



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ- REITORA DE PÓS- GRADUAÇÃO E PESQUISA - PRPGP
ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE

ANA FLÁVIA DIÓGO CARNEIRO

**O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
ADOÇÃO DA TAXATIVIDADE MITIGADA DAS MEDIDAS CAUTELARES
DIVERSAS DA PRISÃO**

CAMPINA GRANDE-PB
2019

ANA FLÁVIA DIÔGO CARNEIRO

**O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
ADOÇÃO DA TAXATIVIDADE MITIGADA DAS MEDIDAS CAUTELARES
DIVERSAS DA PRISÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito à obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

Orientador: Prof. Me. Jeremias de Cássio Carneiro de Melo.

CAMPINA GRANDE-PB
2019

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

C289p Carneiro, Ana Flávia Diôgo.
O poder geral de cautela no processo penal brasileiro [manuscrito] : adoção da taxatividade mitigada das medidas cautelares diversas da prisão / Ana Flávia Diôgo Carneiro. - 2019.
32 p.
Digitado.
Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2019.
"Orientação : Prof. Me. Jeremias de Cássio Carneiro de Melo, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."
1. Poder geral de cautela. 2. Processo penal brasileiro. 3. Registros discursivos ambivalentes. I. Título
21. ed. CDD 347

ANA FLÁVIA DIÓGO CARNEIRO

**O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
ADOÇÃO DA TAXATIVIDADE MITIGADA DAS MEDIDAS CAUTELARES
DIVERSAS DA PRISÃO**

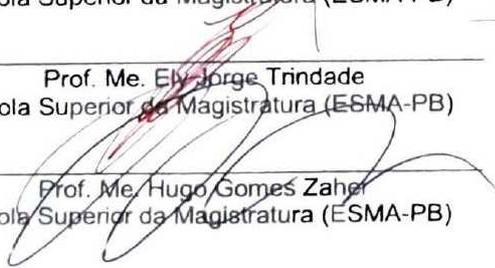
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito à obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

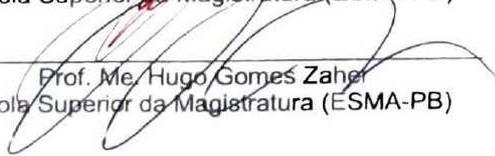
Área de concentração: Direito Processual Penal.

Aprovada em: 15 / 05 / 19.

BANCA EXAMINADORA


Prof. Ms. Jeremias de Cássio Carneiro de Melo (Orientador)
Escola Superior da Magistratura (ESMA-PB)


Prof. Me. Ely Jorge Trindade
Escola Superior da Magistratura (ESMA-PB)


Prof. Me. Hugo Gomes Zaher
Escola Superior da Magistratura (ESMA-PB)

“O Direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja.”

(Lênio Luiz Streck)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PODER GERAL DE CAUTELA	7
3 O DISSENSO SOBRE PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL	10
3.1 Perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais partidárias da admissibilidade do poder geral de cautela no processo penal brasileiro	12
3.2 Perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais contrárias à admissibilidade do poder geral de cautela no processo penal brasileiro	17
3.3 O poder geral de cautela temperado e a ideia da taxatividade mitigada.....	20
4 O PODER GERAL DE CAUTELA À LUZ DO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	23
5 COEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS JURÍDICOS DISTINTOS ACERCA DO PODER GERAL DE CAUTELA.....	24
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	26
REFERÊNCIAS	28

O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: ADOÇÃO DA TAXATIVIDADE MITIGADA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

Ana Flávia Diôgo Carneiro¹

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a dinâmica do poder geral de cautela no âmbito do processo penal brasileiro, e tem como objetivos: compreender o instituto em seu aspecto histórico, conceitual, legal e finalístico; avaliar como doutrina e jurisprudência têm se posicionado em relação a possibilidade de aplicação de medidas cautelares atípicas na esfera processual penal; e, de forma reflexa, registrar como as divergências relacionadas à matéria guardam intimidade com a abertura do sistema jurídico brasileiro e com a expansão do poder judicial na contemporaneidade. Justifica-se a escolha do tema pelo fato de o uso subsidiário do poder geral de cautela no processo penal ser matéria controvertida, que inspira pesquisas e debates profícuos sobre a liberalidade, ou não, de criação e aplicação de cautelares pelo magistrado. No que diz respeito à metodologia, a pesquisa é eminentemente exploratório-descritiva e se desenvolveu pelo levantamento bibliográfico de conteúdos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis e desfavoráveis ao manejo de medidas cautelares inominadas pelo juiz criminal, sendo o estudo, portanto, um convite à reflexão destes registros discursivos ambivalentes.

Palavras-chaves: Poder geral de cautela. Processo penal brasileiro. Registros discursivos ambivalentes.

ABSTRACT

This study intends to analyze the dynamics of the general power of caution in the context of the Brazilian penal process, and aimed to understand the institute in its historical, conceptual, legal and finalistic aspects, evaluate how doctrine and jurisprudence have taken a stand on the possibility of atypical precautionary measures in the criminal procedural sphere, and, in a reflexive manner, record how the divergences related to the matter are closely linked to the opening of the Brazilian juridical system and to the expansion of the judicial power in contemporary times. The choice of this subject is justified by the fact that the subsidiary use of the general power of caution in the penal process is a controversial matter that inspires, or not, fruitful research and debate on the liberality of creating and applying precautionary

¹Especialista em Direitos Fundamentais e Democracia pela Universidade Estadual da Paraíba e em Gestão Pública pelo Instituto Federal da Paraíba. Pós-graduanda em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba. Graduada em Direito pela Faculdade de Campina Grande-PB. Atualmente é Agente Fiscal de Tributos (ATF), com atuação na Diretoria de Tributos da Prefeitura Municipal de Solânea-PB. E-mail: ana_fdc@hotmail.com.

measures by the magistrate. Regarding the methodology, this research is eminently exploratory-descriptive based on a bibliographical survey of doctrinal and jurisprudential content favorable and unfavorable to the management of precautionary measures unnamed by the criminal judge; therefore, this study is an invitation to reflect on these ambivalent discursive records.

Keywords: General power of caution. Brazilian Penal Process. Ambivalent discursive records.

1 INTRODUÇÃO

Para que das divergências intersubjetivas dirimidas pelo Estado-Juiz se conceba a pacificação social em suas múltiplas facetas, o processo precisa ser pensado pela perspectiva mais ativa e comprometida com os anseios da sociedade, sendo fundamental, para tanto, que a eficácia e a efetividade prática do provimento jurisdicional definitivo não sejam ameaçadas pela demora da resposta estatal.

Nesta perspectiva garantista/utilitarista do processo, exsurge o mecanismo da tutela estatal provisória cautelar, cuja finalidade precípua é: em nome da efetividade processual e da prestação jurisdicional adequada, resguardar direitos dos efeitos danosos do tempo até a prestação jurisdicional exauriente.

Baseada em cognição sumária, seja no âmbito processual cível, seja na seara do processo penal, é certo que a tutela provisória, a despeito de seu caráter também satisfativo, instrumentaliza-se pela aplicação de mecanismos assecuratórios (típicos e/ou atípicos).

Previsto normativamente no art. 297² do CPC, o poder geral de cautela (poder-dever/faculdade de o magistrado aplicar medidas cautelares inominadas, sempre que as nominadas não assegurarem a efetividade processual) não encontra grande objeção doutrinária e jurisprudencial quanto a sua pertinência de manejo pelo magistrado de competência cível. De modo diverso, no plano processual penal (em que não há previsão normativa do instituto), fortes antagonismos marcam os discursos jurídicos sobre a aplicação de medidas cautelares processuais atípicas.

Neste particular, justifica-se a relevância da pesquisa pelo fato de o uso subsidiário do poder geral de cautela no processo penal ser matéria controvertida, que inspira frutíferos debates e construções jurídicas diversas sobre a liberalidade, ou não, de criação e aplicação de cautelares pelo juiz. Ademais, de modo reflexo, pelo levantamento das divergências doutrinárias e decisórias relacionadas ao tema, é possível colaborar com pesquisas que tratam sobre as possibilidades e limites do poder judicial na contemporaneidade.

Mediante a análise do repertório de argumentos e investigações científicas já disponíveis nos debates jurídicos nacionais, portanto, buscou-se responder a seguinte questão problema: é possível conceber o exercício do poder geral de cautela no processo penal brasileiro?

Deste modo, é objetivo geral da pesquisa: compreender de forma ampla e acurada o instituto do poder geral de cautela. Como objetivos específicos temos:

²CPC/2015. Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

avaliar como doutrina e jurisprudência se posicionam quanto ao agasalho deste instituto no processo penal pátrio; e, registrar como as divergências relacionadas à matéria guardam intimidade com a abertura do sistema jurídico brasileiro e com o aumento da discricionariedade judicial na atualidade.

No que concerne à metodologia, a pesquisa é do tipo exploratório-descritiva, com coleta de dados a partir de materiais já publicados, constituídos basicamente sob a forma de livros, revistas, ensaios, monografias e artigos científicos. O método de abordagem manejado foi essencialmente o dedutivo.

A estruturação dos tópicos de desenvolvimento do trabalho segue uma roteirização clássica, partindo de uma abordagem crescente, que traz inicialmente noções gerais sobre o poder geral de cautela, o delimitando, a partir de considerações históricas, doutrinárias e legais, com breve digressão no que se refere à sua natureza jurídica, finalidade e limites.

De forma subsequente, a partir do capítulo 3, passa-se à análise do dissenso ideológico acerca do exercício do poder geral de cautela no processo criminal, com exame do repertório de argumentos doutrinários e jurisprudenciais partidários e não partidários da admissibilidade de aplicação de medidas cautelares atípicas por juízes de competência penal, com menção, em subitem próprio, às ideias sobre o poder geral de cautela temperado.

No fecho do desenvolvimento, a pesquisa traz concisos comentários sobre a coexistência de fundamentos jurídicos distintos relacionados ao poder geral de cautela no processo criminal, com apostilamento da posição reservada ao tema no projeto do novo Código de Processo Penal brasileiro (Projeto de Lei nº 8.045/2010)³.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PODER GERAL DE CAUTELA

Há divergências quanto à gênese do poder geral de cautela (*potere cautelare generale*), existindo, na doutrina, indicação de que as raízes deste instituto remontam ao direito romano, se assemelhando ao poder de *imperium* dos *praetores*⁴, bem como, registros acadêmicos que sustentam que a essência do poder geral de cautela tem origem no direito alemão⁵.

³Trata-se de Projeto de Lei, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, que visa reformar o Processo Penal brasileiro, instituindo novo código processual penal. Dividido em 6 livros, o PL nº 8.045/2010 é fruto do projeto de Lei nº 156/2009, de autoria do Senador José Sarney, tendo sido encaminhado à Câmara dos Deputados por meio do ofício n. 2427, de 21/12/2010, após aprovação no Senado, para ser submetido à revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal.

