

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO III**

ÉRIKA MENDES DE CARVALHO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

DANI RUDNICKI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Érika Mendes de Carvalho; Matheus Felipe de Castro; Dani Rudnicki. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-717-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

Entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, o CONPEDI-Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito, realizou o seu XXVII Congresso Nacional na cidade de Porto Alegre, nas luxuosas instalações da UNISINOS/POA. A quantidade de artigos de excelência submetidos ao grande Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição" levou à necessidade de seu desmembramento em três subgrupos de mesmo nome, medida salutar para garantir a apresentação desse universo de pesquisas realizadas nas mais diversas universidades brasileiras. No Subgrupo Direito Penal, Processo Penal e Constituição III, tivemos uma amostra significativa da diversificação da pesquisa brasileira em nosso campo, com artigos que abordaram desde a necessidade de novas (e responsáveis) hipóteses de criminalização, até os impactos que o vetusto sistema inquisitorial ainda continua a provocar na processualística penal brasileira; as grandes modificações que as novas modalidades de colaborações premiadas vem efetivando no Sistema Penal; a política criminal de drogas; a situação da mulher frente ao grande encarceramento; a vitimologia; a situação das crianças e adolescentes frente ao sistema processual penal e a produção de provas; os impactos da diversificação de percepções sobre identidade de gênero na teoria penal; a arte, o cinema, a psicologia e muitos outros assuntos que enriquecem sobremaneira o conhecimento sobre os crimes e as penas e que tornaram o encontro verdadeiramente instigante, revelando uma excelente amostra do significativo amadurecimento das pesquisas realizadas nos programas de pós-graduação que, primando por um lado pela tradição do rigor técnico, estão incorporando cada vez mais conhecimentos transdisciplinares, vindos da Criminologia Crítica, da Filosofia, da Sociologia, da História, considerando mais de perto e seriamente os problemas brasileiros e a necessidade de uma teoria penal a eles conectados. Enfim, desejamos a todas e a todos uma excelente leitura!

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC

Profa. Dra. Érika Mendes de Carvalho – UEM

Prof. Dr. Dani Rudnicki – UNIRITTER

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A RESTRIÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE PELO
PROCESSO PENAL E SUA MITIGAÇÃO PELA APLICAÇÃO DE MEDIDAS
CAUTELARES PROCESSUAIS PENAS DIVERSAS DA PRISÃO**

**THE RESTRICTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT OF FREEDOM BY THE
CRIMINAL PROCESS AND ITS MITIGATION BY THE APPLICATION OF
PRECAUTIONARY MEASURES OF CRIMINAL PROCEDURE DIFFERENT OF
PRISON**

**Luiz Fernando Kazmierczak ¹
Rodrigo Coury Souza Meirelles ²**

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar a restrição do direito fundamental de liberdade pelo processo penal e sua mitigação pela aplicação de medidas cautelares processuais penais diversas da prisão. Parte-se do princípio constitucional da presunção de inocência para se propor limites à restrição da liberdade do acusado no âmbito do processo penal. Conclui-se que, diante da necessidade de se fortalecer a atividade estatal de segurança pública, é igualmente imperioso assegurar-se que o enfrentamento a tal realidade seja realizado com a mais estrita preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Palavras-chave: Prisão, Medidas cautelares, Liberdade, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this study is to analyze the restriction of the fundamental right of freedom by the criminal process and its mitigation by the application of precautionary measures of criminal procedure other than imprisonment. It is based on the constitutional principle of the presumption of innocence to propose limits to the restriction of the freedom of the accused in criminal proceedings. It is concluded that, in view of the need to strengthen state public security activity, it is equally imperative to ensure that confrontation with such reality is carried out with the strictest preservation of citizens' fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Imprisonment, Precautionary measures of criminal procedure, Freedom, Fundamental rights

¹ Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Professor Universitário.

² Mestrando pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo - ESPM/SP. Promotor de Justiça.

1. INTRODUÇÃO

De uma simples análise do panorama político-social hoje vivenciado pelo Brasil, sobressai-se que antigas e profundas mazelas ainda permanecem acometendo uma relevante parcela de sua população, a despeito de a Constituição Federal de 1988 já há cerca de trinta anos ter estabelecido um amplo rol de direitos e garantias fundamentais exatamente com o propósito de trazer avanços não apenas na área econômico-social, mas também no campo das liberdades públicas.

De fato, em qualquer destes planos, o Poder Público vem se mostrando incapaz de modificar significativamente um quadro historicamente negativo, muito, por certo, em razão da hesitação no cumprimento de seus encargos constitucionais. Diante disso, faz-se presente no âmago da população o sentimento de que os direitos fundamentais não possuem grande valor, em vista de que sua real concretização se encontra até o momento distante da realidade.

