já existe um processo vigente, porém, no decorrer da ação, surge a necessidade de se valer de tal medida, que acompanhará o processo principal.

Como dito em outros tempos, a fim de primar os princípios erigidos pela CF/88, como o Estado de Inocência, a prisão processual deve ser utilizada apenas em casos legítimos, que atendam aos requisitos fundamentais. Em via alternativa, surgem as medidas cautelares, criadas pela Lei nº 12.403/2011, a fim de que outras possibilidades fossem dadas para o acautelamento, sendo estas de grande necessidade para a realidade carcerária em que se encontra o país, principalmente no que diz respeito àquelas elencadas pelo artigo 319, denominadas de “outras medidas cautelares”.

2 A PRIMAZIA DA APLICAÇÃO DAS PRISÕES CAUTELARES EM DETRIMENTO DAS ACAUTELATÓRIAS DIVERSAS

Como visto, as medidas cautelares desempenham um papel fundamental no Processo Penal, pois se constituem no principal meio utilizado para o alcance de uma eficácia prática da sentença final, possibilitando que o processo atinja todos os objetivos (jurídicos, sociais, políticos) para os quais foi originado.

Em meio a tais medidas cautelares expostas, pode-se dizer que a mais aplicada é a medida de caráter pessoal, ou seja, a prisão. Nas prisões cautelares, sabe-se que o Estado deve observar sua necessidade de punir em face do Direito Fundamental à Liberdade, ou seja, tutelar os Direitos e Garantias Constitucionais, não pendendo para um lado ou para o outro, visto que é imparcial. Portanto, deve punir o criminoso, pois caso não o faça gerará uma insegurança, não só jurídica, mas principalmente social.

Por estes e outros motivos relevantes, compete frisar, mais uma vez, a grave decorrência gerada pelo Estado nos excessos que vem sendo incumbido com a banalização da prisão bem como também medidas cautelares, que, empiricamente têm até demonstrado a ineficácia de sua utilização. Portanto, apesar de ter sido instituída com o objetivo de diminuir a incidência das prisões, sendo uma medida diversa, as acautelatórias, na prática, são utilizadas essencialmente na espécie de prisão, principalmente a preventiva.

Junte-se a este fato a morosidade do judiciário em prover o andamento processual, como também de rever suas decisões, revogando prisões e admitindo medidas diversas. Sendo assim, as medidas cautelares apesar de possuírem um bom ânimo, acabam tendo sua principal finalidade frustrada.

Importante ressaltar, desde já, que não se defende deixar impunes àqueles que praticam determinadas condutas, contudo, também não se admite que o Estado se utilize sempre da via punitiva mais grave para solução de todos os conflitos, em presença disso, defende-se a adoção de outras medidas cautelares, já que estas são fungíveis por natureza. Assim, a prisão preventiva deverá ser substituída por outra medida menos gravosa ao imputado sempre que estas sejam suficientes para acautelar o processo principal.

Nessa conjuntura, ingressam no ordenamento jurídico, as denominadas medidas substitutivas e alternativas às prisões cautelares. A Lei 12.403/11 alterou o art. 319 do Código de Processo Penal no sentido exatamente de atender a este anseio, eis que prevê a aplicação de medidas de natureza cautelar, diversas da prisão, para serem aplicadas em estrita observância do binômio adequação-proporcionalidade, para que não se utilize de medida extrema, mas para que também não se deixe de acautelar situações que merecem algum tipo de restrição com o único fim de proteger o próprio processo. Para Bonfim (2011, p. 45),

Em tese, a medida cautelar é extremamente benéfica, salutar. Todavia, na prática, não vislumbramos chance de sucesso, salvo se drasticamente forem modificados os sistemas de controle dos acusados submetidos às referidas medidas.

Isso porque, na maioria das vezes, não há qualquer tipo de fiscalização por parte do Poder Público, que só vem a descobrir a proibição imposta quando, frequentemente, a polícia é chamada ao local onde o acusado acaba de realizar novo crime. Assim, não se verifica a eficácia da própria medida, que busca justamente evitar a reiteração delituosa.

