

**COORDENAÇÃO:** ROGÉRIO CURY E WILLEY SUCASAS  
**ORGANIZAÇÃO:** MARIANA BEDA FRANCISCO

# LIBERDADE E MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DA PRISÃO

**PREFACIADOR:**

Ministro do CNJ Dr. Marcos Vinícius Jardim Rodrigues

 EDITORA  
**RIDEEL**  
Quem tem Rideel tem mais.

## Expediente

Fundador	Italo Amadio ( <i>in memoriam</i> )
Diretora Editorial	Katia Amadio
Editoras	Janaína Batista Mayara Sobrane
Editora Assistente	Mônica Ibiapino
Projeto Gráfico	Sergio A. Pereira
Diagramação	Sheila Fah/Projeto e Imagem

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

#### Angélica Ilacqua CRB-8/7057

Liberdade e medidas cautelares pessoais diversas da prisão / coordenação de Rogério Cury, Willey Sucasas ; organização de Mariana Beda Francisco. – 1. ed. – São Paulo : Rideel, 2020.

#### Bibliografia

ISBN 978-65-5738-090-1

1. Direito penal 2. Medidas cautelares – Brasil 3. Prisão (Direito penal) – Brasil 4. Liberdade provisória I. Cury, Rogério II. Sucasas, Willey III. Francisco, Mariana Beda

20-3333

CDD 345.81072

CDU 343.1(81)

#### Índice para catálogo sistemático:

1. Direito Penal : Medidas cautelares : Brasil

© Copyright – Todos os direitos reservados à



Av. Casa Verde, 455 – Casa Verde

CEP 02519-000 – São Paulo – SP

e-mail: [sac@rideel.com.br](mailto:sac@rideel.com.br)

[www.editorarideel.com.br](http://www.editorarideel.com.br)

Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, especialmente gráfico, fotográfico, fonográfico, videográfico, internet. Essas proibições aplicam-se também às características de editoração da obra. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (artigos 102, 103, parágrafo único, 104, 105, 106 e 107, incisos I, II e III, da Lei nº 9.610, de 19/02/1998, Lei dos Direitos Autorais).

1 3 5 7 9 8 6 4 2

0 9 2 0

Dedico a presente obra ao caro, eterno e saudoso amigo  
Luiz Flávio Gomes, pessoa fantástica, profissional de  
excelência, que mostrou que o ensino jurídico não  
possui fronteiras e que o conhecimento e a dedicação  
são as maiores dádivas do profissional do direito.

Meu amigo, saudades eternas.

Avante!

Rogério Cury



## PREFÁCIO

A Constituição de 1988, de cunho eminentemente humanista, estabelece, entre outros valores supremos, a dignidade, os direitos humanos e a liberdade como elementos fundantes do Estado Democrático de Direito.

Decorrência de tais direitos fundamentais, o princípio da presunção de inocência, guardião da liberdade individual, garante o exaurimento de todas as instâncias de julgamento para o reconhecimento do estado penal de culpado.

Eis que nesse contexto de prevalência e homenagem às liberdades, a Lei Adjetiva Penal, em seu artigo 282, I e II, expressamente exige a demonstração dos requisitos da 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) e da adequação (à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado), para o estabelecimento de quaisquer medidas cautelares, inclusive e principalmente a prisão.

No particular da prisão, o § 6º do citado artigo traduz que somente “será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”, cuja decisão que impor a segregação física deverá ser justificada “de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada”.

Nesse aspecto, a Lei nº 12.403/2011 (Lei das Cautelares) representa importante marco no ordenamento jurídico pátrio, inaugurando modalidades alternativas ao encarceramento provisório, concretizando a premissa que as medidas restritivas de direito se validam pela necessidade da própria manutenção dos direitos, havendo de ser sempre manejada aquela que traga menor gravame ao cidadão.

Em arremate, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, cujo teor e anexos instrumentalizam os procedimentos necessários à consecução das medidas cautelares penais.

