



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA

BRUNA FRIZONI NETO

AS DIFICULDADES DE APLICABILIDADE DAS CAUTELARES
DIVERSAS DA PRISÃO PREVISTAS NA LEI 12.403/2011

BARBACENA

2015

BRUNA FRIZONI NETO

**AS DIFICULDADES NA APLICABILIDADE DAS CAUTELARES
DIVERSAS DA PRISÃO PREVISTAS NA LEI 12.403/11**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos-UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ms. Delma Gomes Messias

BARBACENA

2015

BRUNA FRIZONI NETO

**AS DIFICULDADES NA APLICABILIDADE DAS CAUTELARES
DIVERSAS DA PRISÃO PREVISTAS NA LEI 12.403/11**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade
Presidente Antônio Carlos-UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Data da aprovação: -----/-----/-----

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Delma Gomes Messias

Prof. Esp. Sidnei Henrique da Silva

Prof. Esp. Luiz Carlos de Paula

DEDICATÓRIA

A vocês não necessitaria escrever;

Pertencem a vocês, a dedicatória, as linhas, os pontos finais, as vírgulas, os acentos e o resto. O todo.

Pois, sem vocês não haveria o verbo amor, não haveria a amizade, o companheirismo, o caráter, a força, a fé.

Aos meus amados pais Jeane Frizoni e João Batista Neto.

AGRADECIMENTOS

Cativar significa criar laços, existem pessoas que, através da sua amizade e companheirismo tornam-se vencedoras desta conquista que estabeleço neste momento. Agradeço a todos que estiveram comigo apoiando-me incondicionalmente a cada passo, com paciência e dedicação. Principalmente a vocês meus amigos e parceiros de estágio Edilson e Júnior, sou sinceramente grata pelas palavras de apoio e incentivo, pelas dicas e pelo auxílio para que eu pudesse terminar este trabalho com êxito.

Aos meus mestres, grandes sábios que traduzem com perspicácia seus saberes, com a magia do saber me conduziram ao encontro do aprendizado. Em especial a minha amiga, orientadora, exemplo de caráter e profissionalismo Delma, meu carinho e gratidão a você, por ter transformado minhas curiosidades em experiências vividas, nas quais a busca pela perfeição foi o incentivo maior para este triunfo.

“A Sabedoria começa na reflexão”

(Sócrates)

RESUMO

Com as inovações trazidas pela lei 12.403/11 no que tange a aplicação das novas medidas cautelares alternativas ao cárcere a prisão preventiva passa a ter caráter subsidiário, valendo como “*ultima ratio*”, com plena harmonia com o direito penal da Intervenção Mínima, no entanto, o que se percebe no cenário jurídico atual, é a nítida resistência por parte dos doutos juízos criminais em aplicar medidas diversas da prisão, em decisões vagas sem justificativas plausíveis e coerentes para a não incidência das mesmas.

Palavras- chave: Lei 12.403/11. Medidas cautelares alternativas. Prisão preventiva. Resistência. Doutos juízos criminais. Decisões vagas.

ABSTRACT

With the innovations that came with law 12.403/11 concerning the application of the new alternate preventive measures to imprisonment, the pre-trial detention now has a subsidiary quality, valid as *ultima ratio*, in full accordance with the Minimal Intervention's criminal law. However, what can be seen in the present legal scenario is the clear resistance from learned criminal judges in applying many and various imprisonment measures to vague decisions, without plausible and coherent justifications, for the nonoccurrence of the same.

Keywords: Law 12.403/11. Alternate preventive measures. Pre-trial detention. Resistance. Learned criminal judges. Vague decision.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
CONJECTURA DO SISTEMA CAUTELAR	12
2.1 BASES PRINCÍPIOLÓGICAS DAS CAUTELARES	14
2.1.1 Jurisdicionalidade e Motivação	14
2.1.2 Contraditório	14
2.1.3 Provisoriedade	15
2.1.4 Excepcionalidade	15
2.1.6 Proporcionalidade	16
2.1.7 AS CAUTELARES NA NOVA REDAÇÃO	17
2.1.8 PRISÃO E MEDIDAS CAUTELARES	19
O USO DA PRISÃO PREVENTIVA NAS AMÉRICAS	26
3.1 Monitoramento Recente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os Mecanismos do Sistema Universal	27
3.2 Informação Estatística apresentada pelos países a Comissão Interamericana de Direitos Humanos	29
3.3 O USO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES DISTINTAS DA PRISÃO PREVENTIVA	34
3.4 DIAGNÓSTICO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO SEGUNDO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA/ JUNHO DE 2014	35
AS MEDIDAS ALTERNATIVAS A PRISÃO E SUA EFICÁCIA	37
4.1 Espécies de Medidas Cautelares Diversas	37
4.2 Requisitos para decretação e formalidades	42
4.3 A eficácia das medidas cautelares alternativas á prisão frente ao ordenamento jurídico.	44
4.4 Da aplicação das cautelares na Maria Da Pena	46
CAP.5	49
OS BENEFÍCIOS E AS FORMAS DE INSTRUMENTALIZAÇÃO PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57
ANEXO 1	59
ANEXO 2	61
ANEXO 3	77

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 protege o direito à liberdade do indivíduo consagrando em seu art. 1º, inciso III, o princípio da dignidade humana, e em seu art. 5º consagra o princípio da presunção da inocência, princípio este basilar no devido processo legal. Tais princípios garantem que a liberdade do indivíduo apenas será cerceada quando extremamente necessário e que ninguém será considerado culpado senão após o trânsito de sentença condenatória.

Promoveu, portanto, a instituição de um princípio afirmativo do estado de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal e a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita da autoridade judiciária competente.

As reformas processuais penais vêm sendo gradativamente realizadas desde o advento das leis 11.689/2008, 11.690/2008, 11719/2008 e 11.900/2009, até atingir a lei 12.403 de 04 de maio de 2011.

A nova legislação traz relevantes alterações no trato das prisões e da liberdade provisória, inserindo alternativas ao cárcere, razão pela qual merece particular atenção para que seus preceitos sejam efetivamente aplicados.

As inovações introduzidas, na maioria das hipóteses estão em harmonia com o texto constitucional, lado outro o excesso na encarcerização provisória tem demonstrado que muitos dos mecanismos diversificados criados para a preservação da ordem pública e da efetividade das decisões traduzidos no elenco das medidas cautelares que podem substituir a ordem prisional não estão sendo aplicados atendendo aos princípios constitucionais e de forma coerente dificultando, dessa forma, a solução de atuais conflitos que assolam a sociedade em geral, faz mister destacar a superlotação carcerária concomitante com o aumento dos presos provisórios como também a reiteração da prática criminosa.

Isto posto, imperiosa é a necessidade indeclinável as formalidades legais para a adoção de cada uma das espécies cautelares, haja vista que a regulamentação das formas processuais constitui garantia das partes e da correta prestação jurisdicional.

Dessa forma, frente essa alarmante situação, que este trabalho tem como objetivo apresentar primeiramente uma abordagem da conjectura do sistema cautelar e sua

precípua finalidade, na segunda seção tratar da questão da prisão preventiva em outros sistemas jurídicos, na terceira seção discorrer sobre as medidas cautelares alternativas a prisão e sua efetividade, bem como a sua aplicação na Lei Maria da Penha, e por fim na quarta seção serão apresentados os benefícios da aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão frente a crítica situação do sistema prisional brasileiro e as formas de instrumentalização que possibilite a aplicação das mesmas.

CAP.2

CONJECTURA DO SISTEMA CAUTELAR

A introdução da lei nº 12.403/2011 no ordenamento jurídico pátrio trouxe várias modificações concernentes ao sistema da prisão, medidas cautelares e liberdade. Com o seguimento que este trabalho se propõe mister se faz analisar os efeitos que a referida lei originou para o ordenamento no que tange a aplicação das medidas cautelares alternativas a prisão nela previstas sob a lente do devido processo legal.

A Lei Maior determina que a liberdade é direito do indivíduo, que deve ser sempre respeitada contra ingerências por parte da atuação estatal, sendo a regra e a custódia cautelar a exceção, apenas justificável quando estritamente necessária.

Os princípios constitucionais penais e processuais devem ser interpretados à luz do princípio maior da dignidade humana, além de convergirem para o devido processo legal.

Consoante artigo 5º, caput da CF/88: “É inviolável o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”

Observa-se o natural confronto entre liberdade e segurança, entretanto o sistema é harmônico e estruturado em regras mínimas de coerência e eficácia. Contanto apesar da criação de medidas cautelares alternativas a prisão, observa-se que as mesmas não sendo aplicadas, cerceando a liberdade do indivíduo e ferindo os preceitos constitucionais.

A prisão preventiva é a última cautelar a ser utilizada, antes dela devem ser verificadas a necessidade e a adequação das medidas alternativas à prisão. A prisão preventiva ocupa o definitivo patamar da cautelaridade, na perspectiva de sua excepcionalidade cabível quando não incidirem outras medidas cautelares.

Vejamos o artigo 282, parágrafo 6º do CPP:

“A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.”

Não se decreta a prisão preventiva para depois buscar alternativas, antes de decretar a custódia preventiva, é necessário examinar a possibilidade de aplicação da medida cautelar mais branda, consoante princípios da necessidade e adequação que serão explanados posteriormente.

Com advento da lei 12.403 a prisão preventiva passa a ter caráter subsidiário, valendo como *ultima ratio*, com plena harmonia com o direito penal da Intervenção Mínima, contanto, o que se percebe no cenário jurídico atual, é a nítida resistência por parte dos doutos juízos criminais em aplicar medidas diversas da prisão, em decisões vagas sem justificativas plausíveis e coerentes para a não incidência das mesmas.

Novas medidas cautelares foram criadas com o objetivo de substituir a aplicação da prisão preventiva ou de atenuar os rigores da prisão em flagrante.

Para o estabelecimento das novas medidas dois critérios deverão ser atentamente observados, deve se verificar a indispensabilidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal, bem como para evitar a prática de infrações penais e segundo analisar a gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

As medidas alternativas poderão ser aplicadas isoladas ou cumulativamente para evitar a prisão cautelar.

A lei processual traz de forma cristalina o âmbito constitucional para a realização da prisão de qualquer pessoa, flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Estipula-se com clareza quais são as únicas opções do juiz ao receber o auto de prisão em flagrante: relaxar a prisão, quando ilegal; mantê-la convertendo o flagrante em preventiva ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, sendo que qualquer delas devem ser devidamente fundamentadas.

Todas as reformas implantadas pela Lei 12403/2011, são positivas e podem aprimorar verdadeiramente o cenário da prisão e da liberdade, entretanto, a novel legislação não tem se mostrado conhecida e aplicada pelos operadores do direito, particularmente aos magistrados que detém o poder de promover uma revolução no âmbito das medidas cautelares processuais.

2.1 BASES PRINCIPIOLÓGICAS DAS CAUTELARES

As bases principiológicas das prisões cautelares são os princípios que permitirão a coexistência da prisão sem sentença transitada em julgado e a presunção da inocência, sendo assim, primordiais são as considerações acerca da principiologia que envolve esse sistema, haja vista o Estado democrático de direito, modelo marcado tanto pelo controle do poder quanto pela necessidade de concretização dos direitos fundamentais.

2.1.1 Jurisdicionalidade e Motivação

Toda prisão cautelar só poderá ser decretada por ordem judicial fundamentada.

O princípio da jurisdicionalidade está intimamente ligado ao devido processo legal, consoante artigo 5º, LIV da Constituição Federal de 1988, ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, dessa forma, para haver o cerceamento da liberdade do indivíduo necessariamente deve preceder um processo.

Encontra-se consagrado no artigo 5º, LXV da Constituição Federal de 1988 segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, salvo nos casos de crime militar.

A nova redação do artigo 283 dada pela lei 12403/11, assim determina:

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

Como pode-se observar do texto legal, esse princípio tem como objetivo primordial impedir a arbitrariedade e o autoritarismo nas decisões que cerceiam a liberdade do indivíduo.

Entretanto a prisão cautelar é um instituto que vem sofrendo uma degeneração, contrariando os próprios ditames legais, a exceção se sobrepõe a regra.

2.1.2 Contraditório

Falar em contraditório em sede de medida cautelar é perfeitamente viável quando possível e compatível com a medida a ser tomada.

As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo, a eficaz aplicação do *jus puniendi*.

Ao ser efetuada a prisão, o ideal seria que o preso fosse encaminhado logo após ao juiz que determinou o cerceamento da sua liberdade, para que após ouvi-lo, possa decidir motivadamente se mantém ou não a prisão cautelar; através deste ato o contraditório seria efetivamente exercido, e evitaria consideravelmente muitas prisões injustas e desnecessárias.

2.1.3 Provisoriedade

A provisoriedade nas medidas cautelares constitui princípio basilar, uma vez que as mesmas são medidas situacionais, tutelam situações fáticas, e desaparecido o suporte fático deve a prisão cessar.

A não observância desse princípio acarreta uma prisão ilegal. Este princípio encontra-se consagrado no artigo 282 do Código de Processo Penal. Vejamos:

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

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

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

Dessa forma a prisão preventiva ou qualquer das medidas alternativas poderão ser revogadas ou substituídas, a qualquer tempo, desde que desapareçam os motivos que a legitimam, bem como, poderão ser novamente decretadas caso haja necessidade.

Ressalta-se, que com a pluralidade das medidas cautelares atualmente recepcionadas, a provisoriedade adquire novos contornos ficando autorizada a substituição de medidas por outras mais graves, conforme a situação exigir, bem como cumulação e revogação total ou parcialmente.

2.1.4 Excepcionalidade

Consoante artigo 282, §6º, a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

O dispositivo ora mencionado estabelece a prisão preventiva como medida excepcional, devendo ser o último instrumento a ser utilizado, enfatizando a necessidade de análise sobre a adequação e suficiência das demais medidas cautelares.

Nesse sentido vejamos o artigo 310 do Código de Processo Penal:

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

I - relaxar a prisão ilegal;

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

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

Desta feita, a prisão preventiva só deverá ser decretada quando inadequadas ou insuficientes as medidas diversas da prisão, aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

Nesse sentido o artigo 282, inciso I atenta que ao analisar a possibilidade da aplicação das medidas cautelares, deve-se observar “a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

A tríade necessidade, proporcionalidade e excepcionalidade devem caminhar juntas e paralelamente também com a presunção da inocência.

Atualmente o país está sofrendo pela massificação das cautelares, como denomina FERRAJOLI “crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso”.

As prisões cautelares estão substancialmente banalizadas, ao ponto de primeiro se recorrer a medida excepcional da prisão, para posteriormente concretizar o suporte probatório que legitime a medida a ser tomada. A medida que deveria ser usada como *ultima ratio* está sendo efetivamente aplicada antes mesmo de se investigar e diligenciar os fatos.

2.1.6 Proporcionalidade

A proporcionalidade constitui o princípio sustentador das medidas cautelares, e é um importante instrumento na aplicação das medidas cautelares pessoais, que necessitam do difícil equilíbrio entre dois interesses substanciais do Processo Penal, o respeito ao direito de liberdade e a eficácia na repressão dos delitos.

Este princípio tem como finalidade nortear os nobres julgadores frente ao caso concreto, ponderando a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida da mesma, tentando manter equidistante a gravidade e as consequências do ato, a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. Uma medida cautelar jamais poderá atuar como uma pena antecipada sob violação ao princípio da presunção da inocência.

Consoante artigo 282, inciso II do Código de Processo Penal, “adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

Conforme dispõe o artigo 282, inciso II do Código de Processo Penal, a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins, dessa forma, se quaisquer das medidas elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal se apresentar apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como *ultima ratio* do sistema.

A Lei nº 12.403/11 tem por finalidade consolidar a excepcionalidade da prisão, assegurando a prevalência do Princípio da Não-Culpabilidade, do Devido Processo Legal e da exigência de ordem judicial escrita e fundamentada para a decretação da prisão cautelar. Para tanto, o legislador criou diversas medidas cautelares que devem anteceder, quando suficientes para assegurar a aplicação da lei penal e a ordem processual, a decretação da prisão preventiva ou temporária.

As medidas cautelares criadas devem observar os princípios supracitados, para a sua aplicação coerente e eficaz.

Entretanto frente a polimorfologia do sistema cautelar, o que tem se percebido é que as medidas que foram criadas para efetivar a excepcionalidade da prisão não vem sendo aplicadas pelos nobres julgadores, o que nos faz questionar a eficácia das mesmas.

2.1.7 AS CAUTELARES NA NOVA REDAÇÃO

Consoante artigo 282 da lei 12403/2011:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O novo texto legal introduziu além da prisão e da liberdade provisória a expressão “medidas cautelares “dando ensejo a criação de várias medidas alternativas à prisão, o Poder Judiciário passa a contar com mecanismos diversificados para a preservação da ordem pública e da efetividade de suas decisões, traduzidos nessas novas medidas, que podem substituir a ordem prisional, oferecendo soluções mais adequadas aos casos concretos.

A prisão preventiva deve ser a última cautelar a ser aplicada, antes dela, devem ser verificadas a necessidade e a adequação das medidas alternativas. Dessa forma, a preventiva ocupa o último patamar da cautelaridade, cabível como versa o artigo 282 transcrito anteriormente apenas quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar.

Não se decreta a prisão preventiva para depois buscar alternativas, dentro de sua excepcionalidade, após verificação de que o indiciado ou acusado não deve ser mantido

em liberdade sem nenhuma restrição, há que ser analisada a adequação e a necessidade das medidas cautelares alternativas ao cárcere, sendo que somente quando nenhuma delas for viável ao caso concreto poderá ser decretada a prisão processual.

2.1.8 PRISÃO E MEDIDAS CAUTELARES

A prisão constitui a privação da liberdade do indivíduo, o cerceamento do seu direito de ir e vir, sua segregação ao cárcere. A prisão decorrente de imposição de pena advém de uma sentença condenatória transitada em julgado, já acautelar é fruto da necessidade de se assegurar o resultado útil do processo, obter uma investigação ou instrução criminal produtiva, eficiente e livre de interferências. Embora ambas provoquem o recolhimento do indivíduo, esta constitui medida de cautela, e aquela efetiva sanção penal.

Constituem espécies de prisão cautelar quanto ao momento de decretação:

a) A Prisão Temporária

Voltada especificamente para a investigação policial, busca garantir-lhe a eficiência e a produtividade;

Seus requisitos são: necessariamente, volta-se a um dos crimes constantes da lista revista do inciso III do artigo 1º da lei 7960/1989 necessária a imprescindibilidade da investigação policial, ou quando o suspeito não tiver residência fixa ou identidade certa.

Deve ser decretada pelo juiz em decisão fundamentada, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público.

O prazo de duração é de 05(cinco) dias podendo ser prorrogado por mais 05(cinco) se necessário. Nos casos dos crimes hediondos e equiparados, o prazo será de até 30(trinta) dias, podendo também ser prorrogado pelo mesmo período. Findo o prazo, o detido deve ser colocado imediatamente em liberdade.

b) A prisão em flagrante

Mantém-se a disciplina da prisão em flagrante, permitindo-se que qualquer pessoa do povo a realize e constituindo obrigação da autoridade policial.

Formaliza-se a prisão em flagrante diante da autoridade competente, ouvindo-se o condutor, as testemunhas e o indiciado quando não o fizer o uso do seu direito de permanecer em silêncio.

A prisão é comunicada ao juiz competente, ao Ministério Público e a família do autuado, sendo enviada cópia do flagrante a Defensoria Pública quando não for indicado advogado. O flagranteado deve receber nota de culpa em 24 horas, sob pena de nulidade contendo o resumo da acusação, bem como nome da autoridade, do condutor e das testemunhas.

