

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ  
FACULDADE VALE DO CRICARÉ  
CURSO DE DIREITO**

**PATRÍCIA DE SOUZA MARTINS QUEIROZ PEREIRA**

**ESPÉCIES DE PRISÃO E DAS MEDIDAS CAUTELARES - MONITORAMENTO  
ELETRÔNICO**

**SÃO MATEUS  
2019**

**PATRÍCIA DE SOUZA MARTINS QUEIROZ PEREIRA**

**ESPÉCIES DE PRISÃO E DAS MEDIDAS CAUTELARES - MONITORAMENTO  
ELETRÔNICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como  
requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel  
em Direito.

Orientador: Prof. Samuel Davi Garcia Mendonça

**SÃO MATEUS**

**2019**

**PATRÍCIA DE SOUZA MARTINS QUEIROZ PEREIRA**

**ESPÉCIES DE PRISÃO E DAS MEDIDAS CAUTELARES - MONITORAMENTO  
ELETRÔNICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_de\_\_\_\_de 2019.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**PROF. SAMUEL DAVI GARCIA  
MENDONÇA  
FACULDADE VALE DO CRICARÉ  
ORIENTADOR**

---

**PROF.  
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

---

**PROF.  
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**SÃO MATEUS**

**2019**

Dedico este trabalho primeiramente à Deus que me deu forças e aos meus filhos que são a razão da minha vida e da minha luta diária, Eduardo e Leonardo mamãe ama vocês.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus por me manter firme e permitir a conclusão deste curso. Agradeço-o por ter me dado forças para chegar até aqui e a seguir em frente mesmo nos momentos em que me faltavam forças. E, agradeço aos tesouros que Deus me deu, meus filhos Eduardo e Leonardo, tudo o que faço são por eles.

À minha família, meu esposo Franciano, meus irmãos Jéssica, Adson e João, meus amigos da faculdade e trabalho. Eu não teria conseguido sem o apoio de vocês.

“Só se pode alcançar um grande êxito quando nos mantemos fiéis a nós mesmos”.

Friedrich Nietzsche

## RESUMO

O trabalho buscou demonstrar o caráter excepcional, visto que todo indivíduo possui garantias e direitos fundamentais, como por exemplo o seu direito à liberdade, demonstrando que a prisão possui natureza de violação à regra de liberdade do indivíduo, sendo medida a ser imposta apenas em casos extremos. Destarte, a Constituição bem e a Lei, fixaram garantias para que a restrição a liberdade não ocorra de maneira indevida, e mesmo diante foi possível vislumbrar que houve um aumento na população carcerária do país no qual não se trata apenas de realização de condutas ilegais como prática de crimes, mas sim da utilização da medida extrema que é a prisão para os fins de segregar o agente criminoso utilizando-se de ferramentas tal como medidas cautelares capazes de segregar o indiciado ao longo de seu processo, razão pela qual vislumbrou-se a necessidade de mudanças na legislação, tendo sido a principal dessas mudanças a introdução no sistema processual brasileiro de medidas cautelares diversas à prisão que se mostrassem menos rigorosos porém mais eficientes, dentro dessas alternativas surgiu a possibilidade de monitoramento eletrônico.

**Palavras-chave:** Liberdade. Prisão. Prisão processual. Direitos e garantias fundamentais. Medidas cautelares diversas da prisão. Monitoramento eletrônico.

## ABSTRACT

The work sought to demonstrate the exceptional character, since every individual has guarantees and fundamental rights, such as his right to liberty, demonstrating that the arrest has a nature of violation of the individual's rule of liberty, and is only to be imposed in cases. extremes. Thus, the Constitution, as well as the Law, have ensured that the restriction of freedom does not occur improperly, and even before it was possible to glimpse that there was an increase in the prison population of the country in which it is not just the conduct of illegal conduct such as crime, but rather the use of the extreme measure of imprisonment for the purpose of segregating the criminal agent using tools such as precautionary measures capable of segregating the accused throughout his process, which is why the need for changes in legislation, the main one of these changes being the introduction in the Brazilian procedural system of various precautionary measures to the prison that were less stringent but more efficient, within these alternatives came the possibility of electronic monitoring.

**Keywords:** Freedom. Prison. Procedural arrest. Fundamental rights and guarantees. Miscellaneous precautionary measures of imprisonment. Electronic monitoring.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>08</b>
<b>2 DIREITO CONSTITUCIONAL A LIBERDADE.....</b>	<b>09</b>
<b>3 CONCEITO E ORIGEM DA PRISÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>4 DA PRISÃO NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>17</b>
<b>5 DAS ESPÉCIES DE PRISÃO .....</b>	<b>21</b>
<b>6 DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS .....</b>	<b>32</b>
<b>7 MONITORAMENTO ELETRÔNICO .....</b>	<b>38</b>
7.1 O MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO DIREITO BRASILEIRO .....	41
7.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO USO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO.....	45
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>47</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>49</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O direito a liberdade é um dos mais importantes direitos constitucionais inerentes ao indivíduo, independente se tal liberdade corresponde a religião, a expressão ou qualquer outra modalidade, a liberdade é o que diferencia o ser humano, eis que cada um possui a liberdade de escolher aquilo que lhe convém.

Ocorre, que para que o indivíduo mantenha tal direito a liberdade, este deve respeitar as normas e restrições impostas a sociedade em benefício do convívio social, de modo que, em caso de descumprimento das restrições impostas o indivíduo passará a responder por sua conduta, podendo vir em caráter excepcional a perder o direito a liberdade que possui, somente podendo ocorrer tal perda nos casos previstos em lei, devendo ainda serem observados os ditames não apenas legais, mas também constitucionais.

Desta forma, será demonstrado no presente trabalho uma breve teoria da prisão, indicando sua origem, conceito e sua previsão expressamente insculpida na Constituição e no Processo Penal Brasileiro, apresentando ainda as espécies de prisão previstas em nosso ordenamento, bem como as medidas cautelares alternativas, dentre estas o monitoramento eletrônico, de modo que resta explicitada diante das medidas alternativas que o direito a liberdade continua sendo o maior interesse da legislação pátria, isto porque tenta adequar ao caso concreto medidas diversas à prisão, restando evidente ser a prisão realmente a última possibilidade. Quanto as cautelares alternativas à essa prisão, será dada maior ênfase acerca da possibilidade do uso de monitoramento eletrônico

Quanto a tal monitoramento será demonstrado em quais casos é possível a sua implementação, como forma de medida alternativa à prisão, levantando os pontos positivos do monitoramento e também os pontos negativos, sempre buscando demonstrar a intenção do legislador de que a liberdade seja sempre o maior interesse da legislação pátria, isto porque ao apresentar opções diversas da prisão a intenção é sempre buscar o melhor meio de aplicação da pena, buscar o meio mais adequado para que ocorra em verdade a ressocialização do apenado.

## 2 DO DIREITO CONSTITUCIONAL A LIBERDADE

O ser humano é possuidor de direitos fundamentais. Esses direitos são de todos, independentemente de classe, cor ou credo, e têm como objetivo possibilitar uma vida plena e digna, tanto em grupo, quanto individualmente. É indiscutível a relevância dos direitos fundamentais dentro de uma ordem jurídica. Segundo Guerra<sup>1</sup>, a lei deixou de ser o centro do universo jurídico em detrimento dos direitos fundamentais, que formam uma nova categoria jurídica, um regime jurídico específico. Gonçalves<sup>2</sup>, não menos audacioso, elege estes direitos como pedra angular de todo o alicerce jurídico político. Por se tratar de tema complexo e de constante evolução histórica e jurídica torna-se tarefa árdua conceituar direito fundamental, todavia, assume este risco Moraes<sup>3</sup> ao dar a seguinte posição semântica de caráter ontológico: os direitos fundamentais “resultam em posições jurídicas das pessoas enquanto tais, com eficácia no âmbito das relações com o Estado ou entre particulares, consubstanciadas ou não na Constituição”.

Diversos doutrinadores buscam e definem os chamados direitos de garantias fundamentais, sendo que a diferenciação entre direitos e garantias fundamentais, no nosso ordenamento jurídico brasileiro nos remete a Rui Barbosa, ao apartar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são aquelas em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro unir no mesmo dispositivo constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito<sup>4</sup>.

O artigo 5º da Constituição Federal afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros, estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Dentre tais direitos elencados pela Constituição Federal, o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui como forma de pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

---

1 GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 82.

2 GONÇALVES, Flávio José Moreira. **Notas para a caracterização epistemológica da teoria dos direitos fundamentais**. In Guerra Filho, Willis Santiago. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 35.

3 MORAES, Guilherme Peña de. **Direitos fundamentais: conflitos e soluções**. Niterói: Labor Jurídico, 2000. p. 11.

4 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p.33

Dentre diversos direitos inerentes as pessoas, podemos destacar além do direito à vida, o direito à liberdade, independentemente de qual se trata tal liberdade. Segundo José Afonso da Silva, 2005. p.235 " as liberdades podem ser agrupadas em cinco grupos: liberdade da pessoa física, liberdade de pensamento, liberdade de expressão coletiva, liberdade de ação profissional e liberdade econômica".

De um modo geral, quando usamos a expressão liberdade, logo somos levamos ao direito, isto porque a liberdade é um direito, seja o mesmo individual ou coletivo, sendo inerente à pessoa humana. Quando o mesmo se trata da liberdade individual temos que tal liberdade para ser obtida é necessário que ao mesmo tempo exista ações de cunho omissivo e comissivo, de modo a ser livre de qualquer forma de restrição. De antemão ao falarmos da liberdade de maneira coletiva temos que a pessoa humana detentora de direitos convive em um meio social na qual suas atitudes acabam de certa maneira interferindo e afetando o meio social em que está inserida, de modo que restou necessária a criação de regras para que a utilização do direito não afetasse a convivência social das pessoas.

Dito isso, passamos a explicar dentre as liberdades acima expostas aquela que se trata da liberdade da pessoa física, na qual se enquadra a liberdade de locomoção (ir e vir) a o teor do tema proposto no presente trabalho, insta tecer as seguintes considerações:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, declara que todo o homem tem direito à liberdade de locomoção e residência, dentro das fronteiras de cada Estado. Toda a pessoa tem direito a sair de qualquer país, inclusive do próprio, e a ele regressar (*The Universal Declaration of Human Rights. Article 13 – Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each state. Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country*).