Temática de tão vultosa alçada merece análises de igual imponência, razão da minha felicidade em prefaciar a presente obra, de coautoria do Advogado Criminalista Rogério Cury, conquanto inaugura um compêndio de refinados estudos de lavra de notáveis juristas.

Assim, mais que apresentar ciência de ordem técnico-jurídica de elevada qualidade, a presente obra, no esteio da disseminação de inteligências, carrega nítido conteúdo humanista e traz à reflexão importante dialética não só sobre as medidas cautelares penais, mas principalmente sobre a função de pacificação social do Poder Judiciário e sua inescusável vinculação ao Estado de Direito que irradia da Constituição Cidadã.

Boa leitura!

**Marcos Vinícius Jardim Rodrigues**  
*Conselheiro do CNJ*



## SUMÁRIO

Dedicatória.....	V
Prefácio .....	VII
<b>Os Fundamentos das Medidas Cautelares Pessoais Diversas da Prisão.....</b>	<b>1</b>
1. Estado Democrático de Direito x prisão.....	3
2. Jurisdição penal como instrumento de cidadania .....	6
3. Processo penal como instrumento de política criminal.....	8
4. Medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro.....	10
4.1 Dos fundamentos da prisão preventiva .....	17
4.1.1 <i>Fumus comissi delicti</i> .....	17
4.1.2 <i>Periculum libertatis</i> .....	18
5. Fundamentação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão .....	23
6. Considerações finais.....	29
Referências Bibliográficas .....	30
<b>O Protocolo I da Resolução nº 213/2015 do CNJ e suas principais diretrizes.....</b>	<b>33</b>
1. Introdução.....	35
2. Principais diretrizes do Protocolo I da Resolução nº 213/2015 do CNJ .....	36
3. A provisoriedade como diretriz de aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão.....	39
4. Conclusão .....	42
Referências Bibliográficas .....	45
<b>Quando a ordem dos fatores altera o resultado: da obrigatoriedade de aplicação das alterações legislativas trazidas pela Lei nº 12.403/2011, convalidada pela Lei nº 13.964/2019, para o efetivo aproveitamento das medidas cautelares pessoais diversas da prisão no sistema jurídico brasileiro.....</b>	<b>47</b>
Referências Bibliográficas .....	55
<b>Cumulatividade das medidas cautelares diversas da prisão.....</b>	<b>57</b>
1. Introdução.....	59
2. Binômio necessidade/adequação como critério relativo à cumulatividade das medidas cautelares pessoais .....	61
3. Conclusões.....	70
Referências Bibliográficas .....	71

<b>Possibilidade de Contraditório antes da decisão que impõe as Medidas Cautelares Pessoais Diversas da Prisão.....</b>	<b>73</b>
1. Introdução: o contraditório e sua natureza jurídica .....	75
2. Contraditório em medidas cautelares: análise do advento do § 3º do art. 282 do CPP por força da Lei nº 12.403/2011 e da nova redação conferida ao dispositivo pela Lei nº 13.964/2019 .....	77
3. Mitigação do contraditório em medidas cautelares: análise quanto à ponderação de direitos fundamentais.....	80
4. Entendimento jurisprudencial acerca do contraditório em medidas cautelares .....	84
5. Conclusão .....	89
Referências Bibliográficas .....	91

<b>Análise de Dados do Conselho Nacional de Justiça quanto às Medidas Cautelares Pessoais Diversas da Prisão .....</b>	<b>93</b>
Introdução .....	95
1. Pesquisas empíricas em direito.....	96
2. Pesquisa empírica no sistema de justiça penal: as medidas cautelares diversas da prisão da Lei nº 12.403/2011 .....	97
3. Dados gerais acerca do sistema carcerário e da prisão provisória: eficácia das medidas cautelares sob suspeita .....	98
4. Relatório Analítico Propositivo: dados quantitativos e qualitativos da pesquisa empírica sobre as medidas cautelares diversas da prisão nas audiências de custódia e acórdãos .....	99
4.1 Audiências de custódia .....	99
4.2 Acórdãos em sede de <i>Habeas Corpus</i> .....	102
5. Conclusão .....	104
Referências Bibliográficas .....	110