Recebido o auto de prisão em flagrante o juiz poderá relaxar a prisão ilegal, conceder a liberdade provisória com ou sem fiança ou decretar a preventiva se presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal e não cabível nenhuma outra medida cautelar alternativa;

c) A prisão Preventiva

É a medida cautelar, privativa de liberdade voltada a assegurar o resultado útil do processo, seja no tocante a instrução, a ordem pública ou a aplicação concreta da lei penal.

Demanda três fatores para sua decretação: prova da existência do crime, indício suficiente de autoria, e elementos facultativos, como a garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia da aplicação da lei penal.

A garantia da ordem pública é o mais abrangente dos requisitos, que se estrutura em alguns pontos básicos como a gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa.

A gravidade do delito espelha-se pelas suas circunstâncias e consequências, a busca pela concretude do fato é dever do juiz, a fim de não banalizar a decretação da prisão cautelar.

A infração repercute em determinada comunidade com maior ou menor intensidade dependendo do caso concreto, e mais uma vez demanda a atenção do judiciário, pois sendo a liberdade a regra, considerando a prisão a exceção, deve se ter em mente crimes específicos que fogem ao lugar comum.

A maneira destacada da execução tem o condão de gerar a excepcionalidade.

As condições pessoais negativas do agente referem-se à personalidade, aos antecedentes e a conduta social. Contudo estas condições podem, quando usadas indevidamente, abrir um perigoso espaço para o retrocesso para o direito penal do autor, com o desvalor de antecedentes, como por exemplos adotando medidas mais graves como a preventiva.

O que se percebe pelos adeptos ao discurso punitivo e resistentes as novas medidas alternativas é a utilização desta condição para motivar a decretação da preventiva.

No tocante a garantia da ordem econômica, além dos pontos já abordados na garantia da ordem pública. Aquela quando abalada acarreta gravame aquela, não se tratando de uma prisão cautelar indiscriminada, mas associada a bases reais de perturbação da segurança no nível econômico.

A conveniência da instrução criminal está relacionada basicamente, à atuação do réu em face da captação de provas, se a sua atitude for imparcial, inerte e contemplativa, não inconveniência para que permaneça em liberdade.

A garantia da aplicação da lei penal vincula-se a possibilidade de fuga do acusado evitando qualquer eficiência punitiva estatal, podendo somente o caso concreto evidenciar esta potencialidade de desaparecimento do cenário processual.

Ao contrário do que muito se presencia nas decisões proferidas pelos Doutos Magistrados, a simples falta de comprovante de endereço fixo ou emprego estabelecido não podem constituir causas para a decretação da preventiva, tais circunstâncias se existentes precisam associar-se a outros fatores concretos, de modo a fundamentar a prisão.

Com a nova redação alguns pontos são relevantes em relação às hipóteses de cabimento da prisão preventiva.

Primeiramente, eliminou-se a distinção entre reclusão e detenção, portanto para a decretação da preventiva, não mais se difere o delito em relação a espécie de pena, mas, sim, em razão do elemento subjetivo, apontando-se o dolo como referencial.

Além disso, aplica-se um patamar de gravidade abstrata á preventiva, conforme artigo 313, inciso I, somente cabe a prisão preventiva nos crimes dolosos com pena privativa

máxima cominada superior a 04(quatro) anos. Desta forma, cessa a possibilidade de decretação da preventiva para furto simples, por exemplo.

Restrição esta, correta, tendo e vista o surgimento de várias medidas cautelares alternativas, destinadas justamente, a atender o universo das infrações penais de menor relevo.

Hipótese mantida da anterior redação foi a decretação da preventiva quando o acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no artigo 64, inciso I do Código Penal, não se admitindo a reincidência, para este fim, quando envolver delito culposos.

Mantém-se a novidade trazida pela lei 11340/06, Lei Maria da Penha, prevendo a possibilidade de decretação da preventiva para os crimes que envolverem violência doméstica e familiar que envolverem mulher, acrescentando a criança, o adolescente, idoso, o enfermo ou pessoa com deficiência, com a finalidade de assegurar as medidas protetivas de urgência.

Importante ressaltar, que é necessário evidências de que o paciente mesmo após as medidas protetivas impostas voltou a ameaçar a vítima, é imprescindível que a sua custódia cautelar seja demonstrada, tendo em vista especialmente a garantia da ordem pública, dada a necessidade de se resguardar a integridade física e psíquica da ofendida, fazendo cessar a reiteração delitiva, que não pode ser mera presunção, mas risco concreto.

Os crimes de violência doméstica viabilizam a aplicação da prisão preventiva, entretanto devem ser atendidos os requisitos formais exigidos para decretação da mesma para que não resulte violação a presunção da inocência.

No parágrafo único do artigo 313, contemplou-se com a modificação, a antiga previsão do inciso II, qual seja, referindo-se ao acusado cuja identidade é duvidosa. Entretanto, prevê a possibilidade de decretação da preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa, ou quando esta não fornecer elementos suficientes para seu esclarecimento. Frisa-se que a prisão é fator de pressão para o fornecimento das informações necessárias, devendo ser o acusado colocado em liberdade tão logo cessem as dúvidas e ausentes os demais requisitos.

Imperioso destacar, a possibilidade de decretação da preventiva quando há o descumprimento de medida cautelar alternativa.

Pela análise da novel legislação, essa é uma hipótese admissível, as medidas cautelares alternativas ao cárcere são salutares e representam uma real possibilidade de diminuição do número de presos provisórios no país, como será bem demonstrado ao logo dos capítulos posteriores.

Porém, é necessário responsabilidade e credibilidade para sua eficácia, sendo assim, não sendo cumpridas as obrigações fixadas nos termos estabelecidos no artigo 282, § 4º, parte final do Código de Processo Penal, pode se decretar a preventiva, como última opção, mesmo assim se visualizados os requisitos previstos pelos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Portanto, num primeiro momento para o acusado de furto simples não cabe prisão preventiva, desde que ele não descumpra com as obrigações advindas de medidas cautelares alternativas.

Nesse prisma encontra-se Geraldo Prado:” a hipótese de que se trata o parágrafo único do artigo precedente (artigo 312) não é de fundamento, mas de cabimento. Em se fazendo necessário adotar uma providência cautelar diversa da prisão preventiva, mas frustrada aquela em seus objetivos por causa da desobediência do imputado, e persistindo o mérito substantivo(fumus comissi delicti) e perigo processual(periculum libertatis), o referido parágrafo único amplia as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, que poderá incidir em procedimento por crimes culposos ou dolosos com pena máxima igual ou inferior a 4(quatro) anos”(Og Fernandes(coord.).Medidas cautelares no processo penal- Prisões e suas alternativas. São Paulo: Ed. RT, 2012.p.148).

Percebe-se que mesmo diante dessa possibilidade, a prisão preventiva constitui exceção, sendo aplicada somente quando não for cabível alguma medida cautelar alternativa ao cárcere e mesmo diante do descumprimento de alguma delas exige-se a presença das condições de admissibilidade previstas no artigo 313 do Código de Processo Penal.

Ponto culminante a ser evidenciado pela alteração redacional tange a motivação da decisão de decretação da preventiva. A nova redação aperfeiçoou a norma substituindo o termo despacho, usado apenas para manifestações judiciais de mero expediente por decisão, deliberação judicial, que aprecia uma controvérsia.

De fato, a decretação da preventiva exige decisão e não despacho, existe preceito geral e constitucional determinando a motivação de todas as decisões judiciais, consoante artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988.

Além disso, incluiu o verbo substituir, em razão da possibilidade de aplicação da mesma no lugar de outras cautelares alternativas quando as mesmas não forem devidamente cumpridas.

O mais intrigante perante essa exigência constitucional é o fato de se constatar, em vários processos, a indiferença de alguns magistrados pela obrigatória motivação de suas decisões; não basta a previsão constitucional, nem a disposição legal, permanecem sem evidenciar, por escrito, seu convencimento.

Primeiramente colocam a prisão preventiva em patamar privilegiado, aplicando-a como a regra, antes mesmo de verificar a existência de outra medida cautelar alternativa cabível, e segundo decretam essa cautelar de exceção em meio a decisões vagas sem o menor apego a fundamentação, e quando o fazem, em puro arremedo de motivação elencam os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, em tese, sem apontar qualquer prova dos autos a lhes conceder supedâneo fático.

Ora, decretar a preventiva para assegurar a ordem pública, não constitui motivação fática, pois não se sabe sobre qual pressuposto baseou-se o magistrado para se considerar afetada de alguma forma a ordem pública. É indispensável que os Doutos Juízes apresentem consoante as provas do inquérito e do processo, os dados reais, que possam ensejar a prisão cautelar, pois do contrário banalizando a preventiva apresentando-a sem fundamentação idônea está invertendo a ordem constitucional que caracteriza-a como medida extrema de exceção.

d) Medida Cautelar

A medida cautelar é um instrumento restritivo da liberdade, de caráter provisório e urgente, alternativa a prisão, assegura o resultado útil do processo, atuando como forma de controle e monitoramento do acusado, quando necessária sua imposição ao caso concreto.

O novo artigo 319 do Código de Processo Penal, modificado pela nova legislação traz o rol das medidas cautelares, alternativas ao cárcere, como já mencionado, esta

previsão pode significar uma mudança de mentalidade dos operadores do direito e no sistema prisional.

Muitos acusados que precisam de alguma restrição em sua liberdade, tendo em vista estarem respondendo a processo crime não necessitam seguir para o cárcere fechado, por vezes, medidas alternativas seriam eficazes para atingir o desiderato de mantê-los sob controle e vigilância.

Dessa forma, ante o exposto é relevante dedicar uma particular atenção a uma análise da prisão preventiva nas Américas, haja vista a situação em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, abarrotado de presos provisórios e engessado pela política punitiva e arbitrária dos magistrados.

CAP.3

O USO DA PRISÃO PREVENTIVA NAS AMÉRICAS

Consoante informativo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Informe sobre El uso de La prisión preventiva em las Américas) a mais de uma década a aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva tem constituído problema crônico em muitos países.

Em seu recente informativo sobre os direitos humanos das pessoas privadas de sua liberdade nas Américas ressaltou como um dos problemas mais graves o uso excessivo da prisão preventiva destacando que esta disfuncionalidade é responsável por desencadear problemas como o aumento no número de presos provisórios.

Essa realidade tem sido reconhecida em outras instâncias da própria Organização dos Estados Americanos (OEA), como na Terceira Reunião de Autoridades Responsáveis de Políticas Penitenciária e Carcerárias, que fez referência ao amplo uso da prisão preventiva, afirmando que na região mais de 40% da população carcerária se encontra em prisão preventiva.

A Comissão Interamericana considera que o uso excessivo desta medida é totalmente contrário a essência do Estado Democrático de Direito.

Na absoluta maioria dos países os acusados submetidos a prisão preventiva encontram-se expostos nas mesmas condições que as pessoas com condenação transitada em julgado.

O presente informe se sustentou fundamentalmente no Princípio da Presunção da Inocência.

Tecendo breves considerações, este princípio constitui direito fundamental de dimensão constitucional posição do sujeito diante das normas da ordenação, resultam também em direitos subjetivos públicos em face do Estado que tem o dever de motivar sempre qualquer restrição aos direitos e liberdade dos indivíduos.

Para a efetiva aplicação desse princípio é necessário uma postura ativa dos Doutos Magistrados, devem entrar no feito com a convicção da inocência do agente e somente

mediante provas fortes, concretas e robustas que desestremem a convicção inicial poderão levar a uma sentença condenatória.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu informativo demonstra que não há incremento no uso da prisão preventiva e das penas privativas de liberdade que constituam via idônea para o alcance da seguridade dos cidadãos.

A natureza excepcional dessa cautelar não se trata de uma prerrogativa ou de um benefício, mas sim de um direito estabelecido para proteger bens jurídicos tão fundamentais como a liberdade e incluso na integridade pessoal.

3.1 Monitoramento Recente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os Mecanismos do Sistema Universal

Ao longo dos últimos quinze anos a Comissão se pronunciou com respeito a este problema em seus informes especiais relativo aos países de Honduras, que em junho de 2012 havia um total de 11.727 pessoas privadas de liberdade, das quais 47.98% seriam processados.¹Venezuela, em que se verificou que de aproximadamente 21.877 pessoas privadas de liberdade em 2009, a porcentagem de presos provisórios era de mais de 65% ;²Haiti, em abril de 2007 sua população carcerária era de 5.480 , das quais 85% se encontrava a espera de julgamento,³porcentagem que também havia sido constatada em 2004; Bolívia, em 2006 de um Universo de 6.864 reclusos 74% encontrava-se em prisão preventiva⁴, porcentagem esta que em 2008 havia aumentado para 75% segundo se verificou do subsequente informe de seguimento;⁵Paraguay em 1998 tinha um total de 2.266 reclusos dos quais 93% eram presos sem condenação;⁶Perú em fevereiro de 2000 era de 52% de um total

¹ CIDH. Informativo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre as pessoas privadas de sua liberdade em Honduras, OEA/Ser.L/V/II.147, adaptado em 18 de março de 2013, pag.19.

² CIDH. Democracia e direitos Humanos na Venezuela, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, adaptado em 30 de dezembro de 2009, pags. 859 e 860.

³ CIDH. Haiti: Justiça frustra o estado de direito? Desafios para o Haiti e a comunidade internacional, OEA/Ser/L/II.123, Doc. 6 ver. 1, adaptado em 26 de outubro de 2005. Cap. III, pag. 165.

⁴ CIDH. Informativo de Seguimento – Acesso à Justiça e inclusão social: o caminho é o fortalecimento da democracia na Bolívia, OEA/Ser/L/V/II.135. Doc. 40, adaptado em 7 de agosto de 2009, Cap. V, pag. 104.

⁵ CIDH. Quinto informativo sobre a situação dos direitos Humanos na Guatemala, Cap. VII, pag. 26 e Cap. VIII, pag. 10.

⁶ CIDH. Terceiro informativo sobre a situação dos direitos Humanos no Paraguai, Cap. IV, pag. 38.

de 27.500 pessoas privadas de sua liberdade;⁷República Dominicana, se constatou que em julho de 1997 a porcentagem de presos provisórios era de 85% e para janeiro de 1998 esse número havia reduzido para 70%;⁸Colômbia em 1997 tinha uma porcentagem de 45,85% de uma população penal de 43.221 reclusos;⁹México, em meados de 1996 se observou uma população carcerária de aproximadamente 116.000 pessoas, sendo que mais da metade eram detentos sem condenação em prisão preventiva;¹⁰e Equador, que no princípio de 1994 tinha uma população de 9.280 internos , dos quais 70% estavam esperando serem sentenciados¹¹.

De igual forma, a Relatoria sobre os Direitos das pessoas Privadas de sua Liberdade, também tem dado particular atenção a esta conjunção em suas mais recentes pesquisas, como exemplo, na Colômbia se observou que das 113,884 privadas de liberdade em 31 de dezembro de 2012, 30% seriam presos provisórios;¹² no Uruguay constatou que de uma população de 9.067 reclusos em junho de 2011,65% estavam na qualidade de processados;¹³ e na Argentina verificou-se que de um total de 30.132 reclusos na província de Buenos Aires em março de 2010, 61% não eram condenados.¹⁴

Desta forma, em consequência, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem emitido recomendações concretas aos Estados, como: adotar as medidas necessárias para corrigir o gradual trâmite do processo, implementar o uso de outras medidas cautelares alternativas ao encarceramento previstas, motivação nas decisões que decretam a prisão preventiva, e que estas decisões sejam periodicamente revisadas, de forma que se verifique a vigência das razões que a motivaram.

De acordo com a Comissão, o essencial para a solução desse problema é a adoção de reformas legais e institucionais sérias derivadas de políticas públicas orientadas a

⁷ CIDH. Segundo informativo sobre a situação dos direitos Humanos no Perú, OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 59 rev., adaptado em 2 de junho de 2000. Cap, IX, pag. 13.

⁸ CIDH. Informativo sobre a situação dos direitos Humanos na República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II.104. Doc. 49 ver. 1, adaptado em 7 de outubro de 1999. Cap. VI, pag. 216.

⁹ CIDH. Terceiro informativo sobre a situação dos direitos Humanos na Colômbia, OEA/Ser.L/V/II.102. Doc. 9 ver. 1, adaptado em 26 de fevereiro de 1999. Cap XIV, pag. 15

¹⁰ CIDH. Informativo sobre a situação dos direitos Humanos no México, OEA/Ser.L/V/II.100. Doc. 7 ver. 1, adaptado em 24 de setembro de 1998. Cap. III, pags. 222 a 229.

¹¹ CIDH. Informativo sobre a situação dos direitos Humanos no Equador, OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 ver. 1, adaptado em 24 de abril de 1997. Cap. VI.

¹² CIDH. Verdade, Justiça e Reparação: Quarto informe sobre a situação dos direitos humanos na Colômbia, 2013, Cap. VI(g)

¹³ CIDH. Comunicado de imprensa 76/11-Relatório recomenda adoção de política pública carcerária integral no Uruguay. Washington, D.C., 25 de julho de 2011.

¹⁴ Comunicado de imprensa 64/10-Relatório da CIDH constata graves condições de detenção na província de Buenos Aires. Washington, D.C., 21 de junho de 2010.

tal efeito. A CIDH considera de fundamental importância a distinção entre condenados e provisórios e o tratamento de acordo com a presunção da inocência para estes.

3.2 Informação Estatística apresentada pelos países a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Países membros da OEA foram convidados pela CIDH a responderem um questionário de consulta solicitando informações relativas a diversos aspectos do uso da prisão preventiva em suas jurisdições, bem como a porcentagem da população que se encontra em cárcere preventivamente.

Vejam as informações abordadas no anexo 1.

Dentre as informações apresentadas fonte dos questionários respondidos por alguns países, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos também recebeu outras informações de nações vinculadas a esta temática.

No caso da Argentina, por exemplo, a nível nacional, as estatísticas mais recentes datam de 2010, segundo as quais de um total de 59.227 das pessoas privadas de liberdade, 31.142(53%)¹⁵ encontram-se em prisão preventiva, em Buenos Aires se verificou que de um total de 30.132 pessoas privadas de sua liberdade em março de 2010, 61% eram presos provisórios.¹⁶

A Bolívia é um dos países com índice mais alto com porcentagem de presos sem condenação, como reconheceu o próprio Estado em resposta ao questionário enviado pela CIDH.

¹⁵ Resposta ao questionário de consulta com motivo do “Informativo temático sobre prisão preventiva nas Américas” da CIDH. 2 de novembro de 2012, Procuração Penitenciária da Nação, este dado tem como fonte: O Sistema Nacional de Estatísticas sobre a Execução da Pena (SNEEP), produzida pela Direção Nacional de Política Criminal em Matéria de Justiça e Legislação Penal, dependente do Ministério da Justiça e Direitos Humanos da Nação.

¹⁶ CIDH. Comunicado de Imprensa 64/10 – Relatoria da CIDH constava graves condições de detenções na província de Buenos Aires. Washington, D.C., 21 de junho de 2010. A este respeito, o Estado argentino havia informado em resposta ao questionário publicado com motivo do “Informativo sobre Direitos Humanos das Pessoas Privadas da Liberdade nas Américas”, que dos 26.000 reclusos alojados no Sistema Penitenciário da província de Buenos Aires, 10.000 contavam com condenação transitada em julgado (38%), e que do universo de processados (16.000), só 30% (em torno de 5.000) contavam com sentença de primeira instância. Resposta recebida mediante notas No. 203 e 258 de 2010 da Missão Permanente da Rep. Da Argentina ante a OEA. Informativo de 11 de maio de 2010, prestado pelo Ministro da Justiça da província de Buenos Aires.

O sistema normativo boliviano considera a aplicação da prisão preventiva uma medida de exceção, no entanto o que se observa é a utilização dessa medida como regra base da persecução penal.

