

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – UERN

GUSTAVO BRUNO DA SILVA

**MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL SOB A ÓTICA DA AMPLA
DEFESA E DO CONTRADITÓRIO**

NATAL /RN

2016

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – UERN

GUSTAVO BRUNO DA SILVA

**MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL SOB A ÓTICA DA AMPLA
DEFESA E DO CONTRADITÓRIO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

Orientador: Prof. MSc. Claudomiro Batista de Oliveira Júnior.

NATAL/RN

2016

GUSTAVO BRUNO DA SILVA

**MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL SOB A ÓTICA DA AMPLA
DEFESA E DO CONTRADITÓRIO**

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte como um dos pré-requisitos para obtenção do grau de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

**ORIENTADOR Prof. Msc. Claudomiro Batista de Oliveira Júnior
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

**Prof. Msc. Carlos Sérgio Gurgel da Silva
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

**Prof. Msc. Dijosete Veríssimo da Costa Júnior
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

Data da Aprovação: _____ de junho de 2016.

Dedico o presente trabalho “*àqueles que me inspiraram a trilhar este caminho, mas que provavelmente jamais o lerão*” (autor desconhecido): aos meus pais, José e Sônia, por razões óbvias... já que todo filho deveria ser grato à pais como os meus, com incomensuráveis qualidades; a Clarice minha filha, por me encorajar, mesmo sem saber, a percorrer esta trajetória que jamais havia imaginado; e a Fernanda, minha esposa, pelo companheirismo e paciência em me acompanhar neste percurso.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Mestre Claudomiro, pela confiança em mim depositada, pela paciência e pelo acolhimento.

A graduação é muito mais que a elaboração da dissertação; as aulas, o contato com professores tão qualificados, prestativos e apaixonados pelo que fazem tornam o período acadêmico uma vivência realmente instigante e enriquecedora.

Ademais, um agradecimento sincero a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para meus estudos e para a elaboração do presente trabalho.

À todos, minha gratidão.

RESUMO

A aprovação da Lei nº 12.403/11 implicou em relevantes alterações no sistema de cautelares pessoais no processo penal, no qual seu uso é mais delicado, diante de sua natureza pessoal. Tais medidas afetam diretamente a liberdade de locomoção e a intimidade do cidadão, daí a necessária prudência em sua aplicação. Nesse contexto, a Lei 12.403/11 merece toda a atenção, justamente por tratar das medidas cautelares pessoais no processo penal. Dessa feita, a proposta do presente estudo se consubstancia na descrição das mudanças trazidas pela lei, bem como a verificação de critérios objetivos de análise das medidas cautelares diversas da prisão com base nos princípios do contraditório e da ampla defesa. Com vistas a obter subsídios contundentes para a pesquisa, os procedimentos metodológicos baseiam-se em uma abordagem qualitativa, com o método de abordagem dedutivo, partindo-se da observação dos princípios e normas constitucionais afetos a temática, extraídos do aprofundamento na temática através da pesquisa bibliográfica. Ao longo do texto conclui-se que as medidas cautelares diversas da prisão não só contribuem para o não aumento da população carcerária como também fazer valer os princípios constitucionais da presunção da inocência, do contraditório e da ampla defesa, afiançando, dessa forma, as garantias individuais defendidas pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Código do Processo Penal, Medidas Cautelares, Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.

ABSTRACT

The approval of the Federal Law No. 12.403/11 resulted in significant changes in the personal protective system in criminal proceedings, in which its use is more delicate, before his personal nature. These procedures directly affect the freedom and privacy of citizens, therefore it's necessary some caution in their application. In this context, the Federal Law 12.403/11 requests for all the attention, just for dealing with personal protective measures in criminal proceedings. Thereby, the purpose of this study through the description of the changes gotten by the law, as well as verification analysis of objective criteria of the various precautionary measures from prison based on the constitutionalist principles of contradictory and complete defense. In order to realize this research, methodological procedures are based on a qualitative approach, with the deductive method of approach, starting from the observation of the principles and affections constitutional requirements the theme, taken from deepening the theme through research literature. During the text it is concluded that the various protective measures from prison not only contribute to no increase in the prison population as do also apply the constitutional principles of the presumption of innocence, the constitutionalist principles of Contradictory and Full Defense, securing thus guarantees individual defended by the Constitution of 1988.

Key words: Code of Criminal Procedure, Protective Measures, Principles of Contradictory and Full Defense.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 CICLO DE REFORMAS DO CÓDIGO DO PROCESSO PENAL	11
2.1 LEI Nº 10.258/01: ALTERA O ART. 295 DO DECRETO-LEI NO 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 – CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, QUE TRATA DE PRISÃO ESPECIAL.	14
2.2 LEI Nº 10.792/03: ALTERA A LEI Nº 7.210, DE 11 DE JUNHO DE 1984 - LEI DE EXECUÇÃO PENAL E O DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.	15
2.3 LEI Nº 11.689/08: ALTERA DISPOSITIVOS DO DECRETO-LEI NO 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 – CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, RELATIVOS AO TRIBUNAL DO JÚRI, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.	18
2.4 LEI Nº 12.403/11: ALTERA DISPOSITIVOS DO DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, RELATIVOS À PRISÃO PROCESSUAL, FIANÇA, LIBERDADE PROVISÓRIA, DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.	20
2.4.1 Comparecimento Periódico em Juízo	23
2.4.2 Proibição de Acesso ou Frequência a Determinados Lugares	24
2.4.3 Proibição de Manter Contato com Pessoa Determinada	25
2.4.4 Proibição de Ausentar-se da Comarca	25
2.4.5 Recolhimento Domiciliar no Período Noturno e nos Dias de Folga	26
2.4.6 Suspensão do Exercício de Função Pública ou de Atividade de Natureza Econômica ou Financeira	27
2.4.7 Internação Provisória	27
2.4.8 Fiança	28
2.4.9 Monitoração Eletrônica	29
3 PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	32
3.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL	34
3.2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA NO PROCESSO PENAL	38
3.3 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	42
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

A aprovação da Lei nº 12.403/11 implicou em relevantes alterações no sistema de cautelares pessoais no processo penal, no qual seu uso é mais delicado, diante de sua natureza pessoal.

Tais medidas afetam diretamente a liberdade de locomoção e a intimidade do cidadão, daí a necessária prudência em sua aplicação. Nesse contexto, a Lei 12.403/11 merece toda a atenção, justamente por tratar das medidas cautelares pessoais no processo penal.

A lei 12.403/11 altera dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares. Embora a legislação brasileira já abordasse essa temática, esta lei aborda um tema relevante para o Direito Criminal: o monitoramento eletrônico de pessoas.

Ao observar as reformas ocorridas pode-se afirmar que sempre existiu no país a necessidade de reformar o Código de Processo Penal (CPP), com a procura de inovações pela doutrina e operadores do Direito, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Isso se deve ao fato que o Código de Processo Penal passou a ter vigência no ano de 1942, ou seja, o CPP foi redigido na época do Estado-Novo, momento histórico no qual o pensamento acerca dos direitos e deveres era diverso do que o proclamado pela Constituição Federal de 1988.

Essas mudanças acontecem sempre de forma gradativa, com reformas pontuais aprovadas, sobretudo, desde 2008. Houve alterações nos procedimentos (Lei 11.719/2008), nas provas (Lei 11.690/08), no Tribunal do Júri (Lei 11.689/2008), no interrogatório (Lei 11.900/2008) e, em julho de 2011, a Lei 12.403/2011. Diante de todas essas mudanças na legislação processual penal, este tema está em evidência nos diversos ambientes, sejam eles, as academias, os ambientes profissionais, assim como nos meios de comunicação, pois houve uma significativa atualização no que diz respeito às prisões cautelares.

É *mister* ressaltar que a Lei 12.403/11 foi positiva ao regular o cabimento da liberdade provisória cumulada com outras cautelares, quando ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva. Assim sendo, o juiz deverá

conceder liberdade provisória, impondo, em conformidade com cada situação, as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 da lei em comento, observando os critérios constantes do art. 282 do Código, quais sejam, a necessidade e adequação.

A importância das novas medidas evidencia que o acusado só deverá ter sua segregação cautelar decretada em última hipótese, ainda que em casos de flagrante delito, e desde que devidamente fundamentada com base nas circunstâncias concretas de cabimento da prisão preventiva. Visando, com isto, a abertura de vagas do sistema carcerário, bem como garantir os direitos do sujeito e não cercear o seu direito de convívio familiar ou social.

Assim é que se mostra uma matéria das mais afervoradas. Tratando de um novo rol de possibilidades que o Estado tem para assegurar a cautelaridade da medida, sem que para isso seja necessário o encarceramento. Formas, estas, já presentes em outras nações, mas que só agora chegam ao Brasil de maneira mais organizada. Tema, ainda, em pleno desenvolvimento - diante do PLS nº 156/09 - que busca, incansavelmente, a globalização e constitucionalização do Direito Processual Penal Brasileiro.

A proposta do presente estudo, desta forma, se consubstancia na verificação de critérios objetivos de análise com base nos princípios do contraditório e da ampla defesa para que a escolha da medida cautelar (ou das medidas) seja a mais correta, quando de sua necessidade, passando ao largo do subjetivismo que assombra uma decisão como esta.

Com vistas a obter subsídios contundentes para a pesquisa, os procedimentos metodológicos a serem utilizados nesta monografia, baseiam-se em uma abordagem qualitativa a partir de discussões e argumentos constituídos pela interpretação e conclusões extraídas do aprofundamento na temática através da pesquisa bibliográfica, devendo-se considerar o posicionamento da doutrina no âmbito do Direito Penal, a partir de uma análise constitucional.

Outrossim, a pesquisa a ser apresentada segue o método de abordagem dedutivo, partindo-se da observação dos princípios e normas constitucionais afetos a temática e de uma reflexão o assunto, almejando obter um posicionamento conclusivo sobre o tema.

A técnica de coleta de informações será a da documentação indireta, por meio da pesquisa documental e, principalmente, da pesquisa bibliográfica (através da leitura de livros, artigos científicos, dissertações, teses de doutorado e das mais diversas obras e opiniões já publicadas). No que tange a legislação, o estudo em comento terá como elementos basilares o que dispõe o Código de Processo Penal Brasileiro.

A pesquisa propõe, em seu capítulo introdutório a apresentação do tema e os objetivos desse estudo, bem como a apresentação da metodologia utilizada para seu desenvolvimento.

No segundo capítulo ir-se-á abordar o ciclo de reformas pelo qual o Código do Processo Penal Brasileiro passou em seus setenta anos de existência. Cabe destacar que a proposta é observar as principais mudanças ocorridas neste milênio.

Julga-se necessária essa abordagem para que seja compreensível o processo de avanços do CPP até chegar-se a Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, que é objeto deste trabalho. Ainda nesse capítulo serão apresentadas e discutidas cada uma das nove medidas cautelares diversas da prisão.