Desta feita, temos que a liberdade de locomoção é um direito fundamental de primeira geração que se goza em defesa da arbitrariedade do Estado no direito de ingressar, sair, permanecer e se locomover no território brasileiro. Este direito encontra-se acolhido no art. 5º inciso XV da Constituição Federal, no qual menciona ser livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

A liberdade de locomoção é um desdobramento do direito de liberdade e não pode ser restringido de forma arbitrária pelo Estado, de forma que se deve respeitar

o devido processo legal para que haja esta privação. O devido processo legal é um princípio explícito na Constituição Federal, tendo como objetivo criar procedimentos para as relações jurídicas oferecendo aos governados uma segurança jurídica quanto aos seus direitos Art. 5º inciso LIV da CF.

Desse modo, temos que a privação desta liberdade deve se dar por ordem escrita e fundamentada, como preceitua o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, isto porque como todo direito fundamental, este não é absoluto e pode ser restringido em determinados casos, observando-se o princípio da ponderação. Ou seja, podemos concluir que todo cidadão possui o direito à liberdade, porém em previstos em lei pode ser feita a privação de tal liberdade, conforme será devidamente demonstrado no presente trabalho.

### 3 DO CONCEITO E ORIGEM DA PRISÃO

O vocábulo prisão advém do latim *prehensio*, que expressa a ideia de privação da liberdade do indivíduo, por conseguinte, o conceito de prisão nada mais é do que a suspensão da liberdade individual, mediante cárcere, gerando à restrição ao direito de ir e vir inerente a pessoa humana. Destarte urge frisar que há diferentes tipos de conceito de prisão, quando levamos em consideração seu sentido jurídico

O ilustríssimo escritor Mirabete aduz que a prisão é “a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo lícito ou por ordem legal”. Já se considerarmos as palavras de Fernando Capez, a prisão é o ato de “privação de liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito”; todavia, para Fernando da Costa Tourinho Filho “a prisão é a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação da liberdade de ir e vir”.

Todavia, em se tratando da prisão no mundo, temos que na antiguidade, todas as prisões não tinham natureza de pena e/ou castigo, mas possuíam tão somente o caráter acautelatório, qual seja, o caráter de manter o réu ou condenado em local para preservá-lo até o julgamento ou execução. Esses locais onde eram mantidos, antigamente eram chamados de Muralhas, cativeiros, locais estes que eram caracterizados pela exclusão social, eis que as pessoas apenadas eram lá mantidas, sendo ainda construídas em locais totalmente isolados e desertos.

Os citados cativeiros existiam para que os egípcios mantivessem seus escravos em custódia. No início, por volta de 525 A.C., os lavradores eram chamados para construir obras públicas e cultivar as terras do Faraó, de quem era a propriedade de toda a terra do Egito além de toda riqueza, adquirida as expensas dos trabalhos de lavradores. Sendo, que aquele que deixasse de realizar os pagamentos dos impostos ao Faraó e em troca não construísse as obras e realizasse as irrigações que eram necessárias, se tornavam escravos, onde as masmorras também poderiam ser utilizadas para abrigar os seus presos provisórios. Outros delitos também eram considerados como crimes, quais sejam eles estar endividado, ser estrangeiro, desobediente e prisioneiro de guerra.

As práticas de realizar o aprisionamento de pessoas não possuíam o caráter de pena, mas sim tinham o condão de garantir que se mantivesse uma pessoa sob

domínio físico, para que sobre ela fosse exercida determinadas punições, que seriam de escolha daquele que possuía o citado domínio sobre o outro.

O que cabe destacar no presente caso, é que havia a dominação do indivíduo, porém, não havia nenhum tipo legal de sanção de cunho pela a ser aplicadas e sim punições, sequer existiam cadeias e presídios, sendo que todo o espaço que havia condição de cativeiro como por exemplo calabouços, torres, conventos abandonados, tratavam se de locais onde o acusado seria deixado até o dia que fosse ocorrer a sua execução.

Já no período da Idade Média, assim como na antiguidade não se conhecia a pena como uma privação de liberdade tendo sido mantida alguns destes conceitos e condutas até a Idade Moderna, isto porque para que se fosse aprisionar um indivíduo não tinha que haver a necessidade de obter um local específico para tanto, pois o cárcere era visto somente como um local de custódia para manter aqueles que seriam submetidos a castigos corporais e à pena de morte, garantindo dessa maneira que efetivamente viesse a ocorrer o cumprimento das punições.

Ainda na idade média, além da citada pena que na verdade mais se tratava de custódia, surgiu a pena considerada eclesiástica pela Igreja Católica, onde seu intuito referia-se em purgar seus monges dos pecados, fazendo uso das prisões na exata medida em que realizava o recolhimento e isolamento dos religiosos em celas, para que estes buscassem uma reflexão / pensamento de seus atos e condutas tidas como pecaminosas, onde dentre os supostos delitos criminosos realizados encontravam-se traição, inadimplência, blasfêmia, vadiagem, heresia, desobediência, etc.

E, como forma de punição estes eram submetidos as vontades dos governantes que em razão sua função perante a sociedade o que seria feito ao réu, dentre as formas de punição aplicadas, logramos verificar a forca, a roda, guilhotina, amputação dos braços, degola, o que vinha exclusivamente para proporcionar dor ao condenado. Temos como exemplo a isso, os casos em que o condenado era arrastado com seu ventre aberto, suas entranhas arrancadas às pressas para que houvesse tempo de vê-las sendo jogadas ao fogo. Este era o tipo de pena que servia como espetáculo para as multidões que se juntavam para assistir, sendo que aqueles que não eram submetidos a tais penas, poderiam se tornar em escravos.



A prisão teve sua origem na Igreja, onde a detenção se tornou à forma essencial de promover castigos e o encarceramento passou a ser admitido em todas as formas.

Os trabalhos forçados eram uma forma de encarceramento, sendo feitos ao ar livre. A detenção, a reclusão, os encarceramentos correccionais não passaram, de certo modo, de nomenclatura diversa de um único e mesmo castigo.

Na Antiguidade, primeira instituição penal, foi um Hospício de San Michel, em Roma, a qual era destinada primeiramente a encarcerar "meninos incorrigíveis", era denominada Casa de Correção.

A origem da pena de prisão ocorreu nos mosteiros da Idade Média como acima dito, onde os monges eram recolhidos para pensarem em seus atos e condutas e reconciliarem com Deus, e tal ideia foi a inspiração para a primeira prisão destinada ao recolhimento dos criminosos, tendo sido construída entre 1550 e 1552 em Londres, no Século XVIII chamada de House of Correction (Casa de Correção), entretanto a privação de liberdade como modalidade de pena no Direito leigo, teve início na Holanda em 1595 com a construção da Rasphuis de Amsterdã, a partir do Século XVI.

Entre os séculos XVI e XVII durante a Idade Moderna, a Europa foi acometida de forma abrangente e alarmante pela pobreza e para que pudesse surgir à ideia da possibilidade de expiar o delito com um quantum de liberdade, abstratamente predeterminado, era necessário que todas as formas de riqueza fossem reduzidas à forma mais simples e abstrata do trabalho humano medido pelo tempo, assim num sistema socioeconômico como o feudal, a pena de retribuição não estava em condições de encontrar na privação do tempo um equivalente do delito.

Desta feita, com o surgimento do capitalismo, constitui-se a pena por excelência do capitalismo industrial. Na sociedade feudal existia a prisão preventiva e a prisão por dívidas.

O alarmante estado de pobreza que se alastrou e afetou diversos Países, contribuíram para o aumento da criminalidade: os distúrbios religiosos, as guerras, as expedições militares, as devastações de países, a extensão dos núcleos urbanos, a crise das formas feudais e da economia agrícola, etc.

Foi então, que se iniciou um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, na criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados.

Em 1893, as prostitutas passaram a serem consideradas como criminosas natas, as penas e punições aplicadas eram a privação dos bens considerados com valor, quais sejam a vida, a integridade física, a perda do status na sociedade, além daquilo que fosse equivalente ao dano produzido em razão do delito, além de isolamentos noturnos, açoitamentos, desterro, proibição de comunicação entre detentos e a execução.

Acontece, que diante de grande aumento da delinquência a pena de morte deixou de ser considerada como solução mais cabível a ser aplicada como forma de punir e razão dos delitos que eram considerados como crime, quais sejam, vagabundear, mendigar, desobedecer ou tratar com descaso a legislação que os obrigava a aceitar qualquer tipo de trabalho que lhe fosse ofertado, a despeito da remuneração que o acompanhasse.

Já na chamada idade moderna, diante da crise que abalou a Europa e que resultou no aumento do número de pessoas paupérrimas, as quais se dedicavam a mendigar ou a praticar atos delituosos para que pudessem sobreviver, fez-se com que fosse extremamente necessário estabelecer uma nova política criminal para conter o irrefreável crescimento e a ação deste grupo. Neste contexto, o clero inglês pediu auxílio do Rei de Londres, que permitiu que fosse usado o castelo de Bridwell para que ali fossem alocadas as pessoas vadias, os ociosos, os ladrões e os praticantes de pequenos delitos com o objetivo de serem disciplinados.

Em pouco tempo, foram criados outros “bridwells” ou, como era denominada casas de correção, as quais logo ganharam respaldo legal, posto que no ano de 1575, surgiu a primeira lei a fazer menção a essas casas de correção, preconizando que elas significavam “sanção para os vagabundos e o alívio para os pobres.”

Com fundamento nessas casas de correção surgiram as denominadas casas de trabalho (workhouses), tendo sido a primeira desse tipo de casa, sido inaugurada no ano de 1697, na cidade de Bristol, na Inglaterra, que logo se espalharam por toda a Inglaterra e com trabalho rapidamente se espalharam por toda a Europa. Em Amsterdã, no ano de 1596, fundou-se uma casa de correção para homens; já no ano de 1597, fundou-se a casa de correção para mulheres, e no ano de 1600, surgiu a casa de correção para os jovens.

Em 1667, na cidade de Florença, fundou-se o Hospício de San Felipe Néri para correção de crianças e jovens considerados como crianças e jovens que não possuíam regras. Já na França no ano de 1656 foi inaugurada a 1ª instituição

voltada para os chamados vagabundos e mendigos, sendo em Roma no ano de 1703 fundada a Casa de Correção São Miguel, tendo como finalidade disciplinar através da imposição de trabalho, isolamento e disciplina os jovens considerados delinquentes.