Observa-se que o artigo 319 do CPP, está posicionado no título IX, do diploma citado, onde se encontram previstas as medidas de natureza estritamente cautelar que visam o bom andamento do processo e a proteção do direito de punir do Estado, até mesmo para que não haja uma movimentação desnecessária de toda máquina estatal sem que, ao final, se possa de fato cumprir as previsões legais atinentes à punição daquele que comete um delito.

A novíça doutrina acerca do tema se coloca exatamente no sentido de que as medidas cautelares do art. 319, do CPP, têm cabimento quando caberia a prisão preventiva, isto é, a análise dos fundamentos deve ser a mesma, diferenciando-se a aplicação de uma ou outra apenas com base na proporcionalidade.

Dentre essas e outras, não se podem utilizar as medidas cautelares como meio atravessado de alcançar outros fins, se não, aqueles voltados fundamentalmente para a natureza cautelar do instituto, sob pena de seu esvaziamento e sob pena de violação aos ditames constitucionais.

Em diferentes palavras, é possível a aplicação da prisão preventiva ou mesmo das medidas cautelares diversas da prisão, contudo, é preciso respeitar em primeiro lugar a presunção de não culpabilidade, a razoabilidade e a proporcionalidade, a orientarem a adequada e necessária cautelaridade processual.

Boa parte da doutrina tem conceituado a prisão como sendo a privação da liberdade de locomoção ou do direito constitucional de ir e vir, o fato é que a prisão cautelar não deixa de ser uma forma de segregação, de privação da liberdade do ser humano.

As medidas cautelares diversas da prisão tem caráter autônomo e podem ser aplicadas em qualquer fase da persecução penal, inclusive em sentença condenatória, como medidas substitutivas das prisões cautelares ou para crimes que não tenham previsão legal de prisão preventiva ou temporária (cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos). Não podem ser aplicadas às contravenções penais, nem a crimes culposos.

Para Lopes Júnior (2011, p.125),

A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver uma outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação.

Mas também terão cabimento nos crimes cuja pena máxima é igual ou inferior a 4 anos (situações em que o art. 313, I, veda a prisão

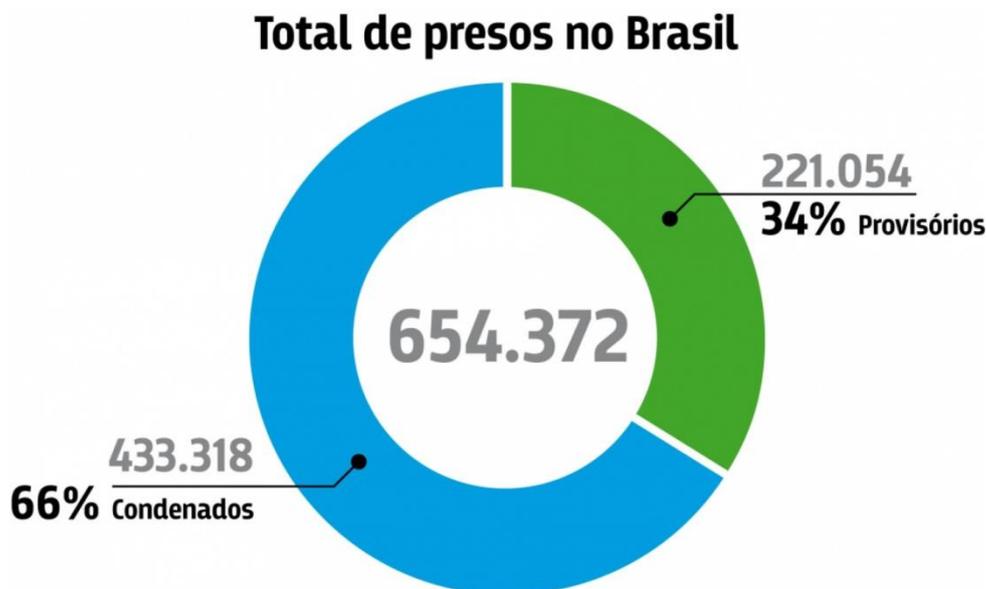
preventiva), desde que exista *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. [grifo do autor].