⁴De acordo com FERREIRA (1983, p.103 *apud* CARVALHO e BEDÊ, 2017, p.109-110), o poder de *imperium do praetor* é expressão do que hodiernamente se compreende como poder geral de cautela. Segundo este autor, o *praetor* estava restrito apenas pelas leis da cidade e pelas garantias da *Lex publica*, e exerciam o poder de *imperium* tendo por finalidade resguardar bens, coisas e pessoas. (CARVALHO, Thiago Ribeiro de; BEDÊ, Judith Aparecida de Souza. *Supostos históricos do processo cautelar*. 2017. p. 109-110).

⁵Na dicção de COSTA (1953, p. 15 *apud* CARVALHO e BEDÊ, 2017, p. 116) a essência do poder geral de cautela se encontrava no Código de Processo Civil alemão, mais precisamente no artigo 935, ao dispor que: “são permitidas decisões provisionais sobre o objeto da lide, quando seja de recear que uma alteração do estado atual das cousas torne impossível ou dificulte essencialmente a realização do direito da parte”. A postura “ativa” do juiz era reforçada pelo artigo 938: “o juiz, a seu arbítrio, resolve que medida é necessária para realizar o fim que pretende”. (CARVALHO, Thiago Ribeiro de; BEDÊ, Judith Aparecida de Souza. Op. Cit., p. 116).

No Brasil, o instituto foi introduzido no Código de Processo Civil de 1939 (art. 675)⁶, constando como manifesto também no Código de Processo Civil de 1973 (art. 798⁷ e art. 799⁸), e, no então vigente Códex processual cível de 2015 (art. 297).

Constitucionalmente considerado, há defesa doutrinária⁹ concebendo que o poder geral de cautela é decorrência da garantia de tutela jurisdicional adequada, prevista pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Sendo por alguns conceituado pela ótica de faculdade¹⁰, e, por outros, pela de poder-dever¹¹, o poder geral de cautela investe o juiz em competência que o autoriza a aplicar medidas cautelares atípicas, sempre que as previstas ao caso concreto forem imprestáveis ou insuficientes ao resguardo do resultado útil do processo¹².

No sentido de atribuição confiada ao Estado-juiz ante a necessidade de garantia da efetividade processual e da adequada prestação jurisdicional às partes do processo, o poder geral de cautela se revela, concretamente, como poder de natureza jurídica discricionária, à medida que o magistrado teria margem de escolha quanto à aplicação da medida que melhor se adegue ao caso concreto.

Com relação ao caráter de discricionariedade, que não se confunde com arbitrariedade, é imperativo que se compreenda a necessidade de prudência

⁶CPC/1939. Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes; II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes; III – quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

⁷CPC/1973. Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

⁸CPC/1973. Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

⁹Preleciona FERNANDES (2012, p. 257), que a Constituição Federal dá respaldo ao poder geral de cautela em seu art. 5º, inciso XXXV, que versa que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e, essa apreciação deve se dar de maneira que garanta a efetividade da prestação jurisdicional utilizando, quando necessário e suficiente, medidas cautelares, típicas ou não. (FERNANDES, Antônio S. *Processo Penal Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 257).

¹⁰Para DELGADO (2016) o poder geral de cautela representa a faculdade do magistrado, que é o seu titular, de aplicar medidas de caráter cautelar, ainda que não expressamente requeridas pela parte que delas necessita ou extralegais. Isto porque não há como o legislador prever todas as possíveis situações de perigo iminente, dependendo de cada caso concreto com o qual o juiz venha a se deparar. (DELGADO, Beatriz Macedo. *O processo cautelar e o poder geral de cautela*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 de março de 2016).

¹¹Para CÂMARA (2008, p. 27) presentes os requisitos (que são três: ausência de medida cautelar típica que revele adequada em abstrato para hipótese deduzida em juízo, *fumus boni iures* e *periculum in mora*), tem o juiz o poder-dever de conceder a medida cautelar atípica, exercendo seu poder geral de cautela, sob pena de violar o dever de prestar a tutela jurisdicional adequada que lhe é imposto pela Constituição da República. (CÂMARA, Alexandre F. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, vol. III, p. 47).

¹²Consoante LIMA (2017, p. 765): O poder geral de cautela é um poder atribuído ao Estado-Juiz, destinado a autorizar a concessão de medidas cautelares atípicas, assim compreendidas as medidas cautelares que não estão descritas em lei, toda vez que nenhuma medida cautelar típica se mostrar adequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal. (LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. revisada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 765).

interpretativa do instituto, que precisa ser lido à luz dos postulados constitucionais, e sempre pela sua finalidade supletiva e complementar ao sistema protetivo de direitos, pois consente ao juiz suprir lacunas do ordenamento jurídico em vista da impossibilidade de o legislador ter antevisto todas as cautelas que poderiam neutralizar o risco de perecimento do direito da parte ou frustrar a pretensão punitiva estatal, assegurando, por conseguinte, a efetividade do provimento final do processo¹³.

Outro ponto que precisa ser lembrado é o que aponta para os limites ao uso do poder geral de cautela, dado que seu exercício pelo magistrado deve observância aos requisitos do *fumus boni iures* e o *periculum in mora* (ou *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, para os que admitem a sua aplicação no processo penal), sem olvidar que precisa ser observado, ainda, o binômio de necessidade-adequação quando da adoção da medida.

O *fumus boni iures* se respalda na plausibilidade do direito de quem o pretende, o que se vislumbra pela probabilidade de deferimento futuro da pretensão meritória. O *periculum in mora*, por sua vez, figura como pressuposto imbricado à necessidade de urgência de resguardo do objeto da tutela estatal, pois aponta para o risco de perecimento do direito em razão do decurso do tempo. *Fumus boni iures* e *periculum in mora* são requisitos observados no processo civil.

No processo penal, os requisitos a serem observados no caso concreto, como dito anteriormente, são: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*¹⁴. Este é expressão que aponta para o risco que a liberdade do imputado oferece ao processo e à pretensão punitiva do Estado, enquanto aquele seria uma variação do *fumus boni iures*, denotando que há prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de sua autoria.

¹³Segundo GRECO FILHO (1995, p. 154 *apud* SIQUEIRA, 2018, p. 43): O poder cautelar geral do juiz atua como poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional. Se esta tem por finalidade declarar o direito de quem tem razão e satisfazer esse direito, deve ser dotada de instrumento para a garantia do direito enquanto não definitivamente julgado e satisfeito. O infinito número de hipóteses em que a demora pode gerar perigo torna impossível a previsão específica das medidas cautelares em número fechado, sendo, portanto, indispensável um poder cautelar geral que venha a abranger situações não previstas pelo legislador. Este disciplinou os procedimentos cautelares mais comuns e mais encontrados, cabendo ao próprio juiz da causa adotar outras medidas preventivas quando houver, nos termos da lei, fundado receio de lesão grave e de difícil reparação. (SIQUEIRA, Felipe Schaan. *As medidas cautelares e o poder geral de cautela no processo penal: Da possibilidade do uso subsidiário do poder geral de cautela, previsto no Código de Processo Civil, para a decretação de medidas cautelares inominadas no processo penal*. Monografia. UFRGS. 2018, p. 43).

¹⁴Embora sejam expressões simétricas, o *fumus boni iures* não se confunde com o *fumus commissi delicti*, como também não se deve confundir os termos *periculum in mora* com *periculum libertatis*. Seria ilógico entender a fumaça do bom direito pela perspectiva de demonstração da existência de crime e indícios de autoria delitiva. Ora, o *fumus boni iures* respalda a probabilidade do direito de quem o pretende, e a demonstração da materialidade delitiva e de indícios de autoria não representam a fumaça de um bom direito, mas sim a aferição da ocorrência de um crime que apresenta como possível responsável um sujeito concreto. De igual modo, há particularidades no *periculum libertatis* em relação ao *periculum in mora*, visto que para a configuração daquele é necessária a percepção do perigo que a liberdade do sujeito passivo do processo penal oferece ao processo, estando completamente desvinculada da ideia de tempo, que é imprescindível à averiguação do *periculum in mora*, traduzido pelo receio na demora da entrega da prestação jurisdicional às partes. Neste sentido, recorde-se as lições de LOPES JR. (2017) quando nos traz a ideia de que, embora a ciência processual civil e a processual penal dialoguem, há entre elas uma diferença insuperável, haja vista que os dois diplomas processuais possuem diferenças que os distanciam conceitualmente em diversos aspectos. (LOPES Jr. Aury. *Prisões cautelares*. 5ª edição. São Paulo. Editora. Saraiva Jur. 2017).

De suma importância, portanto, é a compreensão de que o exercício do poder geral de cautela, por ostentar nítido caráter cautelar, impescinde da análise da aparência do bom direito, se aplicado no âmbito processual cível, e, da aparência do fato delituoso, se empregado no processo penal.

Sob este mote, além de precisar ler o instituto do poder geral de cautela à luz da Carta Magna, admitido seu manejo, fica o juiz adstrito a exercer esse superpoder nas hipóteses em que, fundamentadamente, demonstre que nenhum instrumento cautelar típico é adequado ao caso concreto, e mais, que o mecanismo cautelar atípico adotado é necessário, oportuno, razoável e proporcional ao enfrentamento do perigo de dano à efetividade e resultado útil do processo.

Tais ilações sobre necessidade e adequação, remetem à dicção do disposto pelo art. 282, I e II, do CPP¹⁵, aplicado às medidas cautelares previstas no Códex adjetivo criminal pátrio, de modo que, de forma reflexa e por muito mais razões, precisa ser observada quando da imposição de medida cautelar inominada.

Em resumo, além da aparência do fato delituoso, para adoção e aplicação de medida cautelar atípica no processo penal, para os que a admitem, repise-se, se faz necessária a observância dos seguintes requisitos: 1) adequação (exigência de que as medidas adotadas sejam aptas ao atingimento dos objetivos almejados); 2) necessidade (afecção da inexistência de meio menos gravoso para alcance de fins pretendidos); 3) proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido).¹⁶

3 O DISSENSO SOBRE PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

Sem a respectiva previsão normativa no Código de Processo Penal, o reconhecimento do exercício do poder geral de cautela pelo juiz criminal não é consenso entre os juristas, e nem mesmo o fim do reducionismo bipolar do sistema cautelar brasileiro¹⁷ encerrou as divergências.

Até a entrada em vigor da lei nº 12.403/2011, que alterou o Código de Processo Penal brasileiro e introduziu um rol de medidas cautelares diversas da

¹⁵CPP/1941. 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.