Em 2001 a população penitenciária nacional era de 5.577 reclusos, dos quais 3.347 encontravam-se em prisão preventiva (67%)¹⁷.

O Brasil é o segundo país com maior porcentagem de presos provisórios, 549.577 encontram-se no sistema prisional, dos quais 191.024 são presos sem condenação. Entre junho de 2009 e junho de 2012 o número de pessoas privadas de sua liberdade aumentou em 14,04%, e presas preventivamente em 27,76%.¹⁸

Na cidade de São Paulo, das 190.828 pessoas em custódia do sistema prisional, 62.843(33%) estavam presos preventivamente.¹⁹

No Rio de Janeiro de acordo com o Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate a tortura, a taxa de presos provisórios no estado seria de 36% de uma população de aproximadamente 33.000 pessoas privadas de sua liberdade. Esse elevado número estaria vinculado a aplicação da prisão preventiva em delitos menores, de baixo potencial ofensivo.²⁰

No Pará, no final de 2012 de um total de 10.989 encarcerados, 5.092 (46,33%) estavam a espera de julgamento.²¹

¹⁷Fundação Construir, *Reforma Processual Penal e Detenção Preventiva na Bolívia*, 2012, pag. 67

¹⁸Nota da Missão Permanente do Brasil ante a OEA, No. 15 de 31 de janeiro de 2013.

¹⁹Infopen Estatísticas, Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça – Depen/MJ, disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Para uma análise mais detalhada das características da população privada da liberdade em prisões preventivas na cidade de São Paulo, vê-se: Terceira Justiça: presas e presos provisórios na cidade de São Paulo / Instituto Terra, Trabalho e Cidadania e Pastoral Carcerária Nacional; coordenação de obra coletiva: Heidi Ann Carneka, José de Jesus Filho, Fernanda Emy Matsuda, Michael Mary Nolan e Denise Blanes.- São Paulo: ITTC, 2012.

²⁰Resposta ao questionário de consulta com motivo de “Informativo temático sobre prisão preventiva nas Américas” da CIDH. Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate a Tortura do Rio de Janeiro, 2 de novembro de 2012. As cifras apresentadas têm como fonte: O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

²¹Reunião Regional de Especialistas da CIDH sobre Prisão Preventiva, 9 e 10 de maio de 2013, apresentação da Dra. Ana Cláudia Bastos de Pinho, disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp> A Dra. Bastos de Pinho assinalou que “É provável que o problema mais sério que enfrenta o sistema brasileiro consiste no uso indiscriminado da prisão preventiva”.

Por sua vez o Chile, que possui índice de presos preventivos consideravelmente baixo (25%) se comprado a outros países, apresenta índice significativo de pessoas privadas de liberdade com 305 reclusos para cada 100.000 habitantes.²²

Em relação a Colômbia a CIDH recebeu informações que neste país a aplicação da prisão preventiva é utilizada para forçar os processados a colaborarem na identificação e produção de provas contra outros suspeitos, razão pela qual a prisão preventiva é decretada mesmo quando não se tem evidências.²³

Igualmente, na Costa Rica a CIDH recebeu informações de que entre 2008 e 2012 o número de pessoas nos sistemas penitenciários passou de 101% para 130%, em 2008 a capacidade era de 8.140 lugares e a população reclusa de 8.225, em 2012 com uma capacidade de 9.803 lugares o sistema englobava 12.926 pessoas, alcançando níveis realmente graves. E uma das razões que contribuiu para esse aumento nos últimos anos, foi justamente o elevado uso da prisão preventiva.²⁴

Nesse sentido, que a população carcerária em prisão preventiva na Costa Rica tem crescido no seguinte ritmo: 2007 (1.844), 2008(1.964), 2009(2413),2010(2635), 2011(3.036), 2012(3.264), o que corresponde a 24.78% da população penal.

No que diz respeito o Equador de um total de 19.177 pessoas privadas de liberdade em agosto de 2012: 9.409(49.1%) encontravam-se na qualidade de processados. De acordo com o Defensor Público Geral do Equador, para diminuir os altos índices de aplicação da prisão preventiva é necessário trabalhar em algumas linhas de ação como: priorizar o uso de medidas alternativas ao cárcere, fazer o uso adequado das medidas cautelares, garantir a autonomia e fortalecimento institucional da Defensorias Públicas, implementar a oralidade, na visão do Defensor Público Geral o impulso de uma política criminal garantista requer uma maior sagacidade a nível político institucional.²⁵

²²Tendo em vista a cifra total de pessoas privadas da liberdade apresentada pelo próprio Estado, e a população total do Chile estimada em 30 de junho de 2012 que era de 17.402.630 habitantes. Instituto Nacional de Estatísticas do Chile, *Estatísticas Demográficas* 1.2.

²³A este respeito, vê-se em geral: DPLF, *Independência judicial insuficiente, prisão preventiva deformada – Os casos da Argentina, Colômbia, Equador e Perú*, 2013, pags. 65-113.

²⁴Defensoria dos Habitantes de Costa Rica, informativo anual dos trabalhadores 2012-2013, informativo do mecanismo Nacional de Prevenção da Tortura, págs 369-374(essas estatísticas estão foram atualizadas em 31 de dezembro de 2012.

²⁵Reunião Regional de Especialistas da CIDH sobre Prisão Preventiva, 9 e 10 de maio de 2013, apresentação do Dr. Ernesto Pazmiño Granizo, disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/prisionpreventiva.asp>.

Os Estados Unidos constitui um dos países com a maior quantidade de pessoas presas do mundo, aproximadamente 2.239.751 reclusos, no entanto quanto a porcentagem de presos preventivos consiste em 20%, a taxa de encarceramento e de 716 pessoas privadas de sua liberdade para cada 100.000 habitantes.²⁶

No Haiti, os números também são alarmantes, esse crescimento também se deve ao a excessiva e prolongada aplicação da prisão preventiva, cujo o índice em Porto Príncipe chega a 90%.²⁷

Na Guatemala, de acordo com informações fornecidas pela Procuradoria dos Direitos Humanos, 56% da população carcerária encontra-se em prisão preventiva, esta instituição atribui esse índice a falta de infraestrutura adequada, ao uso irracional da preventiva. Também se faz referência a “falta de decisão” dos operadores da justiça para aplicar outras medidas cautelares alternativas a prisão preventiva.²⁸

Em Honduras a CIDH observa com intensa preocupação a publicação de um decreto nº 50-2013, que entrou em vigência em 17 de maio de 2013, que reforma o Código de Processo Penal no sentido da impossibilidade de substituição da prisão preventiva por medidas cautelares alternativas em 21 delitos, o que certamente terá um impacto significativo no sistema carcerário do país.²⁹

No Panamá, a taxa de pessoas presas preventivamente chega a 65%, com uma superlotação de 97%³⁰ com 364 presos para cada 100.000 habitantes e de pessoas em prisão preventiva 411 por cada 100.000 habitantes. Frente a essa realidade o país tem como solução a construção de um mega complexo penitenciário, reformas penais necessárias, entre elas o uso racional da prisão preventiva.³¹

²⁶Centro de Estudos Internacional de Prisões.<http://WWW.prisonstudies.org/info/worldbrief/>.

²⁷ONU, Informativo dos Especialistas independentes sobre a situação dos direitos Humanos no Haiti, Michel Forst, A/HRC/22/65, publicado em 7 de fevereiro de 2013.

²⁸Resposta ao questionário de consulta com motivo de “Informativo temático sobre prisão preventiva nas Américas” da CIDH, Procuradoria dos direitos Humanos da Guatemala, 2 de novembro de 2012, pafs. 6-8 e 21

²⁹Em respeito às graves deficiências estruturais que padece o sistema penitenciário hondurenho vê-se em geral: CIDH. *Informativo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a situação das pessoas privadas da liberdade em Honduras*, OEA/Ser.L/V/II.147, adaptado em 18 de março de 2013.

³⁰CIDH Informe sobre sobre os direitos Humanos de pessoas privadas de liberdade nas Américas, pág.450.

³¹Clínica de Direitos Humanos e Resolução de Conflitos da Faculdade de Stanford, A crise no Panamá continua: Há um sistema penitenciário que respeite os direitos humanos? Págs.7,38 e 39.

No que tange ao Uruguai, a taxa de pessoas em prisão preventiva é extremamente alta, 65% em um índice de 180 presos preventivos para cada 100.000 habitantes.³²

Em visita ao Uruguai a Relatoria de Pessoas Privadas de Liberdade constatou que existe uma cultura enraizada nos operadores do Direito de privilegiar o uso da prisão preventiva como medida cautelar.

Em relação ao México, atualmente possui uma população carcerária de 242.000 pessoas, das quais mais de 40% da população são presos preventivos, aproximadamente 100.000 pessoas.³³

Entre os países que apresentam índices mais altos de pessoas presas preventivamente encontra-se o Paraguai, de acordo com as informações fornecidas pelo governo do Paraguai, mais de 73% das pessoas privadas de sua liberdade encontram-se na qualidade de processados, sem sentença condenatória transitada em julgado.³⁴

Nos últimos anos, essa situação tem sido objeto de pronunciamentos reiterados e unânimes emitidos por diversos organismos internacionais, como a CIDH, que em seu informe especial no país em 2001 recomendou ao Paraguai assegurar a tramitação dos processos dentro dos prazos razoáveis, assegurar a plena vigência do princípio da presunção da inocência.

Na Venezuela a população carcerária em março de 2013 era de 48.262 reclusos dos quais 62.73% eram processados, essa situação tem contribuído para a superlotação de mais de 190% no sistema penitenciário.³⁵

Diante dos números alarmantes que retratam o uso da prisão preventiva nas Américas a Comissão Interamericana de Direitos Humanos observou que entre as causas dos altos índices de pessoas presas preventivamente encontram-se: a demora do estado em promover trâmite processual, a falta de capacidade operativa, independência e recursos dos

³²Richard M. Aborn e Ashley D. Cannon, *Prisões :presos sem julgamento,AméricasQuarterly, Edição de inverno de 2013, disponível em espanhol em: <http://www.americasquarterly.org/content/prisiones-encerrados-sin-sentencia>.*

³³Reunião Regional de Especialistas da CIDH sobre a prisão preventiva,9 e 10 de maio de 2013, apresentação da Dra. Elena Azaola, disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/pp/actividades/prisionpreventiva.asp>

³⁴CIDH. *Terceiro Informativo sobre a situação dos direitos Humanos no Paraguai*, Cap. IV, pag. 45(4) e (5)

³⁵Informação apresentada no quadro de audiência sobre a situação das pessoas privadas de liberdade na Venezuela 147º período ordinário de sessões, organizada pelo observatório venezuelano de prisões (OVP), 16 de março de 2013.

órgãos do judiciário, a existência de legislação que privilegia a aplicação da prisão preventiva, a falta de mecanismos para a aplicação de outras medidas cautelares, a corrupção, o uso extremo dessa medida em delitos menores, bem como a dificuldade em sua revogação.

3.3 O USO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES DISTINTAS DA PRISÃO PREVENTIVA

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é clara e totalmente favorável, tendo em vista os Princípios Basilares que sustentam o direito penal, no que tange a aplicação de medidas cautelares alternativas ao cárcere.

A CIDH considera que em respeito a garantia de liberdade dos indivíduos exige que os Estados recorram a aplicação da prisão preventiva somente quando estritamente necessário, para satisfazer uma necessidade social preponderante e de forma proporcional.

Os Estados devem incorporar por disposição legal medidas alternativas e substitutivas a privação de liberdade, essas medidas devem estar dirigidas as três etapas fundamentais do processo penal: etapa prévia ao julgamento, no próprio julgamento e posteriormente na execução da pena.

O caráter excepcional da prisão preventiva implica que os Estados devem adotar primeiramente outras medidas alternativas ou substitutivas que não impliquem a privação da liberdade do indivíduo, não só a CIDH, mas também outros órgãos internacionais de direitos humanos tem recomendado aos Estados a adoção com maior frequência dessas medidas como parte estratégica a reduzir o número de pessoas presas preventivamente e conseqüentemente a superlotação carcerária.

Dessa forma, a Comissão propôs o seguinte catálogo de medidas alternativas: a promessa do acusado de não colocar obstáculos a investigação; se submeter aos cuidados ou vigilância de uma pessoa ou instituição; apresentar-se em juízo periodicamente perante o juiz ou outra autoridade designada; proibição de sair sem autorização prévia do âmbito territorial que se determine; a retenção de documentos de viagem; de visitar determinados lugares ou comunicar-se com determinadas pessoas; abandono imediato do domicílio, quando se tratar de violência doméstica e a vítima conviva com o acusado; a prestação por si só ou por um terceiro de uma fiança, ou caução pecuniária; a vigilância do acusado mediante algum

dispositivo eletrônico de rastreamento, recolhimento em seu próprio domicílio ou de outra pessoa sem vigilância ou com a que o juiz disponha.

De acordo com a Corte Europeia, “ as autoridades quando decidirem se uma pessoa deve ser posta em liberdade ou detida estão obrigadas a considerar medidas alternativas que assegurem o comparecimento do acusado em juízo”.

Consoante as normas internacionais de direitos humanos, a prisão preventiva deve ser a *ultima ratio*, a última via a que se deve recorrer quando há outras medidas.

Os julgadores devem avaliar a possibilidade do efeito de outras medidas alternativas no decorrer do processo e se optarem por impor a prisão preventiva devem motivar e razoar suficientemente a necessidade e a proporcionalidade na aplicação.

Em suma, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, acredita que o maior uso das medidas alternativas ao cárcere, não só é congruente como Princípio da Excepcionalidade da prisão preventiva e com o direito a Presunção da Inocência. A utilização dessas medidas contribuem substancialmente para a redução da superlotação carcerária além de uma perspectiva mais ampla para uma moderna administração da justiça otimizando o sistema de justiça penal e os recursos com que se encontra.

O uso racional das medidas cautelares não privativas de liberdade, observados os critérios da necessidade, proporcionalidade e legalidade, não ferem de modo algum os direitos das vítimas, nem constituem uma forma de impunidade, muito pelo contrário.

Importante, que os distintos poderes do Estado se apoiem institucionalmente no emprego dessas modalidades de medidas cautelares alternativas em lugar de se desvencilhar do uso das mesmas e questionar a sua confiança e eficácia , pois se não há confiança no cumprimento da sua finalidade e não há aplicação, elas entrarão em desuso com grave detrimento da Dignidade da Pessoa Humana, a liberdade das pessoas, a Presunção da Inocência, pilares básicos de uma sociedade democrática.

3.4 DIAGNÓSTICO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO SEGUNDO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA/ JUNHO DE 2014

Consoante informações do anexo 2, iniciaremos um diagnóstico do sistema carcerário consoante estudo do Conselho Nacional de Justiça.

Segundo Conselho Nacional de Justiça, conforme informações datadas de junho de 2014, a nova população carcerária brasileira é de 711.463 presos. Para realizar o levantamento, o CNJ consultou juízes responsáveis pelo monitoramento do sistema carcerário dos 26 estados mais o Distrito Federal.

Consoante análise dos percentuais apresentados, as conclusões demonstram-se em consonância com as informações apresentadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O número de presos provisórios nos estados brasileiros constituem uma porcentagem significativa, chegando em alguns deles a ser de mais de 50%, como pode se observar da tabela no anexo 2.

A prisão provisória tem se tornado uma grave fonte de inúmeras violações aos direitos humanos, promovendo o superencarceramento, a violência e tortura nas unidades prisionais e condições de detenção desumanas e degradantes.

Os dados apresentados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pelo Conselho Nacional de Justiça, só confirmam a necessidade em caráter de urgência da aplicação de medidas cautelares alternativas ao cárcere.

Desta feita, após exposição e análise dos dados, importante apresentar as mudanças realizadas pela nova legislação no que tange as medidas cautelares alternativas, haja vista ser a sua aplicação principal medida para reduzir os problemas relativos a excesso de presos provisórios, bem como a sua efetividade.

CAP.4

AS MEDIDAS ALTERNATIVAS A PRISÃO E SUA EFICÁCIA

Com o advento da reforma do CPP com a lei 12403/11, criou-se uma polimorfologia cautelar, onde se estabeleceu, nos termos do artigo 319 medidas cautelares alternativas á prisão que podem significativamente apresentar uma mudança na mentalidade dos operadores do direito e no quadro prisional brasileiro, rompendo com o binômio prisão-liberdade até então vigente.

Muitos acusados, que merecem algum tipo de restrição em sua liberdade, pelo fato de estarem respondendo por um processo – crime, não precisariam necessariamente serem colocados em cárcere fechado, por vezes, medidas alternativas seriam suficientes para garantir a ordem pública e econômica, a conveniência da instrução criminal.

A inovação legislativa elenca um rol de medidas menos gravosas ao réu, em estrita obediência aos princípios Constitucionais da Presunção da Inocência, ampla Defesa e Devido Processo Legal, sendo certo de que a prisão preventiva, medida excepcional, se revela como a última providência a ser adotada, quando as demais não se mostrarem suficientes.

4.1 Espécies de Medidas Cautelares Diversas

Artigo 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.

Essa medida já é presente no nosso ordenamento jurídico e tem funcionado como condição para o gozo de alguns benefícios como a progressão de regime, o livramento condicional e o sursis por exemplo.

No entanto agora como medida cautelar alternativa é uma restrição a liberdade do indivíduo a ser imposta com extrema cautela para delitos compatíveis com tal necessidade.

Parece medida ideal para os agentes de delitos patrimoniais, mormente os mais graves, quando se perceber que o acusado não possui residência fixa e nem ocupação lícita, o acompanhamento da sua vida durante inquérito constitui ação positiva.

Ademais, se não cumprir com a restrição a ele imposta, apresentando conduta incompatível com as atividades esperadas para aquele que responde a um processo crime, poderá ser preso preventivamente, mas vejamos, somente após aplicação de medida menos gravosa, haja vista ser a prisão preventiva medida de exceção.

II. Proibição de acesso ou freqüência 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.

Também utilizada para a concessão de outros benefícios, esta medida deve ser analisada com certa cautela, consoante definição de SCHIETTI³⁶(36), o objetivo é visivelmente profilático ou preventivo, pois busca evitar que a freqüência do réu a determinados lugares possa criar condições favoráveis para que o agente pratique novos delitos de mesma natureza .

É uma medida que encontrará incidência em relação a imputados, que por exemplo integrem torcidas organizadas e pratiquem atos violentos, ou se envolvam em delitos em bares, boates, ou até mesmo violência doméstica.

Entretanto, para que a mesma exerça fielmente sua finalidade é necessário que o estado proporcione condições e meios de fiscalizar o cumprimento desta medida.

III - Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Essa medida teve sua origem com a lei 11.340/2006, tutelando a violência doméstica e familiar, como medida protetiva de urgência, que obriga o agressor a se manter afastado da vítima, de seus familiares e testemunhas, mantendo-se um limite mínimo de distância.

Com a nova legislação, diversas situações foram abrangidas, entre elas, os crimes em que o autor e a vítima se conhecem, motivo pelo qual podem continuar seus conflitos, após o início do inquérito ou do processo.

³⁶ SCHIETTI MACHADO CRUZ, Rogério. Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas, p.152.

Nesse ponto, é perfeitamente possível que a cautelar cumpra a sua função de tutela de provas, sendo a sua efetividade mais concreta na medida em que a pessoa protegida poderá denunciar o eventual descumprimento da ordem.

Mas é necessário também que os juízes busquem agir com serenidade na avaliação das denúncias de descumprimento, para não decretarem a prisão preventiva em provas infundadas e decisões levianas, violando os princípios da necessidade e da proporcionalidade.