#### 4 DA PRISÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a prisão em sua finalidade não fora tratada de maneira distinta aos demais países do mundo, isto porque a primeira cadeia construída fora na chamada província de São Paulo entre os anos de 1784 a 1788, tendo como destinação o recolhimento de criminosos e os escravos que por ventura devessem aguardar a execução de suas penas. Somente após a dimensão de ideias consideradas iluministas foi adotada pela chamada Constituição Imperial o Código Criminal de 1840 na qual determinou a prisão simples e a prisão com trabalho como formas de penas a serem aplicadas, de modo que as províncias passaram a possuir o direito de poderem construir as suas casas de correção e/ou prisão.

Desse modo, houve o início das construções dos primeiros estabelecimentos correccionais no Brasil, em 1833 no Rio de Janeiro o governo regente determinou construção da Casa de Correção do Rio de Janeiro, porém somente no ano de 1850 é que a prisão fora inaugurada, mesmo encontrando-se inacabada, em sequência em São Paulo no ano de 1852, também se encontrando inacabada foi inaugurada a sua Casa de Correção.

Entretanto, mesmo com sua finalidade as chamadas Casas de Correção não estavam atingindo os seus objetivos, isto porque a Casa de Correção de São Paulo, por exemplo, não se destinava apenas a receber os condenados à prisão com trabalho, mas também recebia os negros africanos, os menores, os presos pela polícia, além dos escravos fugitivos que ficavam em outra dependência. Tal situação veio a ficar mais séria quando os presos da Cadeia foram transferidos para a Casa de Correção, fazendo com que condenados à prisão simples ficassem juntos com condenados à prisão com trabalhos, restando prejudicada as funções que eram desenvolvidas na prisão inicialmente previstas na casa de correção.

De igual modo às cadeias locais onde se cumpriam as prisões simples, a situação era simplesmente deplorável e inaceitável, embora a Constituição de 1824 prescrevesse, em seu Art. 79, Parágrafo 21, que “as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme as circunstâncias e a natureza dos seus crimes”, não houve alteração nas estruturas físicas ou higiênicas das cadeias após a Constituição. Com isso, a referida Cadeia de São Paulo encontrava-se em meio a condições subumanas como falta de limpeza, mistura dos presos condenados com doentes mentais ou pessoas

recolhidas pela polícia, escuridão, péssima alimentação, doenças, arbitrariedade dos carcereiros, falta de segurança na prisão. Na mesma ambiência, eram as cadeias do Rio de Janeiro:

Cabendo destacar que tais condições não existiam apenas no Brasil. Além de Beccaria, também o filósofo inglês John Howard, autor da obra "*O estado das prisões na Inglaterra e no País de Gales*", insurgiu-se contra esta estrutura nas Cadeias da Europa e não aceitava que, para a privação de liberdade, fosse necessário passar por sofrimento desumano, como fome, doença, ou qualquer tipo de miséria. Howard defendeu ideias sobre a necessidade de um local apropriado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, ou seja, um estabelecimento em que as mínimas necessidades do preso fossem respeitadas, onde a condição humana deste fosse observada, ou seja, desde as estruturas físicas até a escolha dos carcereiros deveriam ser voltadas para humanizar as prisões.

Assim, foram lançadas as ideias de um estabelecimento próprio para que os presos pudessem, sem perder sua condição humana, cumprir suas penas. Restando também claro, que as prisões também não podiam se afastar de sua finalidade preventiva, qual seja fazer com que o preso se arrependa dos seus atos criminosos. Para este fim, buscou-se no primeiro momento inspiração na prisão eclesiástica: onde a Igreja realizava o isolamento dos religiosos para que, por meio de reflexão, houvesse a penitência dos seus pecados. Desta forma, o local onde os presos iriam cumprir sua pena deveria ser caracterizado pelo isolamento. Daí originou-se aos estabelecimentos punitivos o nome de penitenciária, fazendo alusão a penitência. Sendo que, a partir do Século XVIII as raízes do chamado direito penitenciário começaram a aparecer, sendo que durante longo período o condenado foi objeto da Execução Penal e somente recentemente é que ocorreu o reconhecimento dos direitos humanos ao condenado, tendo sido o direito penitenciário resultado da proteção ao condenado, sendo que tais direitos se baseiam na lógica de se respeitar a dignidade do homem como pessoa.

Assim, ante o expendido temos que a função da prisão no Brasil a princípio seguiu os mesmos preceitos e regulamentos de todo o restante do mundo e assim como os demais, percebeu a necessidade de evolução destas em razão dos direitos inerentes a toda pessoa humana, de modo que restava evidente a necessidade de humanização tanto das penas quanto das prisões.

Tamanho foram as mudanças que atualmente nosso ordenamento jurídico prevê além da chamada prisão penal, a prisão civil, administrativa, compulsória e a prisão cautelar.

A prisão penal, possui conceito atualmente alcançado em função da exclusão do conceito de prisão civil, ou seja, “toda prisão que não for civil será penal”, além disso, é prisão penal aquela decretada pela Justiça Penal.

A prisão penal pode ser uma prisão penal por excelência, ou seja, aquela que pressupõe uma violação ao bem jurídico tutelado pelo direito penal, onde o ato decorre decorrendo da aplicação de uma sanção. Já a prisão penal cautelar diz respeito aquela prisão que se divide em processual, ou seja, aquela que emana do juiz, ou em prisão administrativa, quando emana de outra autoridade.

Temos como exemplo da prisão penal cautelar administrativa a prisão em flagrante, que, em razão de alterações legislativas que ocorreram no ano de 2011, surgiu uma grande discussão em relação à natureza jurídica desta modalidade de prisão, qual seja em flagrante.

A prisão penal nas palavras de José Frederico Marques assim transcreve:

“Vê-se, assim, que prisão penal propriamente dita é tão só a que se impõe, na Justiça penal, como sanção repressiva ao autor de crime ou contravenção. Em sentido amplo, porém, é toda providência, que prive alguém de sua liberdade de locomoção, decretada em processo penal.”

A prisão foi tratada minuciosamente na Constituição Federal, que a subordinou de maneira rigorosa e inflexível ao princípio da legalidade.

De mais a mais, a Constituição Federal na verdade determinou garantias legais contra a ocorrência de prisões de cunho abusivo, ilegal e arbitrária.

Tendo estabelecido tais garantias em seu artigo 5º para que não ocorressem tais práticas abusivas, sendo deveras importante destacar a garantia do devido processo legal na qual deve seguir os princípios legais do contraditório e da ampla defesa; da presunção de inocência e do princípio da obrigatoriedade de fundamentação da decisão que determinar a prisão e princípio do direito à liberdade provisória.

Sobre às prisões cautelares, é de extrema importância o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, no qual, ocorre uma interpretação mais ampla, não estando ligada apenas à produção de provas, mas sim à

decretação de prisão durante o curso do feito, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

O réu não pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, conforme preceitua a Constituição Federal e que foi confirmado recentemente pelo STF em julgamento realizado na data de 07 de novembro de 2019, após uma série de controvérsias acerca do tema, ficando a votação favorável ao réu, que não pode ser preso antes de serem esgotadas as possibilidades de recurso, ficando a votação nesse sentido em 6 votos contra 5, a prisão, antes disso, não pode configurar mera antecipação da pena, devendo preencher requisitos para que possa ser decretada (*fumus comissi delicti* - fumaça do cometimento do delito e *periculum libertatis* - perigo da liberdade). Salienta-se que o fato do réu não poder ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória não significa que o mesmo possua direito a responder todo o processo em liberdade, aguardando-se a decisão em última instância.

Destarte, temos ainda que a atuação do Estado seja legítima, seja restringindo a liberdade de forma definitiva, seja de forma provisória, imprescindível é a observância aos princípios em questão, sob pena de a prisão ser considerada ilegal.

O título IX do Código de Processo Penal trata da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória. O artigo 283 do mencionado código foi escrito de maneira assemelhada à previsão da prisão em flagrante registrada na Constituição Federal, aduzindo que, como regra, a prisão só é admitida em caso de flagrante delito ou quando há ordem escrita fundamentada da autoridade judiciária neste sentido.

Já o código de processo penal, porém, vai um pouco mais além ao dizer que a ordem escrita e fundamentada da autoridade que decreta a prisão deve decorrer de sentença condenatória com trânsito em julgado ou então, em hipóteses excepcionais, será admitida no curso do processo nos casos de prisão temporária e prisão preventiva. Vale ressaltar que não há mais prisão decorrente de pronúncia, tendo sido abolida mediante a reforma processual de 2008. Sendo que o responsável por alterações relativas ao tema prisão, trazendo a possibilidade de decretação de diversas medidas cautelares alternativas à restrição de liberdade, foi a introdução da Lei 12.403/11.

## 5 DAS ESPÉCIES DE PRISÃO

Existem basicamente dois gêneros de prisão no Brasil: as prisões processuais (decretadas para garantir os efeitos do processo) e a prisão para cumprimento de pena, devido à condenação criminal.

Isto decorreu da introdução da Lei 12.403/2011 que tinha como finalidade destacar de uma vez por todas a excepcionalidade da prisão, de modo que viesse para assegurar que prevalecesse o princípio da não culpabilidade, além é claro do devido processo legal e da necessidade de uma ordem judicial escrita e fundamentada para que fosse possível a decretação da prisão cautelar.

Para assegurar isto, o legislador optou por criar nove medidas cautelares que deve anteceder, quando suficientes para assegurar a aplicação da lei penal e a ordem processual, a decretação da prisão preventiva ou temporária.

As medidas cautelares processuais penais de natureza pessoal surgiram para que fosse possível possibilitar ao juiz a adoção de medidas alternativas à prisão, haja vista, que antes do advento da Lei a prisão preventiva ou temporária era a única medida cautelar para regular o andamento do processo penal. Isto porque, como se sabe a prisão deve ser considerada a última medida a ser imposta.

Diante disso, consoante a nova sistemática processual, o juiz somente poderá decretar a prisão preventiva aos crimes dolosos e puníveis com pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos, ou quando as medidas cautelares trazidas pela Lei se tornarem insuficientes para assegurar o andamento do feito e a decisão final. A prisão preventiva também poderá ser aplicada nos casos de reincidência de crime doloso ou se a infração praticada envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Vislumbramos, portanto, que o legislador buscou a igualdade entre aos preceitos da Lei Maior e do Código de Processo Penal, para que tentar solucionar o problema da superlotação dos presídios, haja vista, grande parte da população carcerária trata-se de presos provisórios, ou seja, aqueles que ainda não receberam sua sentença penal condenatória.