¹⁶Para ROMANO (2015) do que se tem da doutrina no Brasil, em Portugal, dos ensinamentos oriundos da doutrina e jurisprudência na Alemanha, extraímos do princípio da proporcionalidade, que tanto nos será de valia para adoção dessas medidas não prisionais, os seguintes requisitos: a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento de fins visados; c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos. (ROMANO, Rogério Tadeu. *Um caso concreto envolvendo aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP e do princípio da congruência*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4375, 24 de junho de 2015).

¹⁷Antes do advento da Lei nº 12.403/2011, vigorava no processo penal brasileiro o modelo cautelar binário reducionista, que oportunizava ao juiz duas possibilidades: prender cautelarmente ou conceder liberdade provisória.

prisão¹⁸, para o magistrado o sistema cautelar criminal se resumia em prender cautelarmente ou libertar provisoriamente o acusado.

Ante este cenário limitado de opções, argumentos doutrinários e decisões judiciais aplicando o art. 3º do CPP¹⁹ associado com o art. 798 do então CPC de 1973, começaram a consolidar o entendimento de que era possível ao Estado-juiz aplicar medidas cautelares inominadas ao imputado, visto que seriam elas menos gravosas que a prisão cautelar, mas mantenedoras de determinado controle estatal, de forma que estariam garantidos o regular desenvolvimento do processo e a eficaz aplicação do poder de punir do Estado.²⁰

Com a previsão de medidas cautelares alternativas à prisão no ordenamento jurídico, a resistência à admissibilidade da aplicação de medidas cautelares atípicas no processo penal ganhou novo argumento: o de que o rol de medidas cautelares diversas da prisão é taxativo, não havendo espaço para a criatividade ou protagonismo judicial.

Não há como olvidar, o atual sistema cautelar processual penal deixa à disposição do juiz um rol polimorfo de medidas assecuratórias da efetividade processual penal²¹, e o cerne dos debates em torno da taxatividade ou não destes

¹⁸CPP/1941. 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 imputável 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.

¹⁹CPP/1941. Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

²⁰Neste sentido, obtempera SIQUEIRA (2018, p. 56): (...) anterior ao rol do art. 319 do CPP, alguns magistrados, aplicando o art. 3º do CPP em confluência com o então art. 798 do então CPC, passaram a utilizar o instituto do poder geral de cautela, explícito no processo civil, no processo penal, determinando medidas cautelares atípicas que, enquanto resguardavam até certo ponto o *status libertatis* do réu, protegiam o resultado útil do processo. Tais decisões são fundamentadas na doutrina favorável à decretação de medidas cautelares atípicas baseadas no poder geral de cautela, tanto com os princípios expressos na Constituição Federal e em acordos internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, sobressaindo o respeito aos direitos fundamentais, dentre eles os direitos de ir e vir, à presunção de inocência e à liberdade, como também nos princípios do direito, sobretudo o da proporcionalidade. Também justificam suas decisões alegando ser a finalidade do processo penal, proteger o investigado ou réu da exacerbação do poder punitivo do Estado, assim como o princípio da legalidade. (SIQUEIRA, Felipe Schaan. Op. Cit.)

²¹No dizer de SOARES (2013, p. 3-4): A partir da Lei Federal nº 12.403/2011, o CPP brasileiro passou a estabelecer modelo plúrimo (ou polimorfo), como se depreende de seu art. 310: a prisão em flagrante ilegal deve ser o quanto antes relaxada (assim como se impõe o óbice judicial a toda persecução penal indevida); sendo legal a prisão (ou mesmo o processo penal instaurado contra acusado solto), o magistrado competente deve, conforme as circunstâncias, garantir a liberdade provisória do imputado sem quaisquer ônus, sujeitar essa liberdade provisória a medidas cautelares diversas da prisão (entre elas, a fiança) ou, em último caso, converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. (SOARES, Gustavo Torres. *Medidas*

mecanismos nasce das especulações feitas a respeito da intenção do legislador ao prevê-las (quis o legislador exemplificar²² ou prever exaustivamente²³?).

Fato é que a não vedação expressa ao instituto do poder geral de cautela incentiva o dissenso quanto a sua aplicabilidade no processo penal, e somente através da reflexão quanto aos argumentos favoráveis e desfavoráveis a ele é que se pode formar uma convicção sólida no que diz respeito às repercussões e desdobramentos quando da adoção de um ou outro ponto de vista, razão por que se passa a essa discussão.

3.1 Perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais partidárias da admissibilidade do poder geral de cautela no processo penal brasileiro

Uma resposta ao superencarceramento prisional e seus desdobramentos²⁴, a releitura do sistema processual penal que reserva à liberdade o *status* de regra, e, à

cautelares pessoais diversas da prisão: comparação entre os sistemas brasileiro, italiano, chileno e estadunidense. Revista Custos Legis. 2013, V.4, p. 3-4).

²²No dizer de IENNACO (2011 *apud* CABETTE, 2011): o rol é exemplificativo, nada impedindo que o juiz, com base no poder geral de cautela, determine outras medidas, desde que fundadas em critérios análogos aos que informam as hipóteses dos incisos I a IX do artigo 319, do CPP, bem como inspiradas, no plano concreto, nas diretrizes gerais do artigo 282. No entendimento do autor, a consideração do rol do artigo 319, CPP como taxativo perverteria o intento legislativo de tomar a prisão provisória como media extrema, fazendo com que, em certos casos, onde seria cabível e efetiva uma cautelar inominada para evitar a prisão, assim não se pudesse agir, impondo a prisão sem necessidade e adequação. (CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Taxatividade das novas medidas cautelares do artigo 319, CPP, de acordo com a Lei nº 12.403/11.* Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2884, 25 de maio de 2011).

²³No sentido a taxatividade do rol do art. 319 do CPP, assevera LOPES JR. (2017, p. 20): nossa crítica ao poder geral de cautela não se esvaziou com o advento da Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, pois ela apenas ampliou o rol de medidas cautelares, sem jamais contemplar uma “cláusula geral”, deixando ao livre arbítrio do juiz criar outras medidas além daquelas previstas em lei. A Lei n. 12.403/2011 instituiu um modelo polimorfo, em que o juiz poderá dispor de um leque de medidas substitutivas da prisão cautelar. Portanto, hoje estão autorizadas as seguintes medidas, nos termos do art. 319 do CPP: 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. Pronto, esse é o rol taxativo de medidas cautelares diversas da prisão. (LOPES Jr. Aury. *Prisões cautelares.* 5ª edição. São Paulo. Editora. Saraiva Jur. 2017, p. 20).

²⁴A crise no sistema prisional é uma problemática de muitas sociedades industrializadas e pós-modernas, de que são exemplo os Estados Unidos e a China, primeiro e segundo colocados no ranking mundial de superlotação carcerária, respectivamente. O Brasil, dentro dessa perspectiva mundial e segundo dados publicados em agosto de 2018, pelo Banco Nacional de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ocupa o terceiro lugar, com uma população

prisão processual, a tarja da excepcionalidade, fomenta discursos jurídicos que conduzem a ideologia de que sendo o direito penal a *ultima ratio*, ao processo penal se reserva a função de preservar ao máximo o estado de liberdade do acusado, inclusive em nome de postulados constitucionais.

Neste sentido, a corrente doutrinária e jurisprudencial que se posiciona favorável ao uso subsidiário do poder geral de cautela no processo penal, admitindo a possibilidade de o juiz criminal lançar mão de mecanismos cautelares inominados em nome do normal desenvolvimento do processo e da correta e eficaz aplicação do poder de punir do Estado, alicerça suas defesas no ideal de excepcionalidade da prisão cautelar²⁵ e presunção de inocência do acusado²⁶, bem como, nos postulados

carcerária estimada de 602.217 pessoas, que ainda não incluem os privados de liberdade do Estado do Rio Grande do Sul e 23,5% dos custodiados do Estado de São Paulo. Longe de ser a situação ideal, o caos do sistema penitenciário brasileiro e o avanço da criminalidade no seio social balizam, contudo, iniciativas que trazem ao processo penal um novo fôlego, a partir de mecanismos que prometem aperfeiçoamento, efetividade e legitimidade ao sistema penal. Diversas estruturas do modelo consensual de persecução penal e outras ferramentas processuais alternativas à prisão são respostas estatais à falência do sistema punitivo puramente repressivo. Com relação especificamente à essas medidas alternativas à prisão, emerge, de logo, a discussão sobre a sua aplicação em detrimento da privação de liberdade. Introduzidas pela lei nº 12.403/2011, as medidas cautelares distintas da prisão, previstas nos arts. 319 e 320, do Código de Processo Penal, modificam substancialmente o ordenamento jurídico processual no que diz respeito à liberdade, cautelares e prisão, inaugurando uma nova fase no Direito Processual Penal: a de prisão processual como excepcionalidade. Ademais, referida reforma legislativa, traz o rompimento com o sistema bipolar de cautelares, que instrumentalizou o Estado, pela possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, de meios aptos a garantir o regular desenvolvimento do processo e a eficácia da justiça penal. Em suma, a dinâmica das medidas cautelares diversas da prisão visa tecer um novo caminho de persecução penal e o faz rompendo com o modelo encarcerador dominante, sem com isso servir como facilitador da impunidade. É, por conseguinte, mais uma tentativa estatal de busca por mudanças sutis, que viabilizem a evolução civilizatória do Processo Penal pátrio e a promoção da justiça em uma sociedade cada vez mais complexa e mutável.

²⁵Consoante dispõe o novo paradigma de liberdade, cautelares e prisão, introduzido pela lei nº 12.403/2001, a custódia provisória é uma excepcionalidade que se justifica nas hipóteses em que as circunstâncias do caso concreto evidenciam a inviabilidade de concessão da liberdade do acusado e/ou aplicação de medida cautelar diversa da prisão. A prisão cautelar, importa frisar, é aquela que não tem o viés de pena, se prestando a função acautelatória simples no decorrer do processo, tendo por foco a manutenção da persecução penal e preservação dos elementos formadores da convicção judicial.

²⁶Previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal (“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”), o princípio da presunção de inocência é direito fundamental, princípio constitucional e garantia processual que reza que ninguém pode ser considerado culpado antes da sentença final, devendo sempre ser garantida a ampla defesa e o contraditório, dentro do devido processo legal. Sobre a presunção de inocência nos diz D’URSO (2007): O princípio da presunção de inocência está entre as principais garantias constitucionais do cidadão brasileiro, ao estabelecer que todo e qualquer acusado deve ser considerado inocente até a decisão final, contra a qual não caiba mais recurso, independente da acusação que lhe seja imputada. Ou seja, ninguém pode ser considerado culpado antes da sentença final, que advirá após lhe ser garantida a ampla defesa e o contraditório, dentro do devido processo legal. O Art. 5, inciso LVII da CF, é muito claro: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Esta é uma regra garantidora do Estado Democrático de Direito, ensejando – por conseguinte – também como regra que o acusado responda seu processo em liberdade. Comporta exceção prevista em lei, pela qual o acusado, eventualmente, poderá ser preso por conta, exclusivamente, de um interesse processual, o que não lhe antecipa a culpa. E, somente, durante o tempo em que esse interesse estiver presente. Cessadas as condições que, eventualmente, autorizaram a prisão processual, a regra deve prevalecer, porque a liberdade individual é o bem maior garantido constitucionalmente. Até mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, em seu Art. XI, assevera que “todo ser humano acusado de ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade

de proporcionalidade²⁷, razoabilidade²⁸ e no direito humano fundamental de liberdade²⁹, que, para alguns doutrinadores, admitiriam o manejo irrestrito do poder geral de cautela no processo penal.