De todo modo, é necessário ponderar que se é certo que a atual concepção dos direitos fundamentais apenas foi atingida mediante um extenso e contínuo processo, também parece justo afirmar que em nosso país a necessidade de sua própria construção jurídica ainda vem sendo alcançada somente de forma gradual. Ou, em outros termos, pode-se declarar que o desenvolvimento de tal ordem de direitos, mesmo que ainda esteja longe dos fins perseguidos, não deixa de ser paulatinamente estruturado. E cada passo tomado na direção certa precisa ser celebrado e, de acordo com as possibilidades apresentadas, aperfeiçoado.

A própria percepção do conteúdo e significado dos direitos fundamentais, além de sua abrangência e características, vem obtendo avanços, em etapas mais ou menos identificadas, *pari passu* com a evolução da compreensão doutrinária da ordem político-jurídico estatal, sempre com o objetivo de garantir aos componentes da sociedade uma vida digna e livre de qualquer espécie de opressão.

E, em atenção ao tema do presente trabalho, mesmo ressaltando-se a impossibilidade de se destacar os direitos fundamentais em diferentes patamares de valor, na medida em que a necessidade de salvaguarda de cada um se faz premente para os próprios fins de obtenção do primado do Estado Democrático de Direito, mostra-se pertinente ressaltar a importância ínsita do direito de liberdade, reconhecido como o próprio motor inicial e permanente de sua conquista e garantia ao longo do tempo, em documentos jurídicos nacionais e internacionais.

Especial consideração deve ter tal direito em seu aspecto relativo à locomoção, na medida em que a segurança pública – ou a sua falta – constitui atualmente um dos mais relevantes temas de debate no Brasil. O recrudescimento da violência urbana ao longo dos

últimos anos tem fomentado um significativo movimento social por meio do qual são reivindicadas políticas públicas concretas por parte do Estado para a proteção da população. Discutem-se as causas e consequências do problema, mas, em especial, exige-se a apresentação de formas para seu devido e eficaz enfrentamento.

De qualquer maneira, não há dúvida de que a segurança pública constitui um importante valor, mesmo porque constitucionalmente amparado (CF, arts. 5º, *caput*, e 144), de forma que, no bojo de confronto com o direito fundamental à liberdade, haverá não poucos casos em que esta deverá ceder, sob o ângulo do cidadão comum agraciado pela defesa de seus direitos.

De fato, atualmente este conflito de valores tem ensejado um acalorado debate público, para além do âmbito estritamente jurídico, mas, sobretudo, no âmago da própria sociedade brasileira, em virtude da ainda recente deflagração de diversas operações investigativas de grande vulto, na esfera criminal, não raro em face de conhecidas figuras do meio político e empresarial.

Essa ordem de polêmica não é estranha ao Direito Processual Penal, na medida mesma em que visa justamente à regulamentação do exercício do direito de punir estatal. A ordem de princípios por ele tratada é frequentemente analisada e ponderada no âmbito da colisão entre direitos fundamentais, porquanto trata de valores que, em seu meio, ao menos em princípio, aparentam se dispor em campos opostos: os da liberdade e da segurança pública.

Porém, não é possível esquecer que, se em uma sociedade plenamente democrática, a segurança pública precisa garantir proteção a direitos individuais e assegurar o exercício mais amplo da cidadania, na verdade, há que se almejar a disposição equilibrada dos princípios apontados, de modo que a noção de segurança deve harmonizar-se com liberdade, mesmo porque a primeira também é condição para a última.

Nesse contexto é que, como pontuado por Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 15), “não havendo direito absoluto, flexibilizando-se cada um deles na medida exata da necessidade de aplicação dos demais, tem-se que a liberdade individual é de suma relevância”. E ainda, ressalta ele, “[d]o mesmo modo, a liberdade individual cede espaço à segurança pública, também individualizada, sob o ângulo de cada cidadão beneficiado, abrindo caminho para a aplicação da prisão cautelar”.

Esse conflito de ideias tem levantado particular atenção quanto à amplitude da utilização das medidas cautelares pessoais no âmbito das já referidas operações investigativas e seus inúmeros níveis de desdobramentos, porquanto causaram sensível impacto no cenário

político e jurídico nacional e, também, no imaginário coletivo, ensejando, por consequência, imensos reflexos na interpretação e aplicação do instrumental disposto no sistema processual penal para tal propósito, a ponto de causar reflexo direto na compreensão e forma de tratamento do direito à liberdade de locomoção no sistema jurídico nacional.