Assim, de pronto, verificamos que as alterações legislativas trazidas pela Lei 12.403/2011 também se deram por razões de política criminal, pois ao eliminar o excesso de prisões processuais, criando medidas cautelares alternativas para a diminuição populacional dos presídios.



A situação do sistema carcerário brasileiro buscava uma solução, haja vista, que o cárcere na atualidade tem se estabelecido mais como uma fábrica de criminosos do que medida de ressocialização do apenado. Com efeito, manter presos provisórios nesses estabelecimentos, sem que já tenham condenação, é antes de tudo violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, outrossim, traz graves preocupantes ao indiciado ou suposto acusado, que ainda pode ao final do processo ser declarado inocente.

A Lei n.º 12.403/2011, desde sua entrada em vigor tem causado grandes debates jurídicos, isto porque parte considerável de doutrinadores, processualista e a sociedade de uma forma em geral, que já se manifestaram avaliam a Lei negativamente, afirmando ser apenas mais uma forma de assegurar a impunidade. Entretanto, deixar de decretar a prisão cautelar para decretar medidas cautelares mais brandas a pessoas que ainda não podem ser consideradas culpadas, não é fomentar a impunidade, mas, sim ir de encontro com o que estabelece a Lei Maior, de modo que com uma menor população carcerária, o Estado teria maiores condições de realizar projetos que efetivamente visassem reeducar o delinquente. E, com isso talvez a ressocialização do apenado poderia ser medida considerada eficaz, diante da grande onda de criminalidade.

Em suma, a Lei nº 12.403/2011 veio de maneira positiva, buscar encerrar os excessos na decretação de prisões cautelares e impor limites mais adequados ao acusado em processo não findo, sem, entretanto, privar-lhe desse bem tão precioso que é a liberdade.

Considera-se que as prisões processuais são geralmente de natureza penal, com exceção da prisão do devedor de alimentos e a do depositário infiel, que podem ser ordenadas em processos de natureza cível (isto é, não criminal).

No ordenamento jurídico brasileiro, temos algumas espécies de prisões como já salientado, estando dentre estas, a prisão em flagrante que tem previsão na Constituição Federal como exceção à regra que aduz que toda prisão decorre de ordem escrita e fundamentada do juiz:

Art. 5º, LXI Ninguém será preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei.

Está prevista a prisão no Código de Processo Penal, porém, na modalidade flagrante, que explana quem pode ou deve efetuar a prisão em flagrante, bem como elenca as hipóteses em que se considera alguém em flagrante delito, estando insculpido no artigo 301 do Código de Processo Penal, que qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito, restando ainda insculpido no artigo 302 do mesmo diploma legal, que se considera em flagrante delito quem está a cometer a infração penal; aquele que acaba de cometê-la; aquele que é perseguido logo após pela autoridade policial, pelo ofendido ou por qualquer outra pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração, bem como, aquele com quem é encontrado logo depois com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Nota-se, desse modo, que a lei não se preocupou em conceituar a prisão em flagrante, atendo-se a prever quem pode efetuar a prisão e as possibilidades de sua ocorrência. Coube à doutrina, portanto, logicamente em consonância com as previsões legais, explicar o que é flagrante delito e o que é prisão em flagrante.

O conceito de prisão em flagrante decorre da origem etimológica da palavra, tal como explica Andrey Borges de Mendonça, haja vista esta palavra decorrer do “*latim flagrare, que significa queimando, ardendo, pegando fogo*”. Desse modo, nota-se que a expressão flagrante delito traduz a ideia do “*delito ainda queimante, ardente*”.

Ainda sobre o tema, a prisão em flagrante é aquela que, nos termos da legislação brasileira, “*acontece no momento da realização do crime ou logo após a sua execução*”.

Nucci, ao conceituar prisão em flagrante, faz referência à natureza jurídica de tal instituto, sendo certo, porém, que a vinda da Lei nº 12.403/11 encetou novos debates quanto a isso:

A prisão em flagrante (...) é uma modalidade de medida cautelar de segregação provisória do autor de fato criminoso, de natureza administrativa, inicialmente, podendo ser realizada por qualquer pessoa do povo ou por agentes policiais. No caso de atuação de particulares, cuida-se do flagrante facultativo; quando efetivada por policiais, trata-se do flagrante obrigatório.

Ou ainda nas palavras de Távora:

Flagrante é o delito que ainda 'queima', ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acabado de sê-lo. A prisão em flagrante é a que resulta no momento e no local do crime. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino.

Vê-se que a prisão em flagrante é aquela que visa justamente cessar a atividade delituosa que está a ocorrer, dispensando, por tal motivo, a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária.

Anote-se que, para alguns autores, o flagrante não seria o modo de ser do crime, mas sim o cometimento deste em face de alguma pessoa, a permitir a comprovação mediante prova direta.

Segundo explica José Frederico Marques:

Flagrante é o delito enquanto constitui prova de si mesmo, e não a qualidade do 'delito cometido atualmente'. De outra forma, todo delito seria flagrante, uma vez que qualquer infração penal tem a sua atualidade. Mas o flagrante não é atualidade, e sim visibilidade do delito.

Flagrante pressupõe certeza visual do crime, de modo que o delinquente é surpreendido por alguém no exato momento em que pratica a ação ilícita.

Tradicionalmente, a legislação brasileira tratou da expressão flagrante delito, não vindo, contudo, a defini-la. Na verdade, o flagrante, não obstante ser complementado pela expressão delito, não é capaz de, por si só, punir alguém. Como é cediço, somente se consagrou na legislação nacional, definindo e punindo os crimes e as contravenções penais.

Da legislação colonial, que considerava em flagrante delito não apenas aquele que era encontrado no local da infração, mas também aquele que, pouco depois, era encontrado fugindo, decorria um duplo efeito: a possibilidade de o juiz proceder de ofício e o direito de qualquer um do povo efetuar a prisão em flagrante.

Em 1821, assim que D. João VI deixou o Brasil, o Príncipe Regente à época, D. Pedro I, editou um decreto tratando da prisão em flagrante quase nos mesmos termos que a nossa Constituição atualmente o faz:

Que desde a sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso de *flagrante delito*, em que qualquer pessoa do povo deve prender o delinquente.

Com o advento da Constituição Imperial em 1824, a prisão em flagrante manteve os mesmos traços, sendo certo que as inovações trazidas diziam respeito à prisão comum emanada de ordem do juiz, que passou a ficar sujeito das penalidades legais nos casos de decisões arbitrárias.

Aos 29 de novembro de 1832 foi promulgado o Código de Processo Criminal, que tratou de maneira mais detalhada da prisão em flagrante, passando a prever não apenas a prisão facultativa – aquela que podia ser efetuada por qualquer pessoa; mas também a compulsória, que devia ser efetivada por um oficial de justiça.

Cumprido ressaltar que o aludido Código Processual sofreu grande influência da legislação francesa, a qual, por sua vez, foi inspirada pela Revolução de 1789. Desta feita, o Código brasileiro tentou tratar o instituto de maneira um pouco mais nítida, restringindo o flagrante delito a duas situações: quando se está cometendo a infração e quando se acabou de cometê-la.

Aboliu tal legislação, portanto, qualquer tipo de presunção ou ficção, de modo que o encontro de objetos ou papéis em poder do suspeito, constituíam meros indícios de autoria, mas a situação não podia ser considerada flagrância.

Já com o advento da República, foi promulgada a Constituição de 1889 que, ao não definir flagrante delito, deixou maior liberdade de ação para o legislador ordinário.

O Código de Processo Criminal de 1832 ainda estava em vigência, resultando na inexistência de situação de flagrância fora das duas hipóteses anteriormente mencionadas.

Para que possa haver a efetivação da prisão em flagrante, a doutrina elencou requisitos, os quais guardam grande semelhança para com aqueles exigidos para a concessão de medidas cautelares no processo civil.

No processo penal, não se trata da demora na aplicação da medida principal que virá a trazer dano, mas sim o estado de liberdade do agente que pode colocar em risco a sociedade.

De acordo com Andrey Mendonça, o *periculum libertatis* se divide em dois escopos da prisão em flagrante, sendo o primeiro deles a reação social, que diz respeito à continuidade da prática delitiva, de modo a impedir que haja consumação ou exaurimento da infração. Já o segundo diz respeito à colheita imediata das provas e seu acautelamento.

O segundo pressuposto – *fumus comissi delicti* – é representado pela plausibilidade da prática de uma infração penal, significando, de maneira resumida, que a avaliação de que foi cometida uma infração de natureza penal é feita com base na aparência e visibilidade da prática delitiva.

Dos requisitos para a decretação da prisão em flagrante, é possível se verificar alguns dos fundamentos que a autorizam. Lima resume quais são tais fundamentos: a) pressupostos *strictu sensu*, consistente na prova da existência do crime e indícios de autoria comumente denominado pela doutrina de *fumus comissi delicti*; b) fundamento apto a demonstrar a necessidade da prisão (*periculum libertatis*), cujas hipóteses estão previstas alternativamente no art. 312 do CPP: garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal; assegurar a aplicação da lei penal.

É necessário lembrar que a nova sistemática introduzida pela Lei 12.403/2011 prevê duas formas de prisão preventiva. Ao lado da tradicional prisão preventiva, que é possível ser aplicada independentemente de qualquer outra medida cautelar anterior (preventiva originária ou autônoma), há outra forma desta prisão, estabelecida justamente em função do descumprimento das medidas alternativas da prisão, prevista no artigo 282 § 4º c.c. artigo 312, parágrafo único do Código de Processo Penal. Esta última foi denominada prisão preventiva substitutiva.

Análise do artigo 313 do Código de Processo Penal, podemos extrair algumas conclusões provisórias sobre as condições de admissibilidade da prisão preventiva, onde em regra, somente se decreta a prisão preventiva em caso previstos vejamos:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

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

As regras para as condições de admissibilidade da prisão preventiva estão contidas no inciso I, sendo as exceções nos incisos I e II e parágrafo único.

Nas três exceções, a prisão será possível mesmo que a pena seja igual ou inferior a quatro anos. Porém, enquanto nas duas primeiras hipóteses (inciso I e II) a exceção diz respeito apenas à quantidade da pena (pena igual ou abaixo de quatro anos), na terceira hipótese (parágrafo único) é possível a decretação da prisão não apenas em crime doloso, mas também culposos.