<b>Medidas Cautelares Pessoais Diversas da Prisão de Vinculação ao Processo: comparecimento periódico em juízo; proibição de ausentar-se da comarca; comunicação prévia do juízo; retenção de passaporte e fiança .....</b>	<b>113</b>
Introdução .....	115
1. Comparecimento periódico em juízo (art. 319, I, do CPP).....	115
2. Proibição de ausentar-se da comarca e retenção de passaporte (arts. 319, II, e 320 do CPP).....	118
3. Fiança (art. 319, VIII, do CPP).....	121

4. Conclusão .....	123
Referências Bibliográficas .....	124
<b>Medidas Cautelares Pessoais Diversas da Prisão Interditivas e Restritivas de Direitos: proibição de acesso/frequência a determinados lugares; proibição de manter contato com pessoa determinada; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira e monitoração eletrônica .....</b>	<b>125</b>
Introdução .....	127
1. As medidas cautelares em estudo.....	127
1.1 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares para evitar o risco de novas infrações .....	127
1.2 Proibição de manter contato com pessoa determinada.....	129
1.3 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira .....	133
1.4 Monitoração eletrônica.....	136
2. Conclusões.....	137
Referências Bibliográficas .....	138
<b>Medidas Cautelares Pessoais Diversas da Prisão Restritivas e Privativas de Liberdade: recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga e internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável.....</b>	<b>139</b>
Referências Bibliográficas .....	151
<b>Medidas Protetivas Atípicas no Contexto de Violência Doméstica .....</b>	<b>153</b>
1. Nota introdutória .....	155
2. As medidas protetivas na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006).....	155
2.1 Histórico da Lei .....	155
2.2 Natureza jurídica.....	156
2.3. Procedimento.....	159
3. Modalidades de medidas protetivas de urgência .....	161
3.1 Medidas protetivas típicas.....	161
3.2 Medidas protetivas atípicas.....	163
4. O advento da Lei nº 13.827/2019 e a concessão de medidas protetivas por agentes policiais .....	165
5. Conclusões.....	166
Referências Bibliográficas .....	167

<b>Análise quanto à Possibilidade de Detração Penal das Medidas Cautelares Pessoais Diversas da Prisão .....</b>	<b>169</b>
1. Da possibilidade de detração nos casos de aplicação de medida cautelar diversa da prisão .....	171
2. Direito comparado.....	174
3. Das medidas cautelares em espécie e possível detração penal.....	177
4. Conclusão .....	185
Referências Bibliográficas .....	186
<b>Duração das Medidas Cautelares Diversas da Prisão e a Possibilidade de Detração: considerações sobre a Lei nº 13.694/2019 e a jurisprudência brasileira .....</b>	<b>189</b>
1. Considerações gerais .....	191
2. Medidas cautelares diversas da prisão na Lei nº 13.964/2019 .....	192
3. Tempo de duração das medidas cautelares diversas da prisão.....	193
4. Possibilidade de detração .....	200
Referências Bibliográficas .....	203
<b>Consequências Jurídicas do Descumprimento de Medida Cautelar Alternativa à Prisão: crítica ao paradigma da conversão automática em prisão preventiva, contraditório e proporcionalidade.....</b>	<b>205</b>
Introdução .....	207
1. Da necessária observância do contraditório em caso de descumprimento das medidas cautelares alternativas .....	208
2. Ordem de análise de readequação em casos de descumprimento (art. 282, § 4º).....	213
3. Impossibilidade de decretação preventiva por descumprimento de cautelar alternativa quando ausentes as hipóteses de cabimento do art. 313 do CPP.....	219
4. Da possível utilização da prisão domiciliar monitorada enquanto último subterfúgio antes da prisão preventiva .....	220
5. Conclusão .....	223
Referências Bibliográficas .....	224
<b>A Necessidade da Efetiva Promoção das Medidas Cautelares Pessoais Diversas da Prisão .....</b>	<b>225</b>
Introdução .....	227