De fato, enquanto elogiadas por ampla parcela da população, tais medidas levadas a cabo no âmbito policial conduziram o meio jurídico a fazer uma imprescindível e criteriosa análise das medidas cautelares como ferramentas destinadas a assegurar a eficácia prática de providências processuais de natureza cognitivas e executivas, não apenas em vista da ainda recente inovação legislativa trazida pela Lei nº 12.403/11, mas em especial por se encontrar em jogo a restrição da liberdade ambulatorial ou a própria privação da liberdade de averiguados e réus de grande poder político e capacidade econômica.

Neste contexto, o presente estudo baseado na revisão bibliográfica de pesquisas nacionais e estrangeiras, bem como na legislação brasileira no âmbito do Direito Processual Penal e Constitucional, utilizou o método dedutivo, na medida em que foram exploradas premissas gerais, auto-evidentes, calcadas em fatos sociais de relevância, leis e proposições fenomenológicas.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A ideia de liberdade é ínsita à natureza do ser humano. Sua concepção precede à formação da sociedade ou mesmo do próprio Estado, ainda que a este caiba, naturalmente, a devida regulamentação de sua conformação jurídica.

E, claro, mesmo por meio de um exame superficial da questão, faz-se possível observar que diversas acepções podem ser dadas à palavra liberdade. Parte da doutrina jurídica concebe sua definição, de maneira genérica, como a resistência ao autoritarismo ou, mesmo, a inexistência de qualquer forma de cerceamento. De outro lado, há quem a conceitue em razão do seu exercício, de maneira a permitir a cada indivíduo fazer livremente aquilo que lhe agrada. Igualmente, em outros termos, pode ser expressa por sua incompatibilidade à clausura, dentre outras tantas concepções possíveis.

Dada tal amplitude de entendimento é que Jean-Jacques Chevallier (1993, p. 138), ao analisar a obra de Montesquieu, ponderou que “nenhuma palavra é mais equívoca do que liberdade, nenhuma tem recebido significações mais diversas”.

Porém, para os fins e contornos ora tratados, podemos tomar a definição dada por Carlos Alberto Bittar (2015, p. 167), que, com propriedade, ao tratar do tema liberdade como bem jurídico, definiu-a como:

[...] a faculdade de fazer, ou deixar de fazer, aquilo que à ordem jurídica se coadune. Vale dizer: é a prerrogativa que tem a pessoa de desenvolver, sem obstáculos, suas atividades no mundo social das relações.

E, ainda que, como natural decorrência da multiplicidade de concepções da ideia de liberdade, seja possível extrair diversos direitos dela decorrente, para os fins do presente trabalho é pertinente ressaltar a possibilidade de se observar em seu conteúdo, o direito de ir e vir, que, segundo parte da doutrina, pode ser ainda desdobrada em liberdade de locomoção e de circulação.

Deste seu último desdobramento, a liberdade de circulação, extrai-se a noção de que o Poder Público deve assegurar o livre trânsito de pessoas por vias destinadas a tal uso. Isso significa que não é possível legalmente impedir este deslocamento a menos que circunstâncias excepcionais assim o indiquem ou mesmo lhe imponham tal medida.

É através de tal ordem de ação que o homem externa um dos aspectos primordiais da sua liberdade física, a movimentação, cerne do direito de circular, consistente no trânsito de um ponto para outro. Em um sentido amplo, deve-se também nele incluir o próprio direito de permanecer.

De outro lado, quanto à liberdade de locomoção, explicitada pela possibilidade de sua segmentação nas condutas de ir e vir, além da de ficar – *jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque* –, apresenta-se ela como condição para todas as demais acepções do termo e pode ser definida como o poder do indivíduo se deslocar de um lugar para o outro, ou de permanecer cá e lá, segundo lhe convenha, desde que esta atitude não atente contra o bem geral.

Dessa forma, por este desdobramento temos a noção essencial do poder que todos têm de, sem necessidade de autorização, coordenar e dirigir cotidianamente suas atividades, além de, como lhe aprouver, adequadamente usufruir de seu tempo, conquanto sempre com a adequada observância dos ditames legais, seja quanto a eventuais restrições gerais ou mesmo quanto ao respeito ao direito individual alheio.

E, como já referido, esta ordem de liberdade constitui a primeira conformação de liberdade que o homem precisou que conquistar, diametralmente oposta à ideia de escravidão,

ou a outra forma qualquer de impedimento à livre marcha individual, seja ela a prisão, detenção ou exílio, feitos de maneira arbitrária.