O terceiro capítulo irá apresentar os pressupostos constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa, princípios fundamentais sob os quais se devem pautar as ações processuais. Estes princípios visam resguardar os principais direitos do cidadão, garantidos pela Constituição Federal de 1988, que, entre outras garantias, assegurou o livre acesso ao judiciário.

Ainda no mesmo capítulo far-se-á a análise das medidas cautelares diversas da prisão sob a ótica dos direitos fundamentais abordados e a partir das mudanças da Lei nº 12.403/11.

Nas considerações finais apresentar-se-á a síntese de todo conhecimento advindo dessa pesquisa, bem como as conclusões acerca da temática.

Cabe ressaltar que a pertinência desse estudo revela-se na medida em que, os estudantes e os aplicadores do Direito precisam de um entendimento jurídico sobre as mudanças trazidas pela nova lei, no sentido de demonstrar a sua proteção aos princípios e pressupostos basilares do direito brasileiro, à luz da Carta Magna.

2 CICLO DE REFORMAS DO CÓDIGO DO PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal (CPP) de 1941 - Decreto-Lei nº 3.689/1941 - sofreu diversas alterações ao longo do tempo, haja vista que o Estado Democrático de Direito necessita de um ordenamento jurídico em harmonia com a Constituição Federal de 1988¹. Oportuno destacar que o Código de Processo Penal, datado do Estado Novo, não se adaptava à realidade democrática da Carta Maior. De acordo com Ferreira² essas modificações foram necessárias para adequá-lo a realidade da sociedade brasileira ao longo dos anos e aos infortúnios da atualidade³.

Cabe sublinhar que o CPP sofreu modificações importantes ao longo de setenta anos de existência (1941 – 2011), em especial após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) que foi responsável por diversas mudanças no Direito Processual Penal ao instituir direitos e garantias em torno de nosso ordenamento jurídico⁴.

¹ Acerca das mudanças ocorridas no CPP, impende pontuar que, no entender do Desembargador Luiz Melíbio Uiraçaba Machado “o Direito é uma expressão cultural e identifica-se com o tempo no qual ele é examinado. Evolui como a sociedade evolui, pára quando ela pára, é a expressão da sociedade em que vivemos ou no momento em que esse Direito está sendo estudado e surpreendido para estudo - o Direito material, porque o Direito Processual define como se estabelecem as relações entre o poder e o indivíduo”. (MACHADO, Luiz Melíbio Uiraçaba. BOSCHI, José Antônio P.. FRANCO, Sérgio da Costa. DE SOUZA, Paulo Olímpio Gomes, RODRIGUES, Pedro Henrique Particheli Evolução do Código de Processo Penal. In: **I Seminário de Política de Memória Institucional e Historiografia**, 2002, Porto Alegre. Anais Eletrônicos... Porto Alegre. Mesa Redonda. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao_Codigo_Processo_Penal.pdf>. Acesso em: 18 abr 2016. p. 1)

² FERREIRA, Wanessa Carneiro Molinaro. **Recentes alterações do código de processo penal: novo rito do procedimento comum ordinário**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 201-209, dez. 2010

³ “A redação do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941), antes das recentes alterações, refletia o momento histórico em que foi editado, em pleno regime autoritário do Estado Novo, com várias disposições características de um sistema inquisitório. Merece registro, entretanto, que atualmente, ainda permanecem, no texto do referido código, disposições típicas do sistema inquisitório – como, por exemplo, os art. 5º, II; 13, II; 311, entre outros.

Dessa forma, “a reforma promovida em algumas das disposições do CPP foi de fundamental importância para adequá-lo às normas e aos princípios contidos na Constituição de 1988, promovendo, assim, a mudança para que o processo penal respeite os direitos e garantias individuais”. (FERREIRA, Wanessa Carneiro Molinaro. **Recentes alterações do código de processo penal: novo rito do procedimento comum ordinário**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 201-209, dez. 2010. p. 201).

⁴ Apesar das mudanças e da influência da Constituição Cidadã de 1988, no entendimento do Desembargador José Antônio P. Boschi “o processo penal brasileiro ainda tem resquícios de Inquisição, porque o início da persecução penal começa com o inquérito policial, que é inquisitivo, e termina com a execução da pena, que também é inquisitiva, porque, na fase de execução da pena, o

Anterior às alterações vinculadas a CF/88 registra-se que em 1967 houve uma das primeiras tentativas de adaptação e atualização do Código de Processo Penal face à situação de positivação de direitos vivida pela sociedade naquela época⁵. Destarte foi decretada a Lei nº 5.349, que tratou de dar nova disposição para o Capítulo III do supracitado Código, o qual trata da Prisão Preventiva.

Num outro momento, em maio de 1977, o Código Penal e o Código de Processo Penal sofreram novas alterações, através da Lei nº 6.416. Essa nova lei também realizou algumas alterações no texto da Prisão Preventiva. Seguindo no contexto de reforma, em 11 de junho de 1994 foi sancionada a Lei 8.884, que dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, entre outras providências.

De referir que as reformas ao CPP vêm acontecendo de forma gradativa com alterações pontuais aprovadas⁶, sobretudo desde 2008, dentre as quais se destacam: alterações nos procedimentos (11.719/2008), nas provas (11.690/08), no

Juiz é quem toma a iniciativa de mandar lavrar a guia de recolhimento, na forma do art. 105 da Lei de Execuções Penais, e é ele, depois, quem, na forma do art. 197 da Lei de Execuções Penais, pode instaurar procedimentos até para subtrair, para revogar benefícios que o condenado alcançou durante a execução da pena". Contudo, na continuidade de sua explanação, apresenta a tese que "O grande salto - vou suprimir alguns itens - viria com a Constituição Federal de 88, que consagrou, de forma definitiva, o modelo acusatório puro, porque o réu tem garantias, o Juiz tem garantias, o acusador tem garantias e o defensor tem garantias". (MACHADO, Luiz Melíbio Uiraçaba. BOSCHI, José Antônio P.. FRANCO, Sérgio da Costa. DE SOUZA, Paulo Olímpio Gomes, RODRIGUES, Pedro Henrique Particheli **Evolução do Código de Processo Penal**. In: **I Seminário de Política de Memória Institucional e Historiografia**, 2002, Porto Alegre. Anais Eletrônicos... Porto Alegre. Mesa Redonda. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaicho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao_Codigo_Processo_Penal.pdf. Acesso em: 18 abr 2016. p. 15)

⁵ Convém destacar que, de acordo com Oliveira (2011) "O sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941, em sua primitiva redação, foi elaborado e construído a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade (aqui referida no sentido lato, de responsabilidade penal), na medida em que a fundamentação da custódia (ou prisão) referia-se apenas à lei, e não a uma razão cautelar específica". (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Atualização do Processo Penal – Lei no. 12.403, de 05 de maio de 2011**. 2011, p.8. Disponível em: <http://www.amdepol.org/arquivos/reforma_do_CPP.pdf>. Acesso em 04 abr 2016.)

⁶ Sob esse aspecto, Souza, em Mesa Redonda ocorrida no ano de 2002, assinalou que "a lei e o Código de Processo Penal vigentes atendem a um mínimo necessário do estado democrático de direito, carecendo dos aperfeiçoamentos já destacados, parece-me que fizemos aqui, de forma muito bem desenvolvida, uma evolução histórica das ideias processuais penais até o nosso ponto, com esse deficiente remate". (MACHADO, Luiz Melíbio Uiraçaba. BOSCHI, José Antônio P.. FRANCO, Sérgio da Costa. DE SOUZA, Paulo Olímpio Gomes, RODRIGUES, Pedro Henrique Particheli **Evolução do Código de Processo Penal**. In: **I Seminário de Política de Memória Institucional e Historiografia**, 2002, Porto Alegre. Anais Eletrônicos... Porto Alegre. Mesa Redonda. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaicho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao_Codigo_Processo_Penal.pdf>. Acesso em: 18 abr 2016. p.30)

Tribunal do Júri (Lei 11.689/2008), no interrogatório (Lei 11.900/2008) e, em julho de 2011, a Lei 12.403/2011.

Nesse capítulo daremos destaque a algumas das transformações ocorridas neste milênio até chegarmos a Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, objeto desse estudo, que alterou dispositivos relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, e demais medidas cautelares.

2.1 LEI Nº 10.258/01: ALTERA O ART. 295 DO DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 – CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, QUE TRATA DE PRISÃO ESPECIAL.

A lei 10.258/01 regula as formas de prisão especial, alterando o artigo 295 do Código Penal, no inciso V para oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios⁷. Senão vejamos:

Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:

I – os ministros de Estado;

II – os governadores ou interventores de Estados, ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de Polícia;

III – os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembleias Legislativas dos Estados;

IV – os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito";

V – os oficiais das Forças Armadas e do Corpo de Bombeiros;

VI – os magistrados;

VII – os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

VIII – os ministros de confissão religiosa;

IX – os ministros do Tribunal de Contas;

X – os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função.

⁷ BRASIL, Lei nº 10.258, de 11 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10258.htm>. Acesso em 20 mar 2016. Grifo nosso.

Ademais, acrescentou ao nosso diploma processual penal cinco novos parágrafos, a saber⁸:

§ 1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum.

§ 2º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.

§ 3º A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico, adequados à existência humana.

§ 4º O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum.

§ 5º Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum.

Registra-se que o privilégio da prisão especial só é cabível nos casos de prisão provisória, ou seja, antes de sentença condenatória definitiva. Após a condenação definitiva o privilégio fica extinto. Todavia, os ocupantes de alguns cargos ligados diretamente ao combate ao crime, dentre eles os de membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, gozarão do privilégio do recolhimento em separado mesmo após a sentença condenatória com trânsito em julgado, por disposição expressa em lei⁹.

Ademais, a prisão especial consiste na detenção em local diverso da prisão comum ou em cela distinta dos demais presos, caso não haja local específico para presos especiais. Também poderá ser coletiva, contudo deverá conter somente com presos elencados no supracitado artigo.

2.2 LEI Nº 10.792/03: ALTERA A LEI Nº 7.210, DE 11 DE JUNHO DE 1984 - LEI DE EXECUÇÃO PENAL E O DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

A lei 10.792 de 1º de dezembro de 2003 altera o Código de Processo Penal

⁸ BRASIL, Lei nº 10.258, de 11 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10258.htm>. Acesso em 20 mar 2016.

⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 7ª Ed; Saraiva: São Paulo, 2002.

em alguns pontos, tendo maior relevância às mudanças realizadas no tocante ao sistema de interrogatório: artigos 185 a 196.

Registra-se que no Código de Processo Penal de 1941 o artigo 186 que “antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”¹⁰. Não é demasiado apontar que o CPP de 1941 foi instituído durante o Estado Novo, período histórico no qual, de acordo com Souza “era uma ambiência de totalitarismo e fascismo no Brasil”¹¹.

Nesse sentido, completa Gomes et al (2007), a ótica do CPP de 1941 era de um sistema processual inquisitivo no qual: “O acusado é privado do contraditório, prejudicando-lhe o exercício da defesa, pois perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação”¹².