Apoiados também no art. 3º do Código de Processo Penal, que reza que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva³⁰ e aplicação analógica³¹, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito³²”, os defensores do poder geral

tenha sido provada de acordo com a lei”. Igualmente, a jurisprudência de vários países com tradição democrática contempla o instituto da presunção de inocência, a garantir que o imputado não receba punição antes da sentença final. Diante disso, a sociedade brasileira precisa estar vigilante e exigir o cumprimento da lei para que esta seja aplicada no país de forma indistinta, subtendo todos aos seus ditames. Não se pode admitir que o mais humilde dos brasileiros possa ter contra si uma prisão processual decretada em vista da sua condição social; o que também se aplica – por equidade – a pessoas ilustres, famosas, populares ou que detenham poder econômico. A prisão antes de uma sentença condenatória definitiva, portanto, deve ser aplicada com parcimônia. Somente quando estiver presente a justa causa. Caso contrário, ao se banalizar as ordens de prisões processuais estar-se-á rompendo os sagrados princípios constitucionais, garantidores do cidadão brasileiro. (D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Artigo: em defesa da presunção de inocência*. 2007).

²⁷Conforme RABELO (2009): O princípio da proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem, quanto os que padecem o poder. Tal princípio tem como seu principal campo de atuação o âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para consecução dos seus fins. Em outras palavras, impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem danos ao cidadão maiores que o indispensável para a proteção dos interesses públicos. Para se compreender o alcance da proporcionalidade como verdadeiro princípio jurídico, é preciso levar em consideração que nos textos constitucionais modernos – e, entre eles, a Constituição de 1988 – os princípios jurídicos formam, ao lado das regras, as modalidades de normas existentes, como já se afirmou. A coexistência de ambos, tendo-se em vista suas fundamentais diferenças e os importantes papéis por eles desenvolvidos, permite a compreensão da Constituição como um sistema aberto, excluindo-se a possibilidade de caracterizar-se como um sistema jurídico de limitada racionalidade prática, caso fosse instituído exclusivamente por regras, assim como não se caracteriza como um sistema falho de segurança jurídica, como ocorreria caso fosse composto apenas por princípios. (RABELO, Grazielle Martha. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009).

²⁸Segundo Albrecht (1996 *apud* AMORIM, 2008): A razoabilidade determina que as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos sejam consideradas na decisão, pois enquanto a proporcionalidade consiste numa estrutura formal de relação meio-fim, a razoabilidade traduz uma condição material para aplicação individual da justiça. Daí porque a doutrina alemã, em especial, atribui significado normativo autônomo ao dever de razoabilidade. (AMORIM, Tathiana de Melo Lessa. *Princípio da razoabilidade e laxismo penal*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 49, janeiro de 2008).

²⁹A liberdade é um direito humano e fundamental de primeira geração, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana, apresentando-se como um elemento limitador da atuação do Estado, delimitando uma zona de não-intervenção estatal nas liberdades do indivíduo. Como Direito Fundamental, encontra guarida expressa no art.5º da Carta Constitucional brasileira de 1988, bem como é invocada como Direito Humano pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Como todos os direitos inerentes à pessoa humana, ela não tem caráter absoluto, sendo admitida a sua restrição dentro dos limites previstos em lei.

³⁰BARROS (1969, p. 94 *apud* CASTRO, 2017, p. 710): Extensiva é a interpretação que, utilizando-se da interpretação teleológica (e suas vertentes histórica e sistêmica), torna a norma aplicável também aos casos não previstos no teor de sua literalidade. (CASTRO, Pedro M. A. *Medidas cautelares pessoais, poder geral de cautela e a taxatividade mitigada*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 691-716, maio/agosto de 2017)

³¹Método de interpretação da lei que, valendo-se do método da semelhança, analisa o sentido da norma jurídica através de elementos fornecidos pela própria lei. Ou seja, o intérprete não cria nova hipótese legal, mas revela o alcance da norma que utiliza expressões genéricas ou vinculadas a especificações.

³²Funcionando como disposições de valor genérico, os princípios gerais do Direito representam elementos que auxiliam e orientam na interpretação e aplicação do Direito.

de cautela pelo juiz criminal entendem que o disposto no art. 297 do Código de Processo Civil é plenamente aplicável à sistemática do processo penal, inclusive porque o manejo desse mecanismo de poder permite ao magistrado aplicar medida menos gravosa que a segregação cautelar, representando um ação que afasta os efeitos deletérios do encarceramento sem negligenciar o controle estatal quanto a sua pretensão punitiva.

Enveredando em conjecturas que se alinham pela característica da não taxatividade das medidas cautelares, parte da doutrina e da jurisprudência se firma na ideia de que, ao romper com o sistema bipolar de cautelares, o legislador não quis limitar a atuação do magistrado, mas muni-lo de meios alternativos à prisão, de forma que consolidou expressamente medidas anteriormente não previstas em lei.³³

Vários julgados dão vazão à possibilidade de aplicação de medidas cautelares atípicas pelo juiz penal, e esse é um movimento discursivo que remonta ao sistema cautelar bipolar, mas que não perdeu força com seu rompimento.

Exemplo de entendimento judicial pela admissão do poder geral de cautela no processo penal anterior à previsão de medidas cautelares diversas da prisão é o julgamento do Habeas Corpus 94.147 RJ, de relatoria da ministra Ellen Gracie, na segunda turma do STF, onde se aplicou a medida inominada de retenção de passaporte, sob o argumento de que ao juiz “se pode o mais, que é manter o réu preso, pode o menos, que é restringir sua livre locomoção”, em uma clara defesa de preservação do estado de liberdade do acusado. Vejamos:

HABEAS CORPUS. APREENSÃO DE PASSAPORTE. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PELO CONHECIMENTO E/OU DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. A retenção de passaporte pelo magistrado de primeiro grau tem clara natureza acautelatória, inserindo-se, portanto, no poder geral de cautela, o qual é depreendido de normas processuais dispostas no art. 3º do CPP, e do art. 798 do CPC. 2. 'Se o direito brasileiro admite a decretação da prisão temporária e preventiva, entre outras medidas constritivas da liberdade de locomoção da pessoa, no momento anterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória, com muito mais razão revela-se admissível a imposição de condições para o acusado durante o processo, como a entrega do passaporte, a necessidade de obtenção de autorização judicial para empreender viagens ao exterior, entre outras'.(HC n. 94.147/RJ, Relatora: Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma do STF, DJ de 12.06.2008).

Outro exemplo de posicionamento judicial favorável ao poder geral de cautela, dessa vez posterior à introdução das alterações processuais oriundas da lei 12.403/2011, é o Habeas Corpus 126.973 SP, onde o relator Rogério Schietti Cruz, da sexta turma do STJ, aplicou a cautelar de retenção de passaporte em face de

³³Nesse sentido, TÁVORA e ALENCAR (2017, p. 1038): [...] com a previsão de um elenco de medidas cautelares no art. 319 do CPP, tem-se a vantagem de indicar ao juiz, de forma exemplificativa, a ampla possibilidade de aplicação de medidas diversas da prisão preventiva, sublinhando que esta só será decretada em último caso. Desse modo, embora exista um rol expresso de medidas cautelares, nada impede que o juiz estabeleça outras tantas que sejam adequadas ao caso concreto, desde que não exceda os limites autorizados pela legislação. Daí pode o magistrado valer-se do rol do art. 319 do CPP, bem como de outras medidas menos restritivas, mas não pode aplicar medida cautelar mais gravosa sem que haja autorizativo legal expresso. (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11. ed. rev. ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1038).

pessoa acusada de praticar crimes contra a ordem tributária, com clara menção de ser o ato decorrente do poder geral de cautela inerente ao juiz. Leia-se a ementa do *writ*:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO. DECRETO DE RETENÇÃO DE PASSAPORTE. DECISUM ANTERIOR À ÉGIDE DA LEI N. 11.719/2008 (ANTIGO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 387 DO CPP). ALEGADA IRRETROATIVIDADE DOS EFEITOS. PODER GERAL DE CAUTELA (ART. 3º DO CPP C/C O ART. 784 DO CPC). NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.403/2011. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE/ADEQUAÇÃO DA MEDIDA NO MOMENTO ATUAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (HC 126.973 SP. Relator: Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma do STJ, DJ de 15.09.2014).

Pode-se ainda citar os julgados favoráveis e recentes sobre o Poder Geral de Cautela no processo penal, um de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes (Ag.Reg. no Habeas Corpus 165.581 Rondônia) e o outro da Ministra Rosa Weber (Rcl 32809 AgR / SP - SÃO PAULO), ambos da primeira turma do STF, em que este reconhece o juiz da execução penal como forte no exercício do poder geral de cautela, e, aquele perfilha entendimento de que a disposição do art.366 do CPP, sobre a produção antecipada de prova testemunhal decorre do poder geral de cautela do magistrado. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO, FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO POR LEI TRABALHISTA E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. INSURGÊNCIA QUANTO À DETERMINAÇÃO DEPRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. ART. 366 DO CPP. PACIENTE FORAGIDO. LAPSO TEMPORAL DE MAIS DE 3 ANOS DESDE A DATA DO FATO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 1. Conforme já decidiu esta CORTE, cabe “ao juiz da causa decidir sobre a necessidade da produção antecipada da prova testemunhal, podendo utilizar-se dessa faculdade quando a situação dos autos assim recomendar, (...) especialmente por tratar-se de ato que decorre do poder geral de cautela do magistrado (art. 366 do CPP)” (HC 109.728, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 5/6/2012 – destaques nossos). 2. As instâncias antecedentes justificaram a urgência para a realização da medida pelo justo receio do perecimento da prova – seja pela possibilidade de que as testemunhas se esqueçam dos fatos ou não possam ser localizadas, seja pela fundada imprevisibilidade do momento em que o feito retomaria seu curso, em razão de o recorrente estar foragido desde a ocorrência do fato, ocorrido três anos antes da decisão [então] impugnada, ou, ainda, por se tratar de medida de economia processual, em razão da existência de testemunhas em comum com outro réu. 3. Ausência de prejuízo ao paciente, ante a nomeação da Defensoria Pública para assisti-lo. Após a retomada do curso do processo, persistirá a possibilidade de reiteração, em juízo, da inquirição de testemunhas, observando-se o contraditório e a ampla defesa. Precedentes. Ademais, não se pode ignorar a regra segundo a qual não haverá declaração de nulidade quando não demonstrado o efetivo prejuízo causado à parte (*pas de nullité sans grief*). 4. Não cabe falar na existência, mesmo que remota, de constrangimento ilegal ao direito de locomoção do paciente, o que desnatura a própria essência do Habeas Corpus. Precedentes. 5.