Neste momento, para que isso fique mais claro se faz mister termos em mente a definição de liberdade da pessoa física, que, inspirado em Georges Burdeau, para José Afonso da Silva (2000. p. 240), de maneira simples, constitui-se da “possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhoras de sua própria vontade e de locomoverem-se desembaraçadamente, dentro do território nacional”.

Em termos abrangentes, na atual ordem jurídica internacional encontra-se ele protegido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, redigida e aprovada pela ONU em 1948, em meio à proclamação dos tradicionais direitos e garantias individuais, porquanto, dentre outras disposições, encontra-se ali estatuído que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (art. 1º), que “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (art. 3º) e, finalmente, que “ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado” (art. 9º).

O propósito de todos estes dispositivo se mostra explícito por si mesmo, na medida em que, apenas por sua mera leitura, faz-se possível entender claramente objetivo visado, a defesa da liberdade da pessoa física em oposição à ação autoritária, especialmente a proveniente do Poder Público.

E naturalmente nosso texto constitucional igualmente garante tal ordem de direito, por meio de seu art. 5º, de forma ampla, em seu *caput*, e, em particular, por diferentes incisos, sobressaindo-se os seguintes enunciados: “é 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” (inc. XV); “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inc. LIV); “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (inc. LVII); e “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (LXVI);

Inclusive, do conteúdo acima transcrito do inc. LVII do art. 5º é que se extrai o chamado princípio da presunção de inocência, fundamento basilar de nosso sistema processual penal, cujo teor pode ser interpretado como o direito de não ser declarado culpado senão por meio de prévia sentença judicial com trânsito em julgado, com a devida observância dos princípios do devido processo legal (*due process of law*), da ampla defesa e do contraditório. Ou, ainda, de forma mais singela, pode ele ser traduzido pela ideia de que qualquer indivíduo acusado na esfera criminal possui o direito de ser considerado inocente até que seja legalmente demonstrada sua culpa.

Não resta dúvida que tal princípio é fundamento intrínseco do sistema processual penal nacional. Não é por outra razão que Aury Lopes Jr. (2013, p. 23), acerca dele consigna que “é um princípio reitor do processo penal e seu nível de eficácia denota o grau de evolução civilizatória de um povo”.

No entanto, como ocorre para com qualquer direito fundamental, também o da liberdade pode ser restringido em diferentes matizes, seja pela atuação de particular, seja pela do próprio Estado. Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2012, p. 199) esclarecem algumas destas situações:

Verificam-se ingerências na liberdade da pessoa, quando alguém, por imposições ou proibições, é impedido ou é obrigado a dirigir-se a um lugar ou a permanecer num lugar por determinado momento. As ingerências vão desde a intimação, passando pela detenção por curto espaço de tempo, até a pena de prisão perpétua. A liberdade de deslocamento físico também é limitada pelo dever de serviço militar e pela escolaridade obrigatória. Das ingerências fazem ainda parte os atos de execução praticados para a imposição, especialmente a coação direta.

No entanto, para os efeitos do presente trabalho, toma-se apenas por base a restrição da liberdade de locomoção determinada por decisão judicial no bojo do processo penal. E, nesse campo de observação que, em atenção aos dispositivos acima apontados, extrai-se o conflito entre a necessidade de aplicação da punição ao indivíduo violador do comando legal de ordem penal e a não menos relevante proteção contra qualquer forma de arbitrariedade estatal. De uma forma ou outra, para a perfeita apreciação estatal da questão faz-se essencial que o processo seja eficaz. Justamente nesse aspecto reside a necessidade da boa aplicação das medidas cautelares para garantir o justo equilíbrio dos valores segurança pública e liberdade.

3. A RESTRIÇÃO DA LIBERDADE NO PROCESSO PENAL PELAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

De pronto, faz-se necessário ressaltar que não reside qualquer celeuma na assertiva de que os direitos fundamentais não podem ser absolutos, sendo, então, restringíveis e limitáveis, mesmo por que, no âmbito de uma sociedade moderna e plural, onde vicejam os interesses mais diversos, impossível crer que os direitos de todos os indivíduos possam adquirir vigência ilimitada, simplesmente porque a imposição irrestrita de um ou mais deles certamente acabaria por anular os de terceiros.

E, uma vez que ao Estado cumpre a manutenção da boa ordem e da segurança social, como uma de suas mais importantes funções, acaba ele por organizar um sistema de proteção a bens socialmente considerados como de essencial importância, cominando a sua lesão uma punição de caráter penal, ainda que para tanto seja necessário que a conduta ilícita seja assim enquadrada consoante os filtros estabelecidos na legislação pela teoria geral do crime.