Na alteração do supracitado artigo, à luz da Constituição de 88, com as garantias ali preconizadas, fica assegurado que depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado.

Nesse aspecto, de acordo com referida autora passa a vigorar a um sistema processual misto, no qual o princípio do contraditório (Art. 5, LV, da CF/88¹³) está devidamente garantido pela promulgação da supracitada lei¹⁴.

¹⁰ BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 mar 2016.

¹¹ (MACHADO, Luiz Melíbio Uiraçaba. BOSCHI, José Antônio P.. FRANCO, Sérgio da Costa. DE SOUZA, Paulo Olímpio Gomes, RODRIGUES, Pedro Henrique Particheli Evolução do Código de Processo Penal. In: **I Seminário de Política de Memória Institucional e Historiografia**, 2002, Porto Alegre. Anais Eletrônicos... Porto Alegre. Mesa Redonda. Disponível em: < https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaicho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao_Codigo_Processo_Penal.pdf>. Acesso em: 18 abr 2016. p.24)

¹² GOMES, Margarida Maria Nunes de Abreu ; RIBEIRO, Bernardo Barrozo; CRUZ, Ivna Mauro. O princípio do contraditório e o inquérito policial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VIII, Nº 10 - Junho de 2007. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista10/Discente/MargaridaMaria.pdf>>. Acesso em 07 mar 2016. p. 363

¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Outra alteração de significativa importância foi a divisão do interrogatório em duas partes, versada no artigo 187. Na primeira parte o réu será questionado sobre suas condições sociais e vida pregressa. A segunda parte examinará os fatos em discussão no processo¹⁵:

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

§ 2º Na segunda parte será perguntado sobre:

I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

IV - as provas já apuradas;

V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa.

Nos destaques o artigo 196 não poderia deixar de ser citado, visto que na redação anterior um novo interrogatório só poderia ser solicitado pelo juiz. Com a promulgação da lei 10.792/03 no artigo passa a vigorar que o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes. Assim posto, em contato com novas provas, as partes podem solicitar um novo

¹⁴ Damásio de Jesus preleciona que o Princípio do Contraditório é identificado na doutrina pelo binômio “ciência e participação”, no qual o juiz coloca-se cêntrico às partes, podendo, unicamente, referir que o “direito preexistente foi devidamente aplicado ao caso concreto se, ouvida uma parte, for dado a outra o direito de manifestar-se em seguida. Destarte, as partes têm o direito de serem cientificadas sobre qualquer fato processual ocorrido e a oportunidade de se manifestarem sobre ele antes de qualquer decisão jurisdicional”. (Jesus, Damásio E. De. **Código de Processo Penal – Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2009.)

¹⁵ BRASIL, Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 05 mar. 2016.

interrogatório para questionar o réu sobre fatos relevantes.

2.3. LEI Nº 11.689/08: ALTERA DISPOSITIVOS DO DECRETO-LEI NO 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 – CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, RELATIVOS AO TRIBUNAL DO JÚRI, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

A Lei nº 11.689 de 9 de junho de 2008, altera significativamente o procedimento dos processos de competência do tribunal do júri¹⁶. Determina que o Tribunal do Júri corresponda a 1 (um) juiz togado, seu presidente, e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados. Destes vinte e cinco 7 (sete) constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento.

A partir de sua promulgação, para compor o corpo de jurados, o cidadão deverá ter mais de 18 anos, não mais 21 como constava no texto anterior, e ter notória idoneidade

Todavia, as mudanças ocorreram particularmente na ordem da instrução processual, de acordo com o artigo 406¹⁷

Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º O prazo previsto no caput deste artigo será contado a partir do efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital.

§ 2º A acusação deverá arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), na denúncia ou na queixa.

§ 3º Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo

¹⁶ Segundo Coutinho (2015), essa foi “talvez, a melhor das reformas, quiçá por se debruçar sobre um rito e, assim, ter-se condições de modificar aquilo que vinha sendo respondido, na via da hermenêutica, pelos tribunais, não fosse alguns reclamos já antigos da doutrina”. (COUTINHO, Jacinto. **Reformas parciais do processo penal: breves apontamentos críticos**. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/reformas-parciais-do-processo-penal-breves-apontamentos-criticos-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: 22.fev.2016).

Corroborando com o pensamento de Coutinho, Viveiros complementa afirmando que: “Felizmente a lei corrigiu o problema que antes apontávamos, prevendo o recebimento da denúncia, devendo-se entender, de conseguinte, que neste momento inicial se interrompe a prescrição da pretensão punitiva”. (VIVEIROS, Mauro. **Comentários à Lei 11.689/2008: O novo processo do júri**. Disponível em: <

<https://www.mpmt.mp.br/storage/webdisco/2009/09/24/outros/c5c16e10baa11060f89359123b52d61b.pdf>>. Acesso em: 16 abr 2016. p.2)

¹⁷ BRASIL, Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/111689.htm>. Acesso em: 05 mar. 2016.

que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

Registra-se o parágrafo primeiro da Lei, por definir claramente o início do prazo. Para Viveiros é imperioso que o juiz fixe prazo para a diligência, assim pode-se coibir possíveis fraudes, uma vez que o acusado pode estar em lugar incerto ou se ocultar e, se “o oficial de justiça não certifica a ocorrência, devolvendo o mandado, não há como proceder-se sua citação por outras formas”.

¹⁸Outra importante mudança foi a audiência unificada, com o intuito de propiciar maior agilidade ao procedimento, disposta no artigo 411¹⁹

Art. 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate.

§ 1º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento e de deferimento pelo juiz.

§ 2º As provas serão produzidas em uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

§ 3º Encerrada a instrução probatória, observar-se-á, se for o caso, o disposto no art. 384 deste Código.

§ 4º As alegações serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez).

§ 5º Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo previsto para a acusação e a defesa de cada um deles será individual.

§ 6º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa.

§ 7º Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer.

§ 8º A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no caput deste artigo.

¹⁸ (VIVEIROS, Mauro. Comentários à Lei 11.689/2008: O novo processo do júri. Disponível em:< <https://www.mpmt.mp.br/storage/webdisco/2009/09/24/outros/c5c16e10baa11060f89359123b52d61b.pdf>>. Acesso em: 16 abr 2016. p.2)

¹⁹ Idem

§ 9º Encerrados os debates, o juiz proferirá a sua decisão, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.

A esse respeito, de acordo com Lopes JR²⁰, os principais fundamentos de uma célere tramitação do processo, protegidas as garantias fundamentais, se resumem em “respeito à dignidade do acusado; interesse probatório; interesse coletivo e; a confiança na capacidade da Justiça”²¹. Nesse diapasão, a mudança apresentada na Lei 11.689/08 surge com o objetivo de agilizar os julgamentos submetidos ao Tribunal do Júri. Nesse sentido, consegue a conciliação entre a eficácia com as garantias constitucionais, como bem observa Gomes, afirmando ser este o principal objetivo dessa reforma, “eliminando ou reduzindo etapas repetitivas ou pouco producentes e tudo isso, sem prejudicar o direito constitucional da ampla defesa”²².

São diversas as inovações no supracitado artigo: as testemunhas tanto de acusação, quanto de defesa serão ouvidas em audiência una²³; o magistrado ouvirá os peritos, fará reconhecimento de pessoas e objetos, assim como acareações. Após todo o procedimento o juiz proferirá sua decisão, ou a fará num prazo máximo de dez dias. A lei define prazo para essa fase de instrução: será concluído no prazo máximo de noventa dias, de acordo com o artigo 412.

Registra-se que todos esses procedimentos ocorriam em momentos distintos, tornando a instrução lenta e fracionada. Com a nova redação buscou-se dar maior agilidade ao processo, com isso também são garantidos os interesses do acusado.

2.4. LEI Nº 12.403/11: ALTERA DISPOSITIVOS DO DECRETO-LEI Nº 3.689,

²⁰ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, v 1, 2 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²¹ Idem. p. 138

²² GOMES, Luiz Flávio. Um novo procedimento para o júri. **LFG – Democratização do Ensino em favor de todos**, São Paulo, 09 de março de 2007. Disponível em:< http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070309082919277> . Acesso em: 15. mar. 2016.

²³ No entendimento de Viveiros “A finalidade da lei, aqui, é evitar que testemunhas intimadas que compareçam em juízo sejam dispensadas por adiamento de audiências, muitas vezes sem motivos legais ou justificação válida, fato que contribui para o desgaste da imagem da Justiça”. (VIVEIROS, Mauro. Comentários à Lei 11.689/2008: O novo processo do júri. Disponível em:< <https://www.mpmt.mp.br/storage/webdisco/2009/09/24/outros/c5c16e10baa11060f89359123b52d61b.pdf>>. Acesso em: 16 abr 2016. p.5)

DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, RELATIVOS À PRISÃO PROCESSUAL, FIANÇA, LIBERDADE PROVISÓRIA, DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

A promulgação da Lei 12.403/2011 apresentou a alteração de 32 artigos do Código de Processo Penal brasileiro, relativos à regulação da prisão e da liberdade provisória. Essas alterações objetivaram, dentre outras, uma maior necessidade de fundamentação por parte de Juízes para a decretação da prisão preventiva, uma vez que o rol das medidas cautelares se mostra bastante satisfatório a apresentar medidas diversas à prisão, como garantia do processo e das pessoas nele envolvidas.

Nessa perspectiva, a referida Lei inova ao apresentar diversas medidas cautelares²⁴, estas previstas no Art. 319, como alternativas à prisão preventiva, cabendo ao Juiz, contudo, decretar esta quando não for cabível a sua substituição por alguma das medidas instituídas²⁵.

Por conseguinte, este enfoque anuncia a adequação ao primeiro aspecto constitucional: o princípio da presunção de não culpabilidade, previsto na Constituição Federal de 1988²⁶.

Além de alterações sobre a fiança e da liberdade provisória, o novo artigo 319 traz nove medidas cautelares diversas da prisão, Essas medida devem ser aplicadas

²⁴ Tucci e Delmanto Jr (2004, p.113) prelecionam que medidas cautelares no processo pela são “providências, determinadas por autoridade competente, destinadas a assegurar a definição de relação jurídica penal e, eventualmente, a sua satisfação.” (TUCCI, Rogério Lauria; DELMANTO JR, Roberto. **Sistematização das Medidas Cautelares Processuais Penais**, Revista do Advogado, São Paulo: AASP, v.24, n.78, p. 111-120, set. 2004)

²⁵ A juíza Érika Bastos de Oliveira Carneiro, ao avaliar as principais mudanças trazidas pela lei em comento julga “Importante alteração realizada pela Lei n° 12.403/11 foi a posituação de rol de medidas cautelares diversas da prisão, no art. 319 do CPP, outrora não previstas expressamente e aplicadas ao processo penal por força da subsidiariedade das normas de processo civil, segundo o entendimento de alguns operadores do direito. Como bem salientado pelo Professor Gustavo Badaró, não haveria mais apenas a opção entre liberdade e prisão. Para ele, tais medidas seriam alternativas e não substitutivas, uma vez que não se chega a decretar a prisão preventiva”. (CARNEIRO, Érika Bastos de Oliveira. Da Interpretação Prospectiva da Lei 12.403/11. In: O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares.pdf>. Acesso em: 16 abr 2016. p.138)

²⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 5 nov. 2011.

com prioridade, antes de o juiz decretar a prisão preventiva²⁷ que, com a reforma da Lei 12.403 de 4 de maio de 2011, passou a ser subsidiária²⁸.