Ressaltando, que antes de revogá-la deve preferir a cumulação com mais alguma das restrições previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido vejamos artigo 282,§4º do Código de Processo Penal:

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

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Constitui medida cautelar com objetivo precípuo de tutela de provas e por via reflexa da própria eficácia da lei penal, evitar o risco de fuga.

Poderá ser conciliada com disposto no artigo 320 do Código de Processo Penal:

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Caberá, portanto, aos magistrados comunicar as autoridades competentes de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando o acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24(vinte e quatro) horas.

V - Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)

É uma medida cautelar que engloba diversas finalidades, desde minorar o risco de fuga, tutela de prova até mesmo prevenção especial e geral.

Mesmo que dependente de responsabilidade e auto-disciplina do acusado poderá vir cumulada com o monitoramento eletrônico, para garantir a eficácia.

A medida também é diversa n prevista nos artigos 317 e 318, a prisão domiciliar medida cautelar de recolhimento domiciliar previsto no artigo 319, V , do Código de Processo Penal.

Segundo SCHIETTI, a primeira aproxima-se mais de uma espécie de prisão preventiva atenuada, impondo ao imputado o dever de manter-se dentro de sua residência, salvo autorização judicial; enquanto a segunda, é uma modalidade menos gravosa de manter alguém e regime de liberdade parcial, permitindo-lhe que trabalhe durante o dia, recolhendo-se ao domicílio apenas à noite ou nos períodos de folga.

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Constitui medida ideal para os crimes contra a administração pública, econômicos e financeiros, evitando a preventiva que tenha por motivação a garantia da ordem econômica, sendo que uma das razões para decretação da prisão cautelar é a persistência do acusado na continuidade de negócios escusos, neste caso a suspensão do exercício da atividade pode ser suficiente para aguardar o desenvolvimento do processo.

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Com o advento da nova lei a lacuna existente em relação a prisão provisória de doentes mentais foi superada. A medida de segurança provisória foi extinta pela Lei de Execução penal, a prisão preventiva era o único meio de se manter seguro o enfermo mental que tenha cometido fato criminoso grave, no entanto quando era concretizada, o acusado na maioria das vezes continuava mantido no cárcere, se a devida transferência para um hospital ou casa de custódia e tratamento.

Com a substituição trazida pela lei 12.403/2011 adota-se a denominação internação provisória, que deve ser realizada em local adequado, longe do cárcere.

Apesar de exigir um laudo concluindo a inimizabilidade ou a semi-imizabilidade, segundo Guilherme de Souza Nucci, para a adoção da medida, deve o juiz valer-se do seu poder geral de cautela, determinando a internação provisória, antes mesmo do término do laudo com as devidas conclusões, pois é incabível manter-se em cárcere comum o doente mental que exiba nítidos sinais de sua enfermidade.

Se necessário um parecer médico pode ser recolhido previamente para que esta medida seja aplicada em caráter urgente.

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

A fiança era utilizada, apenas, para servir de alternativa à prisão em flagrante, quando o juiz verificasse a sua legalidade e não encontrassem presentes os requisitos da prisão preventiva.

Ainda se mantém a liberdade provisória, na avaliação do auto de prisão em flagrante, com ou sem fiança, permanecendo esta com seu caráter de garantia real, no entanto, insere-se a mesma como medida cautelar desvinculado da prisão em flagrante podendo ser aplicada isolada ou cumulativamente com outras medidas cautelares.

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

A lei 12.258/2010 possibilitou a monitoração eletrônica de condenados para dois fins: saída temporária e prisão domiciliar, conforme artigo 146-B da Lei de Execução Penal. Entretanto, as possibilidades instituídas não chegaram a provocar alterações consideráveis no sistema carcerário.

No novo dispositivo legal, consagra-se o monitoramento eletrônico como medida cautelar alternativa em que a possibilidade de vigilância ininterrupta tem como objetivo a tutela para o risco de fuga e a prática de novas infrações.

Ao permitir o permanente controle sob a circulação do acusado, constitui instrumento útil também para eficácia das demais medidas cautelares, tais como a proibição de frequentar determinados lugares, proibição de se ausentar-se da comarca ou país e o recolhimento domiciliar. Cumpre dessa forma, diferentes dimensões de tutela cautelar.

Passada uma breve análise sobre as novas medidas cautelares instituídas pela nova legislação, faz mister destacar os requisitos que as mesmas estão submetidas.

4.2 Requisitos para decretação e formalidades

Em linhas gerais, os requisitos de aplicação das medidas cautelares concentram-se basicamente, na necessidade e na adequação, consoante incisos I e II do artigo 282 do Código de Processo Penal.

A presunção da inocência constitui direito fundamental de dimensão constitucional posição do sujeito diante das normas da ordenação, resulta também em direitos subjetivos públicos em face do Estado que tem o dever de motivar sempre qualquer restrição aos direitos e liberdade dos indivíduos.

Eis o primeiro caráter das novas medidas: necessidade. O artigo 282, I , traz esse requisito e agrega dois fatores diretamente ligados à prisão preventiva, garantia na ou instrução criminal, cria ainda um outro fator consistente na inevitabilidade da prática de infrações penais, nos casos expressamente previstos em lei.

O segundo caráter das novas medidas liga-se a adequabilidade.

Esse fator está intimamente ligado ao Princípio Constitucional da Proporcionalidade, autor e fato devem ser analisados detalhadamente, para que seja aplicada a medida cautelar mais adequada ao caso em apreço. Cuida-se, como preleciona Guilherme de Souza Nucci(2013, p.33-35) , da Individualização da medida cautelar, haja vista a existência de diversas possibilidades a disposição do magistrado para aplicação ao caso concreto.

No que tange aos requisitos da adequabilidade, o primeiro deles se refere à gravidade do delito, é necessário que o mesmo seja avaliado concretamente e não em abstrato, deve se avaliar a gravidade real da infração, como exemplo cita Guilherme de Souza Nucci , o acusado de roubo , que embora primário e sem antecedentes não possua emprego ou endereço fixo, por cautela, para assegurar a aplicação da lei penal, poderá o magistrado fixar a medida cautelar de comparecimento periódico em juízo para informar e justificar suas atividades(artigo 319, inciso I, do Código de Processo Penal).

Posteriormente, as circunstâncias de fato, constituem o segundo requisito da adequabilidade. Essas circunstâncias dizem respeito à tipicidade derivada, qualificadoras, privilégios, causas de aumento e de diminuição. Existem diferenças para efeito de adequabilidade entre tipos penais básicos, como roubo simples, tipificado no artigo 157, caput do Código Penal e tipos derivados, como previsto no artigo 157,§2º, do Código Penal. Deve o

juiz agir com maior cautela ao decretar medidas cautelares em situações de tipos simples, básicos, privilegiados ou com causa de diminuição, enquanto se pode apontar como conveniente a cautelaridade nos casos de tipos qualificados ou com causa de aumento.

Como terceiro requisito da adequabilidade encontra-se as condições pessoais do indiciado.

É uma típica regra para o julgamento do juiz, no entanto, quando mal utilizada, pode abrir um perigoso espaço para um retrocesso ao direito penal do autor com o desvalor de ‘antecedentes’, por exemplo para adotar medidas mais graves como a aplicação da prisão preventiva.

As condições pessoais do indiciado são inerentes ao modo de ser do indivíduo, ou as qualidades relacionadas á pessoa humana, como a menoridade relativa, senilidade, primariedade ou reincidência, bons ou maus antecedentes, personalidade, conduta social, entre outros.

Infelizmente, os adeptos ao discurso punitivo e resistente à aplicação das novas medidas alternativas, utilizam-se dessas condições como motivação para decretar a prisão preventiva.

Dessa forma, deve o juiz atentar para a necessidade do caso concreto, ponderando sempre a gravidade do delito e suas circunstâncias, bem a situação pessoal do acusado, em consonância com as diversas medidas cautelares que estão dispostas no artigo 319 do Código Penal Pátrio. Deverá optar pela medida isolada ou cumulativamente que melhor acautela a situação ora em comento, reservando a prisão preventiva para situações extremas.

A decretação das cautelares alternativas pode ser feita pelo juiz, de ofício, ou a requerimento das partes, durante o processo; o juiz poderá decretá-la por representação da autoridade policial o mediante requerimento do Ministério Público, no inquérito.

Em caso de urgência ou perigo na demora, poderá ser decretada a medida cautelar *inaudita altera partes*, do contrário o indiciado ou réu deverá ser intimado em relação ao pedido formulado pela parte.

O descumprimento das medidas cautelares podem gerar a sua substituição por outra medida, a cumulação com outra restrição ou em último caso, a decretação da preventiva.

Diante do exposto, após apreciação dos requisitos e formalidades das cautelares alternativas, passamos a discorrer sobre eficácia dessas medidas trazidas pela lei 12.403/2011 no nosso ordenamento jurídico.

4.3 A eficácia das medidas cautelares alternativas á prisão frente ao ordenamento jurídico.

As mudanças trazidas pela nova legislação são positivas e podem aprimorar, verdadeiramente, o sistema processual brasileiro no cenário da prisão e da liberdade.

No entanto, o que se percebe, como denomina FERRAJOLI, é uma “crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso”.

As prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender para depois buscar o suporte probatório que legitime a medida adotada. Com bem expõe Aury Lopes Júnior, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre fatos, pois se prende para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, para somente após cercear a liberdade do indivíduo, uma vez suficientemente demonstrados os requisitos para esta atitude.

Lamentavelmente, as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. A prisão imediata acaba por construir uma falsa noção de eficiência da atuação repressiva estatal, tornando o que foi criado para ser excepcional um instrumento de uso comum e ordinário.

Como bem aduz Aury Lopes Júnior, o problema não é legislativo, mas cultural.

É clara a resistência pelos nobres julgadores em adotar a aplicação de medidas cautelares diversas. Basta realizar uma rápida consulta em julgados nos sites dos Tribunais para encontrar diversos resultados de jurisprudências que confrontam aquilo que deveria ser a regra.

O crime é grave, aplica-se a preventiva, não é reincidente, mas possui maus antecedentes, aplica-se a preventiva para a garantia da ordem pública, o raciocínio imediatista impressiona, diante dos vagos termos utilizados como requisitos da prisão preventiva, conforme já demonstrado em capítulo anterior, o conhecedor da estrutura linguística logra

êxito ao utilizar-se dessa “anemia semântica”, consoante intitula Alexandre Morais Rosa, para preencher de maneira artificial os requisitos apresentados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Muitas são as possibilidades de medidas alternativas ao cárcere que estão á disposição dos magistrados, cabendo a eles averiguar a que melhor se adéque ao caso concreto.

No entanto após mais de três anos da criação do novo dispositivo legal, ainda existem na sua grande maioria julgadores que somente trabalham com a prisão preventiva, deixando os artigos 282 e 319 do Código intocados.

A aplicação de penas alternativas é irrisória em relação ao que o Sistema de Justiça Criminal produz a prisão preventiva ainda é utilizada como forma central de organizar a produtividade da Justiça Penal.

Conforme demonstrado no capítulo 2, o número de presos provisórios no Brasil já chega a quase 40%, mesmo diante de tantas possibilidades disponibilizadas aos operadores diversas da prisão preventiva.

A realidade que se apresenta só está contribuindo para a superlotação carcerária sem reduzir os índices de criminalidade e transparecer para a sociedade a sensação de segurança.

Como já mencionado anteriormente, na visão de Aury Lopes Júnior, o uso excessivo da prisão preventiva está intimamente ligado a visão tradicional de que o encarceramento é sinônimo de punição, o que não é verdade, novas medidas foram criadas justamente para se alcançar melhores resultados proporcionando redução da criminalidade e da população de presos provisórios. O que não pode ocorrer, são os próprios julgadores quererem exercer o controle policial do Estado mantendo as pessoas em cárcere como forma de alcançar a segurança pública.

As decisões a cerca da decretação da prisão preventiva devem ser motivadas, devidamente fundamentadas e na maioria das vezes esta motivação sequer existe, uma vez que os Juízes utilizam expressões como “atendidos os requisitos legais, homologo a prisão em flagrante, determino a prisão preventiva para a garantia da ordem pública”.Ora, onde

encontra-se a racionalidade na decisão judicial, a clareza, se sequer encontra-se explícito os fatos em que se assenta a necessidade da adoção da medida.

A mera repetição das palavras da lei ou o emprego de fórmulas vazias e sem amparo em fatos concretos não se coadunam com a gravidade e o caráter excepcional da medida.

Uma prisão cautelar deve ser medida *ultima ratio*, imprescindível e deve, antes de tudo, atender aos pressupostos e requisitos legais para que haja a sua decretação.

Ausentes os pressupostos e requisitos exigidos para decretação da prisão preventiva e diante de uma situação em que ocorra a arbitrariedade e o autoritarismo a liberdade é medida que se impõe.

As cautelares alternativas são uma nova forma de orientação do sistema penal, objetivando que este seja mais humanizado, participativo e adequado a cada caso, promovendo uma afetiva responsabilização pelo acusado do delito por ele praticado. Não são medidas que visam puramente a redução no número de presos provisórios, são prioritariamente uma forma diversa de resolução de conflitos, reparação do dano e responsabilização criminal.

Para que as mesmas sejam eficazes no ordenamento jurídico brasileiro necessário é a sua aplicação por parte dos Doutos Julgadores. A legislação encontra-se disponível e repleta de possibilidades a serem aplicadas e testadas pelos operadores, no entanto, segundo preleciona Guilherme de Souza Nucci, elas precisam de credibilidade e respeitabilidade, sob pena de se tornarem ineficazes e inúteis, podendo inclusive implantar ainda mais o uso da prisão, se constada a sua ineficácia.

4.4 Da aplicação das cautelares na Maria Da Penha

Interessante ressaltar a questão da aplicação das cautelares alternativas nos casos da Lei Maria da Penha.

A lei 12.403/2011 alterou substancialmente o sistema das cautelares criminais, com repercussão direta na Lei Maria da Penha, tendo em vista que o Código de Processo Penal se aplica na violência doméstica praticada contra mulher por expressa disposição dos artigos 12 e 13 da lei 11340/06.

As medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, embora sejam espécies de medidas cautelares, têm finalidade diversa das cautelares previstas no Código de Processo Penal.

Consoante artigo 282 do Código de Processo Penal, o objetivo precípua das medidas cautelares é assegurar o resultado útil do processo, ao contrário das medidas protetivas, que não são instrumentos para assegurar o processo, a finalidade das mesmas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favoreçam.

A lei Maria da penha foi expressa quanto a esses objetivos, ao determinar que as medidas “visam a proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio” (artigo 19, § 3º), e devem ser aplicadas “sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados” (artigo 19, § 2º) e “sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem”(artigo 22, § 1º).

As medidas protetivas não são acessórias do processo principal e nem se vinculam a ele, portanto, são medidas cautelares que visam garantir direitos fundamentais.

Importante ressaltar que as mesmas não buscam provar crimes, até porque podem ser deferidas mesmo em sua ausência, basta a ocorrência de alguma das violências domésticas elencadas no artigo 7º da Lei Maria Penha, pois a lei busca enfrentar a violência, que nem sempre terá um tipo correspondente na legislação penal.

Dessa forma, pode se auferir que a aplicação de medidas cautelares alternativas á prisão nos casos da Lei Maria da Penha e plenamente viável, não afetando a segurança da vítima, já que para essa finalidade existem as medidas protetivas.

O que se tem visto é a decretação da prisão preventiva, medida de exceção, sem mesmo averiguar a possibilidade de aplicação de outra medida cautelar alternativa que se adéqüe ao caso concreto e alcance os mesmos objetivos pretendidos.

A análise do caso concreto é de suma importância, e para que isso ocorra a oitiva prévia do acusado é mister para que o magistrado possa decidir se é necessária aplicação da prisão preventiva dentro dos requisitos legais ou se é possível a aplicação de uma medida cautelar alternativa ao cárcere que atenda ao papel punitivo e ressocializador da pena.

Nesse sentido o artigo 282, §3º do Código de Processo Penal em sua nova redação prevê, como regra geral, a oitiva prévia do suspeito antes da aplicação de alguma cautelar, em respeito ao princípio do contraditório, ressaltando apenas os “casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida”.

Ocorre que, não se vê a aplicação desse dispositivo legal, os juízes decretam a prisão preventiva com a finalidade de proteger a vítima, sem atentar para a possibilidade de uma medida cautelar diversa e nem mesmo para a realização da oitiva prévia do réu, “prende primeiro e pergunta depois”.

CAP.5

OS BENEFÍCIOS E AS FORMAS DE INSTRUMENTALIZAÇÃO PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS

O que se percebe por parte da sociedade, nas polícias, no Judiciário, no Ministério Público e nos Governos é uma cultura punitiva, um incentivo ao endurecimento penal e o superencarceramento como solução para a violência e os conflitos sociais.

Nesse sentido mister é o papel das medidas cautelares alternativas, que vem sendo vistas por muitos países como principal meio de reduzir o número de presos provisórios, entre eles destaca-se a Suécia, que fechou quatro prisões e um queda de 6% no número de detentos desde 2011, segundo informações disponibilizadas pela Revista Carta Capital.³⁷

Acreditam que a queda se deu principalmente pelos investimentos na reabilitação de presos, ajudando-os a ser reinseridos na sociedade, aplicação de penas mais leves para delitos relacionados às drogas e adoção de penas alternativas.

O Brasil com uma política semelhante poderia reduzir de forma significativa a sua população carcerária, o exemplo Sueco deixa claro, que a questão da criminalidade é sim social e cultural.

Na Suécia, 112º país do mundo em população carcerária, são 4.852 presidiários para 9,5 milhões de habitantes –51 para cada 100 mil habitantes. No Brasil, que tem a 4ª maior população carcerária do mundo, são 584.003 detentos, ou 274 por 100 mil habitantes.

A Reportagem nem frisou no mérito de que naquele país nórdico toda população têm acesso à educação, saúde, cultura, serviços públicos de qualidade e que os direitos humanos são de preocupação extrema pelos governantes.

Acreditar que não há ligação entre a questão social e número de presos em um país é acreditar “que há pessoas propensas para o mal”. Sem falar na questão moral, a maioria das pessoas acreditam que mesmo quem cometeu um delito leve deve ficar longos períodos

³⁷<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/suecia-fecha-4-prisoos-e-prova-mais-uma-vez-a-questao-e-social-334.html>

encarcerado em condições sub-humanas. E se opõe a qualquer investimento na ressocialização desses detentos.

No entanto, o que o autoproclamado “cidadão de bem” precisa entender é que a melhor opção para segurança de sua família e para o progresso de seu país não envolve a manutenção das prisões brasileiras como estão hoje, e sim a implementação de penas alternativas que possibilitem a reabilitação do presos e sua reinserção na sociedade.

Ao exemplo Sueco, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu Informativo sobre o uso da prisão preventiva nas Américas, tem em suas recomendações a aplicação de medidas cautelares alternativas que tenham um caráter menos restritivo, haja vista o caráter excepcional da prisão preventiva.

Devem os Estados regular de maneira adequada o uso e aplicação dessas medidas cautelares distintas da prisão preventiva garantindo e assegurando recursos necessários que possibilitem sua aplicação e sua utilização pelo maior número de pessoas possíveis, desenvolvendo programas de capacitação e supervisão para garantir o uso das mesmas, aplicando-as de maneira racional, atendendo a sua finalidade e eficácia de acordo com as características de cada caso concreto.

Destaca-se que para a eficácia das medidas cautelares alternativas, necessário frisar dois pontos de extrema importância, o primeiro deles a utilização por parte dessas medidas pelos Doutos Julgadores, tendo em vista a análise dos requisitos e do caso concreto e superado esse primeiro ponto, posterior a formas de instrumentalização que permitam a aplicação das mesmas.