Podem as medidas cautelares ocorrer, na esfera penal, pelo cometimento, “em tese”, de uma conduta típica definida como crime ou delito, seja por uma circunstância flagrancial nos moldes do art. 302 do Código de Processo Penal, seja por uma ordem escrita e fundamentada de uma autoridade judiciária, como no caso das prisões preventivas e temporárias, ressaltando que estas modalidades são denominadas de cautelares por inexistir sentença penal condenatória.

Como o próprio nome sugere, se a prisão é cautelar, esta cautelaridade é para alguém ou algo, e se não é para o réu que perde seu direito a liberdade, só poderá ser para o Estado como forma de prevenção social.

Ainda assim, depois do advento da nova lei de medidas cautelares, sendo postas outras dentro do rol a prisão preventiva é amplamente utilizada dentre vários casos analisados pelo magistrado onde não se tem outra opção a não ser deixar o indiciado preso preventivamente, tendo assim um tempo necessário para ser analisado o caso, sem que ocorra maiores problemas.

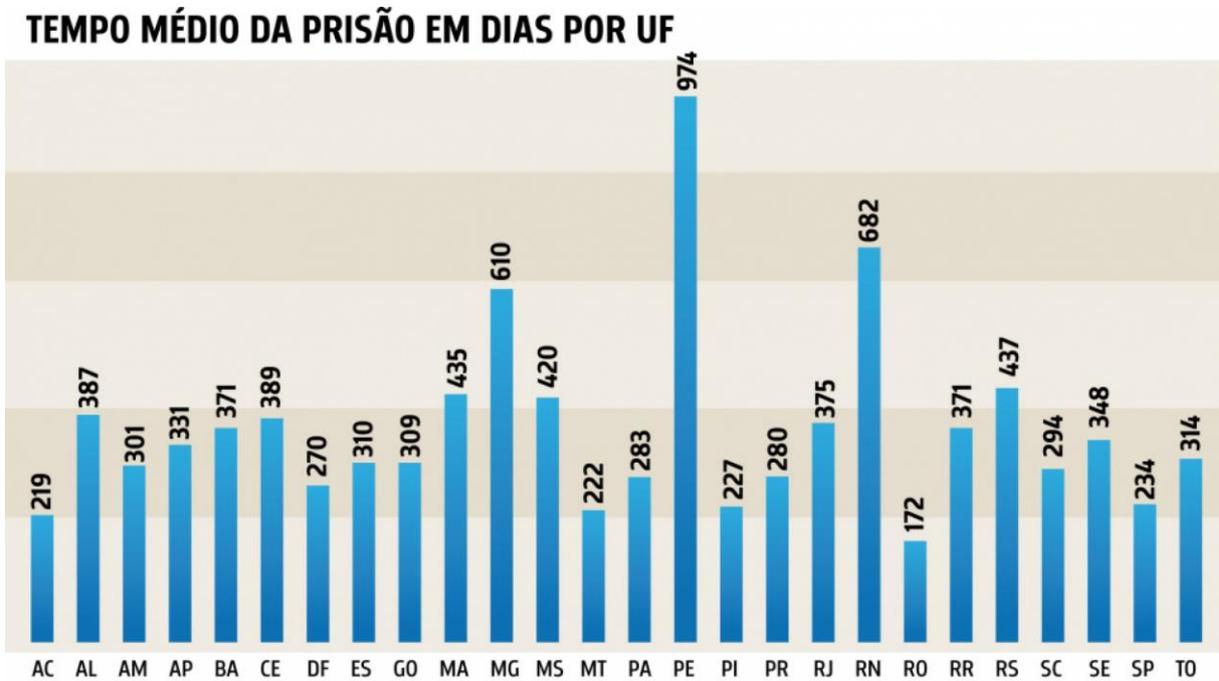
Como mostra a porcentagem no gráfico exposto no site do CNJ englobando toda população carcerária do Brasil.