Por fim, a prisão preventiva a que faz menção o artigo 312, parágrafo único do artigo 282 § 4º será decretada em caso de descumprimento das medidas alternativas à prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, quando não for suficiente a substituição ou a aplicação cumulativa de outra medida alternativa. Neste caso, a prisão preventiva não é decretada de maneira originária, mas em substituição a uma medida cautelar alternativa à prisão anteriormente imposta, que se mostrou insuficiente em razão do descumprimento de suas condições pelo investigado ou acusado.

A prisão temporária é uma prisão cautelar que tem como finalidade nuclear e primordial auxiliar a investigação de infrações penais graves. É uma das três espécies de prisões cautelares admissíveis no nosso ordenamento, conforme nova redação do *caput* do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Trata-se de prisão incluída em nosso ordenamento jurídico por meio da Lei 7.960/1989, como conversão da Medida Provisória 111, de 24 de novembro de 1989.

Segundo a exposição de motivos 239, de 24 de novembro de 1989 (Mensagem 250, 1989-CN), assinada pelo então Ministro da Justiça Saulo Ramos, “a cautelar temporária vem dotar a ordem pública brasileira de um instrumento efetivo no combate à criminalidade”, asseverando que “para estas investigações, rápidas, enérgicas, eficientes, o Estado precisa contar com a prisão cautelar temporária”.

Alguns afirmam que o estabelecimento da prisão temporária seria a legalização da chamada “prisão para averiguações”. Tal assertiva não condiz com a realidade. A prisão temporária é uma espécie de prisão processual de caráter cautelar, a exigir a presença dos pressupostos necessários de toda medida cautelar, ou seja, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Assim, a prisão temporária será decretada quando se mostrar imprescindível para as investigações de um fato

delituoso já delineado e sempre que houver a presença de elementos indicando a plausibilidade de ocorrência de um dos crimes indicados no artigo 1º, inciso III da Lei.

A prisão temporária somente pode ser decretada durante o inquérito policial ou até mesmo antes dele. É uma prisão para as investigações e por isto somente na fase investigativa é possível sua decretação.

Não se pode admitir a prisão temporária na fase da persecução penal judicial, ou seja, durante o processo. Uma vez, portanto, recebida a denuncia, a prisão temporária deixa de ter qualquer cabimento. A partir deste momento somente será cabível a prisão preventiva.

Somente o magistrado pode decretar a prisão temporária. Constitui abuso de autoridade a decisão da autoridade policial que prende o sujeito antes da expedição do mandado de prisão temporária para, depois, pedi-lo ao magistrado.

Porém, o juiz não pode fazê-lo de ofício e deve aguardar provocação do Ministério Público ou da autoridade policial. Além dos crimes indicados no artigo 1º, inciso III da Lei 7.960/1989, é cabível também ocorre nos crimes hediondos e equiparados (Lei 8.072/1990). Fora destas hipóteses legais não é possível a decretação da prisão temporária, sob pena de caracterizar constrangimento ilegal. Não se pode, sequer, utilizar a analogia, uma vez que os crimes estão expressamente indicados e não há lacuna involuntária a ser suprimida. Assim, seria ilegal a prisão temporária, por ausência de previsão legal, no delito de lavagem de dinheiro, de receptação, de furto, entre outros. Por fim, observemos os pressupostos da prisão temporária, dentre eles *ofumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Podemos verificar a presença do *fumus comissi delicti* como medida cautelar, a prisão temporária também exige a presença da probabilidade de que o agente praticou algum dos crimes indicados na lei. Este é o pressuposto desta modalidade de prisão cautelar. Neste sentido, para a decretação da prisão temporária, segundo consta no art. 1º, inc. III, da lei 7.960/1989, necessária a existência de “fundadas razões (...) de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes (...)”. Assim, as fundadas razões se dirigem à autoria, à materialidade e, ainda, à tipificação (em um dos crimes em que é cabível a prisão temporária). As fundadas razões também de recair sobre a tipificação do delito, a indicar a ocorrência de um dos delitos constantes do art. 1º, inc. III, da lei.

Logo que entrou em vigor a lei 7.960/1989 reinou grande divergência se os requisitos dos incs. I, II e III do art. 1º eram cumulativos ou alternativos. Surgiram várias correntes, mas a solução passou pela análise do caráter cautelar da prisão. Neste sentido, prevaleceu a corrente da necessidade de que, para a decretação da prisão temporária, estejam presentes, concomitantemente, o *fumus comissi delicti* e *opericulum libertatis*. Como vimos, o inc. III do art. 1º da lei 7.960 dispõe sobre a plausibilidade da prática de um crime pelo investigado, ou seja, o *fumus comissi delicti*. Referido inciso, portanto, deve sempre estar presente. Já os incisos. II e III tratam do perigo que a liberdade do agente pode trazer para as investigações, ou seja, o *periculum libertatis*. Assim, a doutrina e a jurisprudência se pacificaram no sentido de que para a decretação da prisão temporária não basta apenas a presença de um dos incisos e nem é necessária a de todos ao mesmo tempo. Deve haver sempre a conjugação do inc. III (*fumus comissi delicti*) com o inc. I ou, ainda, com o inc. II (que tratam do *periculum libertatis*). Em resumo, é possível a prisão temporária quando o conjugado o inc. III com um dos demais incisos (I ou II). Portanto, há duas hipóteses possíveis de decretação da prisão temporária.

O Código de Processo Penal prevê a prisão domiciliar como forma atenuada de prisão preventiva. Como o nome indica, ela consiste no recolhimento da pessoa à sua residência, da qual somente pode ausentar-se com autorização do juiz ou tribunal (artigos 317 e 318). Essa forma de prisão só cabe nos seguintes casos: para indivíduo maior de 80 anos; para pessoa extremamente debilitada por doença grave; quando imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência; para gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou se esta for de alto risco.

Já a Prisão Extradicação é processo por meio do qual um país entrega alguém para que seja processado por outro país ou nele cumpra pena. Apenas o Supremo Tribunal Federal pode julgar processos de extradicação em que país estrangeiro requeira ao Brasil a entrega de alguém, para esses fins. O processo de extradicação é disciplinado pelos artigos 76 a 94 do Estatuto do Estrangeiro e pelos artigos. 207 a 214 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A prisão para extradicação é tida, no art. 208 do RISTF (Regimento interno do Supremo Tribunal Federal), como requisito para o processo de extradicação. Cabe ao próprio STF decidir sobre o preenchimento dos requisitos do pedido de extradicação, para decretar essa prisão.



Com relação a prisão do devedor de alimentos, temos esta como uma das exceções ao entendimento de que as prisões são de natureza penal já que alimentos, na linguagem jurídica, é termo que se refere àquilo que seja necessário à subsistência de alguém e não apenas à alimentação propriamente dita. De acordo com o art. 1.694 do Código Civil, os alimentos podem ser devidos não somente por pais em relação aos filhos, mas por parentes (inclusive pais e filhos, uns em relação aos outros), cônjuges e companheiros. Na prática, geralmente os alimentos são pagos por meio de valor mensal em dinheiro, fixado pelo juiz ou por acordo das partes. Os alimentos são regidos, sobretudo, pelos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil (CC/2002) e, quanto ao cumprimento da decisão judicial, pelos artigos. 528 a 533 do Código de Processo Civil (CPC). Onde nos termos do artigo 528 §3º do citado CPC " se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses. Destaca-se ainda que tal prisão será cumprida em regime fechado, no qual deve o preso ficar em local distinto dos demais presos considerados presos comuns.

Já em se tratando da a prisão do depositário infiel registra-se que esta podia ocorrer quando alguém recebesse coisa por determinação da lei ou de juiz e não a entregasse, quando estivesse obrigado a isso. Se a coisa não fosse entregue à pessoa devida, esta poderia ajuizar a chamada ação de depósito, de conformidade com os artigos. 901 a 906 do antigo Código de Processo Civil, qual seja CPC/73. Onde, caso o pedido dessa ação fosse julgado procedente, o juiz expediria mandado (ordem) para restituição da coisa. Se o depositário (a pessoa com quem a coisa estiver) não entregasse o bem ou seu equivalente em dinheiro no prazo de 24 horas, o juiz poderia decretar-lhe a prisão.

Esses dois casos – devedor de alimentos e depositário infiel – eram os únicos nos quais se admitia prisão não criminal. A Constituição do Brasil, no art. 5.º, inc. LXVII, somente permite prisão civil nessas hipóteses e proíbe a prisão civil por dívida.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal aprovou a súmula vinculante 25, de aplicação obrigatória para todos os juízes, a qual diz: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. " Com isso, tornou-se proibida a prisão de depositário infiel no Brasil.

Por fim, é possível a prisão decorrente de condenação criminal, quando o réu for condenado por crime cuja prática a lei puna com pena privativa de liberdade e se não couber a conversão desta em pena restritiva de direitos. As penas privativas de liberdade são a reclusão, a detenção e a prisão simples (esta, nos casos da Lei das Contravenções Penais, ainda em vigor). Anteriormente somente seria possível a prisão nesse caso quando a condenação criminal transitasse em julgado (isto é, quando não fosse mais possível recorrer dela).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, é o de que somente depois de esgotados todos os recursos é possível a prisão para o cumprimento da pena. Em outras palavras, não caberia a execução provisória da condenação criminal, porém em um julgamento histórico ocorrido em 05 de outubro de 2016 o Supremo Tribunal Federal manteve por 6 votos a 5, entendimento definido que permitiu a possibilidade de prisão após uma condenação por colegiado de segunda instância. Tal decisão como já mencionado acima, veio a ser derrubada retornando o entendimento anterior como já mencionado.

## 6 DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS

As medidas cautelares diversas da prisão foram incluídas no Código de Processo Penal pela Lei n. 12.403/2011, baseando-se na legislação italiana e portuguesa, e suas modalidades estão elencadas no art. 319 do referido Código. Trata-se da maneira que a legislação encontrou para manter o direito de liberdade do indivíduo e, ainda poder, garantir o bom andamento do processo penal, como forma mais branda, de acordo com a adequação ao delito cometido.

Para que exista a possibilidade do uso de uma medida cautelar alternativa à prisão, deve-se levar em conta a relação entre adequação da medida e sua proporcionalidade. Assim, deve-se analisar se a medida é suficiente para garantir o objetivo almejado pela autoridade que a decretou.