1. A criação das medidas cautelares diversas da prisão no ordenamento jurídico brasileiro: a ruptura formal da cultura da prisão.....	227
2. A necessidade de efetiva implementação das medidas cautelares no sistema processual penal brasileiro: a ruptura prática da cultura da prisão...	231
3. Conclusão .....	238
Referências Bibliográficas .....	239
<b>O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e a Audiência de Custódia .....</b>	<b>243</b>
1. Metodologia .....	245
2. Contextualização histórica.....	246
3. Reflexão sobre a eficácia das audiências de custódia/aplicação de medidas cautelares diversas da prisão .....	251
4. Análise da aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão na audiência de custódia .....	255
Referências Bibliográficas .....	257



# Os Fundamentos das Medidas Cautelares Pessoais Diversas da Prisão

## **Luiz Felipe Gomes de Macedo Maganin**

Advogado Criminal. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Integrante da Comissão Especial de Processo Penal da OAB/SP. Sócio do escritório Sucasas Tozadori Alves Advogados. E-mail: [maganin@staadvogados.com.br](mailto:maganin@staadvogados.com.br)

## **Maurício Paes Manso**

Advogado Criminalista. Especialista em Direito Penal. Mestre em Direito. Professor Universitário. Membro da Comissão de Processo Penal da OAB/SP.

## **Ricardo Alves Bento**

Advogado. Especialista. Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Secretário da Comissão Estadual de Processo Penal. Integrante da Comissão de Direito Penal e Coordenador de Combate à Corrupção da OAB/SP. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo.

## **Willey Lopes Sucasas**

Advogado Criminal. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Pós-Graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra, Portugal, e em Direito Penal pela Universidad de Salamanca, Espanha. Conselheiro Seccional da OAB/SP e Presidente da Comissão Especial de Processo Penal da OAB/SP. Sócio do escritório Sucasas Tozadori Alves Advogados.



## 1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO X PRISÃO

A criação do Estado é fruto da atividade cognitiva do homem, assim como as próprias normas que regem a vida em sociedade. Contudo, a existência de regras de convívio em coletividade antecede a ideia de Estado. A necessidade de ser organizar, através de normas deflui da feição política do homem que implica a dependência de outros seres humanos e de outros bens e valores para atingir as suas prioridades.<sup>1</sup>

Porém, a vida em comunhão com outros seres humanos nem sempre tende a ser harmoniosa, na medida em que as pretensões dos membros do grupo social, quase que invariavelmente, não são confluentes. É desta falta de convergência de vontades que surge a necessidade de se criar um “terceiro”, imbuído de harmonizar os mais variados interesses, buscando alcançar, assim, os objetivos dos membros de uma determinada sociedade.

É desta demanda que surge o Estado<sup>2</sup>, ente dotado de personalidade jurídica que se posta, ou deveria se postar, como timoneiro dos propósitos almejados pelos homens. É ele, também, que passa a ser o epicentro gerador donde provêm todas as regras ordenadoras do convívio em sociedade. Tem-se, assim, um “terceiro” que deve ordenar o convívio em sociedade e buscar a concretização das pretensões dos membros de determinado grupo social.

Esta abstração, o Estado, cunhado a partir dos ideários da Revolução Francesa, mormente os defendidos por Montesquieu, surge, necessariamente, a partir de uma configuração tripartite de poder, de modo que a cada um dos poderes constituintes do Estado uma determinada função ficaria relegada.