Dessa forma, acaso verificada a prática de um ato considerado delituoso, nasce para o Estado o direito de punir (*jus puniendi*), bem definido como um seu dever de infligir uma sanção estampada por uma norma penal a quem realizou um comportamento criminoso, mediante o devido processo penal, como meio de obter a observância de regras de conduta fixadas para a preservação do bom desenvolvimento da vida em sociedade.

A atividade estatal pela qual tal propósito é realizado, permitindo assim que se complete o ciclo de atuação do direito penal, atribui-se a denominação de persecução penal (*persecutio criminis*), porquanto é exatamente por meio dela que o Estado engendra a aplicação da norma penal, de maneira mesmo a dar verdadeira concretude a sua pretensão punitiva.

Este complexo de elementos é bem explanado por José Frederico Marques (2000, p. 138) quando de forma bastante clara afirma que:

[...] a pretensão punitiva decorre do direito concreto de punir que surge para o Estado após a prática do delito. Ela é a exigência de que o *jus puniendi* do Estado prevaleça sobre o direito de liberdade do autor da infração penal, com a sujeição deste à pena cabível na espécie.

Bem por isso ressalta-se como objeto da persecução penal a exata consecução da acusação a ser deduzida em juízo, por meio o desenvolvimento de suas distintas fases, consignadas à devida investigação das circunstâncias circundantes do fato delitivo e ao processamento jurisdicional de sua prática, para assim, ao final, constituir por seu conjunto o sistema processual penal.

Dito isto, cabe ressaltar que, é claro, o ordenamento jurídico nacional prevê, no campo criminal, duas formas básicas de restrição da liberdade. Se a prisão consiste na privação da liberdade ambulatorial (de locomoção) em virtude do recolhimento da pessoa humana ao cárcere (LIMA, 2013, p. 862), de fato, coexistem em nossa sistemática processual penal duas diferentes modalidades delas, tanto a decorrente da aplicação definitiva da pena, com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, quanto a prisão processual, assim considerada a implementada ante e durante o trâmite do processo penal.

Dessa maneira, desde logo, há a necessidade de se firmar posição no sentido de que, em conformidade com a compreensão da doutrina e assentimento jurisprudencial, durante o exercício da atividade estatal da persecução penal há a plena possibilidade de se implementar a restrição da liberdade de locomoção individual. No período compreendido entre a ocorrência do fato delitivo até a manifestação judicial definitiva acerca dele, pode se mostrar pertinente a segregação do acusado de sua prática do convívio social. Isso como decorrência ínsita de qualquer medida de origem cautelar, qual seja, a proteção do resultado útil do processo final, especificamente com vista à preservação da efetividade última das decisões judiciais.

Antônio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 70) salienta sobre essa questão que:

[...] em princípio, a restrição da liberdade em caráter cautelar instrumental não é incompatível com a afirmação da presunção de inocência, uma vez que não é imposta como antecipação da punição, embora em determinados casos possa sugerir certa identificação entre as qualificações de acusado e culpado, na medida em que o temor de que o réu crie obstáculos à colheita de provas pode indicar que já não é considerado inocente.

No entanto, como decorrência da necessidade de observância do princípio da presunção de inocência, também se tira a excepcionalidade da decretação de qualquer medida processual penal cautelar, em especial, mas não apenas, a de prisão. Isso justamente porque nas de caráter pessoal atinge-se o bem jurídico liberdade individual, sendo, por consequência, muito mais gravosa que as de índole real, cuja aplicação recai sobre o patrimônio. Daí porque, como consectário lógico, para sua decretação, as primeiras demandam uma maior prudência e zelo para a sua decretação por parte do Poder Judiciário.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2006, p. 314), tem-se que:

Constituindo a liberdade física do indivíduo um dos dogmas do Estado de Direito, é natural que a Constituição fixe certas regras fundamentais a respeito da prisão de qualquer natureza, pois a restrição ao direito de liberdade, em qualquer caso, é medida extraordinária, cuja adoção deve estar sempre subordinada a parâmetros de legalidade estrita. No caso da prisão cautelar, essas exigências se tornam ainda mais rigorosas, diante do preceito constitucional segundo o qual 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória' (Art. 5º, inc. LVII, CF); em face do estado de inocência do acusado, a antecipação do resultado do processo representa providência excepcional, que não pode ser confundida com a punição, somente justificada em situações de extrema necessidade.