O art. 282, do Código de Processo Penal, traz as hipóteses de aplicação de medida cautelar diversa, explicando que deve ser decretada somente se for necessária para "aplicação da lei penal, para investigação ou instrução criminal", além de casos em que a previsão é expressa, evitando, dessa forma, a prática de novas infrações.

Será decretada pelo juiz, podendo ser por representação de autoridade policial, requerimento das partes ou do Ministério Público ou de ofício, desde que haja cabimento da medida.

O art. 319, do Código de Processo Penal, traz as modalidades de medidas cautelares diversas da prisão:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

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

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

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

IX - Monitoração eletrônica.

Ainda existe a possibilidade da proibição de ausentar-se do país, devendo ser comunicada às autoridades competentes. Além disso, o acusado deve entregar seu passaporte em até 24 (vinte e quatro) horas.

As medidas devem ser aplicadas de acordo com a análise de cada caso concreto. Dessa forma, caso o fato tenha ocorrido em um bar, e o agente é dono do referido estabelecimento, por exemplo, fica inviável a proibição de frequentar tal ambiente (artigo 319, inciso II).

Podem ser aplicadas mais de uma das medidas cautelares, ou seja, elas podem ser aplicadas de maneira cumulativa, e não só isoladamente. Caso o agente não cumpra as obrigações impostas, a medida pode ser substituída, ou poderá ser acrescentada outra modalidade, ou, ainda, poderá ser decretada sua prisão preventiva.

Quando não houver mais motivo para sua existência, o juiz pode revogar a medida ou substituí-la por outra que seja mais adequada ao caso. Da mesma forma, a medida pode voltar a ser decretada em caso de necessidade, quando houver justificativas.

As medidas cautelares só poderão ser decretadas em casos de infrações cuja pena cominada seja privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente, pois seria desproporcional aplicar qualquer das medidas em casos onde ocorreu uma contravenção em que a pena é somente de multa.

Quando não houver cabimento de medida cautelar diversa da prisão, o juiz decretará a prisão preventiva do acusado, eis que após qualquer dos tipos de prisão ser decretada, há de se decidir se esta deve ser mantida ou se o agente deve ser

colocado em liberdade, ou deve-se analisar eventual substituição da prisão por medida cautelar diversa.

No caso da prisão em flagrante, o art. 310, do Código de Processo Penal, expõe o caminho a ser seguido pelo juiz.

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

I - Relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Assim, no caso da prisão em flagrante ser ilegal, deve-se decidir por seu relaxamento; quando for desnecessária, deve-se decidir pela concessão de liberdade provisória; ou, ainda, o juiz pode decidir por decretar a prisão preventiva do agente.

Nota-se que a prisão preventiva só será decretada caso não seja possível impor medida cautelar diversa da prisão. Dessa forma, fica evidente que a preventiva será decretada em último caso, pois a prioridade é encontrar alguma medida que seja adequada ao caso concreto, garantindo o direito à liberdade do sujeito.

Já no caso de ser cabível a concessão da liberdade provisória, no inciso III do artigo em questão, há a possibilidade desta ser concedida somente com a imposição de uma ou mais das medidas cautelares presentes no art. 319 e 320, do Código de Processo Penal.

Assim, fica claro que o legislador tem como prioridade a manutenção da liberdade do agente, e, na busca da garantia desse direito, usa como ferramenta, as medidas cautelares alternativas à prisão.

Inclusive, como já falado anteriormente, o juiz pode revogar e, novamente, decretar a prisão preventiva a qualquer momento, desde que motive sua decisão.

Assim como no caso da prisão em flagrante, quando a prisão preventiva for ilegal, o juiz deve relaxá-la. Já em caso de desnecessidade, a prisão preventiva deve ser revogada.

Nesta última hipótese, a revogação da preventiva poderá ser decretada, em alguns casos, somente com a imposição de medida cautelar diversa da prisão. Ou

seja, novamente o legislador traz a medida cautelar como forma de colocar em liberdade o agente de ilícito, e, ainda assim, garantir o bom andamento de toda a instrução.

Para Luiz Flávio Gomes ensina (2011, p.171):

Essas medidas visam garantir a eficiência da atividade persecutória estatal, a aplicação da lei penal, ou a garantia da ordem pública ou econômica. Conforme frisamos acima até a presente alteração legislativa as únicas medidas cautelares aplicáveis no processo penal para o cumprimento de tais finalidades eram as prisões cautelares (e, em bem menor escala, a fiança). Com a criação das medidas cautelares diversas da prisão, a ordem de preferência deverá ser alterada: a prisão cautelar será, dentro de um juízo de proporcionalidade, a última medida cautelar a ser decretada.

Assim, tem-se que o magistrado só deverá manter alguém segregado caso não seja possível à decretação de uma das medidas cautelares diversas da prisão, pois, a modalidade de prisão cautelar é a exceção no Brasil sendo a regra a liberdade, ou seja, a prisão provisória é a *ultima ratio* e deve existir nos casos mais extremos.

Luiz Flávio Gomes (2011, p. 25) acerca do tema, afirma:

A prisão cautelar ou provisória é, dentre todas as medidas cautelares pessoais, a mais drástica (e problemática) porque implica a privação da liberdade do sujeito antes da condenação final, ou seja, ela significa o "roubo" da liberdade de quem é presumido inocente (Hassemer).

Com isso poder-se-ia conceituar tais medidas como sendo as alternativas que o magistrado possui, para evitar que o indiciado ou denunciado fique preso cautelarmente, sem ter sido condenado através de sentença penal condenatória transitada em julgado. São medidas, que adequam a legislação processual penal ao direito de liberdade inserido na Constituição Federal de 1988.

As medidas cautelares vêm suprir uma omissão legislativa referente ao antigo sistema bipolar, em que o juiz ficava adstrito a manter o indiciado ou denunciado preso provisoriamente ou decretava uma liberdade provisória ao mesmo. Com efeito, essa falta de opção fazia como o número de pessoas presas provisoriamente no país aumentasse cada vez mais.

Neste sentido, Aury Lopes Jr (2012, p. 852), afirma:

Sem dúvida a maior inovação da Lei n. 12.403/2011, ao lado da revitalização da fiança, é a criação de uma polimorfologia cautelar, ou seja, o estabelecimento de *medidas cautelares diversas da prisão*, nos termos do art. 319, rompendo com o binômio prisão-liberdade até então vigente.

Segundo o professor Dr. Luiz Flavio Gomes (2011, p.15) em dezembro de 2010, o Brasil chegou a ter mais de 500 mil presos, sendo que 44% eram presos provisórios, ou seja, mais de 200 mil pessoas presas cautelarmente. A pergunta que se fazia era será que essas prisões elevadas seriam mesmo necessárias? A regra insculpida na Constituição Federal não é a do direito à liberdade?

Vale lembrar que a população carcerária atualmente já passou dos 700 mil presos, conforme logramos verificar mediante informação contida no site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o que faz do Brasil o terceiro país do mundo com o maior número de população prisional.

Assim, certo é que o legislador foi feliz e deu a importância devida ao instituto, tanto que no primeiro artigo do Código de Processo Penal que trata das prisões afirmou que as mesmas deverão ser aplicadas, veja:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Assim, fazendo a análise temos que o artigo acima se verifica que o legislador quer a aplicação das medidas cautelares, pois, são importantes no sistema penal e

processual penal brasileiro e deixou ao magistrado a função dessa aplicação como deveria ser mesmo, já que cabe a ele a interpretação e análise do caso em concreto, cabendo às partes suas funções precípua dentro do processo.

Quanto aos tribunais pátrios e principalmente os superiores, caberão a interpretação dos casos que serão ou não possíveis a substituição de uma prisão cautelar por uma medida cautelar alternativa.



## 7 MONITORAMENTO ELETRÔNICO

O monitoramento eletrônico e/ou a vigilância eletrônica, iniciou-se nos Estados Unidos, tendo sido o primeiro dispositivo de monitoramento eletrônico sido feito nos anos 60 por dois irmãos, sendo estes Robert Schwitzebel e Ralph. Robert Schwitzebel entendeu que tal invenção iria ser uma opção barata e mais humana à custódia das pessoas que estavam envolvidas em crimes contra a justiça. Os primeiros testes iniciaram no ano de 1964, nos Estados Unidos da América, com aproximadamente 16 (dezesesseis) jovens reincidentes, na qual a máquina consistia em um bloco de bateria, junto ao transmissor com capacidade de emitir sinal a um receptor.

Apesar de podermos atribuir as origens do monitoramento aos irmãos Schwitzebel, que realizaram os primeiros testes, pode-se apontar o Juiz Jack Love, do Estado do Novo México, EUA, como sendo o precursor da ideia que, posteriormente passou a ser usado em diversos outros países. Afirma-se que o início de tudo ocorreu após este ler uma edição dos quadrinhos do homem aranha (amazing spider-man do ano de 1977), onde na história o rei do crime havia colocado um bracelete no Homem-Aranha para os fins de monitorar os seus deslocamentos. Assim, o Juiz Jack após ler a história, acreditou que a ideia poderia ser efetivamente utilizada no monitoramento eletrônico de presos, razão pela qual procurou seu amigo Mike Gross, técnico em eletrônica e informática, tendo o persuadido a projetar e produzir os receptores que seriam afixados nos pulsos, tal como havia visto na história em quadrinhos. Em 1983, ou seja, somente cinco anos após ter realizado, durante três semanas, testes em si mesmo com o bracelete, o Juiz Jack Love determinou o monitoramento de cinco delinquentes na cidade de Albuquerque, a maior cidade do Estado do Novo México. Nascia, também, naquele momento, conforme nos esclarece Edmundo Oliveira, a *National Incarceration Monitor and Control Services*, a primeira empresa a produzir instalações eletrônicas destinadas ao controle de seres humanos.

A partir de então, tal método foi abrangentemente empregado, de modo que no ano de 1988, havia cerca de 2.300 (dois mil e trezentos) presos monitorados eletronicamente nos Estados Unidos. Dez anos mais tarde (1998), o número de

monitorados havia alcançado a impressionante marca de 95.000 (noventa e cinco mil).