São medidas cautelares diversas da prisão²⁹:

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

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

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

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

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

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

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

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

IX - monitoração eletrônica.

Por meio dessas medidas cautelares, a lei restringe a prisão preventiva aos crimes de maior potencial ofensivo, aos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, aos casos de reincidência e às pessoas que violarem essas medidas cautelares.

²⁷ Regista-se que, de acordo com Alencar e Távora, conceitua-se prisão preventiva como “a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual”. (ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 477.)

²⁸ BRASIL, Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12403.htm>. Acesso em: 05 mar. 2016.

²⁹ Idem

No art. 320, como citam alguns doutrinadores, há outra medida cautelar, que trata da proibição do indiciado ou acusado de ausentar-se do país, com a consequente entrega de passaporte. Assim, a proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades que fiscalizam as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de vinte e quatro horas.

As medidas cautelares diversas da prisão são vistas como uma adequação do Código de Processo Penal brasileiro à Constituição Federal e aos tratados internacionais, adotados pelo Brasil. Com essas medidas, a tutela cautelar ficou mais adequada à realidade, pois, dessa forma, evita a prisão provisória e desnecessária do acusado.

Deste modo, a prisão provisória só deve ocorrer quando as demais medidas cautelares não surtiram efeito. Se alguma delas cumprirem o papel desejado, o encarceramento está descartado. Diante do caso concreto, o juiz deve analisar a situação, a fim de aplicar a medida mais correta, levando em consideração os princípios constitucionais e os requisitos exigidos pelo art. 282 do Código de Processo Penal.

Não há previsão legal quanto ao tempo de duração das medidas, estas deverão durar enquanto permanecerem os requisitos constantes dos incisos I e II do art. 282 do Código de Processo Penal.

A aplicação das medidas cautelares não quer dizer a imposição de uma sanção, entretanto, há uma restrição de direitos do acusado, e em se tratando de direitos, tudo aquilo que venha a restringir o exercício de direitos deverá vir a ser interpretado de forma taxativa, ou seja, o juiz está adstrito a aplicar apenas as medidas que estão descritas em lei³⁰.

2.4.1 Comparecimento Periódico em Juízo

³⁰ MARREIRO, Yuri Agra O. **O monitoramento eletrônico com o advento da Lei 12.403/11**. 2012. 35 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2012.

Esta medida consiste no comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades. A medida já é aplicada em outras situações, como no caso do artigo 89, inciso IV, da Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), também em relação à suspensão condicional do processo e ao sursis (art. 78, parágrafo 2º, alínea “c” do CP). Mesmo que caiba prisão preventiva, há a possibilidade de aplicação da medida cautelar³¹.

2.4.2 Proibição de Acesso ou Frequência a Determinados Lugares.

Esta medida diz respeito à proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias ao fato, o indiciado ou acusado deve manter-se longe do local para evitar novas infrações. Deve haver prudência na aplicação desta medida, não sendo admissível que seja dissociada dos fatos. É o que descreve Nestor Távora e Rosnar Rodrigues:

(...) quando a frequência a determinados ambientes seja fator de potencialização da prática de delitos, como festas de largo, bares, prostíbulos, a restrição será pertinente, desde que coerente com o contexto do delito anteriormente praticado³².

A proibição de que o sujeito frequente alguns ambientes, além de evitar novas infrações, impede também do provável encontro com desafetos, por exemplo. Assim manter o acusado ou indiciado longe do local, evita novos transtornos.

³¹ Nessa perspectiva, cita-se a decisão do Desembargador Cláudio Baldino Maciel (HC 70045365913/RS): HABEAS CORPUS. SUPOSTA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. REVOGAÇÃO, APLICAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. Ainda que cabível a decretação da prisão preventiva, remanesce a possibilidade de aplicação das demais medidas cautelares introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei nº. 12.403-2011, especialmente levando-se em conta o fato de o paciente ser primário e não responder a qualquer outra ação penal. Embora o crime não tenha sido praticado mediante o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa e o acusado não demonstre, em princípio, periculosidade afrontosa à ordem pública a sugerir o periculum libertatis, possível se faz a imposição de medida cautelar diversa da prisão preventiva, para assegurar a correta aplicação da Lei Penal, consistente na apresentação semanal em juízo para informar e justificar as atividades, nos termos do disposto no art. 282, inc. II, §6º e no art. 319, I, ambos do CPP. RATIFICADA A LIMINAR PELA QUAL FOI CONCEDIDA PARCIALMENTE A ORDEM DE HABEAS CORPUS. (Tribunal de Justiça do RS, HC 70045365913 / RS. Relator: Desembargador Cláudio Baldino Maciel, SEXTA CÂMARA CRIMINAL, julgado em 20/10/2011, publicado em DJ 25/10/2011).

³² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosnar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 6 ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 646.

2.4.3 Proibição de Manter Contato com Pessoa Determinada

Nesta medida também se deve manter a relação com o delito. Assim o indiciado ou acusado deve permanecer distante da determinada pessoa. A medida impede, além do contato físico, também o contato por telefone, por exemplo.

A Lei Maria da Penha (Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006), ao fixar medidas protetivas, possibilita ao magistrado fixar limite de distância entre a vítima de violência doméstica e seu agressor. A mesma medida era empregada analogamente para outros casos não amparados pela lei em questão.

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor³³.

Portanto, agiu bem o Legislativo ao consignar tal medida no corpo do Código de Processo Penal, uma vez que sustentavam alguns doutrinadores que citada medida, por falta de previsão legal, somente era aplicável às hipóteses previstas na lei 11.340/06³⁴.

2.4.4 Proibição de Ausentar-se da Comarca

A aplicação dessa medida cautelar resulta na proibição do acusado/indiciado de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária

³³ BRASIL. **Lei no. 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em 03 abr 2016.

³⁴ MARREIRO, Yuri Agra O. **O monitoramento eletrônico com o advento da Lei 12.403/11.** 2012. 35 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2012.

para a investigação ou instrução. A limitação deve ser justificada pela necessidade de produção probatória, seja na fase preliminar, seja na fase processual.

Visto que a ausência do acusado na comarca, dificilmente, comprometeria a investigação ou instrução criminal, pouco influenciando na garantia do bom andamento do processo, seria bem mais razoável que esta medida tivesse como finalidade a garantia da aplicabilidade da lei penal, pois estaria ligada a ideia de fuga, caso houvesse essa intenção por parte do acusado.

Interessante lembrar que, pelo fato de algumas comarcas englobarem vários municípios, pode o indivíduo, nesses casos, sair do município em que haja firmado residência, não desobedecendo a medida cautelar, desde que não se ausente da comarca do seu domicílio.

Em poucas oportunidades será imprescindível a permanência do acusado ou indiciado na comarca, como casos de identificação datiloscópica ou fotográfica, espectrograma de voz, exame grafotécnico, reconhecimento de pessoas, acareação e reconstituição do crime. Entretanto, nesses casos o acusado poderá se negar a produzir essas provas contra si mesmo (princípio do *nemo tenetur se detegere*), recusando-se de participar desses atos. A exceção está no reconhecimento de pessoas, pois, neste caso o juiz poderá ordenar a condução coercitiva do acusado.

2.4.5 Recolhimento Domiciliar no Período Noturno e nos Dias de Folga

A quinta medida cautelar apresentada pela Lei 12.403/11 diz que no período noturno e nos dias de folga, quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos, ocorrerá o recolhimento domiciliar do indivíduo (art. 319, V do CPP).

Portanto, para que seja possível o recolhimento domiciliar, devem-se assegurar os seguintes requisitos: a) deve ocorrer no período noturno (a partir das dezoito horas) e nos dias de folga (recolhimento em período integral); b) o acautelado deve possuir residência e trabalho fixos.

Essa medida diferencia-se da prisão domiciliar, vez que, neste caso, também visa substituir a prisão preventiva, todavia, tem caráter mais rígido que a medida de recolhimento domiciliar.

Esta cautelar fica à mercê da disciplina do sujeito, o que pode gerar dificuldade em sua aplicação, fiscalização e cumprimento. Por isso, pode-se aplicar também o monitoramento eletrônico.

2.4.6 Suspensão do Exercício de Função Pública ou de Atividade de Natureza Econômica ou Financeira

Haverá suspensão do exercício de função pública³⁵ ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais. Nos termos da lei, a finalidade seria o impedimento da utilização de tais circunstâncias (serviço público ou atividade econômico-financeira) para a reiteração de infrações penais³⁶.

Esta medida não se confunde com a perda da função pública, do cargo ou do mandato eletivo, prevista no art. 92, I, “a” do Código Penal como efeito da condenação. No caso do art. 92, pressupõe condenação com pena igual ou superior a um ano nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever funcional. Em tal caso, a efetivação pressupõe o trânsito em julgado da decisão.

É necessária a existência de conexão entre a função ou atividade exercida pelo acusado e o crime praticado como justificativa de decretação dessa medida.

2.4.7 Internação Provisória

³⁵ Por função pública há que se entender toda atividade exercida junto à Administração Pública, seja em cargo público, seja em mandatos eletivos (de natureza política), seja, finalmente, por autorização ou delegação do Poder Público, seja no âmbito das empresas públicas. Compreende-se por função pública, então, toda sorte de atividade desenvolvida na prestação de serviços pelo servidor público, o que incluiria também o emprego público sob o regime trabalhista. Já o conceito de atividades econômico-financeiras é bem mais amplo, devendo ser buscado, sobretudo, em relação ou em associação ao tipo de delito que esteja investigando ou processando. De todo modo, a atividade empresarial, de maneira geral, implica o simples e geral desempenho de atividade de natureza econômica. A seu turno, a atuação junto aos bancos, comerciais ou não, e demais instituições financeiras, abrangidas pelo Sistema Nacional Financeiro, satisfazem o conceito de atividade financeira. (OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p. 512.)

³⁶ MARREIRO, Yuri Agra O. **O monitoramento eletrônico com o advento da Lei 12.403/11**. 2012. 35 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2012.

Essa medida nasceu da possibilidade de internar provisoriamente o indivíduo que comete crimes praticados com violência ou grave ameaça.

É necessário o laudo dos peritos atestando ser o agente inimputável ou semi-imputável, entretanto quando este laudo não for elaborado em tempo hábil e o fato exigir urgência, sendo nítida a deficiência do acusado, o juiz poderá decretar a medida mediante um parecer médico comum (particular)³⁷.