Sendo assim, singelamente, podemos dizer que: compete ao Poder Legislativo criar as leis que regerão a vida dos indivíduos e a estrutura do próprio Estado; ao Poder Executivo, a efetiva gestão da *res publica*, a partir do que for estabelecido pelo Legislativo; restando ao Poder Judiciário apreciar os litígios que lhe são submetidos.

É importante destacar que, não obstante a distinção entre as funções ou poderes inerentes ao Estado, não se pode tê-las de forma estritamente rígida, ao ponto de se crer, ingenuamente, que cada Poder irá exercer a sua função de forma absolutamente apartada. Não. O que se verifica, na verdade, é o primado da fun-

1 Aristóteles em *A Política*, no livro I, assim já pontificava: “(...) Ora, aquele que não pode viver em sociedade, ou que de nada precisa por bastar-se a si próprio, não faz parte do Estado; é um bruto ou um deus. A natureza compele assim todos os homens a se associarem. (...)” (ARISTÓTELES. *A Política*. Coleção Livros que Mudaram o Mundo. São Paulo: Folha de S.Paulo, 2010, p. 2).

2 Para uma leitura mais aprofundada sobre o surgimento do Estado, vide capítulo 2 da obra DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ção atribuída a um determinado Poder, sem que com isso se exclua a possibilidade de outro Poder exercê-la de forma mais pormenorizada<sup>3</sup>.

Tal característica é de fácil percepção quando se verifica, do plano normativo, como um todo, que, por exemplo, ao Poder Legislativo cabe a função de julgar o chefe do Poder Executivo e este, por sua vez, assim como o Poder Judiciário não estão impedidos de criar normas para a consecução de seus fins.

Pois bem.

Ao se pactuar com este “terceiro”, o Estado – renunciando a seu estado natural –, o homem se submete a ele e, inevitavelmente, se distancia do seu estado de natureza, abdicando, ainda que em parte, de uma gama de direitos que naturalmente os detém. Contudo, a sujeição do ser humano aos regramentos estabelecidos pelo Estado não aniquila aqueles direitos que ele os possuía em seu estado de natureza. Muito pelo contrário, deve o Estado, agora, compatibilizá-los com a formatação social por ele estabelecida.

Claro que diante desse pacto estabelecido e da nova configuração de se fazer e viver, agora em sociedade e capitaneada pelo Estado, torna-se inexorável a edição de um documento normativo estruturante desta novel relação entre o ser humano que, insista-se, abandona o seu estado de natureza, e passa a viver sob os auspícios do Estado.

O documento fundamente desta nova relação jurídica deve, necessariamente, estabelecer os valores que irão reger as interações entre o Estado e o indivíduo e entre os indivíduos.<sup>4</sup> Assim, é na Constituição Federal que se verificam todas estas relações, ainda que de forma mais abstrata e ampla. Aliás, o termo constituição decorre da ideia de alicerçar, organizar, conceber algo, uma estrutura organizacional.

Certo é que, agora, sob o manto do Estado, o ser humano não mais exerce os seus direitos de forma ampla e irrestrita, posto que é ele, o Estado, que passa a tutelá-los em homenagem ao pacto estabelecido constitucionalmente. Porém, por outro lado, se imporá ao Estado a estrita obediência ao plano legal, além da inafastável incumbência de proporcionar aos seus súditos condições para se desenvolverem, sob todas as perspectivas.

Portanto, a Constituição, na qualidade de norma dotada de supremacia e que, obrigatoriamente, irradia todos os seus valores para o ordenamento jurídico, estruturando-o, acaba por estabelecer o primado do Direito, de modo que a percepção do Estado passa a ser a de um Estado de Direito, e na medida em que a própria ideia de Estado pressupõe a transposição dos interesses particulares isoladamente considerados, temos um segundo componente: a Democracia.

3 JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 5.

4 Para uma visão mais detalhada do objeto e conteúdo das constituições vide SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 45.