Atualmente o monitoramento eletrônico é uma realidade mundial, sendo utilizado em diversos países, tais como: Austrália, País de Gales, Andorra, Nova Zelândia, Singapura, Bélgica, Israel, Taiwan e África do Sul Canadá, Inglaterra, Portugal, Itália, Alemanha, Escócia, Reino Unido, Suécia, Suíça, Holanda, França, entre outros.

No Brasil, no ano de 2010, a Lei n. 12.258/2010 entra em vigor, regulamentando o monitoramento eletrônico em todo o país.

Estes acontecimentos históricos marcam a incorporação dos avanços da revolução científico-tecnológica ao sistema penal e a entrada do poder punitivo na nova era digital. O monitoramento eletrônico consiste, em regra, no uso de um dispositivo eletrônico pelo agente "criminoso" no qual não precisa ser apenas os que já foram condenados, de modo que basta estarem como réus em um processo penal condenatório, que passaria a ter a liberdade (ainda que mitigada ou condicionada) controlada via satélite, evitando que se distancie de ou se aproxime de locais já previamente determinados. Sendo que o dispositivo indica a localização exata do indivíduo a ele atada, uma vez que o sistema permite saber, com precisão, se a área delimitada está sendo obedecida. Já com isso possibilita o registro de sua movimentação pelos operadores da central de controle.

Podemos dizer que o objetivo da vigilância eletrônica é a fiscalização por meios de controle à distância de uma determinada decisão judicial, onde em caso de problemas tais como o rompimento do lacre pelo "agente criminoso" é feita uma notificação a autoridade encarregada para que venha a adotar as providências necessárias e cabíveis a situação. Salienta-se que atualmente existem 04 (quatro) diferentes opções para o monitoramento eletrônico que podem ser adaptadas a pessoa em forma de tornozeleira, cinto, pulseira ou microchip subcutâneo.

Com o avanço tecnológico, o monitoramento eletrônico pode, como forma de acompanhamento, ser utilizado para a obtenção de três fins: i) como forma de *detenção* – o monitoramento visa manter o indivíduo em lugar predeterminado (normalmente em casa). Esta foi a primeira forma de utilização da solução tecnológica, permanecendo até hoje a mais comum; ii) como forma de *restrição* de liberdade – o monitoramento é utilizado para garantir que o indivíduo não entre (frequente) determinados locais ou áreas ou ainda se aproxime de determinadas

pessoas, normalmente testemunhas, vítimas e coautores (o que é muito útil nos casos de violência doméstica ou de práticas criminosas associadas a determinados locais, como bares e casas noturnas); iii) como meio de *vigilância* – é utilizado para que se mantenha vigilância contínua sobre o indivíduo, sem a restrição de sua movimentação.

Ainda, conforme a United Kingdom Home Office – National Probation Service, são possíveis três tipos de monitoração: 1) Localização contínua – o condenado é monitorado continuamente e o dispositivo de rastreamento comunica-se com a central de controle em intervalos de aproximadamente um minuto, usando a rede de telefonia celular; 2) Monitoração por exclusão – o condenado é proibido de transitar por determinadas regiões da cidade e, em casos de desobediência, o dispositivo de rastreamento comunica à central e passa a monitorá-lo no sistema de localização contínua. O sistema mantém ainda um relatório por onde o condenado trafegou; 3) Localização retrospectiva – o sistema emite relatórios geralmente diários para a central comunicando as regiões por onde o condenado transitou no período.

## 7.1 DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal iniciaram o debate acerca da introdução do sistema de vigilância eletrônica na sociedade brasileira em 2007, quando alguns projetos foram apresentados em cada casa por seus respectivos representantes. Embora o sistema já tenha se instalado em inúmeros países alienígenas, a inovação ganha contornos recentes no direito interno, conquistando o ordenamento jurídico apenas em 2010, com a Lei 12.258 de 15 de junho.

A lei federal, entre outras alterações concernentes ao regime semiaberto e à saída temporária, introduz a Seção VI ao Título V da lei 7.210 de 1984, sob a rubrica “Da Monitoração Eletrônica”, acrescentando os artigos 146-B, 146-C e 146-D à lei de execução penal.

O artigo 146-B prevê a possibilidade de vigilância eletrônica em duas situações: no caso de saída temporária no regime semiaberto e prisão domiciliar.

A lei dispõe sobre os deveres a serem observados pelos usuários acerca da utilização do equipamento e, de igual modo, institui as sanções em caso de descumprimento, após ouvidos o Ministério Público e a defesa: regressão de regime, revogação da autorização de saída temporária e revogação da prisão domiciliar.

A monitoração eletrônica poderá ser revogada quando “se tornar desnecessária ou inadequada” (artigo 146-D, inciso I), quando da ocorrência de “falta grave” (inciso II, 2º parte) e pela violação dos deveres previstos no parágrafo único, do artigo 146-C, in verbis:

Artigo 146-C:

Inciso I: receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações;

Inciso II: abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça.

Por fim, a lei deixa a cargo do Poder Executivo a função de regulamentar a implantação do monitoramento eletrônico.

Tecnicamente, a lei em questão não padece de vício constitucional já que os direitos fundamentais dos presos condenados e provisórios foram preservados, bem como compete à União legislar sobre execução penal (competência privativa) e

direito penitenciário (competência concorrente), nos moldes do artigo 22, inciso I e artigo 24, inciso I, ambos da CF.

O Presidente da República vetou algumas previsões como, por exemplo, no que consiste o sistema de vigilância indireta no qual, no projeto de lei 1.288 de 2007, de autoria do senador Magno Malta, estabelecia em seu parágrafo único, do artigo 146-A que a “vigilância indireta” será realizada “por meio da afixação, ao corpo do apenado, de dispositivo não ostensivo de monitoração eletrônica que indique, à distância, o horário e a localização do usuário, além de outras informações úteis à fiscalização judicial”. Parece-nos que o legislador preferiu, corretamente, não ingressar na seara tecnológica do dispositivo em si, deixando a cargo do Poder Executivo fazê-lo.

Além desse veto, houve a redução do alcance dessa nova forma de vigilância, excluindo de seu rol os condenados em regime aberto, penas restritivas de direito, livramento condicional e suspensão condicional da pena sob o argumento de que “a adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal. Ademais, o projeto aumenta os custos com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso.

Muito embora uma das finalidades do sistema de monitoração seja o combate à superlotação carcerária, parece que não foi essa a primordial intenção do nosso legislador, tendo em vista que as hipóteses elencadas para a concessão da fiscalização englobem apenas presos já em liberdade.

Verifica-se que houve uma maior preocupação em aumentar a fiscalização estatal sobre o condenado do que enxugar a massa carcerária. Em verdade, a única finalidade do monitoramento eletrônico, no Brasil, mostrou-se ser para fins de fiscalização, pelo menos nesse primeiro momento de previsão legal.

Nessa esteira de entendimento, não há sentido em retirar a vigilância indireta nos casos, pelo menos, de livramento condicional e suspensão condicional da pena. Já que o propósito da implantação do sistema é a fiscalização, não assiste razão o argumento de que o monitoramento comprometeria a “individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal.” Muito pelo contrário, se a

fiscalização realizada pelos agentes do Estado é de certa forma ineficaz, a única maneira eficiente de se controlar o cumprimento das condições impostas pelo juiz será pelo referido modelo de vigilância.

Não obstante a falta de previsão legal expressa, sensato é concluir ser do juiz do processo a competência para determinar a utilização do equipamento no caso de prisão domiciliar e, do juiz das execuções, no caso de saída temporária.

De modo acertado o legislador acrescentou uma nova seção à Lei de Execução Penal regulando as hipóteses em que o sistema de vigilância poderá ser imposto pelo juiz.

O legislador optou por deixar a cargo do juiz a faculdade de aplicação do equipamento, nas hipóteses previstas, a depender da análise do caso concreto. Ou seja, parece que não serão em todos os casos de prisão domiciliar e saída temporária que o condenado será fiscalizado por meio de um sistema de vigilância, já que o artigo 146-B utiliza a expressão “poderá”. No entanto, referida faculdade poderá resultar numa ofensa ao princípio da igualdade no âmbito prisional uma vez que qual ou quais seriam os critérios utilizados por cada juiz a fim de se impor o sistema a um condenado e não impor a outro, estando ambos autorizados a saírem temporariamente da prisão, por exemplo? A fim de se evitar tal ofensa, acertado seria a utilização obrigatória do equipamento nas hipóteses legais.

Havendo a disponibilidade do equipamento naquela Comarca ou penitenciária, o juiz deverá impor a medida a todos os condenados que obtiverem a saída temporária ou estiverem sob a prisão domiciliar.

Muito embora o artigo 146-D não preveja de forma expressa a oitiva do Ministério Público e da defesa no tocante à revogação por desnecessidade e inadequação da medida, bem como no caso de falta grave, entende-se que ambas as partes devem ser ouvidas, à luz do devido processo legal.

Atina-se pela abstração de uma das hipóteses de revogação contida no inciso I, do artigo acima mencionado: desnecessidade e inadequação. Acredito que o equipamento não se torna desnecessário ou inadequado ao longo da saída temporária ou prisão domiciliar, tendo em vista que a permanência ou não desse equipamento não se deve condicionar ao bom comportamento do condenado, ensejando assim a sua revogação, conforme sugere a lei.

A lei não prevê a utilização do monitoramento para presos cautelares, pois, conforme os dizeres do Relator da Comissão de Constituição e Justiça e de

Cidadania da Câmara dos Deputados, quando da análise do projeto de lei 1.288 de 2007, Deputado Flávio Dino, “opomo-nos apenas à possibilidade de converter a prisão preventiva em liberdade vigiada. A prisão cautelar tenciona, sobretudo, salvaguardar eventuais provas de um fato, e esta função não é sobejamente cumprida mediante vigilância eletrônica. Ademais, há projeto específico sobre o tema da prisão preventiva em tramitação na Casa, aguardando votação em plenário.

De fato, uma das hipóteses de imposição da prisão preventiva é por conveniência à instrução criminal e, nesse caso, a tecnologia não teria como impedir o condenado de alterar as provas, por exemplo. No entanto, nos demais casos, o sistema cumpriria perfeitamente a função do cárcere. Ressalta-se que o risco de linchamento não autoriza a prisão preventiva de ninguém. Cabe ao Estado tutelar a integridade física do condenado. Assim, pecou o legislador em não deixar a critério do juiz, na avaliação do caso concreto, a possibilidade de determinar a vigilância eletrônica para presos cautelares.