Agravo Regimental a que se nega provimento. (AG.REG. NO HABEAS CORPUS 165.581 RONDÔNIA. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma do STF. Julgamento em 22-02-2019. DJe-047. DIVULG. 08-03-2019. PUBLIC. 11-03-2019).

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. EXECUÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À SÚMULA VINCULANTE Nº 26. EXAME CRIMINOLÓGICO. DECISÃO FUNDAMENTADA. POSSIBILIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO.

1. A jurisprudência desta Suprema Corte, consolidada no enunciado da Súmula Vinculante nº 26, reputa viável a realização do exame criminológico nas situações em que o Juiz da Execução, forte no exercício do poder geral de cautela, considerar necessário para a formação do seu convencimento. 2. O magistrado de primeiro grau, ao considerar a situação concreta do apenado, determinou, mediante decisão fundamentada, a realização de exame criminológico. 3. Inexistente, na hipótese, qualquer ato praticado pela autoridade reclamada capaz de afrontar o enunciado da Súmula Vinculante nº 26. Precedentes. 4. Agravo regimental conhecido e não provido. (Rcl 32809 AgR / SP - SÃO PAULO. Relatora: Min. Rosa Weber. Primeira Turma do STF. Julgamento em 29-03-2019. DJe-063. DIVULG. 28-03-2019. PUBLIC. 29-03-2019).

Seja antes da previsão de medidas cautelares alternativas à prisão, ou após a inserção dos mecanismos cautelares do art. 319 do CPP, o exercício do poder geral de cautela no processo penal é uma realidade que se afere como reconhecidamente possível quando da leitura de decisões judiciais, e, malgrado não haja uma linearidade na compreensão da dinâmica deste superpoder, fato é que, ao meu sentir, até a sua previsão ou vedação expressa, os debates permanecerão ambivalentes, ora acolhendo a tese de sua admissibilidade irrestrita, ora rechaçando, ora com defesas de teses intermediárias da liberalidade do juiz em aplicar cautelares inominadas no processo penal.

3.2 Perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais contrárias à admissibilidade do poder geral de cautela no processo penal brasileiro

Partindo do pressuposto de que as particularidades do processo penal não podem ser supridas pelas previsões havidas para o processo civil, e ainda fundados pela lógica de ser o processo penal um limitador do poder estatal, posto que subjugado aos princípios constitucionais da legalidade³⁴ e do devido processo legal³⁵, os que se posicionam como não partidários do poder geral no processo

³⁴Segundo preleciona LIMA (2017, p.507): O princípio da legalidade processual, desdobramento do princípio geral da legalidade (CF, art. 5º, incisos II e LIV), demanda tanto a regulamentação, por lei, dos direitos exercitáveis durante o processo, como também a autorização e a regulamentação de qualquer intromissão na esfera dos direitos e liberdades dos cidadãos, efetuada por ocasião de um processo penal. Logo, por força do princípio da legalidade, todas as medidas restritivas de direitos fundamentais deverão ser previstas por lei (*nulla coactio sine lege*), que deve ser escrita, estrita e prévia. Evita-se, assim, que o Estado realize atuações arbitrárias, a pretexto de aplicar o princípio da proporcionalidade. (LIMA, Renato Brasileiro de. Op. Cit.).

³⁵Na dicção de PACHECO(2007): De origem inglesa, o princípio do *due process of law* está consagrado, na legislação brasileira, no art. 5º, inciso LIV, da CF/88, e consiste em assegurar a qualquer litigante a garantia de que o processo em que for parte, necessariamente, se desenvolverá

penal defendem que a aplicação de medidas cautelares não previstas em lei representa um abuso do poder punitivo estatal e uma violação à forma como garantia no processo criminal.

Afiança esta corrente que, no processo civil as medidas cautelares incidem sobre bens patrimoniais³⁶, sendo de fácil reparação, e que no processo penal as medidas recaem sobre o direito constitucional de liberdade, sendo de difícil ou impossível desagravo. A partir desta compreensão, portanto, que se avalia a aplicação de cautelares atípicas no processo penal como uma extrapolação da pretensão punitiva do Estado.

Um outro argumento que merece destaque quanto à rechaça ao instituto do poder geral de cautela é o que adere à ideia de que a forma, no processo penal, é garantia. Sob esta perspectiva garantista da forma processual, entende-se que o processo penal é ramo do direito responsável pela limitação do poder punitivo do Estado, só se legitimando seu exercício quando observado o devido processo legal, com estrito respeito ao princípio da legalidade e tipicidade do ato processual, inadmitidas quaisquer restrições a direitos fundamentais a partir de analogias.³⁷

na forma que estiver estabelecido a lei. Este princípio biparte-se em: devido processo legal material, que trata sobre a regularidade do próprio processo legislativo, e devido processo legal processual, que se refere a regularidade dos atos processuais. Por si só, o devido processo legal engloba todas as garantias do direito de ação, do contraditório, da ampla defesa, da prova lícita, da recursividade, da imparcialidade do juiz, do juiz natural. O processo há de ser o devido, ou seja, o adequado à espécie, o apto a tutelar o interesse discutido em juízo e resolver com justiça o conflito. Tendo ele que obedecer a prescrição legal, e principalmente necessitando atender a Constituição. Conforme aduz o inciso LIV, do art. 5º, da Magna Carta, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (PACHECO, Eliana Descovi. *Princípios norteadores do Direito Processual Penal*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 40, abril de 2007).

³⁶É oportuno frisar que o art. 520, I, do CPC prevê a responsabilidade objetiva do exequente que deu causa ao cumprimento provisório de sentença quando esta for reformada, tendo ele que reparar os danos sofridos pelo executado. Nesse sentido: RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA QUE VEM A SER MODIFICADA COM REDUÇÃO EXPRESSIVA DO VALOR EXECUTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EXEQUENTE PELOS DANOS SUPOSTOS PELO EXECUTADO. NECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR. ART. 475-O, I E II, DO CPC/1973. POSSIBILIDADE, ANTE AS PECULIARIDADES DO CASO, DE QUE O CREDOR REEMBOLSE O DEVEDOR PELAS DESPESAS POR ESTE REALIZADAS COM A CONTRATAÇÃO DE CARTA DE FIANÇA PARA GARANTIA DO JUÍZO. RECURSO PROVIDO. 1. Como regra, ante a possibilidade de modificação do título judicial que ampara a execução provisória, ao credor é imposta a responsabilidade objetiva de reparar os eventuais prejuízos causados ao devedor, restituindo-se as partes ao estado anterior. Nessas hipóteses, a apuração dos danos sofridos pelo executado poderá ocorrer nos mesmos autos, mediante liquidação por arbitramento. Inteligência do art. 475-O, I e II, do CPC/1973. 2. No caso, verifica-se que o flagrante excesso de execução, provocado pela cobrança prematura da dívida - da ordem de mais de R\$ 21.000.000,00 (vinte e um milhões de reais) -, foi determinante para a opção que fez a seguradora/executada de contratar uma carta de fiança, como meio de garantia do juízo, a fim de oferecer impugnação. Ademais, diante das circunstâncias, a medida mostrou-se prudente e acertada, pois, a um só tempo, possibilitou à empresa exercer sua defesa, além de lhe assegurar um fluxo de caixa que lhe permitiu arcar com as despesas que são próprias de sua atividade fim, inclusive, no que se refere ao pagamento das indenizações contratadas. 3. Diante desse quadro fático, em linha de conclusão oposta ao que decidiu o Tribunal de origem, constata-se que os prejuízos sofridos pela devedora com a contratação da garantia não decorreram de decisão e estratégia de sua mera conveniência, mas por iniciativa temerária do exequente que, sem observância da cautela desejada, optou pela cobrança antecipada do título judicial, indicando como devido um valor que não se mostrava compatível com obrigações de igual natureza, justificando-se, portanto, o seu dever de indenizar. 4. Recurso especial provido. (Resp.1.576.994 SP. Relatoria do Ministro Marco Aurélio Belizze, terceira turma do STJ, DJ 29.11.2017).

³⁷Sob este panorama, preleciona LOPES JR. (2017, p. 8): A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais)

Crítica que se endereça às cautelares típicas também respinga nas inominadas, a impropriedade do sistema de controle e monitoramento é outro ponto crucial na discussão pela inadequação do exercício do poder de cautela pelo juiz criminal, posto que acaba por macular a noção de eficácia da medida aplicada.³⁸

Respalgadas nestes argumentos, há decisões judiciais no sentido de negar o poder geral de cautela na esfera processual penal, servindo como arquétipo dessa corrente o posicionamento esposado no Habeas Corpus 128.599 PR, de relatoria da ministra Maria Thereza de Assis Moura, da sexta turma do STJ, onde ela afasta a aplicação de cautelar atípica tendo como fundamentos os princípios da legalidade e presunção de inocência. Vejamos:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA COM DETERMINAÇÃO DE AFASTAMENTO DO CARGO. ART. 20, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/92. APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL. INVIABILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL PARA FINS RESTRITIVOS. INEXISTÊNCIA. (HC 128.599 PR. Relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sexta turma do STJ, DJe 17.12.2010).

Um outro exemplo de manifestação judicial contrária ao poder geral de cautela no processo penal é o que está expresso no julgamento do Habeas Corpus 222.298-SE, pelo ministro Jorge Mussi, da quinta turma do STJ, que diz:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO PELA CORTE ORIGINÁRIA. CRIME COMETIDO CONTRA A ESPOSA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DE CASA, EXCETO PARA O TRABALHO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA DOS JUÍZES CRIMINAIS PARA FINS RESTRITIVOS. INEXISTÊNCIA. ILEGALIDADE E DESPROPORCIONALIDADE DA CAUTELAR ATÍPICA. SUFICIÊNCIA DAS DEMAIS RESTRIÇÕES IMPOSTAS. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. As medidas

implicam em severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, também exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais “poderes gerais de cautela”. (LOPES Jr. Aury. Op. Cit.).