Fonte: Levantamento do CNJ com Tribunais de Justiça (Janeiro/2017)

Wagner Ulisses/Arte CNJ

Como pode ser visto trazendo assim o site do CNJ, levantamento feito em janeiro deste corrente ano, o estado com maior índice de tempo médio de prisão cautelares em dias esta Pernambuco:



Fonte: Levantamento do CNJ com Tribunais de Justiça (jan./17)

Wagner Ulisses/Arte CNJ

3 A NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES

As conhecidas medidas cautelares alternativas a prisão se encontram inseridas no art. 319 do Código de Processo Penal e certamente foram a maior inovação trazida pela Lei 12.403/11 que reformou a matéria de prisão no Brasil. Com o advento da referida lei, foram inseridas neste artigo enumeras medidas cautelares alternativas a prisão, dando ao magistrado mais opções e causando o fim do sistema bipolar, o qual o suposto acusado era preso preventivamente ou posto em liberdade provisória.

Tais medidas tornam-se escolhas que o magistrado possui, para evitar que o indiciado ou denunciado fique preso cautelarmente, uma vez que ainda não há sentença penal condenatória transitada em julgado. São medidas que adequam a legislação processual penal ao direito de liberdade inserido na Constituição Federal de 1988. Para Lopes Júnior (2011, p. 141),

O monitoramento eletrônico é a medida cautelar alternativa, subordinada também ao *fumus commissi delicti* e, principalmente, à necessidade de controle que vem representada pelo *periculum libertatis*. Seu uso, por ser dos mais gravosos, deve ser reservado para situações em que efetivamente se faça necessário tal nível de controle e, em geral, vem associado ao emprego de outra medida cautelar diversa (como a proibição de ausentar-se da comarca, art. 319, IV).

A falta de opção dos magistrados, devido a imperatividade do sistema bipolar, fazia com que o número de pessoas presas provisoriamente no país aumentasse cada vez mais. A Lei 12.403 de 2011, que criou as medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, foi aprovada com o objetivo de reverter o dramático quadro de crescimento vertiginoso do número de presos provisórios no país.

Apesar dos esforços do legislador para mudar essa realidade, as pesquisas de monitoramento da política pública instituída por essa lei mostram que a criação de um novo sistema de medidas cautelares alternativas à prisão não produziu uma redução do encarceramento cautelar no Brasil, tendo em vista a grande quantidade encarcerada nos moldes das preventivas.

Ao contrário, tanto em números absolutos como em termos proporcionais a população de presos provisórios cresceu desde a entrada em vigor da referida lei, como demonstrado anteriormente. As pesquisas mostradas pelo Conselho Nacional de Justiça, como se pode ver no gráfico logo acima, revelam principalmente em nosso estado o uso abusivo da prisão preventiva pelo Judiciário brasileiro, mesmo depois da instituição da política pública que ampliou a lista das medidas cautelares penais prevista no artigo 319 da lei acima citada.

De acordo com tal contexto, objetivava-se, entre outras coisas, com a aprovação da Lei 12.403/2011, oferecer uma resposta legal ao quadro de flagrante violação aos princípios da presunção de inocência e da proporcionalidade no tratamento das medidas cautelares de natureza penal, sobrepondo, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Duas grandes mudanças foram trazidas pela lei as quais estão sendo cruciais: a prisão preventiva passa a ser expressamente uma medida excepcional, cabível apenas quando outras medidas cautelares menos gravosas não puderem ser aplicadas pelo juiz (nova redação dos artigos 319 e 321 do CPP); a prisão preventiva somente poderá ser aplicada quando o acusado responde por crime doloso cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos (inciso I do artigo 313 do CPP).

Com relação ao crime de tráfico de drogas, a utilização abusiva da prisão provisória é particularmente grave. Cerca da totalidade dos presos em flagrante têm a prisão convertida em preventiva, mas somente metades dos sentenciados são condenados a cumprir pena em regime fechado.

O que se pode ficar por evidenciado é que a utilização abusiva da prisão processual, nos crimes de receptação e furto, o mesmo quadro de grave irracionalidade se repete: apenas uma pequena parte dos presos no início do processo são sentenciados a cumprir pena em regime fechado, mesmo tendo a metade dos investigados por esses crimes permanecidos presos no curso do processo criminal.