Nesse sentido, essencial é atuação estatal, buscando novas formas para uma maior utilização e fiscalização dessas medidas.

O uso das tornozeleiras eletrônicas é um exemplo, pois além de constituir uma medida cautelar alternativa contribui substancialmente para o uso de outras.

Consonte, informativo do Supremo Tribunal Federal, de quinta-feira dia 09 de abril de 2015, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministro Ricardo Lewandowski, o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, e o presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Augusto de Arruda Botelho, assinaram três acordos de cooperação técnica para facilitar a implantação do projeto “Audiência de Custódia” em todo o Brasil e para viabilizar a aplicação de medidas

alternativas cautelares, como o uso de tornozeleiras eletrônicas, conteúdo dos acordos no anexo 3.

O primeiro acordo visa incrementar o programa de audiências de custódia. A ideia é que qualquer pessoa presa em flagrante seja apresentada imediatamente a um juiz. O programa já está em fase de implantação na capital do estado de São Paulo e deve, até o meio do ano, começar a funcionar nas capitais de outros 14 entes da Federação.

O segundo acordo assinado, explicou o ministro Lewandowski, visa tornar viáveis as medidas alternativas à prisão preventiva, que é aquela feita em casos excepcionais, quando o detido representa algum perigo para a sociedade. O Código de Processo Penal, consoante já demonstrado ao longo do texto já prevê essas medidas alternativas, com a alteração realizada pela lei 12.403/11, que podem ser as tornozeleiras eletrônicas, o comparecimento periódico em juízo, a proibição de acesso a determinados lugares ou de contato com pessoas indicadas, a proibição de ausentar-se da comarca, entre outras.

O último acordo assinado visa à construção de centros de monitoramento eletrônico para difusão do uso das tornozeleiras eletrônicas. Muitas vezes os juízes não têm essa alternativa porque não existe esse equipamento e também não existem meios para controlar, conforme ressaltou o ministro Lewandowski. Pelo acordo, o Ministério da Justiça fica responsável, em parceria com os Estados, pela compra das tornozeleiras e pela montagem dos centros.

O ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, também defendeu o maior uso do monitoramento eletrônico de presos. "Temos que ter soluções penais eficazes.

Cardozo não soube estimar quantas tornozeleiras serão compradas, mas assegura que o programa entra em vigor imediatamente. O governo irá, em parceria com os Estados, promover a compra. De acordo com Cardozo, há uma reserva orçamentária para a aquisição dos equipamentos. "Nós vamos alocar recursos federais nesse programa", afirmou, sem especificar as quantias.

O acordo relativo as medidas alternativas teve como principais objetivos:

- I. Sensibilizar a sociedade o sistema de justiça criminal sobre a necessária aplicação das alternativas penais, com enfoque restaurativo, como forma de reduzir o alto índice de encarceramento e o ciclo vicioso da violência, criminalidade e reincidência;
- II. Ampliar e qualificar a rede de serviços de aplicação, acompanhamento e fiscalização de alternativas penais;
- III. Fomentar o controle e a participação social na política de alternativas penais;
- IV. Promover o enfoque restaurativo nas políticas de alternativas penais;
- V. Aprimorar a gestão de informação da política de alternativas penais;

Como pode se observar, não há dúvidas de que a aplicação das medidas cautelares têm papel fundamental contribuindo para resolver o problema do sistema penitenciário brasileiro.

No entanto, conforme os objetivos apresentados acima componentes do conteúdo do acordo, é necessário uma política de conscientização não só da sociedade em geral, mas principalmente dos operadores do direito, haja vista que a maioria dos magistrados ainda demonstram-se resistentes à aplicação dessas medidas alternativas a prisão preventiva embebecidos pelo sentimento punitista incentivando o endurecimento penal e o superencarceramento como solução para os problemas de violência e conflitos sociais.

Por fim, ponto importante a ser ressaltado é a implementação da audiência de custódia, que consiste de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para a primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção dessa prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere.

Como pode se perceber a realização da audiência de custódia constitui fator preponderante para a possibilidade de aplicação das cautelares alternativas.

A lei brasileira prevê o encaminhamento do auto de prisão em flagrante para que o juiz competente analise a legalidade e a necessidade da manutenção da prisão cautelar. Por esta razão, o contato entre o juiz e a pessoa presa tem ocorrido apenas na sua audiência de instrução e julgamento.

Para Aury Lopes Júnior, “o encontro imediato do preso com o juiz pode significar um passo decisivo rumo à evolução civilizatória do processo penal, resgatando-se o caráter humanitário a até antropológico da jurisdição”. Assegura a dignidade do imputado, o acesso imediato a garantia da jurisdição, a possibilidade de defesa, o contraditório, o direito a um processo sem dilações indevidas, a oralidade, dando melhor eficácia as cautelares diversas previstas no artigo 319, pois no contato pessoal com o imputado, o juiz melhor poderá aferir a medida cautelar mais adequada a ser imposta.

Conforme tem sido apontado pela sociedade civil, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo relacionou algumas razões para apoiar a audiência de custódia.

1 - Combate a superlotação carcerária: A apresentação imediata da pessoa detida ao juiz é um mecanismo que possibilita à autoridade judiciária a apreciação da legalidade da prisão. A realização da audiência de custódia minimiza a possibilidade de prisões manifestamente ilegais.

2 - Inibe a execução de atos de tortura, tratamento cruel, desumano e degradante em interrogatórios policiais: Atos de tortura violam os direitos fundamentais do cidadão, e apesar das providências tomadas contra estes atos nos últimos anos no Brasil, ainda são recorrentes os casos em que a tortura ainda é praticada durante interrogatórios policiais.

3 - Viabiliza o respeito às garantias constitucionais: A realização de audiências de custódia garantiria, no Brasil, o efetivo respeito ao princípio constitucional do contraditório, conforme Art. 5º, LV, CF.

4 - É demanda social expressa em iniciativa legislativa: O Projeto de Lei 554/2011, de autoria do senador Antônio Carlos Valadares, propõe a alteração do parágrafo 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal incluindo a obrigatoriedade da realização de audiências de custódia no processo penal brasileiro.

5 - Reforça o compromisso do Brasil na proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 1992, dispõe que “toda pessoa detida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada a exercer funções judiciais” (art. 7º).

6 - Renova as credenciais do Brasil no cenário internacional: Organismos e atores internacionais – tais como a “HumanRightsWatch”, organização não governamental dedicada à proteção dos direitos humanos em todo o mundo, e o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) – já sinalizaram sobre a importância da audiência de custódia.

7 - Adequa o ordenamento jurídico interno para cumprimento de obrigações internacionais, conforme exige o artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), segundo o qual é dever dos Estados-partes a adoção de disposições de direito interno compatíveis com as normas contidas no referido Tratado. Conforme dispõe essa normativa, “se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º [da CADH] ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

8 - Reforça a integração jurídica latino-americana: O instituto da audiência de custódia é, atualmente, parte do ordenamento jurídico de diversos países da América Latina – a exemplo do Peru, México, Argentina, Chile e Equador.

A situação do sistema prisional brasileiro é calamitosa, a possibilidade de aplicação das medidas cautelares alternativas ao cárcere trazidas pela lei 12.403/11 só tem a trazer benefícios reduzindo o número de presos provisórios e a criminalidade, cabe ao estado adotar tais medidas concomitantemente possibilitando uma maior instrumentalização investindo em meios que promovam uma maior utilização das mesmas, como as tornozeleiras eletrônicas que asseguram a sua eficácia e a implementação das audiências de custódia que garantem a legalidade da prisão e contribuem para que o juiz aferir sobre a medida cautelar diversa mais adequada ao caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei 12.403/11 trouxe um rol de medidas cautelares alternativas a prisão com o objetivo de minimizar o alto índice de presos provisórios no Brasil.

O sistema prisional brasileiro deixou de atingir de forma eficaz o instrumento da prevenção, repressão e ressocialização, transformou a prisão preventiva medida excepcional, em regra.

A decisão a cerca da decretação da prisão preventiva que deveria ser motivada e devidamente fundamentada sequer existe, uma vez que a maioria dos juízes utilizam-se de expressões vagas, não encontrando-se de forma clara , explícita os fatos em que se assenta a necessidade da adoção da medida .

Como já exposto anteriormente a mera repetição das palavras da lei ou o emprego de fórmulas vazias e sem amparo em fatos concretos não se coadunam com a gravidade e o caráter excepcional da prisão preventiva.

Uma prisão cautelar deve ser medida *ultima ratio*, imprescindível e deve, antes de tudo, atender aos pressupostos e requisitos legais para que haja a sua decretação.

Ausentes os pressupostos e requisitos exigidos para decretação da prisão preventiva e diante de uma situação em que ocorra a arbitrariedade e o autoritarismo a liberdade é medida que se impõe.

As cautelares alternativas são uma nova forma de orientação do sistema penal, objetivando que este seja mais humanizado, participativo e adequado a cada caso, promovendo uma efetiva responsabilização pelo acusado do delito por ele praticado.

Para que as mesmas sejam eficazes no ordenamento jurídico brasileiro necessário é a sua aplicação por parte dos Doutos Julgadores. A legislação encontra-se disponível e repleta de possibilidades a serem aplicadas e testadas pelos operadores, no entanto, elas precisam de credibilidade por parte dos Nobres Julgadores e aplicação por parte do estado de políticas de instrumentalização que aumentem a sua utilização e fiscalizem a sua eficácia.

Instrumentos estão sendo disponibilizados para facilitar a aplicação e fiscalização das medidas alternativas, como a utilização das tornozeleiras eletrônicas e a audiência de custódia, conforme exposto, cabe ao julgador analisar o caso concreto resguardando os princípios constitucionais, zelando pelos direitos humanos para aplicar a medida cautelar diversa que mais se adéque.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre el uso de La prisión preventiva em las Americas**.OEA/Ser.L/V/II.Doc.46/13.30 de dezembro de 2013.Original:Espanhol

DE PALÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 7ªed.Rio de Janeiro: Forense, 1982.

DE LIMA, Fausto Rodrigues. **Lei das Cautelares mudou aplicação da Maria da Penha**. **Disponível em:** <http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/fausto-lima-lei-medidas-cautelares-mudou-aplicacao-maria-penha>.Acesso em:20de janeiro de 2015.

LOPES JR., AURY. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória Medidas Cautelares Diversas** 2.ed.Rio de Janeiro:Lumen Juris,2011.179p

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 2ªed. São Paulo: Atlas, 1997.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Ministro do STF apresenta ao Ministro da Justiça proposta de alteração no CPP sobre medidas cautelares**. **Disponível em:** <http://jus.com.br/artigos/26661/ministro-do-stf-apresenta-ao-ministro-da-justica-proposta-de-alteracao-no-cpp-sobre-medidas-cautelares#ixzz2t3XWLv56>. Acesso em: 14 de abril de 2014.

NUCCI, GUILHERME DESOUZA. **Prisão e Liberdade De acordo com a lei 12.403/2011**.3ed. São Paulo:Revista dos Tribunais,2013.157p

Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil. Disponível em:http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. Acesso em: 09 de março de 2015.

PRADO, Geraldo. **Excepcionalidade da Prisão Provisória In: Medidas Cautelares no Processo Penal. Prisões e suas alternativas.**Org. Fernandes. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

RUBENS CASARA. **Uma ilustre desconhecida: a presunção de inocência.** Disponível em:<http://justificando.com/2015/01/17/uma-ilustre-desconhecida-presuncao-de-inocencia/>Acesso em: 20 de janeiro de 2015

SILVA, JORGE VICENTE. **Comentários à lei 12.403/2011: Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade Provisória.** Curitiba: Juruá, 2011.420p.

ANEXO 1

PRISÃO PREVENTIVA NAS AMÉRICAS				
ESTADO	Nº PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE	PORCENTAGEM DE PROCESSADOS	PORCENTAGEM DE CONDENADOS	DATA DA INFORMAÇÃO
Bolívia	13.654	11.410 (84%)	2.244 (16%)	Outubro de 2012
Brasil	549.577	191.024 (37.6%)	317.333 (62.4%)	Junho de 2012
Chile	53.171	10.823 (20.4%)	42.348 (79.6%)	31 de julho de 2012
Colômbia	113.884	34.571 (30.35%)	79.313 (69.65%)	31 de dezembro de 2012
Costa Rica	13.017	3.248 (25%)	9.769 (69.65%)	31 de dezembro de 2012
El Salvador	26.883	6.459 (24%)	20.424 (76%)	08 de outubro de 2013
Equador	19.177	9.409 (49%)	9.768 (51%)	01 agosto de 2012
Guatemala	14.635	7.357 (50.3%)	7.278 (49.7%)	Outubro de 2012
Honduras	12.407	6.064 (48.9%)	6.343 (51.1%)	Abril de 2013
Nicarágua	9.168	1.127 (12.3%)	8.041 (87.7%)	31 de dezembro de 2012
Panamá	14.521	9.443 (65%)	5.078 (35%)	Outubro 2012
Paraguai	7.901	5.780 (73.1%)	2.126 (26.9%)	23 de setembro de 2012
Perú	58.681	34.508 (58.8%)	24.173 (41.2%)	31 de Julho de 2012
Uruguai	9.330	6.065 (65%)	3.265 (35%)	31 de Julho de 2012
Venezuela	36.236	18.735 (52%)	17.501 (48%)	Primeiro semestre de 2012

ANEXO 2

Processo 2014.02.00.000639-2

UF	População Carcerária (M/F) CNI/EP14	% Presos Provisórios	Capacidade (Vagas)	Déficit (Vagas)	Presos em cumprimento de prisão domiciliar	Total de presos (população carcerária + prisão domiciliar)	Déficit de Vagas (c/ presos domiciliares)	Novo % de presos provisórios
AC	4.320	27%	2.487	1.833	198	4.518	2.031	26%
AL	2.531	55%	1.813	718	480	3.011	1.198	47%
AM	5.276	63%	3.615	1.661	441	5.717	4.056	57%
AP	2.523	30%	1.609	914	1.662	4.185	2.576	18%
BA	13.913	64%	10.712	3.201	484	14.397	3.685	62%
CE	15.447	59%	11.015	4.432	847	16.294	5.279	56%
DF	13.200	26%	6.629	6.571	6.277	19.477	12.906	17%
ES	15.548	43%	12.869	2.679	27	15.575	2.706	43%
GO	12.059	53%	8.361	3.698	1.058	13.117	4.756	49%
MA	6.315	57%	5.501	814	2.226	8.541	3.040	42%
MG	57.498	49%	36.098	21.400	10.954	68.452	32.354	41%
MS	13.513	31%	7.357	6.156	775	14.288	6.931	30%
MT	10.321	52%	6.632	3.689	1.067	11.388	4.756	48%
PA	12.172	43%	8.434	3.738	1.007	13.179	4.745	40%
PB	9.270	38%	5.892	3.378	8	9.278	3.386	38%

Processo 2014.02.00.000639-2

UF	População Carcerária (M/F) CNIÉP14	% Presos Provisórios	Capacidade (Vagas)	Déficit (Vagas)	Presos em cumprimento de prisão domiciliar	Total de presos (população carcerária + prisão domiciliar)	Déficit de Vagas (c/ presos domiciliares)	Novo % de presos provisórios
PE	30.149	50%	8.956	21.193	175	30.324	21.368	50%
PI	3.240	68%	2.780	460	30	3.270	490	68%
PR	28.309	41%	23.680	4.627	1.347	29.656	5.974	39%
RJ	36.611	38%	29.037	6.574	1.842	37.453	8.416	37%
RN	6.842	34%	5.625	1.217	131	6.973	1.348	34%
RO	7.674	20%	4.981	2.693	2.247	9.921	4.940	16%
RR	1.676	41%	1.218	458	99	1.775	557	39%
RS	27.336	37%	21.063	6.273	3.177	30.513	9.450	33%
SC	16.366	30%	11.589	4.777	14.472	30.838	19.249	16%
SE	4.666	76%	2.841	1.825	3.646	8.312	5.471	43%
SP	204.946	35%	114.498	90.448	92.150	297.096	182.598	24%
TO	2.805	46%	1.927	878	1.110	3.915	1.988	33%
TOTAL	563.526	41%	357.219	206.307	147.937	711.463	354.244	32%

Gráfico Número de Pessoas Presas no Brasil

■ Número de Pessoas Presas no sistema ■ Número de Pessoas Presas no sistema + Prisão Domiciliar

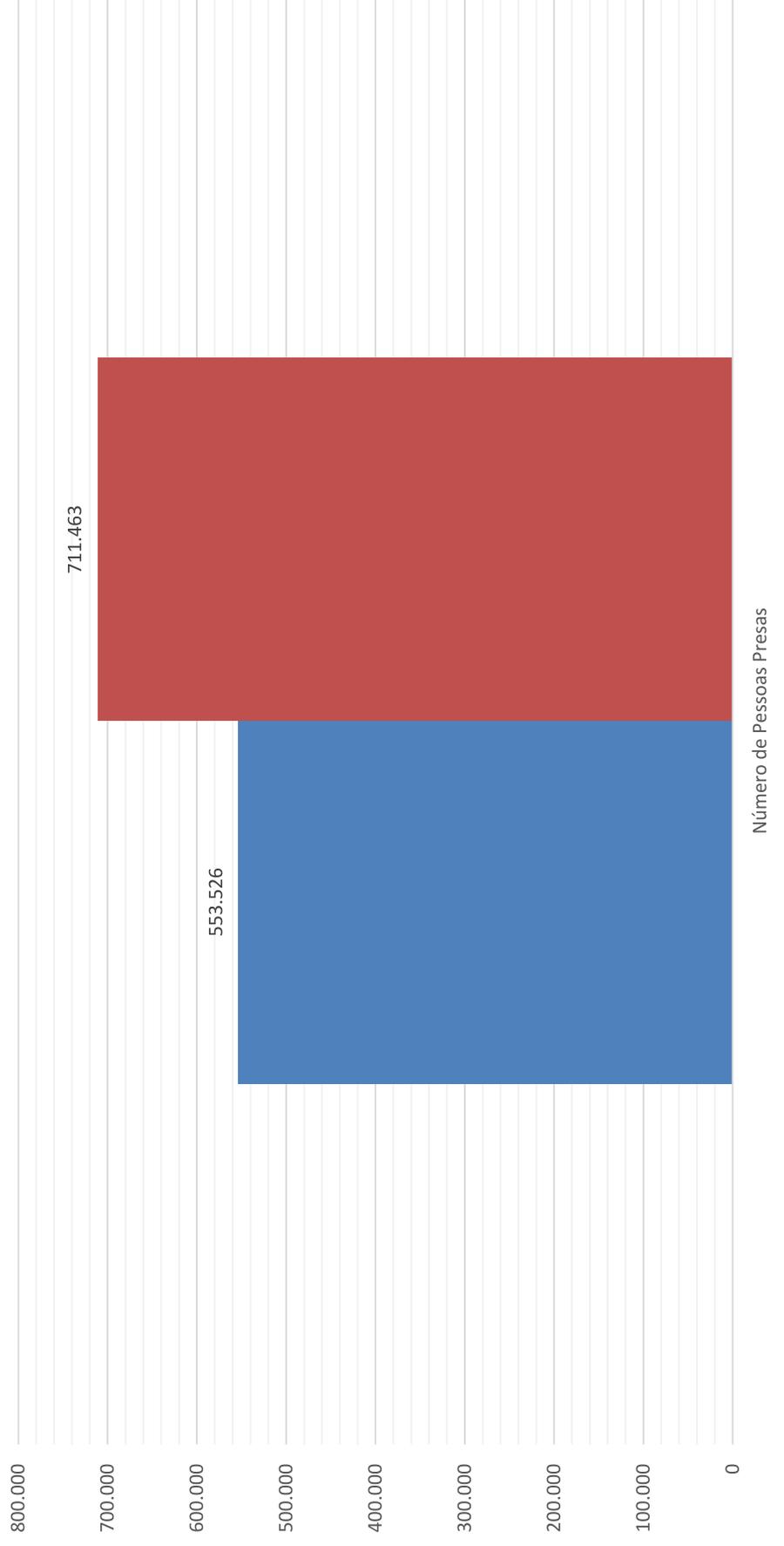


Gráfico Déficit de Vagas no Brasil

■ Déficit de Vagas no Sistema ■ Déficit de Vagas no sistema, computada a prisão domiciliar