³⁸Sob este prisma, dispõe LIMA (2017, p. 925): [...] de nada adianta a imposição de determinada medida cautelar diversa da prisão se ela não se emprestar força coercitiva. De fato, a eficácia de qualquer norma que venha a impor deveres está condicionada à acumulação de sanções, sob pena de se transformar em mera recomendação, simples admoestação, desprovida de força coercitiva. Portanto, a criação dessas medidas cautelares diversas da prisão resultará absolutamente inócua se, concomitantemente, não for trabalhada uma estrutura adequada e eficiente para a sua operacionalização e fiscalização. [...] Ademais, caso não haja a menor possibilidade de fiscalização de uma medida cautelar diversa da prisão, isso significa dizer que tal medida será ineficiente para neutralizar as situações de perigo indicadas no art. 282, I, do CPP. (LIMA, Renato Brasileiro de. Op. Cit.).

protetivas de urgência, assim como as cautelares diversas da prisão, quando afetarem o *status libertatis*, obrigatoriamente devem observar o princípio da legalidade. (HC 222.298 SE. Relatoria do Ministro Jorge Mussi, quinta turma do STJ. DJe 30.10.2013).

Com embasamento jurídico também no caráter de excepcionalidade das medidas cautelares e na defesa do ideal de taxatividade do rol de mecanismos cautelares limitadores da liberdade, certo é que o entendimento oposto à admissibilidade de manejo de medidas cautelares inominadas no processo penal coexiste com o que o agasalha, sendo necessária a compreensão do que motiva essa divergência, o que vai ser mensurado após a leitura da visão intermediária sobre a aplicação do poder geral de cautela pelo juiz criminal, realizada logo a seguir.

3.3 O poder geral de cautela temperado e a ideia da taxatividade mitigada

A partir de uma construção discursiva intermediária aos posicionamentos que agasalham irrestritamente e os que rechaçam por completo o poder geral de cautela no processo penal, reforçando a ideia de abertura dogmática do Direito e construção ideológica dos discursos jurídicos, exsurge um terceiro viés interpretativo acerca da aplicação de medidas cautelares atípicas no processo criminal: o que a admite sob uma forma temperada.³⁹

Pensar o poder geral de cautela sob uma perspectiva temperada seria admiti-lo a partir de uma ótica que concebe, por esforço interpretativo, o emprego de medidas cautelares a situações cuja tipificação se encontre para caso distinto, em lei esparsa.⁴⁰

³⁹Leciona CASTRO (2017, p. 710-711): [...] cremos ser possível, para preencher a exigência cautelar do caso concreto, que se faça uso da interpretação extensiva e se aplique medidas acauteladoras previstas em leis esparsas a casos cuja tipificação não se encontram em tais leis. É o que podemos chamar de taxatividade mitigada. Isto porque, como vimos, o processo legislativo se mostra intrincado, de forma que, por vezes, a evolução do pensamento não acompanha a produção das leis, v.g. as medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), fruto da evolução do pensamento de criação de medidas alternativas e que, apesar de pensada após o projeto de lei que ensejou a inserção das novas medidas cautelares (Projeto de Lei nº 4.208/01), viu-se promulgada anteriormente àquele. Eis a razão para que se aceite a aplicação de medidas de resguardo constantes de leis avulsas. (CASTRO, Pedro M. A. Op. Cit).

⁴⁰Conforme PACELLI (2017, p. 246): Há quem sustente a possibilidade de o juiz criminal, tal como ocorre no cível, socorrer-se do poder geral de cautela, para, superando as limitações legislativas, impor medidas e restrições não contidas na legislação. Em princípio, somos contrários a essa alternativa. Quando, linhas antes, admitimos a possibilidade da utilização de medidas cautelares legais para finalidades diversas daquelas ali contidas, justificamos o posicionamento em dupla fundamentação, a saber: (a) a medida cautelar estaria prevista em lei, e (b) também a finalidade estaria prevista em lei, ainda que não vinculada aos motivos de sua imposição. Com isso, o afastamento do princípio da legalidade seria relativo, objetivando dar coerência e unidade ao sistema geral das restrições de direitos (cautelares pessoais). Já a admissão de cautelares não previstas em lei pode abrir um perigoso leque de alternativas ao magistrado, dificultando, sobremaneira, o controle de sua pertinência e oportunidade, ficando em mãos do magistrado de primeiro grau a escolha de providências cujo controle de pertinência e de adequação (além da proporcionalidade) seria muito mais difícil, na medida em que sustentamos o não cabimento de habeas corpus contra o deferimento de medida cautelar. Para além disso, e talvez até por isso, é que, em tema de restrições de direitos individuais, o critério da legalidade garante um controle mais eficaz de sua racionalidade e validade, permitindo, inclusive, a via direta da busca do reconhecimento de sua inconstitucionalidade (ação

Sob este mote, os que se filiam a esta corrente, entendem que não se pode admitir ao juiz aplicar medidas cautelares extralegais, sob pena de violação ao princípios da legalidade (art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988)⁴¹ e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988)⁴², mas também, não se pode impedi-lo, diante da aferição da adequação/necessidade de aplicação de medida atípica, e, desde que para afastar a determinação de prisão preventiva, possa manejar medida acautelatória prevista para caso diverso.⁴³

CASTRO (2017) traz arquétipo de aplicação do poder geral de cautela pela ótica da taxatividade mitigada a partir do exemplo hipotético de um grupo de jovens que reside em uma mesma república estudantil, onde o cometimento de *bullying* ou outra forma violência em relação a um deles por parte dos demais colegas ensejaria a medida protetiva de afastamento do lar, consoante o inciso II do art. 22 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha).⁴⁴

Obviamente que o exemplo, como em qualquer caso de aplicação de medidas cautelares, reclamaria a indispensável demonstração da necessidade acautelatória, entretanto, por estar prevista no âmbito da Lei de violência doméstica contra a mulher, estaria alicerçada na tese de exercício temperado do poder geral de cautela, admitindo a aplicação de cautelar atípica pelo juiz.

Veja-se, não há que se cogitar, no exemplo citado, a imposição de medida cautelar extralegal, mas, aplicação de medida prevista a situação diversa, a que a mera literalidade do preceito normativo não a autorizaria sem esforço interpretativo do magistrado.

Por conseguinte, concebe-se que a taxatividade mitigada se assenta no ideal de possibilidade de aplicação de medida cautelar não prevista no Código processual

direta de inconstitucionalidade). No juízo cível, no bojo do qual, em geral, se debatem direitos subjetivos x direitos subjetivos, nem sempre a técnica processual legislativa aponta a melhor solução para a proteção do direito, de tal maneira que o próprio legislador autoriza uma margem mais flexível de manobra do julgador. Insistimos: em matéria penal, salvo situações excepcionalíssimas – que, efetivamente, poderão ocorrer! – há que se vedar o poder geral de cautela, ressalvadas as hipóteses, presente o requisito da exceção das exceções antes mencionada, a medida aplicada apresente caráter menos gravoso aos interessados, caso em que se exigiria a adesão das partes à providência. (PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017).

⁴¹Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – *omissis*; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

⁴²Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – LIII - *omissis*; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁴³Nesta perspectiva, preleciona BADARÓ (2011, p.18, *apud* CASTRO, 2017, p. 701): A adoção de medidas atípicas, porque não previstas em lei como aptas a privar ou restringir o direito de liberdade em sede de medida cautelar, encontra inafastável barreira no pressuposto formal do Princípio da Legalidade. Ainda que a medida seja adequada, necessária e proporcional, se a restrição ao direito fundamental não estiver prevista em lei, não será legítima” (2011b, p. 75). Em sentido contrário, no entanto, temperando o poder geral de cautela, Cruz aduz “[...] que não se poderá subtrair do julgador a possibilidade de fazer uso de seu poder geral de cautela, de forma excepcional, tendo como objetivo evitar a prisão preventiva. Poderá o magistrado, então, impor ao investigado ou acusado medida que, embora não conste literalmente do rol positivado no artigo 319 do CPP, seja prevista em outra norma do ordenamento, ou possa ser considerada, por meio de interpretação extensiva, abrangida na dicção de algum dos incisos que compõem o elenco das cautelares pessoais diversas da prisão, previstas no referido dispositivo”. (CASTRO, Pedro M. A. Op. Cit).

⁴⁴CASTRO, Pedro M. A. Op. Cit.

penal, desde que tipificada em lei esparsa, figurando como linha interpretativa que admite o exercício temperado do poder geral de cautela pelo juiz criminal, mas repele a possibilidade de criação de medida cautelar por este.

Nesse liminar, digno de menção quanto ao exercício deste poder são as diretrizes constantes do protocolo I, da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de onde se pode extrair que para a aplicação e acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão é necessário observar: a reserva da lei; a intervenção penal mínima; a presunção de inocência; a dignidade e liberdade; o respeito às trajetórias individuais; o respeito e a promoção das diversidades; responsabilização; provisoriedade; normalidade; e, não penalização da pobreza⁴⁵. De modo que se observa, por todo exposto, que é

⁴⁵A resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre a audiência de custódia, e prevê em seu protocolo I, no item 2: De forma a assegurar os fundamentos legais e as finalidades para a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão, o juiz deverá observar as seguintes diretrizes: I. Reserva da lei ou da legalidade: A aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão devem se ater às hipóteses previstas na legislação, não sendo cabíveis aplicações de medidas restritivas que extrapolem a legalidade. II. Subsidiariedade e intervenção penal mínima: É preciso limitar a intervenção penal ao mínimo e garantir que o uso da prisão seja recurso residual junto ao sistema penal, privilegiando outras respostas aos problemas e conflitos sociais. As intervenções penais devem se ater às mais graves violações aos direitos humanos e se restringir ao mínimo necessário para fazer cessar a violação, considerando os custos sociais envolvidos na aplicação da prisão provisória ou de medidas cautelares que imponham restrições à liberdade. III. Presunção de inocência: A presunção de inocência deve garantir às pessoas o direito à liberdade, à defesa e ao devido processo legal, devendo a prisão preventiva, bem como a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão serem aplicadas de forma residual. A concessão da liberdade provisória sem ou com cautelares diversas da prisão é direito e não benefício, devendo sempre ser considerada a presunção de inocência das pessoas acusadas. Dessa forma, a regra deve ser a concessão da liberdade provisória sem a aplicação de cautelares, resguardando este direito sobretudo em relação a segmentos da população mais vulneráveis a processos de criminalização e com menor acesso à justiça. IV. Dignidade e liberdade: A aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão devem primar pela dignidade e liberdade das pessoas. Esta liberdade pressupõe participação ativa das partes na construção das medidas, garantindo a individualização, a reparação, a restauração das relações e a justa medida para todos os envolvidos. V. Individualização, respeito às trajetórias individuais e reconhecimento das potencialidades: Na aplicação e no acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão, deve-se respeitar as trajetórias individuais, promovendo soluções que comprometam positivamente as partes, observando-se as potencialidades pessoais dos sujeitos, destituindo as medidas de um sentido de mera retribuição sobre atos do passado, incompatíveis com a presunção de inocência assegurada constitucionalmente. É necessário promover sentidos emancipatórios para as pessoas envolvidas, contribuindo para a construção da cultura da paz e para a redução das diversas formas de violência. VI. Respeito e promoção das diversidades: Na aplicação e no acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão, o Poder Judiciário e os programas de apoio à execução deverão garantir o respeito às diversidades geracionais, sociais, étnico/raciais, de gênero/sexualidade, de origem e nacionalidade, renda e classe social, de religião, crença, entre outras. VII. Responsabilização: As medidas cautelares diversas da prisão devem promover a responsabilização com autonomia e liberdade dos indivíduos nelas envolvidas. Nesse sentido, a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão devem ser estabelecidos a partir e com o compromisso das partes, de forma que a adequação da medida e seu cumprimento se traduzam em viabilidade e sentido para os envolvidos. VIII. Provisoriade: A aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão devem se ater à provisoriedade das medidas, considerando o impacto dessocializador que as restrições implicam. A morosidade do processo penal poderá significar um tempo de medida indeterminado ou injustificadamente prolongado, o que fere a razoabilidade e o princípio do mínimo penal. Nesse sentido, as medidas cautelares diversas da prisão deverão ser aplicadas sempre com a determinação do término da medida, além de se assegurar a reavaliação periódica das medidas restritivas aplicadas. IX. Normalidade: A aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão devem ser delineadas a partir de cada situação concreta, em sintonia com os direitos e as trajetórias

plenamente possível ao magistrado exercer o poder geral de cautela quando pela perspectiva da taxatividade mitigada das medidas cautelares diversas da prisão.