Notadamente a partir da Lei 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal, o juiz tem não só o poder, mas o dever de substituir a prisão cautelar por outras medidas sempre que essas se revestirem de aptidão processual semelhante. Impõe-se ao julgador, assim, não perder de vista a proporcionalidade da medida cautelar a ser aplicada no caso, levando em conta, conforme reiteradamente enfatizando, que a prisão preventiva é medida extrema que somente se legitima quando ineficazes todas as demais.

A contribuição da fundamentação de uma decisão judicial que decreta a prisão preventiva exigida pela Lei n. 12.403/2011, já não basta demonstrar a presença dos requisitos previstos no artigo 312 do CPP, sendo necessário demonstrar o não cabimento das medidas alternativas (artigo 319 do Código de Processo Penal) que deveriam trazer como consequência a nulidade de qualquer decisão judicial a qual imponha a prisão preventiva sem analisar de forma específica a impossibilidade de aplicação das medidas alternativas.

As medidas cautelares alternativas ou substitutivas encontradas no artigo citado acima são, sem dúvida, a grande inovação trazida pela Lei 12.403/11. Sendo assim, o magistrado dispõe agora de 09 (nove) medidas cautelares, para evitar o encarceramento antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Desta maneira, viu-se que grande parte dos presos provisórios não chega sequer a receber na sentença definitiva uma pena privativa de liberdade. São raras as vezes, a prisão cautelar se apresenta como muito mais gravosa do que a própria condenação. Frequentemente, o remédio é mais amargo que a doença: a tutela processual (prisão cautelar) é mais danosa que o seu resultado (pena definitiva).

Nesse formato, a única maneira de garantir a observância do princípio constitucional da proporcionalidade na utilização da medida cautelar de prisão é mediante a realização de uma dosimetria hipotética da provável pena a ser aplicada ao investigado em caso de condenação, previamente à decretação da prisão preventiva, a fim de se averiguar a real proporcionalidade da medida empregada para a tutela do processo em relação a uma provável condenação.

De acordo com o contexto, o grande problema da utilização excessiva das prisões cautelares no Brasil só poderá ser solucionado podendo assim serem levadas em consideração alguns fatores.

Uma das soluções que deve acariciar é, portanto, pela interpretação conforme à Constituição do inciso I, artigo. 313, do Código de Processo Penal, no sentido de se condicionar à prisão preventiva aos casos em que seja provável a condenação de privação de liberdade superior a 4 (quatro anos), a fim de se garantir a satisfação do princípio da proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares.

Vale salientar que, algumas medidas já eram conhecidas em nosso ordenamento jurídico, tais como, por exemplo, as estabelecidas nos incisos I e IV, previstas no artigo 89, §1º da Lei 9.099/95. Porém, nesse caso, temos a grande diferença de que a Lei dos Juizados Especiais restringe-se aos crimes de menor potencial ofensivo (pena máxima cominada de dois anos), enquanto que a Lei nº 12.403/2011 trouxe essas disposições para os crimes com pena máxima cominada de até 04 anos, além de poder ser aplicada em qualquer fase da persecução; a suspensão é cabível quando já oferecida à denúncia.

Pode se perceber que a criação de tais medidas cautelares não tem o intuito de extinguir a prisão provisória, mas, tão somente, de tentar concretizar o seu caráter de excepcionalidade, somando-se, a partir da nova lei, a subsidiariedade, já que, além de ser usada em casos extremos, à prisão deve ser manejada quando não for assim suficiente, tendo que usar uma das outras medidas.

Em seguida sendo feita assim uma breve análise de grande maioria das medidas cautelares substitutivas trazidas pela Lei em comento, permite-se verificar avanços do legislador no combate à prisão indiscriminada, eliminando a péssima cultura judicial do país de prender cautelarmente os que são considerados não culpados antes do trânsito em julgado.