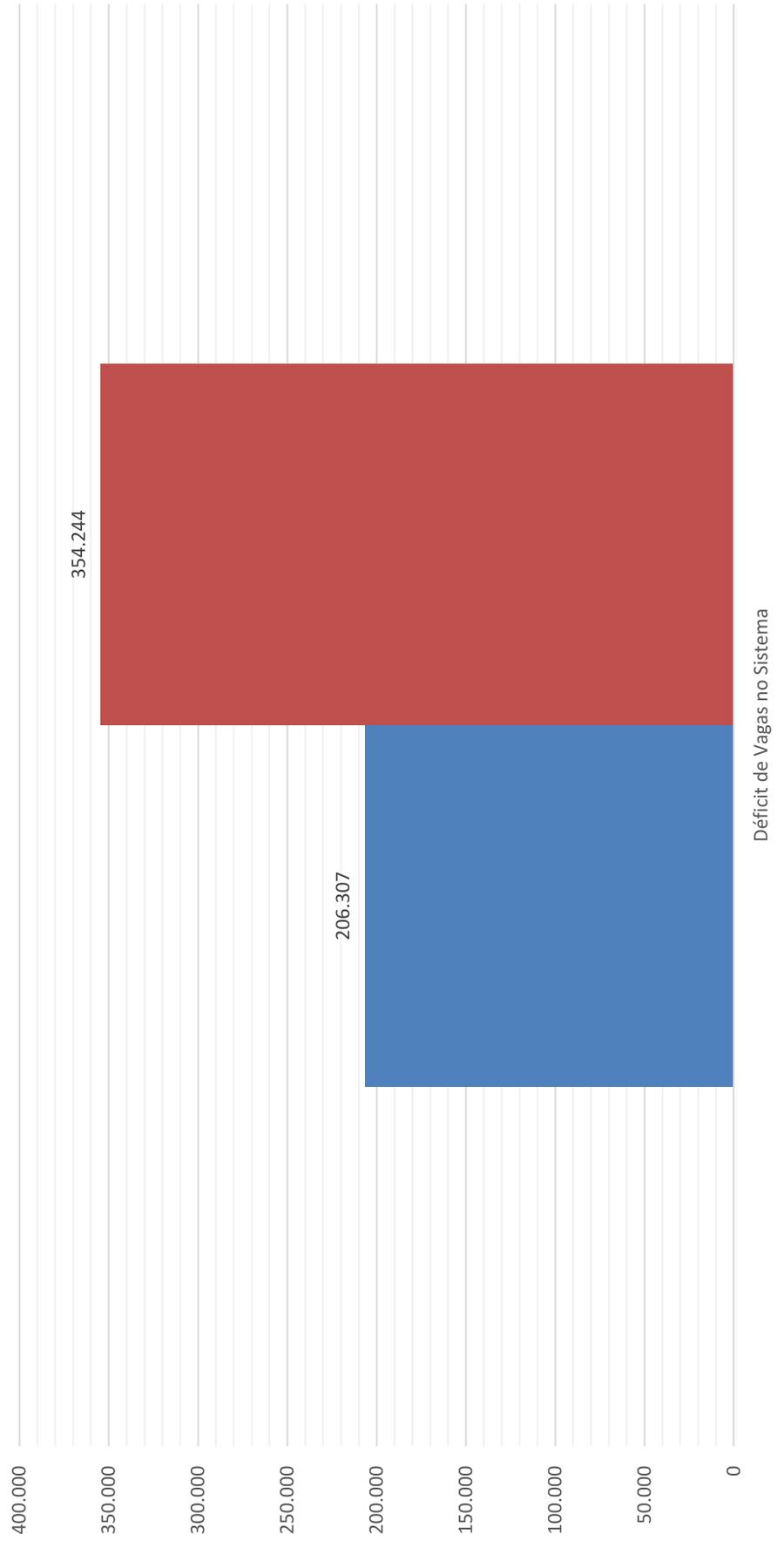
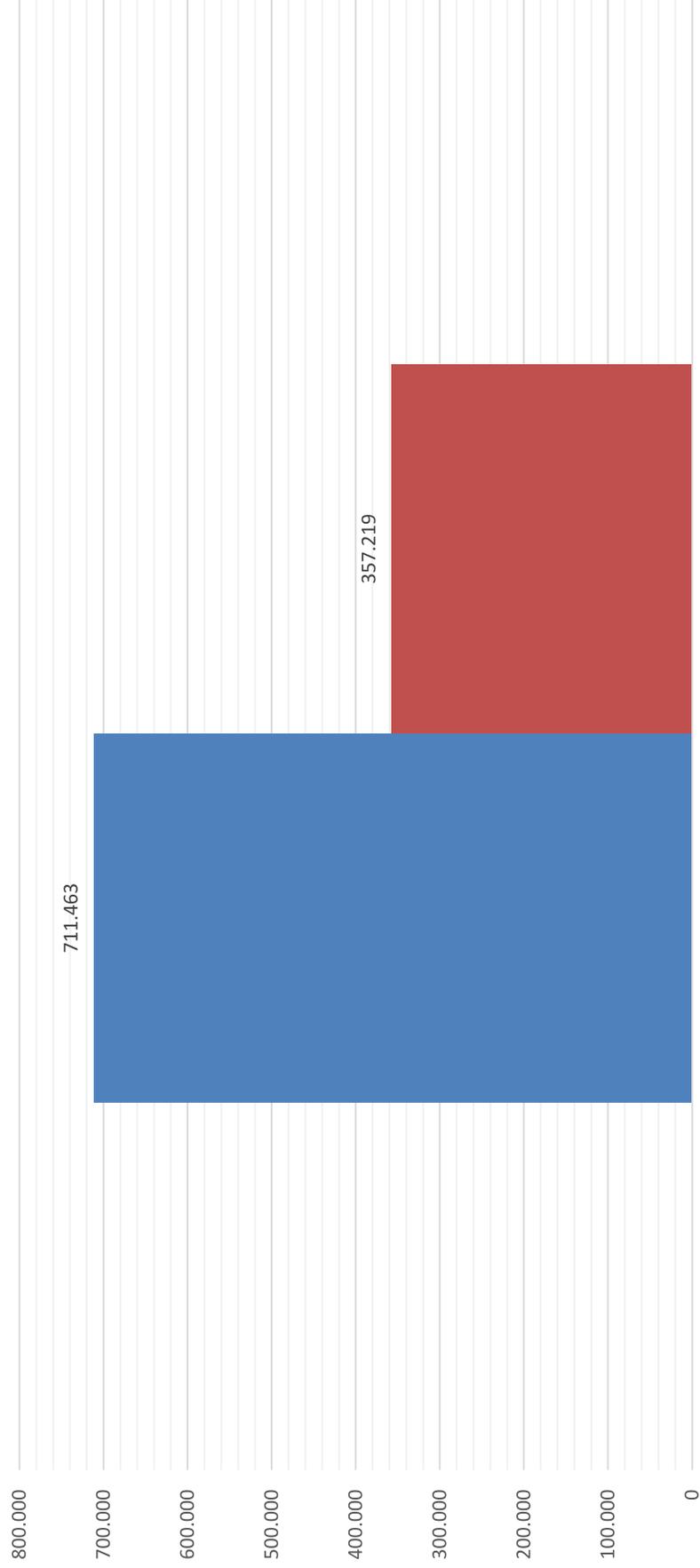


Gráfico Número de Pessoas Presas X Número de Vagas no Brasil

■ Número de Pessoas Presas, computada a prisão domiciliar ■ Número de Vagas no Sistema



Pessoas Presas X Vagas no Sistema

Gráfico de Presos Provisórios no Brasil

■ Presos Provisórios no Sistema ■ Presos Provisórios no Sistema + Prisão Domiciliar