O laudo de insanidade mental, além de medir a saúde e rigidez mental do agente, deve servir ao juiz para que este consiga decidir pela aplicação da cautelar dosando a probabilidade da reiteração de condutas criminosas³⁸.

2.4.8 Fiança

O instituto da fiança foi renovado. Agora, na teoria, todo crime passa a ser afiançável, ressalvadas as hipóteses de expressa vedação legal (ex.: art. 323 do Código de Processo Penal) ou constitucional³⁹ – como no crime de racismo – e quando não estiverem presentes os requisitos para seu deferimento. Portanto, são considerados crimes inafiançáveis aqueles crimes que tenham uma conduta mais agressiva perante a convivência social ou ao próprio estado.

A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos, o que não impede a concessão de fiança nos demais casos, em que a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 horas.

O art. 324 do Código de Processo Penal traz algumas limitações ao instituto, preceituando que a fiança não será concedida: a) aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo,

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

³⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6.Ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p.646

³⁹ O art. 5º, incs. XLIII e XLIV, da Constituição Federal determina:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

qualquer das obrigações impostas; b) em caso de prisão civil ou militar; c) quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva. É evidente que, quando presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, não haverá admissibilidade da liberdade provisória, seja com ou sem fiança.

Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

2.4.9 Monitoração Eletrônica

A lei 12.403/2011 juntou-se às leis 11.689/08 (provas), 11.690/08 (júri) e 11.719/08 (procedimentos), que alteraram significativamente o processo penal brasileiro.

Particularmente em relação ao monitoramento eletrônico, a inovação da referida reforma de 2011 consistiu em fixar tal dispositivo como medida cautelar, restringindo a possibilidade de aplicação da prisão preventiva⁴⁰.

A partir de então o monitoramento eletrônico pode ser utilizado em qualquer fase do processo penal, não se restringindo apenas aos indivíduos que já foram condenados. Portanto, o monitoramento eletrônico, conforme instituído, é uma substituição da prisão preventiva. Assim sendo, antes de se decretar a prisão

⁴⁰ Acerca da importância do monitoramento eletrônico, o entendimento do juiz João Guilherme Chaves Rosas Filho é “[...] que este, aplicado de modo correto, poderá viabilizar outras medidas cautelares, como o recolhimento ao lar, as proibições de acesso a determinados lugares ou de contato com certas pessoas, possibilitando a efetiva aplicação destas medidas e, conseqüentemente, trazendo maior tranquilidade ao processo e diminuindo sensivelmente a necessidade da prisão em casos em que esta era tida como única opção. (ROSAS FILHO, João Guilherme Chaves. Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal. In: **O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares.pdf>. Acesso em: 16 abr 2016. p.191)

preventiva, portanto, é preciso analisar a possibilidade de aplicação de medidas cautelares. E entre elas, se encontra o monitoramento eletrônico⁴¹.

Desta feita, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a monitoração eletrônica pode ser dirigida em duas hipóteses legais: a) como uma medida cautelar (Lei 12.403/2011); b) como vigilância indireta do preso, nos casos de saídas temporárias durante o regime semiaberto e de concessão de prisão domiciliar (Lei 12.258/2010).

Cumprido destacar que essa medida quando se mostra suficiente para a realização dos objetivos estabelecidos no art. 282, I, do CPP, de garantia de aplicação da lei penal, conveniência da investigação ou da instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, de prevenção contra a prática de novas infrações penais, desautoriza a prisão preventiva. Outro grande benefício é possibilitar a fiscalização da proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (Inciso II), da proibição de ausentar-se da Comarca (Inciso IV), e do recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (Inciso V). A guisa de conclusão, Como mencionado no início deste capítulo, o Direito não é uma ciência inerte, ao contrário, por ser um conjunto de regras que disciplina as diversas dimensões da vida em sociedade, é ciência viva e não poderia jamais estar à margem das garantias individuais e dos avanços sociais ocorrido no Brasil após a promulgação da CF/88.

Nesse diapasão, com o CPP não poderia ser diferente. Foi visto, ao longo dessa narrativa que as mudanças após a promulgação da CF/88 buscaram garantir eficácia aos princípios e valores constitucionais, bem como alcançar o equilíbrio entre os direitos individuais e o interesse público na tutela efetiva dos bens e interesses fundamentais protegidos pelo direito penal.

Nesse ciclo de reformas, em especial nas últimas décadas, a promulgação da Lei 12403/11 pode ser compreendida como um caminho à dignidade da pessoa humana. Essa afirmação dá-se em face da introdução das medidas cautelares diversas à prisão que podem ser aplicadas tanto na fase investigativa quanto na processual, relegando a um segundo plano a decretação da prisão preventiva. As medidas cautelares diversas à prisão apresentadas nesse capítulo são,

⁴¹ GRECO, Rogério. **Monitoramento Eletrônico**. Disponível em: <www.rogeriogreco.com.br>. Acesso em 09 mar 2016.

indubitavelmente, a grande inovação trazida pela Lei 12.403/11. Dessa forma, o magistrado agora de 09 medidas cautelares alternativas, para evitar o encarceramento antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. Esse dispositivo reafirma a ideia da excepcionalidade da prisão, sendo, a regra, responder o processo em liberdade até que se prove sua inocência ou culpabilidade.

Face ao exposto, pode-se afirmar que a Lei 12.403/11 é de extrema importância para o mundo jurídico brasileiro, por ter inovado em parte da tão discutida da reforma do Código de Processo Penal, passando a enfatizar princípios constitucionais de extremo valor para o Estado Democrático de Direito.

3 PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A Constituição Federal é o estatuto máximo de uma sociedade que aspira viver politicamente organizada. Consoante essa máxima afirma-se que todos os ramos do direito positivo só alcança a plena eficácia quando é compatível com os Princípios e Normas nela descritos, sem exceção⁴². Nessa perspectiva, ao Direito Penal cumpre subsidiar-se nas demandas de matérias por ela abraçadas, observando, dessa forma, as garantias e direitos fundamentais do cidadão⁴³.

Para que seja possível tratar dessa temática, na qual ocorre a fusão entre Princípios Constitucionais e Princípios do Direito Penal, torna-se importante responder a seguinte questão: o que são os princípios, qual seu conceito? Quais as diferenças entre princípios e normas?

Na busca pelas respostas lê-se em José Afonso da Silva⁴⁴ que:

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] 'núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais". Mas, como disseram os mesmos autores, "os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.

⁴²Sob esse aspecto, cumpre referir que no entendimento de Tavares "A Constituição" (positivada de um país) é considerada como um conjunto normativo fundamental, adquirindo, por isso, cada um de seus preceitos a característica da superioridade absoluta, ou seja, da supremacia, em relação às demais normas de um mesmo ordenamento jurídico estatal. Essa é a nota "especial" à qual se fez referência acima.

A estrutura escalonada do Direito apresenta como ápice a Constituição, base a partir da qual todas as demais normas se desenvolvem e auferem sua validade última dentro do sistema". (TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 41)

⁴³ Na doutrina acerca da Constituição, Tavares salienta: "Com este novo paradigma, majorou-se, portanto, a importância dos princípios no direito e no próprio corpo da Constituição. A premência dos princípios se tornou tal que, hodiernamente, não se admite, na maior parte dos estudos jurídicos, uma arquitetura constitucional que não os contenha, de forma que os mesmos podem ser considerados como o espírito da Constituição ou como seu núcleo de identidade. Daí o surgimento de uma corrente doutrinária, no âmbito do Direito Constitucional, que compreende a Constituição como um invólucro de valores sociais em sua essência". (TAVARES, André Ramos. A CONSTITUIÇÃO É UM DOCUMENTO VALORATIVO? In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007 337-348. Disponível em :<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-337-Andre_Ramos_Tavares.pdf>. Acesso em 22 abr 2016. p.337)

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25a. edição - São Paulo: Malheiros, 2005. p.92. Grifo do autor.

Acerca do conceito de norma o supracitado doutrinador⁴⁵ elucida ao afirmar:

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.

A partir dessa diferenciação, vê-se que os direitos e garantias fundamentais⁴⁶ correspondem às normas que permitem aos cidadãos uma série de condições mínimas para a convivência igualitária, livre e digna em uma sociedade. Os direitos são disposições declaratórias de poder sobre determinados bens e pessoas. Já as garantias são os mecanismos de proteção e defesa dos direitos, ou seja, é a exigência que cada cidadão faz ao Poder Público para proteger seus direitos, bem como o reconhecimento da existência de meios processuais adequados para essa finalidade.

As garantias e direitos individuais⁴⁷ estão previstos na CF/88 e são considerados cláusula pétrea, ou seja, uma determinação constitucional rígida e permanente, insuscetível de ser objeto de qualquer deliberação e/ ou proposta de modificação, mesmo que por emenda constitucional⁴⁸.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25a. edição - São Paulo: Malheiros, 2005. p. 91.

⁴⁶ Por direitos fundamentais José Afonso da Silva preleciona: **Direitos fundamentais do homem** constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, **no nível do direito positivo**, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo **fundamentais** acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais **do homem** no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (Idem. p. 178. Grifos do autor)

⁴⁷ De acordo com o supracitado doutrinador não existe unanimidade na doutrina acerca dessa terminologia, contudo destaca que “é ainda empregada para denotar um grupo dos direitos fundamentais, correspondente ao que se tem denominado direitos civis ou liberdades civis. E usada na Constituição para exprimir o conjunto dos direitos fundamentais concernentes à **vida**, à **igualdade**, à **liberdade**, à **segurança** e à **propriedade**”. (Idem. p. 176. Grifos do autor)

⁴⁸ Nessa perspectiva, o artigo 60 da CF/88, no §4º, indica que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e **os direitos e garantias individuais**. (BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível

Os direitos e garantias individuais são relacionados no Título I, dos direitos e garantias fundamentais, no Capítulo I dos direitos e deveres individuais e coletivos, artigo 5º, tendo o princípio do contraditório e da ampla defesa⁴⁹ podendo ser encontrado no inciso LV, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório e a ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes”⁵⁰.

O contraditório é orientado pelo caráter de igualdade entre as partes. Dessa forma, defesa e acusação terão ao seu dispor prazos e oportunidades semelhantes. Já a ampla defesa afiança ao acusado condições favoráveis para expor todos os subsídios necessários para apresentar a verdade real dos fatos.

Desta feita, pode-se afirmar que o princípio do contraditório e da ampla defesa no processo penal tem por finalidade precípua resguardar os principais direitos do cidadão, como a liberdade, a propriedade e a honra que, ao lado da vida, são os bens mais valiosos ao ser humano. Conforme bem pontua Gilmar Ferreira Mendes⁵¹, “o contraditório e a ampla defesa não se constituem em meras manifestações das partes em processos judiciais e administrativos, mas, e principalmente uma pretensão à tutela jurídica”.