Diante de tal situação, pode-se dizer ainda que, a Lei 12.403/11 foi positiva ao regular o cabimento da liberdade provisória cumulada com outras cautelares,

quando ausentes os requisitos legais que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Dessa forma, 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 do Código, quais sejam, a necessidade e adequação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando neste trabalho uma pequena contribuição frente ao universo de informações constantes a respeito das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, apresenta-se como principal resultado que fora confrontado entre o antigo costume visto no Brasil era o aprisionamento junto do sistema bipolar, o qual o magistrado ou prendia ou soltava, com a nova lei 12.403/2011, as novas medidas cautelares, vem preservando assim de forma mais abrangente a vida do suspeito para que não haja irregularidades no decorrer do processo penal, com decorrentes interpretações doutrinárias.

Da análise do texto em tela se vislumbra a pontual necessidade do estudo, bem como aplicação da nova lei 12.403/2011, na realidade jurídica do Brasil, se tornando assim essencial que o julgador bem como os operadores do direito se utilizem de todos os mecanismos para aplicação correta da mesma.

Em síntese, com a aplicação das medidas cautelares pelo magistrado é possível que princípios diversos sejam resguardados no nosso Processo Penal.

Por tudo que foi exposto não restam dúvidas da importância das medidas cautelares dentro do sistema processual penal, principalmente, no processo penal, haja vista tratar-se de um direito fundamental, em outro momento, se faz importante destacar que as medidas visam ainda proteger um dos maiores bens tutelados no direito, que é a liberdade, o que não se deve fazer é aceitar em hipótese alguma o uso desse instrumento como forma de subterfugio para inviabilizar a aplicação do direito, ou seja as medidas que visam procrastinar o andamento dos trabalhos judiciário, devem ser combatidos com veemência.

Portanto, embora as medidas cautelares sejam de grande relevância para consagração do direito fundamental, por outro lado, as medidas devem ser utilizadas

com cautela, uma vez que esse instrumento não pode servi de ferramenta para maus profissionais do direito.

Referida modificação na legislação infraconstitucional revela-se necessária e premente, haja vista que proporcionará o ajuste do processo penal brasileiro, evitará a manutenção de prisões ilegais, e fará a defesa preventiva de atos degradantes, contribuirá para a redução da superpopulação carcerária e, acima de tudo, efetivará direitos fundamentais ao contraditório, à ampla defesa e à presunção de não culpabilidade, tornando a prisão a *ultima ratio*, como forma de assegurar a dignidade da pessoa humana, um dos pilares do estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougnot. **Reforma do código de processo penal**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORGES, Ademar. **Uma proposta de redução do encarceramento preventivo**. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-e-sociedade/uma-proposta-de-reducao-encarceramento-preventivo-19012017>>. Acesso em 17 Set 2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas cautelares penais (Lei 12.403/11) – Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas**. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136905,31047-Medidas+cautelares+penais+lei+1240311+Novas+regras+para+a+prisao>>. Acesso em 03 Out 2017.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. **As medidas cautelares no Processo Penal**. Disponível em: <<http://cfga.adv.br/as-medidas-cautelares-no-processo-penal/>>. Acesso em 05 Set 2017.

GUSMÃO, Marcus. **O uso das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal – cabimento e substitutividade à prisão**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29617/o-uso-das-medidas-cautelares-previstas-no-artigo-319-do-codigo-de-processo-penal>>. Acesso em 28 Ago 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual e sua conformidade constitucional**. V. II. 4º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória segundo a lei nº 12.403/11**. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/27/16>. Acesso em 02 Nov 2017.

OLIVEIRA, Luciana da Cunha Martins. **Considerações sobre a Lei nº 12.403/11, que alterou o Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_236.pdf>. Acesso em 24 Set 2017.

SANTOS, Ronaldo Bezerra dos. **As medidas cautelares alternativas a prisão e o fim da bipolaridade prisão-liberdade**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 135, abr 2015. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15917>. Acesso em 02 Out 2017.

WAQUIM, Bruna Barbieri. **Breve análise dos Princípios Constitucionais do Processo**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2124/Breve-analise-dos-Principios-Constitucionais-do-Processo>>. Acesso em 25 Set 2017.