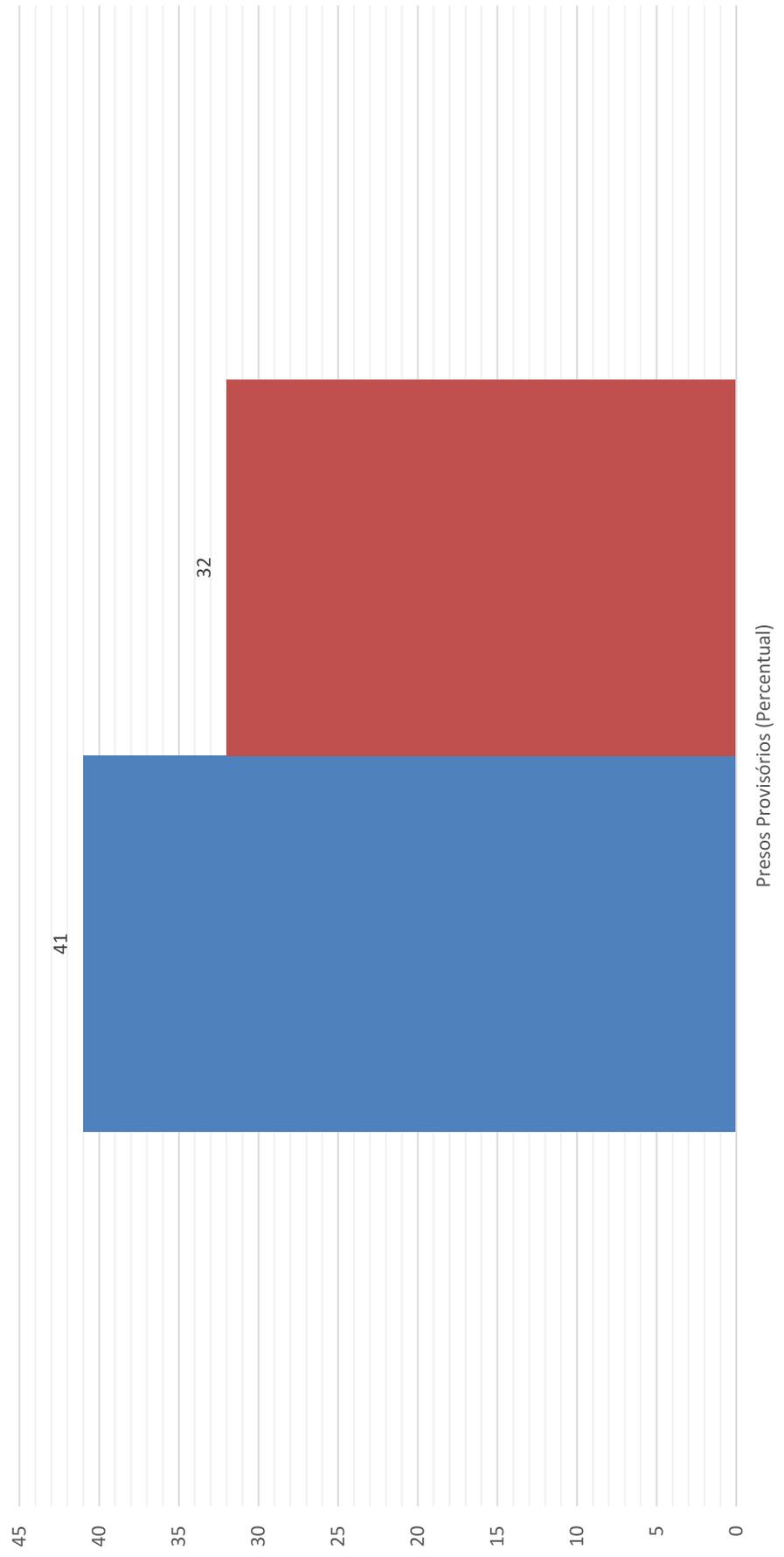


Gráfico População Absoluta

■ Brasil ■ Argentina ■ México ■ África do Sul ■ Alemanha

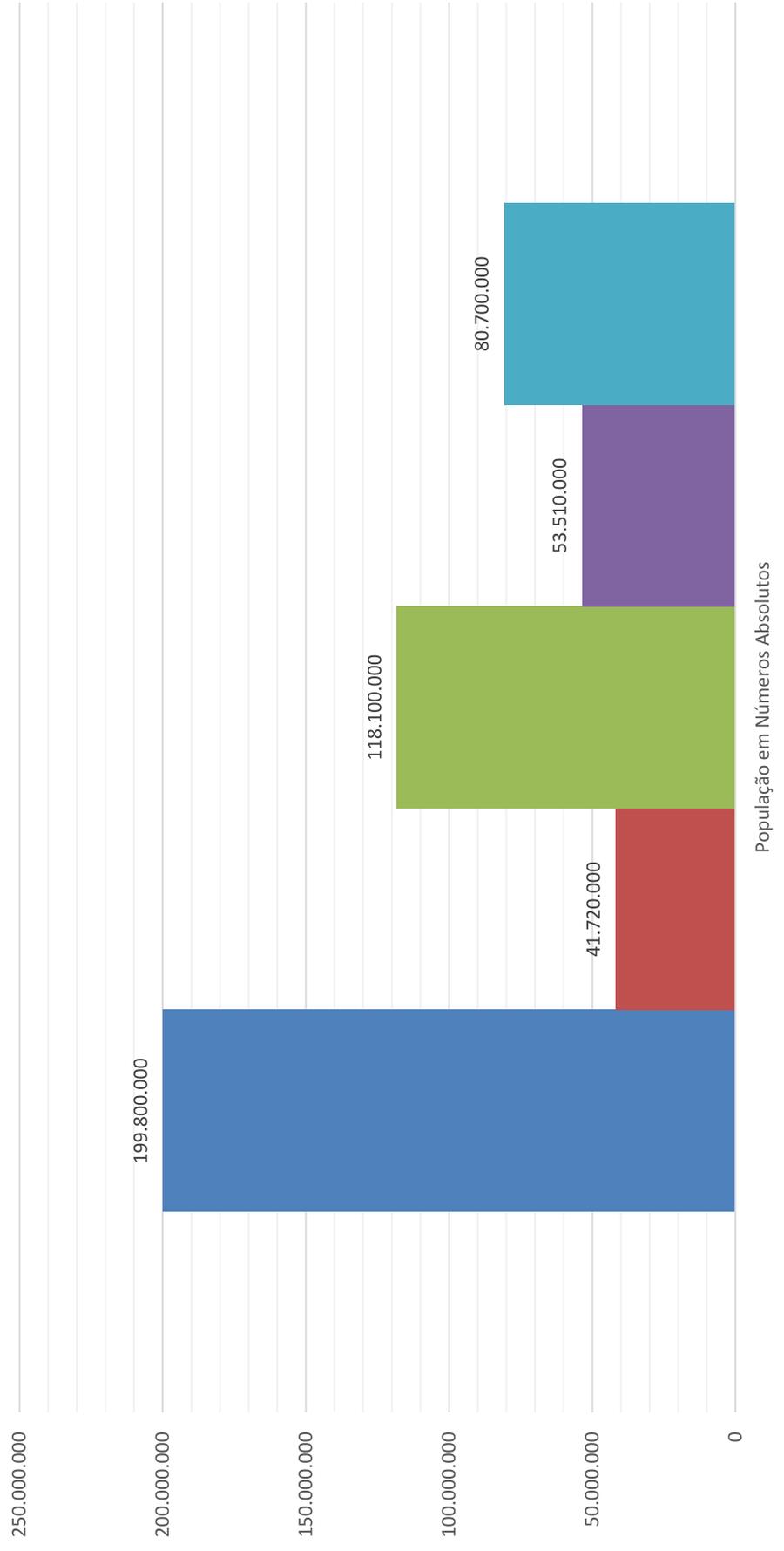


Gráfico Número de Pessoas Presas

■ Brasil ■ Argentina ■ México ■ África do Sul ■ Alemanha

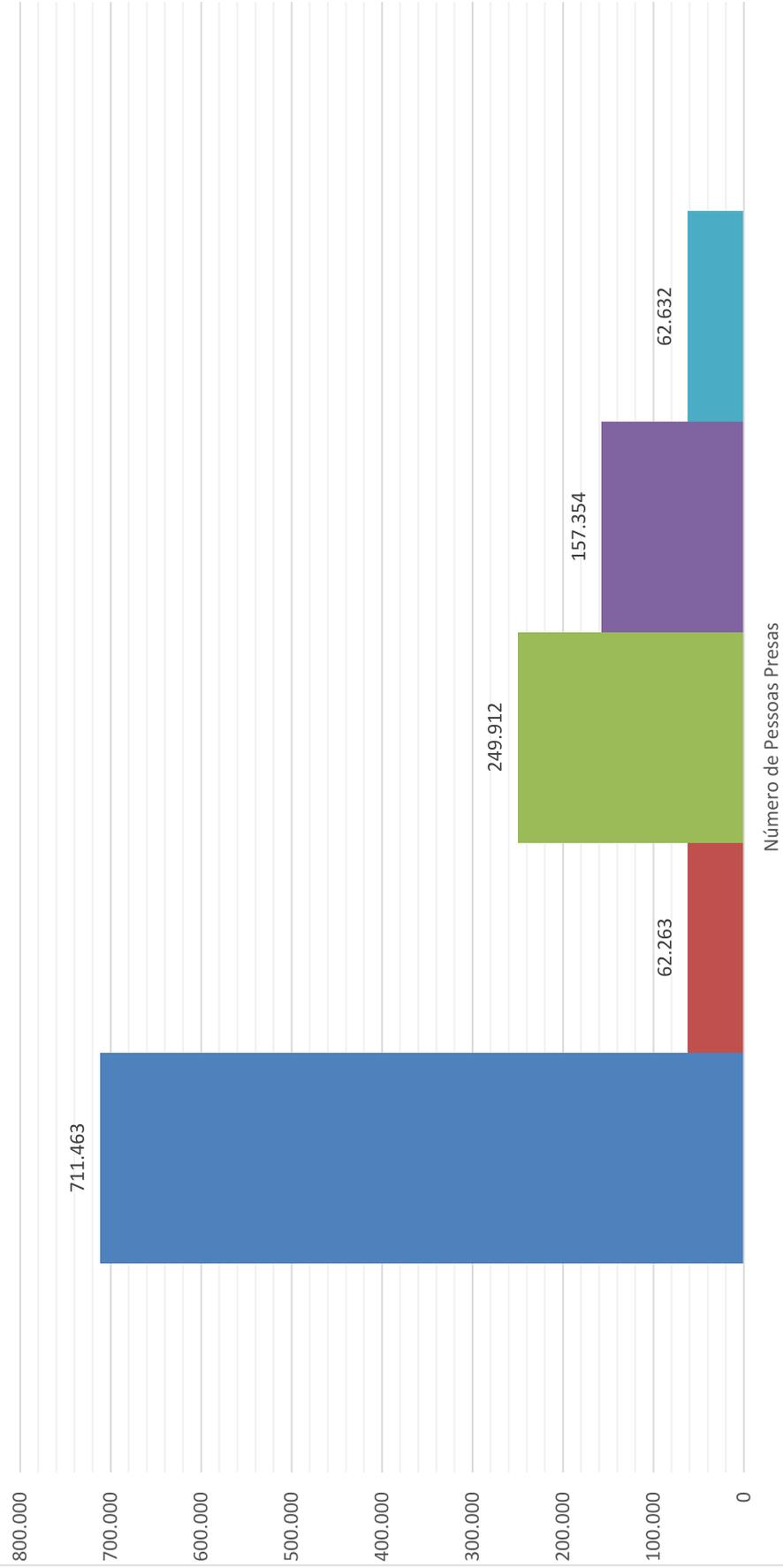


Gráfico prisões por 100.000 habitantes

■ Brasil ■ Argentina ■ México ■ África do Sul ■ Alemanha

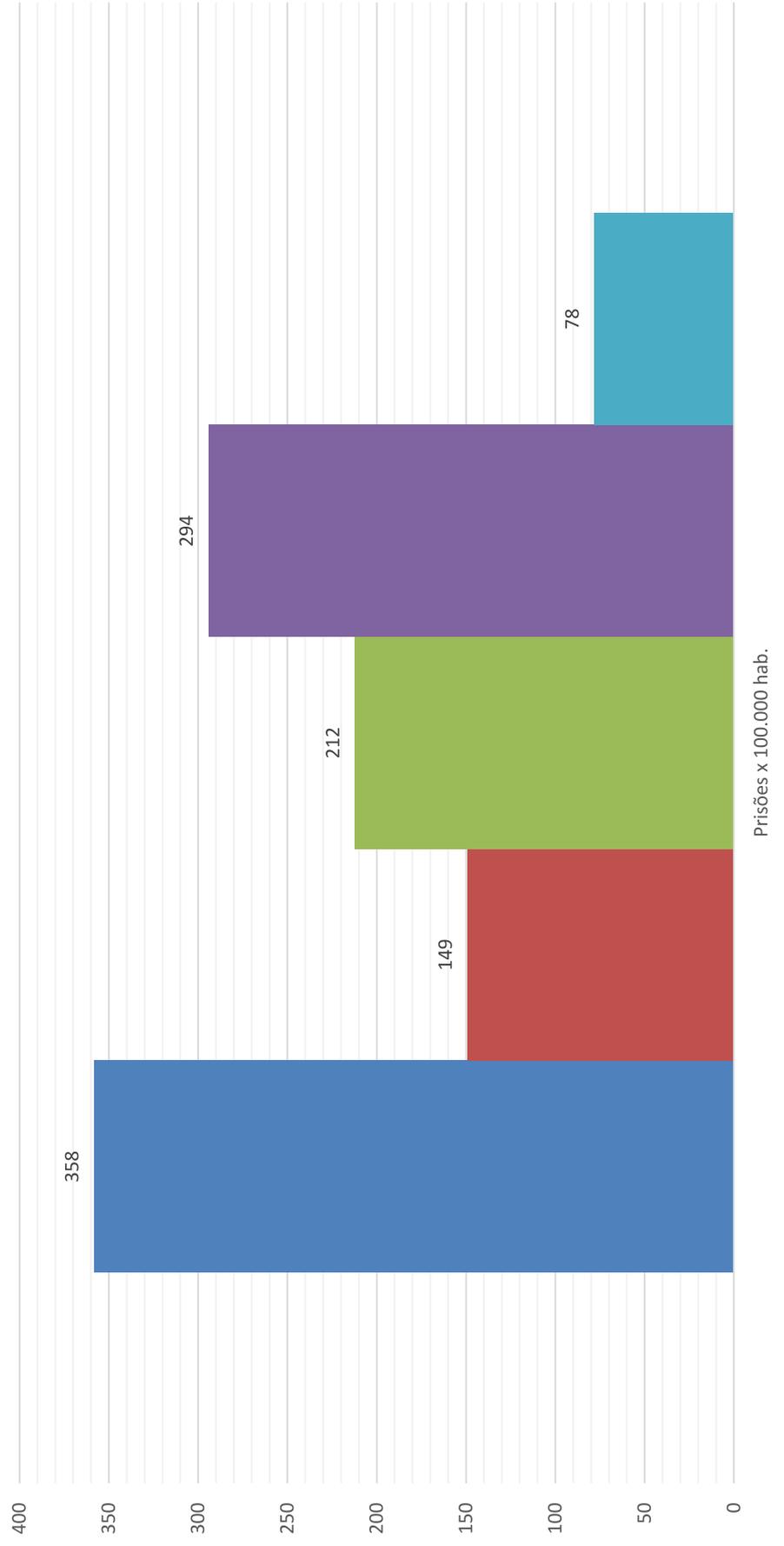


Gráfico Capacidade do Sistema

■ Brasil ■ Argentina ■ México ■ África do Sul ■ Alemanha

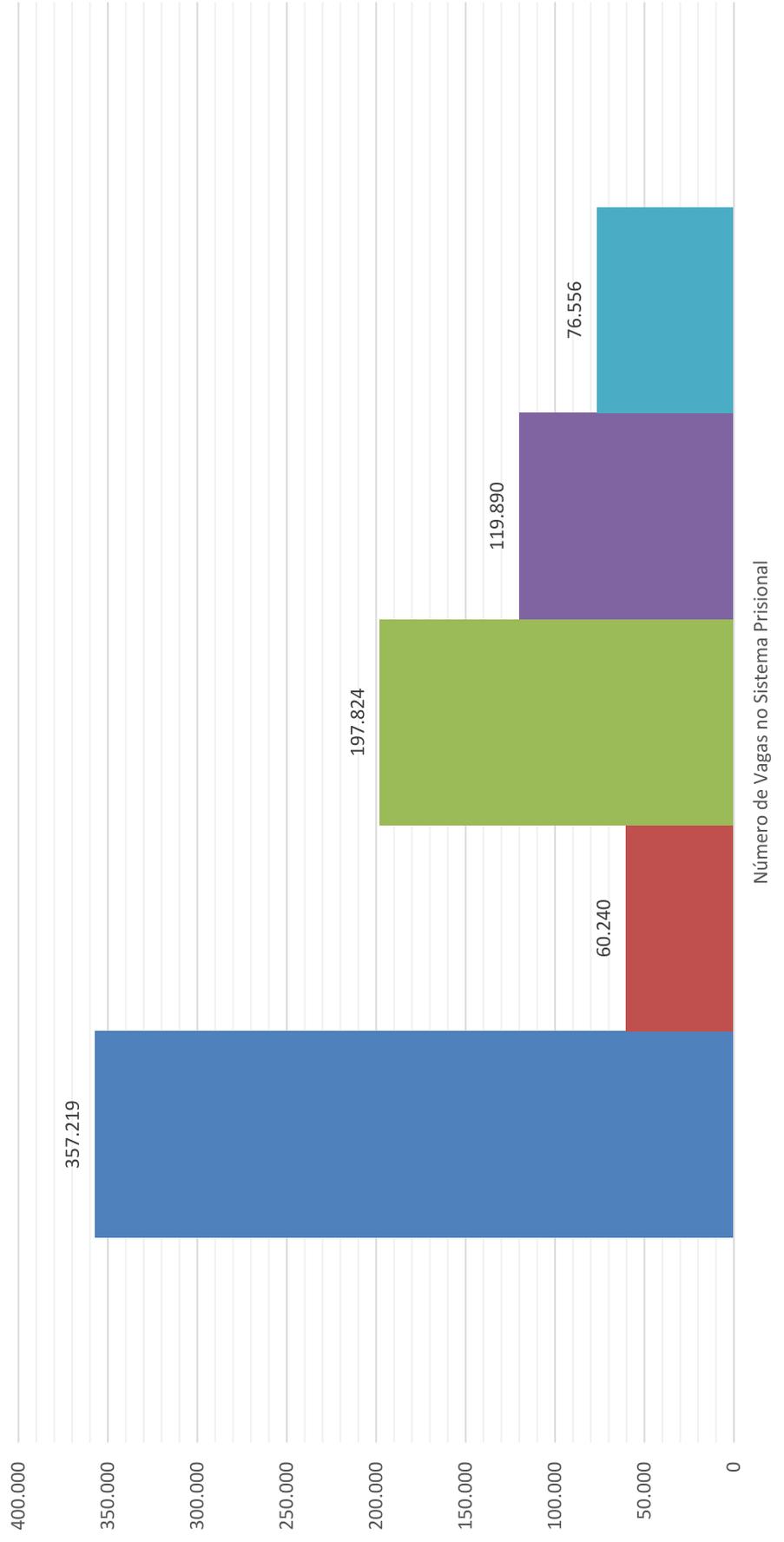
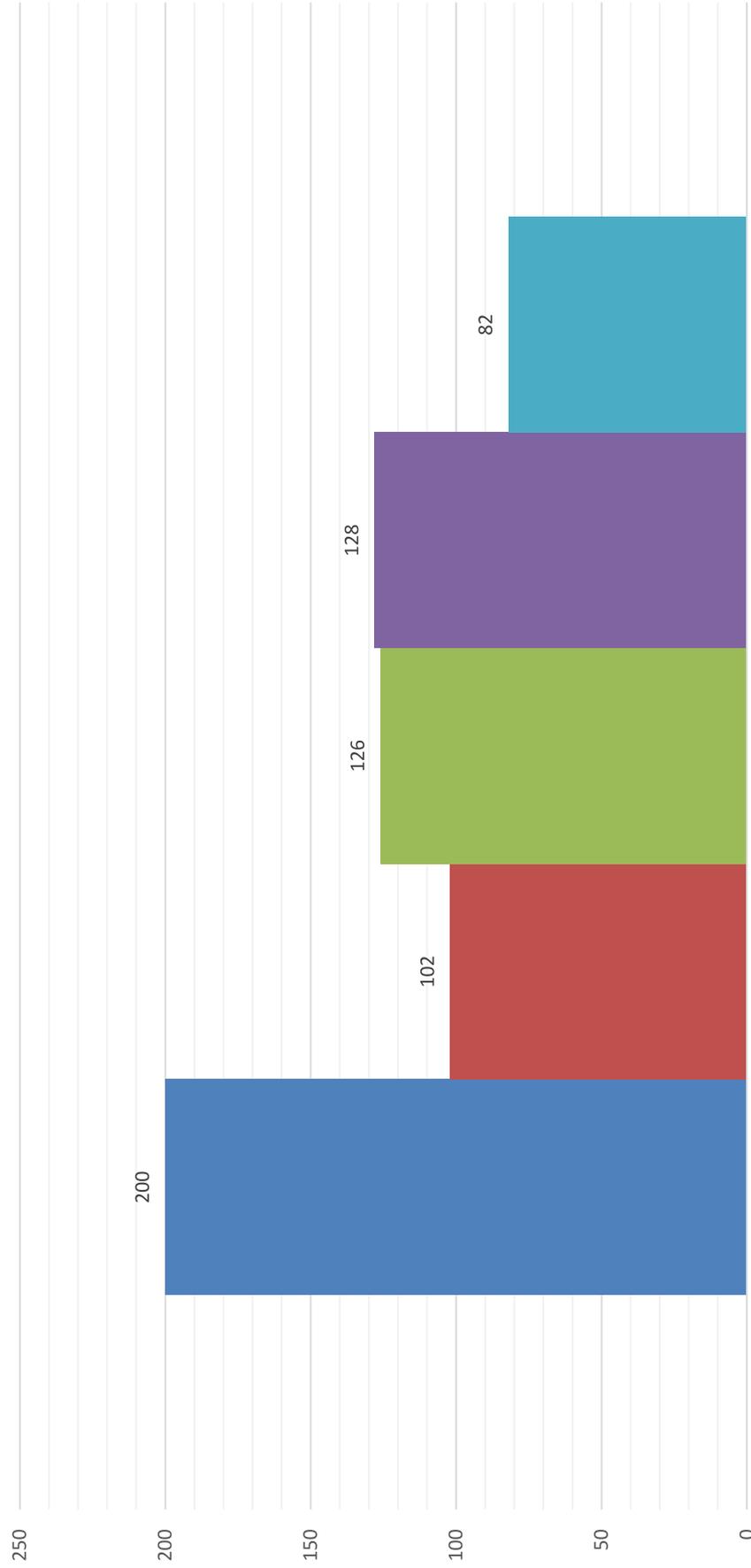


Gráfico Nível de Ocupação

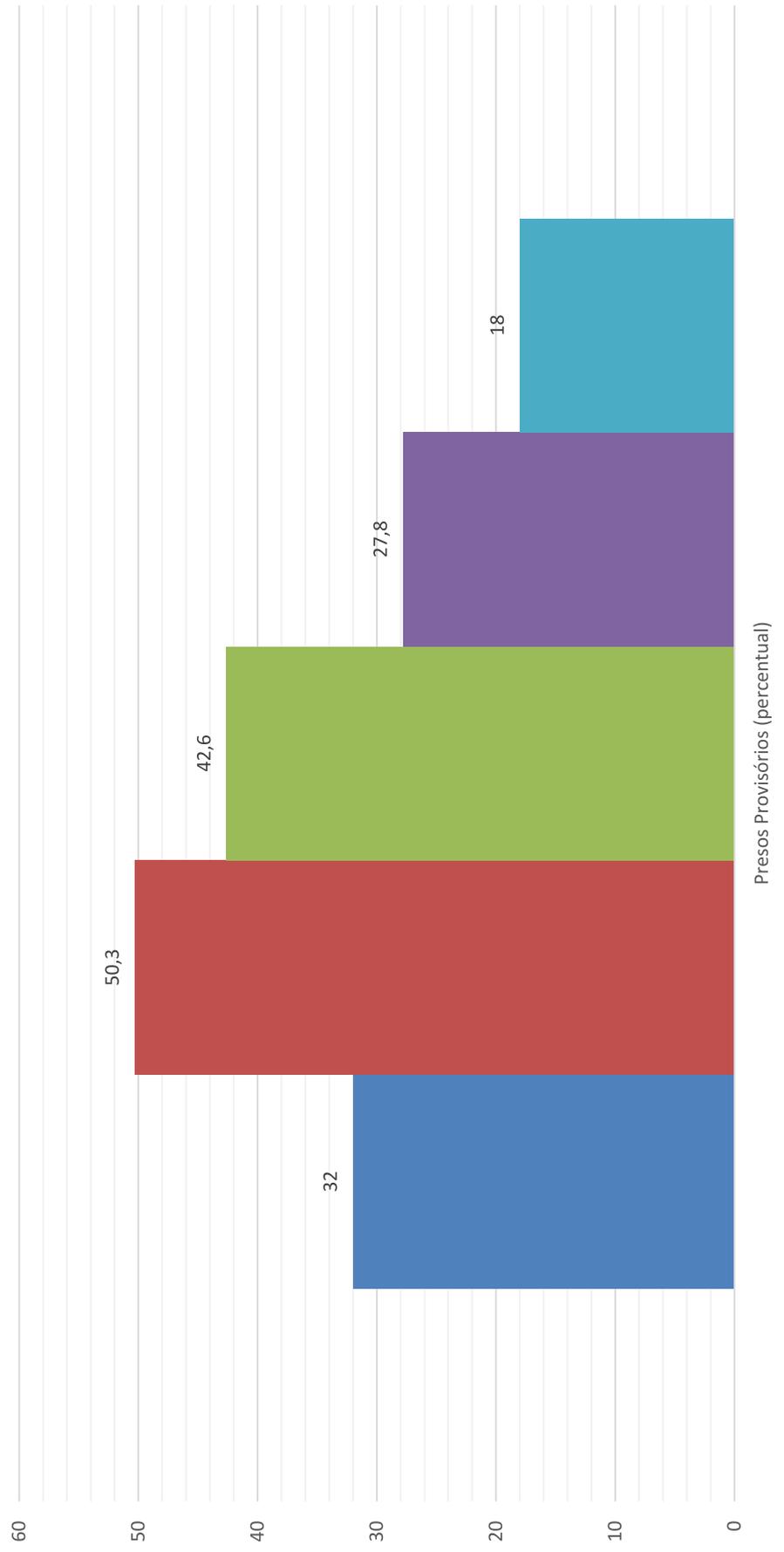
■ Brasil ■ Argentina ■ México ■ África do Sul ■ Alemanha



Taxa de ocupação das vagas no sistema (percentual)

Gráfico Presos Provisórios

■ Brasil ■ Argentina ■ México ■ África do Sul ■ Alemanha



Ranking dos 10 países com maior população prisional

1. Estados Unidos das Américas	2.228.424
2. China	1.701.344
3. Rússia	676.400
4. Brasil	711.463
5. Índia	385.135
6. Tailândia	296.577
7. México	249.912
8. Irã	217.000
9. África do Sul	157.394
10. Indonésia	154.000

Ranking dos 10 países com maior população prisional

* Computadas as pessoas que estão em prisão domiciliar no Brasil, temos o seguinte ranking:

1. Estados Unidos das Américas	2.228.424
2. China	1.701.344
3. Brasil	711.463
4. Rússia	676.400
5. Índia	385.135
6. Tailândia	296.577
7. México	249.912
8. Irã	217.000
9. África do Sul	157.394
10. Indonésia	154.000

Panorama Brasileiro

População no sistema prisional = 563.526 presos

Capacidade do sistema = 357.219 vagas

Déficit de Vagas = 206.307

Pessoas em Prisão Domiciliar no Brasil = 147.937

Total de Pessoas Presas = 711.463

Déficit de Vagas = 354.244

Número de Mandados de Prisão em aberto no BNMP = 373.991

Total de Pessoas Presas + Cumpr. de Mandados de Prisão em aberto = 1.085.454

Déficit de Vagas = 728.235

ANEXO 3

TERMO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA nº 12015 QUE ENTRE SI CELEBRAM O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, O MINISTÉRIO DA JUSTIÇA e o INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA, PARA OS FINS QUE ESPECIFICA (Processo CNJ-ADM- 2015100936). O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, com sede no SEPN – Quadra 514, Lote 7, Bloco Brasília-DF, CNPJ 07.421.906/0001-29, doravante denominado CNJ, neste ato representado por seu Presidente, Ministro Ricardo Lewandowski, RG 3091610 SSPISP e CPF 227.234.718-53, o MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, com sede na Esplanada dos Ministérios, Bloco Brasília-DF, CNPJ 00.394.494/0100-18, doravante denominado MJ, neste ato representado pelo Ministro de Estado da Justiça, José Eduardo Martins Cardozo, RG 10.846.206-7 SSPISP e CPF 021.604.318-26, INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA, com sede na Avenida Liberdade, 65, 11º andar, Conjunto 1101, São Paqu-SP, CNPJ 03.983.611/0001-95, doravante denominado IDDD, neste ato por seu Presidente, Augusto de Arruda Botelho Neto, RG 27.608.036-1 SSISP e CPF 278.882.098-40, RESOLVEM celebrar o presente TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA, com fundamento no art. 116 da Lei 8.666/1993, no que couber, e, ainda, mediante as cláusulas e condições a seguir enumeradas:

Termo de Cooperação Técnica CNJ - MJ - IDDD 1/10

DO OBJETO

CLÁUSULA PRIMEIRA - A cooperação entre os partícipes buscada neste Instrumento volta-se à conjugação de esforços, visando à efetiva implantação do “Projeto Audiência de Custódia”, de modo a fomentar e viabilizar a operacionalização da apresentação pessoal de autuados(as) presos(as) em flagrante delito à autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após sua prisão, contando com o apoio do efetivo funcionamento de Centrais integradas de Alternativas Penais, Centrais de Monitoração Eletrônica e serviços correlatos com enfoque restaurativo e social, aptos, em suma, a oferecer opções concretas e factíveis ao encarceramento provisório de pessoas.