Desse modo, faz-se imperioso analisar a problemática da aplicação das medidas cautelares pessoais no âmbito do processo penal sob os auspícios de tal diretriz valorativa, mesmo porque seus termos delimitam todo o sistema processual penal e, por natural consequência, a sua decretação, considerada a partir do chamado *periculum libertatis* – o risco decorrente da liberdade do réu para o processo – e do *fumus commissi delicti* – a presença de prova da existência do crime e suficientes indícios de autoria. E, ainda assim, se sua determinação encontrar amparo nas regras do princípio da proporcionalidade

Especificamente em relação à prisão provisória, não apenas na doutrina, mas particularmente na imprensa e em certos setores sociais há uma acentuada crítica acerca de um pretense abuso na sua decretação antes de uma condenação criminal definitiva.

Mesmo quanto a determinadas medidas cautelares, como por exemplo a de monitoramento eletrônico (CPP, art. 319, inc. IX), há tempos florescem polêmicas e “acaloradas discussões dogmáticas e políticas, sobre sua legitimidade, vantagens ou desvantagens, e formas concretas de implementação”. De fato, “Juristas, operadores do sistema penitenciário, parlamentares e gerenciadores de políticas públicas, debatem os prós e contras do monitoramento” (BOTTINI, 2008, p. 388).

Nesses termos, sob um prisma eminentemente garantista, busca-se o controle da aplicação da prisão provisória e demais medidas cautelares pessoais, com particular enfoque no princípio da legalidade, para fins de respeito aos limites do poder estatal e garantia para o réu.

Nas palavras de Rogerio Schietti Cruz (2018, p. 183):

Sendo assim, tanto a prisão preventiva (*stricto sensu*) quanto as demais medidas cautelares pessoais introduzidas pela Lei nº 12.403/11 destinam-se a proteger os meios (a atividade probatória) e os fins do processo penal (a realização da justiça, com a restauração da ordem jurídica e da paz pública e, eventualmente, a imposição de pena ao condenado ou a absolvição do inocente), ou, ainda, a própria comunidade social, ameaçada pela perspectiva de novas infrações penais. O que varia, portanto, não é a justificativa ou a razão final da cautela, mas a dose de sacrifício pessoal decorrente de cada uma delas.

E, dentro desse contexto de conflagração, observa-se a que a análise do tema não pode prescindir do filtro do Direito Constitucional, ou, mais especificamente, das normas constitucionais em que cristalizados os direitos fundamentais inerentes ao tema em debate, em razão mesmo da preponderância hierárquica e valorativa destes sobre as demais normas do sistema jurídico.

Ora, em razão do sistema processual penal possuir parâmetros constitucionais naturalmente regrados pelos princípios maiores da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, conclui-se que, com o propósito de angariar os valores da racionalidade e justiça e assim legitimar a intervenção estatal em face da liberdade previamente a uma sentença condenatória, não se poderia mesmo prescindir de sua observância.

4. AS MEDIDAS CAUTELARES PENAIS DIVERSAS DA PRISÃO

As medidas cautelares processuais penais tiveram sua sistemática significativamente modificada com a edição da Lei nº 12.403/11. Com ela a ordem jurídica passou a melhor amparar os nortes valorativos consignados pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e do devido processo legal, a partir da adoção de um modelo que se pode categorizar como polimorfo. Afastou-se o já então obsoleto padrão binário, por meio do qual eram apresentadas a prisão ou a liberdade, sempre em caráter provisório, como únicas alternativas da atuação estatal diante da imprescindibilidade de preservação do resultado útil do processo.

Com efeito, na esteira de uma inclinação mundial, buscou-se a formulação de medidas cautelares cujo teor satisfizessem a finalidade de permitir a aplicação de medidas cautelares pessoais, por meios outros que não o do encarceramento, evitando-se por consequência os potenciais e conhecidos danos dele decorrentes. De fato, além dos malefícios naturalmente já decorrentes da prisão, hoje, infelizmente, dos centros de detenção provisória e das penitenciárias brasileiras sobressaem-se tantos outros aspectos negativos, em detrimento tanto dos indivíduos segregados, submetidos frequentemente a condições distantes dos padrões constitucionais e legais de dignidade, quanto do próprio Estado, encarregado dos seus elevados custos.

Mostra-se pertinente ressaltar que a Organização das Nações Unidas, em 1990, pelas chamadas Regras de Tóquio sobre medidas não privativas de liberdade, já teceu considerações sobre a adequação destas para a busca da reinserção social do delinquente, objetivo último da justiça penal, propugnado a sua adoção, dentro dos parâmetros que consigna, em benefício da própria sociedade.

Na forma como assinalada por Rogerio Schietti Cruz (2018, p. 173):

[...] se a pena privativa de liberdade, como zênite e fim último do processo penal, é um mito que desmorona paulatinamente, nada mais racional do que

também se restringir o uso de medidas homologas à prisão-pena, antes da sentença condenatória definitiva.