É oportuno e salutar dizer que o presente tópico se desenvolveu em separado do enfoque favorável à admissibilidade trazida no item 3.2 em virtude de não se ter encontrado julgados com menção expressa a ideia de exercício temperado do poder geral de cautela, e haver na doutrina os que admitem o manejo deste poder não apenas pela perspectiva temperada, mas também, pela da admissibilidade de aplicação de medida extralegal, em que poderia o magistrado criar e aplicar espécie cautelar, desde que para evitar a segregação preventiva do sujeito passivo do processo penal.

4 O PODER GERAL DE CAUTELA À LUZ DO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O projeto de lei nº 8.045/2010, que se consubstancia em projeto de novo Código de Processo Penal, pretendendo acabar com a celeuma havida entre a admissão ou não do agasalho do instituto no poder geral de cautela no processo penal, prevê expressamente no Livro III, Título I, art. 526⁴⁶, a impossibilidade de aplicação de medida cautelar não prevista em lei.

Ampliando o rol de medidas cautelares de caráter pessoal, pelo art. 533⁴⁷, a proposta de novo diploma processual penal, amplia as hipóteses de ferramentas acautelatórias do códex, acrescentando às medidas previstas atualmente no art. 319 do CPP, outras elencadas de forma pulverizada na legislação penal extravagante, bem como, antevendo mais situações em que são indispensáveis cautelares específicas para casos concretos repetitivos, sendo exemplo disto, a previsão de bloqueio de endereço eletrônico na internet.

individuais das pessoas a cumprir. Assim, tais medidas devem primar por não interferir ou fazê-lo de forma menos impactante nas rotinas e relações cotidianas das pessoas envolvidas, limitando-se ao mínimo necessário para a tutela pretendida pela medida, sob risco de aprofundar os processos de marginalização e de criminalização das pessoas submetidas às medidas. X. Não penalização da pobreza: A situação de vulnerabilidade social das pessoas autuadas e conduzidas à audiência de custódia não pode ser critério de seletividade em seu desfavor na consideração sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Especialmente no caso de moradores de rua, a conveniência para a instrução criminal ou a dificuldade de intimação para comparecimento a atos processuais não é circunstância apta a justificar a prisão processual ou medida cautelar, devendo-se garantir, ainda, os encaminhamentos sociais de forma não obrigatória, sempre que necessários, preservada a liberdade e a autonomia dos sujeitos.

⁴⁶PL nº 8.045/2010. Art. 526. As medidas cautelares dependem de expressa previsão legal e somente serão admitidas como meio absolutamente indispensável para assegurar os fins de persecução criminal e de reparação civil, ficando a respectiva duração condicionada à subsistência dos motivos que justificaram sua aplicação.

⁴⁷PL nº 8.045/2010. Art. 533. São medidas cautelares pessoais: I – prisão provisória; II – fiança; III – recolhimento domiciliar; IV – monitoramento eletrônico; V – suspensão do exercício da profissão, atividade econômica ou função pública; VI – suspensão de atividades de pessoa jurídica; VII – proibição de frequentar determinados lugares; VIII – suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave; IX – afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; X – proibição de ausentar-se da comarca ou do País; XI – comparecimento periódico em juízo; XII – proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada; XIII – suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para o porte; XIV – suspensão do poder familiar; XV – bloqueio de endereço eletrônico na internet; XVI – liberdade provisória.

Em uma nítida postura de vedação expressa à aplicação de medida cautelar extralegal no processo penal, o projeto de novo CPP, todavia, não afasta o ideal de taxatividade mitigada do rol de cautelares, de modo que pode remanescer a discussão sobre a possibilidade do uso temperado do poder geral de cautela no processo criminal.

Nesse sentido, apesar de limitar o entendimento acerca do exercício do poder geral de cautela no processo penal, a proposta do novo código adjetivo criminal, conforme consta atualmente apresentada, não encerra as discussões havidas sobre o tema, visto que, pela dicção do art. 526, do PL nº 8.045/2010, ainda seria possível interpretações que permitem ao juiz aplicar medida prevista em leis espalhadas

Neste limiar, por demonstrar a supratranscrita previsão de vedação normativa ao poder geral de cautela no processo penal uma preocupação do legislador com a expansão do poder judicial, necessário é meditar, brevemente, o papel do Poder Judiciário ante a hipercomplexidade das demandas de uma sociedade pós-moderna e periférica e do magistrado frente à sua função de garantidor da eficácia da prestação jurisdicional nos casos postos a sua análise decisória.

5 COEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS JURÍDICOS DISTINTOS ACERCA DO PODER GERAL DE CAUTELA

A permanente positivação normativa do fenômeno jurídico (Direito), advinda das exigências da sociedade complexa e dinâmica da pós-modernidade, trouxe consigo a consagração de conteúdos jurídicos ambivalentes, que alimentam a discricionariedade judicial e revelam a fluidez dogmática e a abertura do sistema jurídico.⁴⁸

Exemplo deste espaço de abertura da interpretação jurídica, durante a análise das perspectivas interpretativas que envolvem as discussões sobre o exercício do poder geral de cautela no processo penal, pôde-se observar a existência concomitante de preceitos normativos que concebem noções distintas de sua aplicação, pois, muito embora seja possível se constatar que o Poder Judiciário tem majoritariamente admitido o seu exercício na seara do processo penal, também é aferível que há uma minoria no Judiciário a interpretar/aplicar o poder geral de

⁴⁸DE MELO (2015) preleciona: “A complexidade da sociedade contemporânea ensejou a dinâmica do permanente processo de positivação do Direito, com a consagração de concepções de mundo e conteúdos éticos diversos, não raro antagônicos. Não se pode mais identificar a predominância de uma determinada ideologia, mas a existência concomitante de fundamentos e valores sociais distintos assoberbando o Direito e, por consequência, o próprio Judiciário, último plano no qual as divergências intersubjetivas são dirimidas. A abertura cognitiva dos sistemas jurídicos e a sua própria indeterminação acarretaram a ampliação do poder do juiz, pois, quanto mais complexa se torna a sociedade, tanto mais se sobrecarrega a positivação e se indetermina a decidibilidade. A partir da segunda metade do século XX, notadamente no contexto do constitucionalismo pós-guerra, diante da precipitação da crise de indeterminação do Direito, ocorre a expansão do poder judicial, na perspectiva da amplitude de criação/complementação da interpretação jurídica. Modifica-se, assim, a agenda da teoria jurídica para a decisão, fenômeno sentido tanto na tradição continental quanto na anglo-americana. A guinada para o momento da aplicação e a liberdade decisória passa a ser fator de convergência e reaproximação entre o *civil law* e o *common law*, transformando-se o direito judicial em instrumento de enfrentamento da fluidez dogmática. A atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais generaliza-se nos Estados Contemporâneos, mesmo nos de origem continental, a vista da ameaça de decisões baseadas em convicções pessoais”. (DE MELO, Jeremias de Cássio Carneiro. *A aproximação normativa do direito brasileiro ao stare decisis da tradição anglo-americana e o risco de consolidação do caos enunciativo-decisório*. Dissertação. UFPB. 2015).

cautela de forma oposta, como há, na doutrina, resistência e acolhimento à sua admissibilidade (restrita ou irrestrita).

Se por um lado há previsão legal de fundamentos jurídicos que são utilizados para justificar o agasalho irrestrito do poder geral de cautela pelo juiz criminal, também há para os que o inadmitem e para os que o acolhem com ressalvas.

Nessa conjuntura de positivação de valores jurídicos diversos, realça-se a figura do juiz como intérprete jurídico e garantidor da eficácia da prestação jurisdicional, daí a importância de se estar atento aos limites do poder judicial quando da interpretação das leis e ao papel do Poder Judiciário frente à hipercomplexidade da sociedade contemporânea. Para Streck (2014), “as causas devem ser julgadas seguindo padrões e critérios que possam ser replicados, com base no texto jurídico”.⁴⁹

É adequado, todavia, pensar as ações do Poder Judiciário como não meramente silogística (mecanicista), devendo o quadro de leituras e interpretações jurídicas, pelo juiz, servir de paradigma a tessitura de respostas a todas as questões jurídicas que lhes sejam submetidas, sem que com isso alimente a subjetividade e a indeterminação da decibilidade.⁵⁰

Resposta do Estado à existência e preocupação com as ambivalências relacionadas à aplicação do poder geral de cautela no processo penal, certamente é o próprio projeto de novo Código Processual Penal (PL nº 8.045/2010), que prevê, em seu art. 526, a vedação expressa de aplicação de medidas cautelares extralegais pelo juiz criminal, ou seja, de mecanismos que não estejam previstos em lei.

Por conseguinte, entende-se que, apesar de não se dever enxergar o juiz pela ótica puramente mecanicista, também não se pode admitir a subversão da lógica do sistema de separação de poderes adotada no art. 2º, da Constituição Federal (CF)⁵¹, inadmitindo-se um nível de empoderamento judicial que configure invasão na competência típica do Poder Legislativo, além de excesso no poder de punir estatal.

⁴⁹STRECK (2014) diz: “Direito não é um conjunto de casos isolados, decisões *ad hoc* etc. A questão é saber como decidir a partir de uma criteriologia. Eu tenho direito fundamental a que meu caso seja julgado com coerência e integridade”. (STRECK, Lênio Luiz. *Lênio Streck: “Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia”*. Consultor Jurídico. 2014).