Daí o conceito de Estado Democrático de Direito. Essa configuração estatal fica evidente quando se lança os olhos ao art. 1<sup>a</sup> da nossa Constituição, que, além de afirmar em alto e bom tom tal formatação de nosso Estado, explicita os seus fundamentos em nítida visão antropocêntrica.

Dessa forma, o que se percebe da estrutura constitucional posta é que os valores inerentes ao ser humano são os mais caros – tanto é que, ao contrário da Constituição que antecedeu a de 1988, não há mais a preocupação, de saída, em trazer dispositivos que digam respeito à estruturação do Estado, mas sim aqueles relacionados ao ser humano.

A Constituição, portanto, vem com a função de resguardar os mais valiosos direitos do ser humano. Entre esses direitos, sem embargo de outros de idêntico quilate, está a liberdade<sup>5</sup>. A liberdade que, hodiernamente, não pode ser concebida apenas no seu sentido ambulatorial (e constitucionalmente não o é), mas que, no estrito espaço deste ensaio, é sob ela que pairarão as nossas preocupações.<sup>6</sup> A liberdade de locomoção prevista em nosso Texto Constitucional, no art. 5<sup>o</sup>, XV, e robustecida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no art. 22, deve ser compreendida como do direito de ir, vir e ficar.

A inquietação decorre do fato de que, sob o prisma também constitucional, a liberdade ambulatorial, que nos é garantida, pode vir a ser restringida por força de prisões de natureza processual ou provisória. Daí a preocupação em se buscar a fundamentação das medias cautelares pessoais diversas da prisão como forma de se garantir a regra constitucional da liberdade.

Acresça-se, ainda, a preocupação de que, conquanto a Carta de 1988 tenha trazido luzes ao processo penal brasileiro, ainda se tem, no plano infraconstitucional, as trevas do inquisitivo. Nesse contexto, importante frisar que ainda vigoram, na práxis, as concepções marteladas em períodos autoritários, de modo que a falta de extrusão deste passado viabiliza um discurso que se diz democrático, mas com métodos não condizentes com o Estado Democrático de Direito.<sup>7</sup>

5 “(...) O direito à liberdade de locomoção é a mais elementar e imediata manifestação da liberdade geral de ação das pessoas. Caracterizada como liberdade específica, ou seja, *uma* das formas de expressão da liberdade, sem a sua institucionalização e garantia, estaria gravemente prejudicado o direito fundamental geral de liberdade. (...)” (STEINMETZ Wilson. Direito à liberdade de locomoção: um esboço de interpretação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, vol. 83, p. 163–173, abr – jun. 2013.

6 Tanto é verdade que já no preâmbulo da Constituição Federal, enquanto documento político e não normativo (STF – ADIn 2.076, voto do Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 15-8-2002, Plenário, DJ de 8-8-2003), indicativo das intenções do novo modelo constitucional, é que se estabelece a necessidade de se *assegurar a liberdade*: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a *assegurar o exercício* dos direitos sociais e individuais, *a liberdade*, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

7 CASARA, Rubens. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 139-140.

A propósito, percuciente é um dos subtítulos da obra de Ricardo Jacobsen Gloeckner, na qual o autor vasculha as origens do autoritarismo do processo penal brasileiro e que aqui reflete bem o nosso pensar, no tocante à tutela da liberdade: se a liberdade é provisória, a prisão é a regra!<sup>8</sup>

De tudo que foi dito até aqui, infere-se que, na atual concepção do Estado Democrático de Direito, a mitigação da liberdade do ser humano é a exceção e não a regra. Portanto, se faz necessária a observância do texto constitucional para a perfeita obtenção dos princípios inerentes ao processo penal, extraindo-se, assim, um *programa processual penal da Constituição*, ou seja, um conjunto de postulados de natureza político-processual-criminal, consistente em um marco normativo, sobre o qual o legislador e o julgador deverão se inspirar para fins de suas respectivas atividades. Dessa forma, não há como efetivamente pugarmos pela restrição da liberdade do ser humano, mormente em sede de prisão preventiva, sem uma devida afeição ao texto da Lei Maior.