Desse modo é que as medidas cautelares diversas da prisão foram reformuladas e ressistemizadas por meio da Lei nº 12.403/11, eis que esta, já em suas exposição de motivos, ao propugnar o objetivo de “proceder ao ajuste do sistema às exigências constitucionais atinentes à prisão e à liberdade provisória e colocá-lo em consonância com modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal”, alterou significativamente o Código de Processo Penal, trazendo uma extensa gama de alternativas ao encarceramento (CPP, arts. 319 e 320):

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.

[...]

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

Em vista dos parâmetros constitucionais concebidos para o sistema processual penal, com atenção à já mencionada principiologia constitucional, tal inovação legislativa trouxe bem-vindas inovações, notadamente a direta inserção na ordem jurídica da ideia de que a prisão cautelar constitui-se de excepcional contingência, eventualmente necessária, desde que devidamente motivada e com estrita observância de suas regras. A partir dela pode-se afirmar

sem receio que o sistema de tutela de urgência no processo penal não mais gravita em torno da segregação provisória.

E, uma vez superado o binômio prisão-liberdade provisória, constata-se um amplo leque de possibilidades, em diferentes gradações, de medidas cautelares pessoais alternativas, previstas essencialmente no Código de Processo Penal, mas, em menor dimensão, igualmente consignadas de maneira esparsa em outras leis, tais como o Código de Trânsito Brasileiro e a Lei Maria da Penha, além de outras ainda em gestação, contidas no presentemente em trâmite projeto de Novo Código de Processo Penal, cada uma delas imbuída de características próprias passíveis de aplicação em conformidade com os contornos do caso concreto.

Uma vez que tais medidas cautelares ensejam diversos matizes de limitações à liberdade individual, sempre em aspecto menos gravoso se em cotejo com a prisão, de completa limitação da liberdade de locomoção, mas que, de qualquer maneira, conduz ao inevitável cerceamento de direitos fundamentais do indivíduo contra quem é ela imposta, sua decretação, como assinalado, apenas será revestida de legitimidade se baseada em relevantes fundamentos fáticos e jurídicos.

Bem assim, houve o apontamento de critérios mínimos para sua avaliação perante as peculiaridades da situação a ser examinada, mesmo para determinar se devem ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

Nas palavras de Rodrigo Capez:

Embora, em princípio, ao juiz se abra a possibilidade de optar, dentro de sua margem de interpretação, entre alternativas igualmente corretas, sua única opção, em verdade, é a imposição da(s) medida(s), que, no caso, concreto justificadamente, se mostre(m) necessária(s), adequada(s) e menos gravosa(s) – ressalta-se o plural, haja vista a expressa possibilidade de sua cumulação (art. 282, §1º, CPP).

Dessa maneira, diante do elenco de medidas cautelares criadas, também permite o art. 282 do Código de Processo Penal a possibilidade de sua aplicação isolada ou cumulativa nos termos de seu parágrafo primeiro.

E a indispensabilidade de que primeiro seja analisada sua pertinência, em detrimento da prisão, fica clara do exame do próprio texto legal, haja vista que 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” (CPP, art. 282, §5º) e, também, porque a “prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)” (CPP, art. 282, § 6º).

Além disso, mostra-se ainda possível e pertinente a própria individualização da medida cautelar, em paralelo com o princípio que tal determina com a própria aplicação da pena. Nesse sentido é que esclarece Rodrigo Capez:

Diante do rol de medidas cautelares pessoais estabelecido pelo legislador e da prisão como *ultima ratio*, o juiz deverá obrigatoriamente partir da(s) medida(s) de menor intensidade para somente então alcançar a(s) medida(s) de maior intensidade, por força da proporcionalidade e do princípio da gradual aflitividade na intervenção e no direito fundamental de liberdade, individualizando a medida cautelar adequada e necessária à espécie.

Nesses termos, sob um prisma eminentemente garantista, busca-se o controle da aplicação da prisão provisória e demais medidas cautelares pessoais, com particular enfoque no princípio da legalidade, para fins de respeito aos limites do poder estatal, ao mesmo tempo em que se busca assegurar para o acusado que a limitação de seus direitos fundamentais seja determinada de acordo com suas circunstâncias pessoais e as do caso concreto, assim como não extrapolem a justa medida do quanto proporcionalmente adequado e necessário.