3.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL

O princípio do contraditório encontra-se previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 5 nov. 2011. grifo nosso)

⁴⁹ Gilmar Mendes apregoa que “a Constituição de 1988 (art. 5º, LV, da CF/88) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012., p.637)

⁵⁰ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 5 nov. 2011. Grifo nosso

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 592

defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”⁵². Consiste no direito que as partes têm de tomar conhecimento das alegações e das provas carreadas aos autos, além das decisões e respectivas fundamentações do juiz, para que possa se contrapor, caso seja necessário, e possa trabalhar a sua defesa, na preservação do direito que entende possuir.

Dessa forma, de acordo com Neves, “fere o princípio do contraditório qualquer previsão legal que exija um comportamento da parte sem instrumentalizar formas para que tome conhecimento da situação processual”⁵³.

Evidencia-se que a noção do contraditório, que nada mais é do que assumir que nenhum processo ou procedimento pode ser disciplinado sem assegurar às partes a regra de isonomia no exercício das faculdades processuais, pode ser extraída da ideia que se tem de ampla defesa. Este é fundamento lógico daquele, portanto estão intimamente ligados. Segundo Nelson Nery Júnior o contraditório confere a uma das partes o direito de se defender das alegações da outra e produzir prova contrária. É princípio absoluto, por conseguinte não pode ser olvidado por todos envolvidos no processo: partes e intervenientes, sob pena de nulidade do processo⁵⁴.

Destarte, na compreensão de Nery Junior, por contraditório, deve-se entender:

[...] de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos⁵⁵.

⁵² BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: :< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 5 nov. 2011.

⁵³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. Volume único. São Paulo: Editora Método, 2010. p. 60

⁵⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 24.

⁵⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 172

Na mesma ótica, Theodoro Júnior preleciona que o princípio do contraditório incide na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo. Não há privilégios, de qualquer sorte⁵⁶.

Outrossim, de acordo com Theodoro Junior, decorrem do contraditório três consequências básicas⁵⁷:

1. a sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, ou seus sucessores;
2. só há relação processual completa após regular citação do demandado;
3. toda decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes.

Apesar do caráter absoluto do princípio do contraditório não se pode afirmar que este possua supremacia sob todos os demais princípios. O devido processo legal⁵⁸ exige, para uma adequada prestação jurisdicional, que o princípio do contraditório ceda momentaneamente a medidas indispensáveis à eficácia e efetividade do provimento jurisdicional, como, por exemplo, as medidas de urgência (cautelares ou antecipações de tutela), que exigem agilidade para que possam ter êxito e efetividade esperadas num verdadeiro provimento jurisdicional justo⁵⁹.

Desse modo, admitindo o sistema processual brasileiro a inobservância momentânea do princípio do contraditório nas medidas indispensáveis à eficácia e efetividade do provimento judicial – medidas de urgência –, tão logo seja deferida tal medida, deve-se obrigatoriamente conceder à parte contrária a

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 25.

⁵⁷ idem

⁵⁸ Consoante o devido processo legal, Tavares preleciona que este, “[...] no âmbito processual, significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes. Seu conteúdo identifica-se com a exigência de “paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa”. Na realidade, a paridade de “armas” tem como destinatário não apenas o Estado, mas também a parte contrária. É, em realidade, o próprio contraditório”. (TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. Editora Saraiva: São Paulo/SP. 2012. p.741)

⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

possibilidade de exercer seu direito de contradizer, de rever e de produzir prova contrária, revertendo, se for o caso, a providência liminar⁶⁰.

O princípio do contraditório pode também ser interpretado pela ótica de tratamento igualitário das partes, conferindo a elas iguais poderes e direitos⁶¹. Implica no direito que tem as partes de serem ouvidas nos autos. Todo e qualquer processo é caracterizado pela bilateralidade da manifestação dos litigantes. Nesse diapasão, essa regra de equilíbrio deriva do princípio da igualdade das partes, fundamental para o embate processual, assim como qualquer um dos demais princípios orientadores do processo.

Cumprido salientar que apesar dos princípios processuais admitirem exceções, o princípio do contraditório é absoluto e deve ser sempre observado, sob pena de nulidade do processo. Ao contraditório submetem-se tanto as partes como o próprio juiz, que deverá de respeitá-lo mesmo naquelas hipóteses as quais procede a exame e deliberação de ofício acerca de certas questões que envolvem matéria de ordem pública⁶².

Ademais, o Contraditório é implicação direta da ampla defesa, “impondo a condução dialética do processo”⁶³. Além disso, pode-se seguramente afirmar que o princípio do contraditório vincula-se ao princípio maior da igualdade substancial. Contudo, para o STF, “o interrogatório não está sujeito ao princípio do contraditório”⁶⁴.

E também: “a investigação policial, em razão de sua própria natureza, não se efetiva sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever estatal de observância do postulado da bilateralidade dos atos processuais e da instrução criminal. (...) a prerrogativa inafastável da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo”⁶⁵. Portanto, todo o ato ou fato do processo por uma das partes deve dar o direito da outra de contrapor, de debater ou fornecer sua versão, ou interpretação daquele ato ou fato apresentado.

⁶⁰ Idem

⁶¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. Volume único. São Paulo: Editora Método, 2010.

⁶² HUMBERTO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 25.

⁶³ MORAES, Alexandre. op cit. p. 256.

⁶⁴ STF, HC 68929-9/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ, sec. I, 28 ago. 1992, p. 13453.

⁶⁵ STF, HC 69372/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 7 maio 1993, p. 8328.

O contraditório estabelece também a igualdade de possibilidades no processo. Quanto às iguais possibilidades dadas ao autor e ao réu em juízo, pondera Celso Bastos:

A própria posição específica de cada um já lhe confere vantagens e ônus processuais. O autor pode escolher o momento da propositura da ação. Cabe-lhe, pois o privilégio da iniciativa, e é óbvio que esse privilégio não pode ser estendido ao réu, que há de acatá-lo e a ele submeter-se. Daí a necessidade de a defesa poder propiciar meios compensatórios da perda da iniciativa. A ampla defesa visa pois a restaurar um princípio da igualdade entre as partes que são essencialmente diferentes⁶⁶.

É nítido, portanto, que, em decorrência da própria posição contrária dos beneficiários do princípio em apreço, este não pode significar sempre o estabelecimento de uma simetria absoluta no tratamento deferido às partes.

Couture fala, a propósito, de uma tutela constitucional do processo:

Existência de um processo contemplado na própria Constituição. Em seguida, a lei deve instituir este processo, ficando-lhe vedada qualquer forma que torne ilusória a garantia materializada na Constituição. Qualquer lei que burle este propósito é inconstitucional. Finalmente, devem existir meios efetivos de controle da constitucionalidade das leis a fim de anular estas tentativas de desnaturação⁶⁷.

Atualmente, observa-se na cláusula do devido processo legal, especialmente quanto ao contraditório, não apenas um direito subjetivo da parte interessada, mas uma garantia objetiva do próprio processo em si.

3.2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA NO PROCESSO PENAL

⁶⁶ BASTOS, Celso Ribeiro Malheiros. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 227.

⁶⁷ COUTURE, Eduardo J.. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: B de F, 2010, p. 148.

O princípio da ampla defesa origina-se do princípio do devido legal, e caminha, *pari passu*, com o princípio do contraditório, constituindo-se em requisito *sine qua non* da existência do devido processo legal.

Dessa forma, de acordo com Medina, bastaria que a CF/88 dissesse que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LVI), para ter-se, assim, assegurada a ampla defesa⁶⁸.

Cumprir destacar que a garantia da ampla defesa é intimamente ligada ao contraditório. Tal garantia, como leciona Nelson Nery Costa trata-se da oportunidade de contestar as acusações imputadas, incorporado em nossa Carta Magna pelo artigo 5, LV, onde expressamente se incluí os processos administrativos⁶⁹.

A ampla defesa tem como parâmetro a utilização de meios e recursos que lhe são próprios⁷⁰. Isso significa que deve ser salvaguardado que as partes na relação processual têm garantido o direito de poder fazer uso de todo e qualquer instrumento lícito na defesa do direito que entendem possuir.

A esse respeito Damásio de Jesus⁷¹ expõe que o Estado deve proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal, seja técnica, com a atuação do defensor (artigo 5.º, LV, da Constituição Federal), inclusive o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (artigo 5.º, LXXIV, da Constituição Federal)⁷². Nesse preâmbulo, a ampla defesa representa uma garantia constitucional. Sua concepção possui fundamento legal no direito ao contraditório, segundo o qual ninguém pode ser condenado sem ser ouvido.

Em suma compreende-se que a ampla defesa manifesta a liberdade inerente ao indivíduo, em defesa de seus interesses, em declarar fatos e propor provas. Nesta ótica, fica indubitável a correlação entre a Ampla Defesa e o Princípio do Contraditório, não sendo possível supor em um sem pressupor a existência do outro

⁶⁸ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 31.

⁶⁹ COSTA, Nelson Nery. **Processo administrativo e suas espécies**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

⁷⁰BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 5 nov. 2011.

⁷¹ Jesus, Damásio E. De. **Código de Processo Penal - Anotado - 27ª Ed.** São Paulo: Saraiva, 2015.

– daí a *men legis* do inciso LV, do art. 5.º Constitucional, em reuni-los em um único dispositivo.

Destarte, pode-se afirmar que a ampla defesa também está intimamente ligada a outro princípio constitucional mais abrangente, qual seja o devido processo legal, seu epifenômeno. Ora, é inegável que o direito a defender-se amplamente implica consequentemente na observância de providência que assegure legalmente essa garantia.

A ampla defesa é garantia do exigido essencial ao Estado de Direito. Mesmo nos casos de exceção, a noção desse instituto não desaparece pelo fato de ser algo inerente ao ser humano, porquanto o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que tem a pretensão de ser democrático.

Apesar de este princípio vir expresso pela expressão "ampla defesa", não se limita a beneficiar apenas o indivíduo, mas objetiva atingir outros sujeitos envolvidos no processo. Deste modo, pode-se dizer que a ampla defesa beneficia o réu e o autor, bem como terceiros juridicamente interessados. Diante disso, é indispensável saber que só há utilização desse recurso processual quando todas as partes envolvidas no litígio puderem exercer, sem limitações, os direitos que a legislação vigente lhes assegura.

Dessa forma, vê-se como desdobramento da ampla defesa: o direito à prova, a adequada motivação das decisões, a possibilidade de Interposição de recursos, direito das partes à assistência judiciária, inclusive gratuita.

Na entender de Alexandre Moraes observa-se nitidamente a relação entre ampla defesa e contraditório. Dessa forma, pode-se depreender que sua concepção possui fundamento legal no contraditório, segundo o qual ninguém pode ser condenado sem ser ouvido⁷³.

⁷³ No entender do supracitado doutrinador: “[...] o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.” (MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.124)

Nesse diapasão fica claro que também está vinculada ao princípio do devido processo legal, uma vez que o direito de se defender deverá ser exercido por meios legalmente assegurados⁷⁴.