## 2. JURISDIÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CIDADANIA

Certo é que, com ou sem Estado, a multiplicidade de relações interpessoais faz com que surjam conflitos entre os conviventes de uma determinada sociedade. Por outro lado, com a criação do Estado, reservadas as hipóteses excepcionalíssimas, em que as pessoas estão autorizadas a exercer, às vezes até com o uso da força, o seu direito, a regra é de que os conflitos de interesses devem ser submetidos ao Estado através do seu Poder Judiciário.

Tal providência decorre do fato de que o Estado passa a ser o centro ordenador das regras do convívio em sociedade, além de ser o detentor do monopólio dos meios de solução de conflitos, quando aqueles que, submetidos às suas regras, não conseguem solver as suas pendengas de forma consensual.

Portanto, a tarefa de pronunciar o direito, que ele – Estado – criou, quando não há consenso entre os envolvidos, é um Poder Estatal. Esta incumbência fica, portanto, relegada ao Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, impõe a sua vontade escanteando a vontade das partes.

É nesta perspectiva que o Estado também se apresenta, enquanto detentor do monopólio do poder de punir. É a ele que se incumbirá a função de, através de devido processo legal, filtrado constitucionalmente, impor determinada sanção àquele que violou norma penal. Contudo, não se olvide da advertência feita por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, para quem “(...) a jurisdição, a par de ser um

8 GLOECKNER, Ricardo Jacobson. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant lo Blanch Brasil, 2018, p. 398.

poder – e como tal deve ser estudado com proficiência –, é um garantia constitucional do cidadão, da qual não pode abrir mão”.<sup>9</sup>

Insta salientar que no âmbito da aplicação do direito penal, ao contrário do que ocorre em outras searas do Direito, a intervenção estatal, pela mão jurisdicional, se faz imperiosa. A intercessão do Estado através do processo penal, para aplicação da pena, é o caminho obrigatório a ser seguido para que esta se torne legítima. Há uma relação indissociável entre o direito penal e processo penal, pois não há “... delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal, senão para determinar o delito e impor uma pena”.<sup>10</sup> É o que se denomina de princípio da necessidade. Nesse sentido, lúcidas são as linhas deixadas por Rogério Lauria Tucci, para quem:

Por outro lado, não se pode deixar de ter presente que o processo penal guarda, em qualquer caso – sem exceção portanto –, o caráter de *necessidade*, tanto para atingir o efeito da punição do culpado como para a preservação do *ius libertatis*, livrando-se o cidadão, quando indevida, da coação estatal<sup>11</sup>.

Sendo assim, o exercício do poder jurisdicional, que é inevitável para a aplicação da pena, deve se filiar incondicionalmente ao plano constitucional, pois como já alertado, o exercício da jurisdição não deve ser concebido apenas como poder estatal, mas, principalmente, como abonação constitucionalmente estabelecida em função da dignidade do ser humano. Tanto é verdade que Fauzi Hassan Choukr nos lembra das atiladas advertências feitas por James Goldschmidt e Claus Roxin, para quem o processo penal seria, respectivamente, o termômetro e o sísmógrafo da Constituição.<sup>12</sup>

É, portanto, através do exercício da jurisdição penal que se medirá a efetividade das garantias constitucionais estabelecidas, posto que o exercício do poder punitivo do Estado as tenciona, reclamando do Poder Judiciário uma postura de garantidor dos direitos fundamentais do ser humano.

Não se pode conceber a jurisdição penal, enquanto instrumento voltado à tutela das garantias fundamentais e da dignidade da pessoa humana, como mecanismo que opera com o fito de garantir a segurança pública e/ou a pacificação social. Tais propósitos, uma vez engendrados na jurisdição penal, a transformam

9 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 1, p. 26-51, 2001, p. 168.

10 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 36.

11 TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48.

12 CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch Brasil, 2018, p. 21.