No entanto, ressalve-se por fim que, segundo a própria legislação, pelo art. 282, § 3º, do Código de Processo Penal, eventual recalcitrância injustificada do acusado na observância das medidas cautelares alternativas à prisão não permanecerá impune, porquanto poderá ensejar justamente na decretação de sua segregação provisória, atendendo tal disposição a um imperativo de coerção ao fiel cumprimento da decisão judicial.

7. CONCLUSÃO

Do quanto exposto sobressai-se que ao longo do trâmite do processo penal exsurge mais claramente, diante do alto valor dos direitos fundamentais em debate, um intenso confronto entre os interesses público e privado, o primeiro apresentado pelo Estado no âmbito do exercício de seu direito de punir, em proteção ao valor segurança pública, e, o último, disposto pelo próprio indivíduo a quem imputada a prática criminosa, com claro objetivo de preservar o seu direito à liberdade.

No entanto, diante da construção de nosso ordenamento jurídico em uma estrutura conformada pela ideia de um Estado Democrático de Direito, naturalmente a resolução do confronto posto demanda a máxima preservação dos direitos fundamentais conflitantes.

De fato, não obstante a necessidade de se fortalecer a atividade estatal de segurança pública, é igualmente imperioso assegurar-se que o enfrentamento a tal realidade seja

realizado com a mais estrita preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido é que, por exemplo, não há como compactuar com a proposta – não há muito aventada – de que se possibilitasse a solicitação ao Poder Judiciário da expedição de mandados de busca e apreensão coletivos, ideia que, com certeza, sem qualquer prévia indicação de justa causa minimamente determinada e individualizada, afronta a proteção outorgada pela Constituição Federal a todo cidadão a sua privacidade, intimidade e vida privada.

Então, se por um lado, é indispensável buscar a compreensão do tema sob o enfoque da vedação da proteção insuficiente da coletividade, é o caso de também o observar a partir da ideia da proibição do excesso, pois inconcebível a atuação jurídica desarrazoada em detrimento de direitos fundamentais. Em sua atuação repressiva à criminalidade o Estado não pode ficar aquém de mínimos níveis de proteção impostos pela própria ordem constitucional.

Nesse âmbito de debate é que exsurge hoje um acentuado questionamento acerca de eventual abuso na decretação das medidas cautelares pessoais no processo penal. No entanto, resta claro que o princípio da presunção de inocência não veda a sua aplicação, em detrimento da liberdade do acusado, impedindo-se apenas que lhe seja determinada em definitivo uma pena antes de uma sentença condenatória com trânsito em julgado.

Como a restrição da liberdade durante o trâmite das investigações ou do próprio processo penal consigna, por si mesma, um ponto de inflexão no exercício do poder jurisdicional, sua realização precisa necessariamente adotar parâmetros que se submetam estritamente aos critérios legais legitimamente estabelecidos e, ainda, às regras da proporcionalidade.

Mas no meio do caminho, houve uma significativa e positiva alteração legislativa, por meio da qual o grau de restrição da liberdade do acusado, conquanto existente, foi aplacado, permitindo-se a preservação do resultado útil do processo, em compatibilidade aos fins a que almeja, sem que haja a imprescindibilidade da decretação da prisão, evitando-se assim a supressão absoluta de tal direito fundamental.

Ainda, cabível a própria individualização da medida cautelar a ser aplicada, em atenção ao caso concreto, permitindo-se que esta ordem de restrição de direitos fundamentais tenha especial atenção ao princípio da proporcionalidade.

E hoje, graças a essa nova sistematização da problemática posta, tornou-se possível afirmar que houve um bem-vindo incremento da proteção jurídica do direito à liberdade de locomoção, sem que tenha sido realizada em detrimento da segurança coletiva, sendo possível então afirmar que o Brasil galgou mais um degrau para a conquista da total supressão das mazelas coletivas e individuais que teimam em afligir nossa sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos Pragmáticos e Dogmáticos do Monitoramento Eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**. Vol. 36, p. 387-404., Jan./Dez, 2008.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

CAPEZ, Rodrigo. **Prisão Cautelar e Medidas Cautelares Diversas. A Individualização da Medida Cautelar no Processo Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

CHEVALIER, Jean-Jacques. **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a nossos dias**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1993.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão Cautelar. Dramas, Princípios e Alternativas**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**, 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva: 2013.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. I, 2ª ed. Campinas: Millennium, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. O Insucesso e a Banalização das Medidas Cautelares Implementadas pela Lei 12.403/2011. **Revista Científico**, v. 17, n. 36, p. 125-148, Jul./Dez. 2017.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RUIZ, Thiago. O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Público**; Londrina, v. 1, n. 2, p. 137-150, Mai./Ago. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.