DOS OBJETIVOS

CLÁUSULA SEGUNDA - Os partícipes engendrarão esforços para alcançar os seguintes objetivos:

a) conferir aplicabilidade a normas de direito internacional (definidas no art. 9º, item 3º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. e no art. 7º, item 5º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, e que já integram o ordenamento jurídico nacional, por força do disposto no art. 5º, 2º, da Constituição Federa!), assegurando-se efetividade às providências contempladas no art. 310 do Código

de Processo Penal, contribuindo para aprimorar os mecanismos de prevenção e combate às práticas previstas na Lei 9.455/1997;

b) reestruturar o sistema de justiça criminal, a fim de fomentar e viabilizar a utilização e acompanhamento úteis de medidas cautelares diversas da prisão, da monitoração eletrônica, sem prejuízo do encaminhamento a outros serviços sociais e de assistência social ou a estruturas que se utilizem de enfoque restaurativo;

c) impulsionar o desenvolvimento de trabalho com enfoque restaurativo, por meio da construção de ambiente para a realização da mediação penal apto ao oferecimento de opções concretas ao encarceramento;

d) coletar dados e produzir indicadores acerca do impacto das medidas cautelares alternativas à prisão provisória e das práticas restaurativas nas rotinas do Sistema de justiça criminal sobretudo quanto à prisão provisória, liberdade provisória e outras medidas especificadas em lei.

DAS OBRIGAÇÕES DOS PARTICÍPES

CLÁUSULA TERCEIRA - Para a consecução do objeto deste Termo, os partícipes comprometem-se a envidar esforços e adotar, direta ou indiretamente, ações com vistas à difusão da realização das audiências de custódia e à instalação das Centrais de Monitoração Eletrônica e Centrais Integradas de Alternativas Penais, nos limites da responsabilidade e participação de cada um.

CLÁUSULA QUARTA - O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA compromete-se a:

a) fornecer suporte técnico-institucional necessário, por meio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas DMF, bem como do Departamento de Tecnologia da informação – DTI e do Departamento de Pesquisas Judiciárias - DPJ, aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais que deliberem encampar as audiências de custódia;

b) promover a articulação e pactuação com os Tribunais de todo o país, para a implantação do “Projeto Audiência de Custódia”, prioritariamente nas unidades judiciárias sediadas na capital dos respectivos estados;

c) envidar esforços visando sensibilizar a disponibilização, pelos Tribunais, de recursos humanos - Magistrados e Servidores - em quantidade suficiente para a realização das audiências diárias e ininterruptas que o Projeto demanda, além de estrutura física adequada e em local específico;

d) envidar esforços para mobilizar os Grupos de Monitoramento e Fiscalização locais para acompanhar a implementação das audiências de custódia e das Centrais de Monitoração Eletrônica e Centrais Integradas de Alternativas Penais e serviços correlatos nos respectivos estados;

e) promover e incentivar ações de capacitação de juízes e servidores para o desenvolvimento das atividades do Projeto, de maneira continuada;

f) coletar dados e elaborar, em conjunto com o DEPEN, indicadores acerca do impacto da audiência de custódia e dos serviços a ela associados no sistema de justiça criminal sobretudo quanto à aplicação de prisão provisória, liberdade provisória e medidas cautelares diversas da prisão.

CLÁUSULA QUINTA - O MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Por meio do DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN), compromete-se a:

a) promover o apoio técnico e financeiro necessário (no Limite da sua dotação orçamentária) para a celebração de convênios com os Governos Estaduais aderentes a este Termo, visando Implementação de Centrais de Monitoração Eletrônica e de Centrais Integradas de Alternativas Penais e serviços correlatos, com equipes psicossociais, além do incentivo à criação de câmaras de mediação penal, consolidando políticas voltadas às alternativas à prisão;

b) elaborar, em conjunto com o CNJ, indicadores acerca do impacto da audiência de custódia e dos serviços a ela associados no sistema de justiça criminal, sobretudo quanto à aplicação da prisão provisória, liberdade provisória e medidas cautelares diversas da prisão.

Por meio da SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICA SOBRE DROGAS (SENAD), compromete-se a:

a) apoiar a capacitação de atores envolvidos com a aplicação, o acompanhamento e a fiscalização do cumprimento das medidas cautelares alternativas à prisão e da monitoração eletrônica, quanto ao oferecimento de serviços e projetos de inserção social voltado ao público em situação de vulnerabilidade decorrente do uso de drogas

b) fortalecer as redes locais de atenção psicossocial especializada na área de álcool e drogas para atendimento do público encaminhado pelas Centrais Integradas de Alternativas Penais e pelas Centrais de Monitoração Eletrônica, respeitado o caráter de voluntariedade na participação nos programas.

CLÁUSULA SEXTA - O INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (IDDD) compromete-se a proceder, no exercício da regular e legítima participação social, ao acompanhamento, à análise e avaliação do Projeto e de sua execução, visando conformar as ações implementadas aos objetivos e resultados previstos, também organizando banco de dados respectivo, bem como análises

qualitativas das informações coletadas, compartilhando-as com todos os parceiros e respectivos Tribunais, com o escopo de avaliar os impactos do Projeto e sinalizar seus efeitos para o sistema de justiça criminal brasileiro.

DA ADESÃO

CLÁUSULA SÉTIMA - Este Termo de Cooperação Técnica, após anuência dos signatários originais, poderá ter a adesão dos Governos Estaduais e Tribunais, mediante a assinatura de termo de adesão específico.

Parágrafo primeiro. O CNJ encaminhará cópia do termo de adesão e informará a publicação no Diário de Justiça Eletrônico aos demais partícipes do presente Termo.

Parágrafo segundo. São atribuições e responsabilidades dos Governos

Estaduais e Tribunais aderentes:

I. Governos Estaduais

a) promover ações que viabilizem a apresentação dos presos em flagrante em juízo no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, atendendo às diretrizes do “Projeto Audiência de Custódia”, disponibilizando recursos humanos e materiais em condições de permitir a escolta e apresentação ininterrupta dos autuados em flagrante perante o juízo designado pelo tribunal local e, assim, possibilitar a realização do indicado ato processual;

b) viabilizar, em parceria com o Ministério da Justiça, a instalação e o efetivo funcionamento de Centrais Integradas de Alternativas Penais e serviços correlatos, e das Centrais de Monitoração Eletrônica, também disponibilizando recursos humanos e materiais para a realização de exames clínicos e de corpo de delito em autuados(as) presos abrangidos pelo Projeto.

I. Tribunais

a) Disponibilizar recursos humanos - Magistrados e Servidores – em quantidade suficiente para a realização das audiências diárias e ininterruptas que o “Projeto Audiência de Custódia” demanda, além de estrutura física adequada e em local específico.

DO PLANO DE TRABALHO

CLÁUSULA OITAVA - As atividades relacionadas ao presente Termo de Cooperação Técnica guiar-se-ão pelo Plano de Trabalho que será detalhado conjuntamente pelos partícipes e, após concluído, formará parte integrante deste instrumento.

Parágrafo único. O Plano de trabalho deverá ser apresentado no prazo máximo de 30 (trinta) dias, a contar da data de assinatura deste Termo.

DO ACOMPANHAMENTO

CLÁUSULA NONA - Os partícipes designarão gestores para acompanhar, gerenciar e administrar a execução do presente Termo.

DOS RECURSOS FINANCEIROS E MATERIAIS

CLÁUSULA DEZ - O presente Termo não envolve a transferência de recursos. As ações dele resultantes que implicarem repasse ou cessão de recursos serão viabilizadas mediante instrumentos apropriados.

DA VIGÊNCIA

CLÁUSULA ONZE - Este Termo terá vigência de 36 (trinta e seis) meses, a contar da data de sua assinatura, podendo ser prorrogado automaticamente, até o limite de 60 (sessenta) meses, exceto se houver manifestação expressa em contrário. Nos termos da Lei.

DO DISTRATO E DA RESILIÇÃO UNILATERAL

CLÁUSULA DOZE - É facultado aos partícipes promover o distrato do presente Termo, a qualquer tempo, por mútuo consentimento, ou a resilição unilateral por iniciativa de qualquer deles, mediante notificação por escrito, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, restando para cada qual, tão somente a responsabilidade pelas tarefas em execução no período anterior à notificação.

DAS ALTERAÇÕES

CLÁUSULA TREZE - Este instrumento poderá ser alterado, por mútuo entendimento entre os partícipes, durante a sua vigência, mediante termo aditivo, visando aperfeiçoar a execução dos trabalhos, exceto no tocante ao seu objeto.

DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

CLÁUSULA CATORZE - Aplicam-se à execução deste Termo a Lei 8.666/1993, no que couber, os preceitos de Direito Público e, supletivamente, os Princípios da Teoria Geral dos Contratos e as Disposições do Direito Privado.

DA PUBLICAÇÃO

CLÁUSULA QUINZE - O extrato do presente instrumento será publicado no Diário de Justiça Eletrônico, pelo CNJ, de acordo com o que autoriza o art. 4º da Lei 11.419, combinado com o parágrafo único do artigo 61 da Lei 8.666/1993.

DO FORO

CLÁUSULA DEZESSEIS - Fica eleito o foro da cidade de Brasília para dirimir as questões decorrentes da execução deste Termo, renunciando os partícipes, desde já, inclusive os signatários de termo de adesão, a qualquer outro a que, por ventura, tenham ou possam vir a ter direito.

E, por estarem assim ajustados, assinam os partícipes o presente instrumento, para todos os fins de direito.

Brasília, 09 de abril de 2015.

Ministro Ricardo Lewandowski

Presidente do Conselho Nacional de Justiça

Ministro José Eduardo Cardozo

Ministro de Estado da Justiça

Augusto de Arruda Botelho Neto

Presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa

TERMO TORNOZELEIRAS

TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº /2015TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA QUE ENTRE SI CELEBRAM O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O MINISTÉRIODA JUSTIÇA, PARA OS FINS QUE ESPECIFICA (Processo CNJ-ADM-2015/00800). O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, com sede na SEPN - Quadra 514, Lote 7. Bloco Brasília-DF, CNPJ 07.421.906/0001-29, doravante denominado CNJ, neste ato representado por seu Presidente, Ministro Ricardo Lewandowski, RG 3091610 SSPISP e CPF 227.234.718-53, e o MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, com sede na Esplanada dos Ministérios, Bloco Brasília-DF. CNPJ 00.394.494/O100-18, doravante denominado MJ, neste ato representado pelo Ministro de Estado da Justiça, José Eduardo Martins Cardozo, RG 10.846.206-7 SSPISP e CPF 021.604.318-26, RESOLVEM celebrar o presente TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA, com fundamento no art. 116 da Lei 8.666/1993, no que couber e ainda, mediante as cláusulas e condições a seguir enumeradas.

DO OBJETO

CLÁUSULA PRIMEIRA - O presente Termo tem por objeto a conjugação de esforços do CNJ e do MJ com o propósito de elaborar diretrizes e promover política de monitoração eletrônica de pessoas, com o intuito de estimular seu potencial desencarcerador e assegurar o uso da ferramenta com respeito aos direitos fundamentais.

CLAUSULA SEGUNDA - Para fins do presente Termo de Cooperação Técnica. As medidas de monitoração eletrônica estarão voltadas para: Termo de Cooperação Técnica CNJ - MJ 1/6

a) monitoramento de medidas cautelares diversas da prisão aplicadas para pessoas acusadas por crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou se tiver sido condenada por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

b) monitoramento de medidas protetivas de urgência aplicadas para pessoas acusadas por crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher. Criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Parágrafo único. Os partícipes poderão delimitar o público-alvo disposto nesta Cláusula, considerando as finalidades e os objetivos do presente acordo.

CLÁUSULA TERCEIRA - As ações de aplicação, fiscalização e acompanhamento da monitoração eletrônica, a serem fomentadas no âmbito do presente Termo de Cooperação Técnica, deverão respeitar os princípios do menor dano ao cumpridor, da necessidade, da adequação e da provisoriedade das medidas, e serem realizadas por meio de metodologias que priorizem a autodeterminação responsável da pessoa submetida à medida e coordenadas por equipes multidisciplinares devidamente capacitadas, considerando as seguintes finalidades:

- I. A promoção da autonomia e da cidadania da pessoa submetida à monitoração;
- II. O incentivo à participação da comunidade e da vítima na resolução de conflitos;
- III. A autorresponsabilização e a manutenção do vínculo da pessoa submetida à monitoração com a comunidade, com a garantia de seus direitos individuais sociais; e
- V. a restauração das relações sociais.

DOS OBJETIVOS

CLÁUSULA QUARTA - Os partícipes engendrarão esforços para estreitar canais de articulação com atores envolvidos na implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas (Governos, Poder Judiciário, Ministério Público e Defensorias Públicas Estaduais), com os seguintes objetivos:

- I. Elaborar parâmetros nacionais sobre diretrizes, princípios, procedimentos e atribuições dos diferentes órgãos que atuam no processo da monitoração eletrônica de pessoas, inclusive no tocante à participação de equipe psicossocial definindo metodologia que atente ao enfoque restaurativo da medida;
- II. Definir diretrizes e regras quanto ao tratamento (conjunto de ações referentes a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução,

Termo de Cooperação Técnica CNJ - MJ 2/6 transporte, transmissão, distribuição, Arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação, destinação ou controle da informação, modificação, extração, bloqueio ou fornecimento a terceiros, por comunicação, interconexão, transferência ou difusão) e proteção dos dados coletados no serviço de monitoração eletrônica, com definições claras quanto às hipóteses de comunicação a terceiros, sobretudo no que se refere ao uso em investigações policiais;

III. Capacitar os atores dos diferentes órgãos envolvidos no processo de monitoração eletrônica, assim como das pessoas monitoradas sobre o adequado uso do dispositivo e promover ações de sensibilização quanto ao uso da ferramenta;

IV. Promover a utilização da tecnologia, mormente como alternativa à decretação de prisões provisórias; e

V. elaborar plano de coleta de dados e análise de indicadores sobre os serviços de monitoração eletrônica, sobretudo em relação ao impacto na aplicação da prisão preventiva e no número de presos provisórios.

DAS OBRIGAÇÕES

CLÁUSULA QUINTA - Para a execução do objeto e alcance dos objetivos do presente acordo, os partícipes comprometem-se a efetivar as seguintes ações:

I - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

a) realizar levantamento de dados referentes à aplicação da prisão preventiva nas Comarcas abrangidas pelo serviço de monitoração eletrônica de pessoas, a fim de que se produzam indicadores para aferição de resultados e impactos do serviço no encarceramento de presos provisórios;

b) definir, em conjunto com o DEPEN, as diretrizes e regras quanto ao tratamento e proteção aos dados da monitoração eletrônica de pessoas, inclusive quanto a investigações criminais, e propor Resolução para disciplinar a matéria em âmbito nacional;

c) elaborar, em conjunto com o DEPEN, proposta de fluxos, procedimentos e atribuições dos diferentes órgãos que atuam no processo da monitoração eletrônica de pessoas, inclusive no tocante à participação de equipe psicossocial, definindo metodologia que atente ao enfoque restaurativo da medida e às especificidades regionais;

d) elaborar plano de capacitação para os atores dos diferentes órgãos envolvidos no processo de monitoração eletrônica, assim como das pessoas monitoradas, sobre o adequado uso do dispositivo e promover ações de sensibilização quanto ao uso da ferramenta.

II - DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Por meio do Departamento Penitenciário Nacional:

- a) apoiar os Estados com aporte financeiro e técnico para a instalação de Centrais de Monitoração Eletrônica de acordo com as diretrizes construídas em parceria com CNJ;
- b) produzir, em conjunto com CNJ. Subsídios para a definição de diretrizes e regras quanto ao tratamento e proteção aos dados da monitoração eletrônica de pessoas, inclusive quanto a investigações criminais;
- c) elaborar, em conjunto com o CNJ, proposta de fluxos, procedimentos e atribuições dos diferentes órgãos que atuam no processo da monitoração eletrônica de pessoas, inclusive no tocante à participação de equipe psicossocial definindo a metodologia que atente ao enfoque restaurativo da medida e às especificidades regionais;
- d) elaborar plano de capacitação para os atores dos diferentes órgãos envolvidos no processo de monitoração eletrônica, assim como das pessoas monitoradas, sobre o adequado uso do dispositivo e promover ações de sensibilização quanto ao uso da ferramenta.

Por meio da Secretária Nacional de Políticas sobre Drogas:

- a) apoiar a capacitação de atores envolvidos com a aplicação, o acompanhamento e a fiscalização do cumprimento da monitoração eletrônica, quanto ao oferecimento de serviços e projetos de inserção social voltado ao público em situação de vulnerabilidade decorrente do uso de drogas;
- b) fortalecer a rede local de atenção psicossocial especializada na área de álcool e drogas para atendimento do público encaminhado pelas Centrais de Monitoração Eletrônica, respeitado o caráter de voluntariedade na participação nos programas.

DA VIGÊNCIA

CLÁUSULA SEXTA - O presente Termo terá vigência de 36 (trinta e seis) meses, a contar da data de sua assinatura, podendo ser prorrogado mediante termo aditivo, até o limite de 60 (sessenta) meses, nos termos da lei.

DO DISTRATO E DA RESILIÇÃO UNILATERAL

CLÁUSULA SÉTIMA - É facultado aos partícipes promover o distrato do presente Termo, a qualquer tempo, por mútuo consentimento, ou a resilição unilateral por iniciativa de qualquer deles, mediante notificação por escrito, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, restando

para cada qual, tão somente a responsabilidade pelas tarefas em execução no período anterior à notificação.

DO ACOMPANHAMENTO

CLÁUSULA OITAVA - Os partícipes designarão gestores para representar, acompanhar e gerenciar a execução do presente Termo.

DOS RECURSOS FINANCEIROS E MATERIAIS

CLÁUSULA NOVA - O presente Tem10 não envolve a transferência de recursos. As ações dele resultantes que implicarem transferência ou cessão de recursos serão viabilizadas mediante instrumento apropriado.

DA AÇÃO PROMOCIONAL

CLÁUSULA DEZ - Em qualquer ação promocional relacionada com o objeto do presente Termo será, obrigatoriamente destacada a colaboração de todos os partícipes, observado o disposto no § 1º do artigo 37 da Constituição Federal.

DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

CLÁUSULA ONZE - Aplicam-se à execução deste Tem10 a Lei n. 8.666/93, no que couber, os preceitos de Direito Público e, supletivamente, os Princípios da Teoria Geral dos Contratos e as disposições de Direito Privado.

DA PUBLICAÇÃO

CLÁUSULA DOZE - O extrato do presente instrumento será publicado no Diário de Justiça Eletrônico, pelo CNJ, de acordo com o que autoriza o art. 4º da Lei 11.419/2006, combinado com o parágrafo único do art. 61 da Lei 8.666/93. Termo de Cooperação Técnica CNJ - MJ 5/6.

DAS ALTERAÇÕES

CLÁUSULA TREZE - Este instrumento poderá ser alterado, por mútuo entendimento entre os partícipes, durante a sua vigência mediante termo aditivo, visando aperfeiçoar a execução dos trabalhos, exceto no tocante ao seu objeto.

DO PLANO DE TRABALHO

CLÁUSULA CATORZE - As atividades relacionadas ao presente Termo de Cooperação Técnica guiar-se-ão pelo Plano de Trabalho que será detalhado conjuntamente pelos partícipes e que, após concluído, formará parte integrante deste instrumento.

Parágrafo único. O Plano de trabalho deverá ser apresentado no prazo máximo de 30 (trinta) dias, a contar da data de assinatura do presente Termo.

DO FORO

CLÁUSULA QUINZE - Fica eleito o foro da cidade de Brasília para dirimir as questões decorrentes da execução deste Termo, renunciando os partícipes, desde já, a qualquer outro a que, porventura, tenham ou possam vir a ter direito.

E por estarem assim ajustados, assinam os partícipes o presente instrumento, para todos os fins de direito. Brasília, de 09 de abril de 2015.

Ministro Enrique Ricardo Lewandowski

Presidente do Conselho Nacional de Justiça

Ministro José Eduardo Martins Cardozo

Ministério da Justiça

Termo de Cooperação Técnica CNJ - MJ 6/6