Conforme dito anteriormente, pecou o legislador em excluir a utilização do equipamento nos casos de livramento condicional e *sursis*, bem como no caso de trabalho externo no regime fechado. O deputado Flávio Dino, relator do projeto já referido, expressamente se opõe à possibilidade sob o argumento de que “a gravidade dos delitos e a inferida periculosidade dos detentos não permite tal abrandamento”.

O sistema de monitoramento não espelha um abrandamento de pena. Nenhuma das hipóteses previstas na lei federal reflete a utilização do sistema como uma forma de amenizar a pena do condenado. O réu continuará a cumprir o que lhe fora determinado com ou sem o dispositivo eletrônico.

No caso do trabalho externo no regime fechado, a utilização desse sistema seria importante para evitar fugas e, quem sabe, o cometimento de novos delitos durante o período em que os presos estiverem fora da prisão. Além do mais, é cediço que essa permissão no regime fechado não é empregada na prática exatamente pela falta de fiscalização. Portanto, com a devida vênia, o argumento do deputado não prospera.

Conclui-se pela análise da presente lei que o monitoramento eletrônico possui natureza jurídica de fiscalização. Tal recurso não substitui a pena privativa de liberdade; constitui verdadeiro sistema de vigilância a fim de dar maior segurança social a certos benefícios concedidos.

## 7.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO USO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Vemos, que apesar das tentativas do legislador e do Estado em não punir o preso por sua ineficiência, estes não estão livres das críticas ao uso do monitoramento eletrônico, mesmo ante as diversas vantagens acima destacados quanto ao uso do referido monitoramento.

A princípio os questionamentos levantados são no sentido de se realmente ocorre a redução da superlotação dos presídios como dito e os seus custos de manutenção, além do questionamento quanto a diminuição da criminalidade.

Isto porque, ao realizar o monitoramento do preso, não se trata apenas do preso em si, mas também levanta a discussão quanto a invasão de privacidade que é provocada tanto para o preso quanto para toda a sua família, de modo que atenta contra os direitos fundamentais do indivíduo como o direito à privacidade, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio e a liberdade de locomoção, além é claro de estigmatizar o condenado mediante o uso dos braceletes ou tornozeleiras eletrônicas.

Quanto ao questionamento da diminuição da população carcerária, deve ser mencionado que em nosso ordenamento jurídico, caso as prisões provisórias fossem trocadas pelo uso do monitoramento eletrônico o número de presos seria reduzido em um terço, inclusive tal monitoramento pode proporcionar uma saída antecipada dos condenados e ainda contribuir na diminuição dos egressos no sistema penal.

Já em se tratando de diminuição dos custos é preciso haver cautela, posto que não são conhecidos os números reais, além de que os detalhes calculados são de enorme complexibilidade, tornando praticamente impossível o valor em cada caso. Entretanto, acredita-se que quando o dispositivo é utilizado como substituição de medidas de custo menor ou quando estes forem alugados de forma antecipada, pode ser que o mesmo apresente vantagem financeira.



Há também aqueles que aduzem que o monitoramento eletrônico tem caráter apenas retributivo, o que faz com que não sejam contempladas as finalidades de cunho preventivas e intimidatórias da pena, afirmando que o uso dos braceletes eletrônicos, não geram no preso a consciência que este deve respeitar as normas jurídicas, sendo que as estatísticas apresentadas indicam apenas o sucesso em razão das características das pessoas que são submetidas a este tipo de monitoramento.

Somente o fato dos condenados de menor periculosidade ficarem afastados dos presos mais perigosos demonstra que se trata de uma medida que não é apenas retributiva, mas ainda podemos citar vantagens de se manter o condenado próximo de sua comunidade, e com isso continuar estudando e também trabalhando.

Quanto ao fato da alegação de que o suposto sucesso apresentado pelas estatísticas seria em razão das características do condenado que são submetidos ao programa, é necessário concordar, isto porque o programa deve ser implementado aos presos que sinceramente demonstrarem estarem buscando realmente a sua ressocialização, devendo dentre outros tipos de requisitos, comprovar que possui endereço fixo, frequência na escola e possuir ainda vínculo empregatício.

Quanto ao questionamento feito em razão da invasão de privacidade e da violação aos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos, devemos lembrar que se trata de pessoas que foram condenadas, aquelas que quando encarceradas sofrem diversos outros tipos de violações de privações que vão muito além de um simples monitoramento eletrônico, até mesmo porque somente será aplicado este tipo de monitoramento mediante a autorização do condenado e ou dos seus familiares, cabendo a este optar por qual privação prefere sofrer (cárcere ou monitoramento eletrônico).

Já em se tratando do estigma que sofrerá o apenado pelo uso do bracelete ou da tornozeleira, os avanços dados pela tecnologia permitem que seja feito o desenvolvimento de aparelhos pequenos e que podem ser usados como se fossem um relógio, ou até mesmo por baixo da roupa, de maneira que podem conviver dia após dia com outras pessoas sem que estas percebam que se trata de um monitoramento.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou o conceito e origem da prisão, e ainda medidas alternativas a prisão que visam garantir a qualidade da investigação, tendo demonstrado ainda as modalidades de prisão processual e as medidas diversas a prisão que podem ser aplicadas.

Sempre pontuando que a prisão se trata da última opção, ou seja, somente podendo ser aplicada quando todas as demais medidas restarem infrutíferas. Isto porque, há casos em que o agente de um crime pode vir a interferir no bom andamento do processo. Visando garantir que não haja qualquer embaraço, a legislação trouxe as medidas cabíveis.

O presente trabalho expôs que para cada situação existe a medida alternativa cabível, restando evidente em todos os casos que a legislação brasileira tem como princípio manter os direitos e garantias individuais do homem, tais como seu direito a liberdade. Sendo que a liberdade é imprescindível a qualquer indivíduo e, por isso, foram criadas as medidas cautelares diversas da prisão, tais como comparecimento periódico em juízo e proibição de frequência a determinados lugares, como forma de substituir a prisão e, ainda assim, garantir o rumo das investigações. Concluindo nesse passo que o legislador ao apresentar essas medidas diversas da prisão garantiu os direitos do agente, ao mesmo tempo em que mantém o processo em pleno andamento.

Destarte, o modelo que perdurou até a vigência da lei 12.403/11 relativos a prisão cautelar no Brasil trazia em seu bojo, uma marcante característica que era a falta de opção do magistrado quanto a matéria de prisão e liberdade antes de ser proferida a sentença de primeiro grau. Sendo que anteriormente a lei trazia como regra a prisão, excepcionando-se os casos de excludente de ilicitude ou antijuridicidade. E, atualmente a Constituição traz a regra da liberdade, pois, é considerada uma constituição moderna, cidadã, com direitos fundamentais e garantias individuais.

No meio desta batalha entre lei e constituição ficava o juiz que sem opção legal ou mantinha a pessoa presa ou concedia a ela uma liberdade provisória, de modo que com o advento da lei 12.403/11, o magistrado ganhou novas alternativas relacionadas à matéria de prisão e liberdades antes de proferir sua sentença, pois, agora o mesmo conta com várias medidas cautelares alternativas a prisão provisória

que podem e devem ser utilizadas de acordo com o disposto no art. 282 do código processual.

Percebeu-se que o art. 319 do Código de Processo Penal traz as medidas que podem ser utilizadas pelo juiz e que cabe a ele à verificação da possibilidade no caso em concreto, quando da apreciação de uma prisão em flagrante delito ou ao decretar a prisão preventiva ou temporária.

Temos sido demonstrado tais fatos, o presente trabalho buscou evidenciar dentre as medidas cautelares alternativas, aquela atinente ao uso de monitoramento eletrônico, tendo conceituado e demonstrado sua evolução história no mundo e em nosso ordenamento jurídico, ao permitir que os presos aguardassem seu julgamento em liberdade, e no mesmo passo permitindo que a justiça pudesse garantir a aplicação da lei, eis que possuía a localização do preso, melhorando não só a questão do exacerbado número da população carcerária, mas também melhorando no que diz respeito a garantia ao preso de que seus direitos humanos fossem respeitados, na medida em que lhe são oferecidas opções mais humanas para que aguarde seu julgamento, o que não ocorria na antiguidade, tendo sido no presente trabalho evidenciado que na antiguidade os direitos básicos dos indivíduos não eram respeitados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Wolkmer, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**, 2ª Tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 54.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª Edição, Revista, Ampliada e Atualizada, Salvador: Editora JusPODIVM, 2009, p. 461.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal, volume IV**. 3ª Atualização, Campinas: Millenium Editora, 2009, p. 55.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 282, *apud* EUGÊNIO, Pacelli. Atualização do Processo Penal. Lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011, p. 33.

MISCIASCI, Elizabeth. **Como surgiram os Cárceres**. Revista Zap. Disponível em <http://www.eunanet.net/beth/news/topicos/nasceospresidios.htm> Acesso em 02.05.2016. 60

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária Vol. 1**, n.22 (2009 / 2010) – Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal, 2009 / 2010 – Anual.

MORAIS, Paulo Jose Iasz de. **Monitoramento eletrônico de preso**. 1 Ed. São Paulo: IOB, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da **Silva Sobre o princípio da igualdade no direito tributário, ver. Direito constitucional interpretado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 154-172

ISIDRO, Bruno César Azevedo. **Projeto Liberdade Vigia: sociedade protegida**. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/liberdade-vigiada-sociedade-protegida/> 12 de Agosto de 2016.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. **Monitoramento Eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências Internacionais e perspectiva no Brasil. Ministério da Justiça**.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. V. 1. 8 ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MADEIRO, Carlos. **“Sistema prisional deve ser para presos perigosos”**. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2010/06/14/sistema-prisional-deve-ser-para-presos-perigosos-diz-juiz-que-iniciou-monitoramento-no-pais.htm>. Acesso em 25 de setembro de 2019

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código Processo Penal**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em 8 de outubro de 2019

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 5 de outubro de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 12.258, de 15 de junho de 2010. Monitoramento eletrônico.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm) Acesso em 25 de agosto de 2019.

Jurisway, disponível em [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=17417](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=17417). Acesso em 10 de setembro de 2019.

[g1.globo.com/politica/ao-vivo/stf-julgamento-prisao-de-condenados-segunda-instancia.ghtml](http://g1.globo.com/politica/ao-vivo/stf-julgamento-prisao-de-condenados-segunda-instancia.ghtml). Acesso em 12 de novembro de 2019.