De acordo com o princípio do contraditório para todo e qualquer ato processual, o litigante no processo deve ser comunicado. Com isso tem a chance de reagir num determinado a lhe ser conferido. Já no princípio da ampla defesa, deve lhe ser oportunizado todos os instrumentos capazes e lícitos de influenciar na formação do convencimento do juiz.

Nesse sentido, a todos os litigantes devem ser oportunizados todos os instrumentos processuais adequados que o auxiliem a atestar a consistência de suas alegações. Outrossim, têm o direito de serem ouvidos para apresentar suas razões e de contra argumentar as alegações da parte adversa.

Convém destacar que o raio de aplicação do princípio da ampla defesa não está limitado unicamente a beneficiar o réu, também é válido para os outros sujeitos da relação processual. Dessa maneira, protege tanto o réu como o autor, além de terceiros juridicamente interessados. Com isso, fica efetivamente garantida a ampla defesa, uma vez que todas as pessoas envolvidas no litígio possam exercer os direitos que a legislação lhes assegura. Significa dizer que a ampla defesa é garantia das condições que permitem o indivíduo apresentar tudo aquilo que vai auxiliar em sua defesa.

Entre as cláusulas que existem para assegurar a ampla defesa está o direito à defesa técnica, que garante a igualdade de provas, de forma que o processo não fique em desigualdade. Dessa forma, já a decisão no STF que diz que “A presença formal de um defensor dativo, sem que a ela corresponda a existência efetiva da defesa substancial, nada significa no plano do processo penal e no domínio tutelar das liberdades públicas”⁷⁵.

Também faz parte da ampla defesa o direito que tem o acusado de ser informado da acusação inicial, o que gera automaticamente o direito à defesa, e de todos os fatos incluídos, o que caracteriza o direito à publicidade ou, no caso de processo sigiloso, o direito de acesso (processo que corra em segredo de Justiça).

⁷⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁷⁵ STF, HC 71961-9/SC, rel. Min. Marco Aurélio, j. 6-12-1994.

No caso do processo penal, esse direito à informação implica que as imputações não possam ser “indeterminadas, vagas, contraditórias, omissas ou ambíguas (...) ou deficiente”⁷⁶.

Ainda no processo penal, “o acusado revel, embora não fique impedido de comparecer aos atos processuais supervenientes à configuração da contumácia, perde, no entanto, o direito de ser cientificado para qualquer novo ato do procedimento penal-persecutório”⁷⁷.

Em síntese a ampla defesa é o princípio que garante a defesa no horizonte mais abrangente possível, posto que não se limita exclusivamente a beneficiar o réu, já que também visa favorecer outros sujeitos da relação processual. Dessa forma, pode-se afirmar que a ampla defesa constitui direito que protege tanto o réu quanto o autor, bem como terceiros juridicamente interessados. É a garantia que a defesa é o mais autêntico dos direitos do homem. Destarte, é princípio básico da ampla defesa não poder ocorrer cerceamento sem fundamentação, ou seja, se houver falta de defesa ou se a ação do defensor se mostrar ineficiente, o processo poderá ser anulado.

3.3 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Com o advento da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, a doutrina jurídica que trata das medidas cautelares criminais⁷⁸ divide o instituto jurídico em quatro

⁷⁶ STF, HC 70763/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 23 set. 1994, p. 514.

⁷⁷ STF, HC 68412/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 8 mar. 1991, p. 2204.

⁷⁸ Art 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

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

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

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

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

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

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida,

espécies: i) Medidas cautelares pessoais (prisão temporária, flagrante, preventiva, prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível, prisão em decorrência de pronúncia); ii) Medidas cautelares probatórias (busca e apreensão e depoimento *ad perpetuam rei memoriam*); iii) Medidas cautelares reais (sequestro e arresto e hipoteca legal de bens); e iv) Medidas cautelares pessoais não prisionais.

Cumprido salientar que as medidas cautelares possuem natureza instrumental, ou seja, estão a serviço do processo e da eficácia da justiça criminal. Existem para garantir que o desenvolvimento do processo ocorra de maneira satisfatória, além de assegurar a efetividade do poder de punir do Estado⁷⁹.

As medidas cautelares têm como características fundamentais: jurisdicionalidade, instrumentalidade, e provisoriedade. Assim sendo, não há medida cautelar sem prévio controle jurisdicional, salvo os casos de prisão em flagrante. Acerca da instrumentalidade, afirma-se que as medidas cautelares estão subordinadas a um processo penal em curso. Dessa forma, serão extintas com a finalização do processo, extinguindo seus efeitos ou transformando-se em medidas executivas (no caso da prisão cautelar). Por fim, compreende-se que vista a última característica, a provisoriedade, as medidas cautelares só perdurarão enquanto persistirem os motivos que as determinem e, ainda, até a decisão final do processo, momento no qual perderão sua eficácia ou serão substituídas pela decisão definitiva.

Há de se destacar que a promulgação da lei em comento é mais um passo para adequar o Código do Processo Penal, promulgado em 1941, à Constituição da República Federativa do Brasil⁸⁰, “em especial no que se refere às previsões

impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

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

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

BRASIL, Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 05 mar. 2016.

⁷⁹ Sob esse aspecto, o doutrinador Renato Brasileiro de Lima preleciona: “As medidas cautelares não possuem um fim em si mesmas. Não são penas, elas existem para assegurar a aplicação da lei penal ou a eficácia do processo penal ou da investigação ou para evitar novas infrações penais. O processo penal serve para a tutela da liberdade assim como para efetivação do direito de punir do Estado. O Antigo conflito entre liberdade e castigo também está presente nas medidas cautelares. As medidas constituem um meio para que a jurisdição alcance suas finalidades.” (LIMA, Renato Brasileiro. *Medidas Cautelares*. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coord.). **Prisão e Medidas Cautelares**. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Tribunais, 2011 p.33)

⁸⁰ RODRIGUES, Claudio Ferreira. *O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal*. In: *O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal*. Rio de Janeiro:

trazidas pelos incisos LXI a LXVI do art. 5º da Magna Carta”⁸¹. Destaca-se que a CF/88 estabelece um pacote de direitos essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, das liberdades, das garantias, entre outros pressupostos, erigidos à condição de direitos fundamentais.

Neste diapasão, a dignidade da pessoa humana, surge como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O respeito aos direitos fundamentais passam a ser o centro da nova ordem jurídica, adotando a concepção de Estado de Direito, embasado na constitucionalidade.

Destarte, cumpre observar os princípios constitucionais respeitados na Lei 12.403/11. No artigo 5º, LVII, da CF/88, tem-se o princípio da inocência, que postula que todo acusado deve ser tratado como inocente até que se prove sua culpabilidade definitivamente, em sentença irrecorrível. Já o princípio da proporcionalidade, também chamado de razoabilidade, é observado na definição das medidas cautelares diversas à prisão, artigo 319.

Igualmente, o princípio da jurisdicionalidade que refere-se ao respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, é cumprido ao longo dos artigos da lei em comento. Destaca-se o princípio do devido processo legal, que garante a todos os cidadãos o direito a um processo justo, com todas as garantias constitucionais. Por último, o princípio da motivação da decisão está previsto na Constituição da República, no artigo 93, inciso IX, onde dispõe que toda decisão judicial deverá ser motivada, sob pena de nulidade.

Ainda sobre a relação estabelecida entre a Lei 12.403/11, mais especificamente as medidas cautelares, e os princípios constitucionais previstos na CF/88, o juiz Fábio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro destaca que “[...] em regra, para a imposição de medidas cautelares se faz necessário a intimação da parte

EMERJ, 2011. Disponível em: <
http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares.pdf >. Acesso em: 16 abr 2016.

⁸¹ CARNEIRO, Érika Bastos de Oliveira. Da Interpretação Prospectiva da Lei 12.403/11. In: O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011. Disponível em: <
http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares.pdf >. Acesso em: 16 abr 2016. p.137

contrária, estabelecendo-se, assim, o **contraditório**, salvo nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida (§ 3º do art. 282 do CPP)⁸².

Importante enfatizar que a CF/88 erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III da CF/88). Diante desse fato, tem-se que, pelo princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, inciso LXI, da Carta Magna, a inviolabilidade da liberdade individual só poderá ocorrer em caráter excepcional, mediante hipóteses expressas e previamente consagradas em lei. O encarceramento fora dessas hipóteses não só será ilegal, mas, inconstitucional, uma vez que, de acordo com a norma constitucional, a liberdade é a regra e, como tal, deve ser tutelada pelos ordenamentos infraconstitucionais⁸³.

Outrossim, nenhum cidadão poderá ter sua liberdade cerceada, salvo em casos de flagrante delito ou por ordem escrita e devidamente fundamentada pela autoridade judicial competente, ou ainda, antes de sentença penal condenatória transitada em julgado. Com isso garantem-se ao acusado os princípios de presunção de inocência⁸⁴, do contraditório e da ampla defesa, na medida em que o acusado não terá sua liberdade ameaçada e poderá proceder na busca de elementos para sua defesa.

Nessa ótica, na garantia dos direitos fundamentais, Nucci⁸⁵ preleciona que para a decretação das medidas cautelares, devem ser observados os requisitos previstos no art. 282, I e II, do Código do Processo Penal: i) necessidade para aplicação da lei penal, para investigação ou instrução criminal e para evitar a prática

⁸² MONTENEGRO. Fábio Uchoa Pinto de Miranda. O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal. In: **O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011. Disponível em: <
http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares.pdf>. Acesso em: 16 abr 2016. p.164. Grifo nosso)

⁸³ Acerca do encarceramento o juiz Leonardo Cardoso e Silva destaca que ‘Uma das novidades trazidas pela Lei 12.403/2011 é a redução do campo de incidência da prisão preventiva, posto que será aplicada em casos de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos (CPP, art. 313, inc. I). Nas infrações cuja pena máxima seja inferior a quatro anos, o juiz deve avaliar o cabimento de uma das medidas cautelares alternativas à prisão’. (E SILVA, Leonardo Cardoso. As Novas Medidas Cautelares no CPP (Lei 12.403/2011) - Algumas Reflexões. In: O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011. Disponível em: <
http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares.pdf>. Acesso em: 16 abr 2016. p.224)

⁸⁴ A CF/88 afirma, no artigo 5º, LXII, que, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Desse modo, consagra-se o Princípio da Presunção de Inocência ou não-culpabilidade.

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

de infrações penais; ii) adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Quais sejam:

1- comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades. Tal medida não é desconhecida do sistema penal brasileiro. Na realidade, tem funcionado como condição para o gozo de vários benefícios, tais como, o regime aberto (art. 115, II da Lei 7.210/84), o livramento condicional (art. 132, § 1.º, da Lei 7.210/84) e a suspensão condicional da pena, (art. 78, § 2.º, c, CP).

2- proibição de frequentar determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações. A proibição de frequentar lugares também não é novidade. Sempre foi utilizada como condição de outros benefícios, tais como sursis (art. 78, § 2.º, a, CP) e livramento condicional (art. 132, § 2.º, LEP).

3- proibição de manter com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante. Tal medida surgiu, pela primeira vez, na Lei 11.343/2006, que tutela a violência doméstica e familiar, como medida preventiva de urgência, que obriga o agressor a se manter afastado da ofendida, de seus familiares e de testemunhas, estabelecendo-se um limite mínimo de distância entre estes e o agente (art. 22, III, a, Lei 11.340/2006).

4- proibição de ausentar da Comarca, quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução. Essa é providência representativa de condição de sursis (art. 78, § 2.º, LEP) e do regime aberto (art. 115, III, LEP).

5- recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos. A nova medida cautelar repete a figura do regime aberto, na modalidade de prisão albergue domiciliar. Nesse caso, o condenado deve recolher-se à sua casa todos os dias, no período noturno, bem como nos fins de semana e dias de folga.

6- 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. A medida pode ser ideal para crimes contra a administração pública, bem como para delitos econômicos e financeiros, evitando-se a preventiva, que tenha por fundo a garantia da ordem econômica.

7- 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. Supre-se, finalmente, a lacuna existente em relação à prisão provisória de doentes mentais perturbados. A medida de segurança provisória foi extinta, com o advento da Lei de Execução Penal.

8- fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de residência injustificada a ordem judicial. A fiança é uma garantia real, consistente no pagamento de

determinado valor em dinheiro ou na entrega de bens ao Estado, com o escopo de assegurar o direito de permanecer em liberdade, no curso de investigação ou processo.

9- monitoração eletrônica. A Lei 12.258/2010, criou a viabilidade legal de determinar a monitoração eletrônica de condenados para dois fins: saída temporária no regime aberto e prisão domiciliar (art. 146-B, LEP).

No que se refere ao princípio do contraditório e da ampla defesa é mister destacar que antes da decisão por uma das medidas cautelares cabe ao juiz escolher entre duas possibilidades: intimar o imputado à apresentar uma resposta escrita, estipulando prazo para a elaboração da defesa, ou para comparecer a uma audiência. Todavia, nos casos de “urgência ou de perigo de ineficácia da medida”⁸⁶ tal medida pode ser dispensada. Dessa forma, a medida cautelar é determinada sem que haja a escuta do imputado. Cumpre observar que o contraditório está garantido no § 3º do artigo 282 do CPP⁸⁷:

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.

Por fim, caso haja indícios de descumprimento de qualquer modalidade de medida cautelar diversa à prisão (artigo 319 do CPP), deverá o imputado ser intimado para exercer o contraditório quanto à substituição, cumulação ou revogação da medida dando-lhe o direito a ampla defesa e a manutenção da liberdade, sem que seja decretada a prisão preventiva.

Face ao exposto fica claro que as nove medidas cautelares diversas da prisão definidas pelo artigo 319 do CPP cumprem com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, na medida em que o imputado não só é ouvido como também goza do benefício da liberdade para poder buscar os elementos que julgar necessário para sua defesa.

⁸⁶ BRASIL, Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12403.htm>. Acesso em: 05 mar. 2016. § 3º do artigo 282

⁸⁷ Idem. Grifo nosso.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto ao longo desse trabalho, o Código do Processo Penal brasileiro vem, ao longo do tempo, desde a sua promulgação em 1941, sofrendo várias alterações em busca de uma harmonização com as mudanças ocorridas na sociedade. A necessidade de alterações do CPP ficou ainda mais evidente após promulgação na Carta Magna de 1988.

A Constituição da República Federativa do Brasil erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988). Como consequência disso, tem-se que, pelo princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, a inviolabilidade da liberdade individual só poderá ceder em caráter excepcional, diante de hipóteses expressas e previamente consagradas em lei.

O encarceramento fora dessas hipóteses será não só ilegal, mas, inconstitucional, visto que fere aos princípios constitucionais de presunção da inocência. Posto isso, sem o trânsito em julgado, qualquer restrição à liberdade terá objetivo puramente cautelar, haja vista que, o fundamento da prisão cautelar é a necessidade, não a culpa.

Atualmente, tem-se, ainda, a obrigatoriedade de observar, antes da decretação de uma prisão cautelar, se o imputado não merece se valer de outra medida alternativa à sua restrição de liberdade. Essa alteração ocorreu com a modificação trazida pela promulgação da Lei 12.403/11 no Código de Processo Penal. A partir de então, o juiz criminal, ao decretar ou manter uma prisão cautelar, não deve esquecer sua relevante função de *custos libertatis* e, assim, agir com extrema cautela, pois trata-se de medida excepcional, uma vez que a prisão cautelar é exceção e a liberdade é a regra.

O art. 319 da lei em comento traz o rol das medidas cautelares, alternativas à prisão, o que significa uma mudança de paradigma para os operadores do direito e também no quadro prisional brasileiro. Muitos acusados, que pelo fato de estarem respondendo a processo-crime, merecem algum tipo de restrição em sua liberdade, não precisam, necessariamente, seguir para o cárcere. Por vezes, medidas alternativas serão suficientes para atingir o desiderato de mantê-lo sob controle e vigilância.

Essas medidas vem a calhar com a situação carcerária brasileira. Na qual existe uma superpopulação, sendo que, de acordo as estatísticas nacionais⁸⁸, cerca de 41% são presos temporários. Segundo o Conselho Nacional de Justiça o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo. Nesse sentido, não há de se aumentar ainda mais essa população com presos cautelares.

Sob esse prisma, fica nítido que a intenção do legislador, ao criar o novo sistema de medidas cautelares e sobre prisão, estabelecendo alternativas que mantenham o curso normal do processo a necessidade da aplicação da medida extrema (restrição máxima da liberdade), em reduzir a quantidade de prisões preventivas nos processos criminais. Desta feita, pode-se afirmar que as novas medidas não só colaboram para uma redução no número de prisões preventivas como também colocam o CPP em harmonia com os princípios constitucionais, quais sejam: a presunção da inocência, o contraditório e a ampla defesa.

Nesse diapasão, foi visto, ao longo desse trabalho, que as nove medidas cautelares diversas da prisão encontrar o necessário equilíbrio entre o direito individual do cidadão e o direito social à segurança. No Estado Brasileiro, de cunho democrático constitucional, esse assunto não poderia ser tratado de maneira diferente. Com isto, a definição por uma ou mais medidas cautelares deve estar sempre ancorado pelos princípios norteadores do nosso sistema jurídico processual penal, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, princípio da proporcionalidade, princípio da judicialidade, princípio da motivação das decisões, princípio da provisoriedade, princípio do contraditório e da ampla defesa, além do princípio da legalidade.

Em linhas gerais, pode-se concluir que as novas medidas cautelares trazem muito mais benefícios do que problemas a população em geral, pois têm a capacidade de aprimorar o processo penal e dar maior efetividade à realização da justiça dentro dos princípios constitucionais. Além de trazerem a ruptura da massificação e exclusividade da prisão cautelar como forma de tutela antecipada da

⁸⁸ De acordo com dados pesquisados no Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2014, a população carcerária brasileira era cerca de 715.000 presos (565.000 no sistema carcerário, mais algo como 150.000 em prisão domiciliar), sendo 232.000 decorrentes da prisão provisória, ou seja, 41% dos 565 mil, ou, 32% dos 715 mil. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf> Acesso em: 16 Abr. 2016.

justiça criminal, promovem a compatibilização e adaptação das regras de prisão frente às garantias individuais previstas na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro Malheiros. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 5 nov. 2011.

BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 mar 2016.

BRASIL, Lei nº 5.349, de 03 de novembro de 1967. Disponível em: < <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103324/lei-5349-67>>. Acesso em 20 mar 2016.

BRASIL, Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6416.htm>. Acesso em 20 mar 2016.

BRASIL, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em 20 mar 2016.

BRASIL, Lei nº 10.258, de 11 de julho de 2001. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10258.htm>. Acesso em 20 mar 2016.

BRASIL, Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm>. Acesso em: 05 mar. 2016.

BRASIL. Lei no. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 03 abr 2016.

BRASIL, Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/l11689.htm>. Acesso em: 05 mar. 2016.

BRASIL, Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 05 mar. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 7ª Ed; Saraiva: São Paulo, 2002.
 COSTA, Nelson Nery. **Processo administrativo e suas espécies**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

COUTINHO, Jacinto. **Reformas parciais do processo penal: breves apontamentos críticos**. Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/reformas-parciais-do-processo-penal-breves-apontamentos-criticos-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: 22 de fev. 2016

COUTURE, Eduardo J.. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: B de F, 2010.

FERREIRA, Wanessa Carneiro Molinaro. **Recentes alterações do código de processo penal: novo rito do procedimento comum ordinário**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 201-209, dez. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Um novo procedimento para o júri. **LFG – Democratização do Ensino em favor de todos**, São Paulo, 09 de março de 2007. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070309082919277> . Acesso em: 15. mar. 2016.

GOMES, Margarida Maria Nunes de Abreu ; RIBEIRO, Bernardo Barrozo; CRUZ, Ivna Mauro. O princípio do contraditório e o inquérito policial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VIII, Nº 10 - Junho de 2007. Disponível em: < <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista10/Discente/MargaridaMaria.pdf>>. Acesso em 07 mar 2016. p. 363

JESUS, Damásio E. De. **Código de Processo Penal – Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Rogério. **Monitoramento Eletrônico**. Disponível em: <www.rogeriogreco.com.br>. Acesso em 09 mar 2016.

LOPES JR., Aury. A Inserção do Contraditório no Regime Jurídico das Medidas Cautelares Pessoais. IN: **Boletim IBCCrim**. Ano 19, n. 223. Junho de 2011.

MACHADO, Luiz Melíbio Uiraçaba. BOSCHI, José Antônio P.. FRANCO, Sérgio da Costa. DE SOUZA, Paulo Olímpio Gomes, RODRIGUES, Pedro Henrique Particheli. Evolução do Código de Processo Penal. In: **I Seminário de Política de Memória Institucional e Historiografia**, 2002, Porto Alegre. Anais Eletrônicos... Porto Alegre. Mesa Redonda. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao_Codigo_Processo_Penal.pdf>. Acesso em: 18 abr 2016.

MARREIRO, Yuri Agra O. **O monitoramento eletrônico com o advento da Lei 12.403/11**. 2012. 35 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2012.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 24.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed. Volume único. São Paulo: Editora Método, 2010.

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

OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

_____. **Atualização do Processo Penal – Lei no. 12.403, de 05 de maio de 2011**. 2011, p.8. Disponível em: <http://www.amdepol.org/arquivos/reforma_do_CPP.pdfbbdc4.pdf>. Acesso em 04 abr 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25a. edição - São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Editora Saraiva: São Paulo/SP, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria; DELMANTO JR, Roberto. **Sistematização das Medidas Cautelares Processuais Penais, Revista do advogado**, São Paulo: AASP, vol. 24, n.78, p. 111-120, set. 2004.

ARAÚJO, Irapuã (Ed.). **O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Emerj, 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/midas_cautelares.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2016.