⁵⁰Consoante STRECK (2014): “Os juízes têm que entender o papel que exercem. Ele pode odiar algo, mas tem uma responsabilidade como agente político do Estado. Se a comunidade jurídica — que podemos chamar de comunidade de princípios — tem uma posição, uma doutrina adequada, que diz que para manter alguém preso precisa de alguns requisitos, e o juiz está julgando alguém que ele odeia, mas cujo caso cumpre esses requisitos, pode se declarar impedido e cair fora, ou tem que segurar as vontades pessoais e soltar o réu. É o custo da democracia [...] Decidir não é uma questão de gosto, vontade ou subjetividade. Decidir é um ato de responsabilidade política. Essa história de que gosto não se discute, gosto não se discute no plano do gosto, agora isso não significa que eu não tenha uma resposta constitucional e eu não possa dizer que essa resposta é melhor que a outra. Se eu não conseguir fazer isso é porque eu fracassei. Se o Direito não conseguir dizer que uma decisão é correta e a outra é incorreta no plano das práticas sociais e jurídicas e da doutrina etc. é porque eu fracassei. Ou seja, eu sou anti-relativista. Uma das questões fundamentais da democracia é ser anti-relativista. Essa história de que cada um tem a sua opinião funciona para o rádio, para uma discussão. Você é obrigado a ouvir a minha opinião; posso ser obrigado a ouvir, mas se sua opinião é furada não tem sentido. O Direito não é relativista, a realidade não é relativista. A pessoa que acha que tudo é relativo caiu numa contradição, porque isso que ela disse também é. O sujeito que diz que não há verdades, ótimo, inclusive o que ele disse: não há verdades, inclusive que não há verdades. Ele caiu num paradoxo. Então o direito é uma ciência aplicativa pela qual eu posso demonstrar aquilo que as pessoas acham que está no mero plano da subjetividade. Esse é o grande avanço que nós temos que dar”. (STRECK, Lênio Luiz. Op. Cit.).

⁵¹Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante o trazido neste aporte, o poder geral de cautela representa a faculdade/poder-dever do juiz penal aplicar cautelar inominada à caso, cujas peculiaridades, medida acautelatória típica se mostre imprestável/ineficaz, sempre se tendo a finalidade de evitar a segregação prisional do acusado de ilícito penal.

Três vieses interpretativos desse poder judicial puderam ser extraídos: o que admite a aplicação de medida cautelar inominada, sem ressalva; o que repele o uso subsidiário do poder geral de cautela no processo penal; e, o que admite o exercício do poder geral de cautela de forma temperada.

A defesa pelo exercício do poder geral de cautela no processo penal tem arrimo no disposto pelo art. 3º do CPP, que dispõe que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. A partir dessa lógica, tal vertente ideológica compreende que o art. 297 do CPC é plenamente aplicável ao processo penal. Via de consequência, a corrente envereda nos ideais de excepcionalidade da prisão cautelar, de presunção de inocência, de proporcionalidade, de razoabilidade e não taxatividade do rol de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

Na contramão, os opositores da aplicabilidade de medidas cautelares inominadas pelo juiz criminal fundamentam sua posição na necessidade de previsão legal expressa de tais medidas, partindo eles do pressuposto de que, por ser o processo penal limitador do poder punitivo estatal e ter ele alcance para limitar o bem jurídico liberdade do indivíduo (direito fundamental), imprescindível que se observe o princípio da legalidade, do devido processo legal e o preceito da tipicidade do ato processual, sob pena de extrapolação do poder punitivo estatal. Por conseguinte, essa linha interpretativa entende pela taxatividade das medidas cautelares elencadas no art. 319 do CPP.

Em uma posição intermediária, a defesa pela tese de exercício do poder geral temperado se ampara nos mesmos argumentos da corrente favorável ao seu exercício irrestrito, exceto no que diz respeito à taxatividade, pois para esta vertente ao juiz penal não é admitido criar medida cautelar, mas somente aplicar mecanismos previstos em lei, mesmo que fora do rol do art. 319 do CPP. Ao mesmo passo, a adoção do ideal de poder geral de cautela temperado também se utiliza dos argumentos contrários ao poder geral de cautela no processo penal, visto que se afina aos ditames de legalidade e devido processo legal. Nesse sentido, esta corrente se filia a ideia de taxatividade mitigada das medidas cautelares diversas da prisão.

De todo o exposto, à par das ambivalências que circundam o tema em debate, entende-se ser possível, no contexto legal atual, a aplicabilidade de medida cautelar atípica pelo juiz criminal ao sujeito passivo de processo penal, isto, obviamente, pela ótica temperada do exercício de poder geral de cautela (taxatividade mitigada).

Não há como refutar que o tempo do Direito é diferente do tempo social, não sendo possível ao legislador prever todas as hipóteses que serão submetidas ao crivo do Judiciário, de modo a, em nome da eficácia e efetividade da prestação jurisdicional, ser imprescindível permitir ao juiz uma margem de liberdade quando da aplicação da lei. Ademais, é argumento que robustece a defesa pela adoção da taxatividade mitigada das medidas cautelares diversas da prisão o constante no Projeto de Novo Código de Processo Penal brasileiro (PL nº 8.045/2010), de onde se

extrai a impossibilidade do magistrado lançar mão de mecanismos cautelares não previstos em lei, em nada fazendo menção quanto a possibilidade de se utilizar, o magistrado, de medidas previstas em legislação esparsa.

A despeito da adoção deste entendimento, não se nega a atual coexistência dos fundamentos jurídicos que alicerçam as teses de criação/aplicação de medidas extralegais e a de oposição irrestrita ao poder geral de cautela no processo penal, mas, opta-se por agasalhar uma posição intermediária, que atribui esse superpoder ao magistrado sem romper com a lógica de separação dos poderes prevista no art. 2º da Carta Magna de 1988, através de um prisma mais limitado de exercício do poder judicial.

Por fim, depreendeu-se que a abertura cognitivo-dogmática do sistema jurídico, especificamente quanto ao objeto deste trabalho, é enfoque de estudo do Estado, que, preocupado com as repercussões dos discursos ambivalentes e com os limites do empoderamento judicial, tem, em análise legislativa, projeto de lei que veda a aplicação de medida cautelar não prevista em lei (PL nº 8.045/2010 – Projeto de Novo Código Penal), o que torna salutar a compreensão da tessitura do exercício do poder geral de cautela no processo criminal a partir da percepção de como se constroem os discursos jurídicos, as interpretações legais, e como isso alimenta e é retroalimentado pela discricionariedade judicial.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco. **O poder geral de cautela no processo penal**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 22, 2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_276.pdf. Acesso em: 19 de dezembro de 2018.

AMORIM, Tathiana de Melo Lessa. **Princípio da razoabilidade e laxismo penal**. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 49, jan 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4059. Acesso em: 29 de abril de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro de 1939**. Brasília, DF: Presidência da República, 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 18 de março de 2019.

_____. **Código de Processo Civil Brasileiro de 1973**. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 18 de março de 2019.

_____. **Código de Processo Civil Brasileiro de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 de março de 2019.

_____. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 18 de março de 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 de março de 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Taxatividade das novas medidas cautelares do artigo 319, CPP, de acordo com a Lei nº 12.403/11**. Revista *Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2884, 25 maio 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19189>. Acesso em: 10 de abril 2019.

CÂMARA, Alexandre F. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, vol. III.

Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8.045/2010 (Projeto de Novo Código de Processo Penal)**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B8C8B180F745F12C494FFB3900C0228F.proposicoesWebExterno1?codteor=1638152&filenome=PL+8045/2010. Acesso em: 15 de dezembro de 2018.

CARVALHO, Thiago Ribeiro de; BEDÊ, Judith Aparecida de Souza. **Supostos históricos do processo cautelar**. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/02/DIR31-08.pdf>. Acesso em: 15 de dezembro de 2018.

CASTRO, Pedro M. A. **Medidas cautelares pessoais, poder geral de cautela e a taxatividade mitigada**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 691-716, mai./ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.60>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Cadastro nacional de presos**. BNMP 2.0. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

_____. **Resolução nº 213, de 15 de Janeiro de 2015**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 29 de abril de 2019.

DELGADO, Beatriz Macedo. **O processo cautelar e o poder geral de cautela**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 mar. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55391&seo=1>. Acesso em: 01 de março de 2019.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Artigo: em defesa da presunção de inocência**. 2007. Disponível em <http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2007/artigo-em-defesa-da-presuncao-de-inocencia>. Acesso em: 29 de abril de 2019

FERNANDES, Antônio S. **Processo Penal Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 19 de janeiro de 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. revisada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES Jr. Aury. **Prisões cautelares**. 5ª edição. São Paulo. Editora. Saraiva Jur. 2017.

MELO, Andréa Vicky de Moraes. **As medidas cautelares diversas da prisão e a efetividade do direito penal**. Monografia. 2012. Universidade Estadual da Paraíba. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5312/1/PDF%20-%20Andr%C3%A9a%20Vicky%20de%20Moraes%20Melo.pdf>. Acesso em: 10 de janeiro de 2019.

MELO, Jeremias de Cássio Carneiro de. **A aproximação normativa do direito brasileiro ao *stare decisis* da tradição anglo-americana e o risco de consolidação do caos enunciativo-decisório.** Dissertação. Universidade Federal da Paraíba. 2015. Disponível em: https://sigaa.ufpb.br/sigaa/public/programa/noticias_desc.jsf?lc=pt_BR&id=1891¬icia=37956280. Acesso em: 10 de abril de 2019.

ORRO, Augusto Bouret. **O poder geral de cautela no processo penal.** Revista Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI265851,21048-O+poder+geral+de+cautela+no+processo+penal>. Acesso em: 15 de dezembro de 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 21. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA JR., Valter Henrique. **Ativismo judicial: perspectivas histórica e pragmática nos Estados Unidos e no Brasil pós 88.** Monografia. 2018. Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ.

PESSOA, Jéssika Saraiva de Araújo. **O Estado de Coisas Inconstitucional: Tendência de “empoderamento judicial” na América Latina.** Monografia. 2016. Disponível em: <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/13950/1/PDF%20-%20J%C3%A9ssika%20Saraiva%20de%20Araujo%20Pessoa.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

RABELO, Grazielle Martha. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal.** *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990. Acesso em: 29 de abril de 2019

ROMANO, Rogério Tadeu. **Um caso concreto envolvendo aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP e do princípio da congruência.** Revista *Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4375, 24 jun. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40307>. Acesso em: 09 de abril 2019.

SIQUEIRA, Felipe Schaan. **As medidas cautelares e o poder geral de cautela no processo penal: Da possibilidade do uso subsidiário do poder geral de cautela, previsto no Código de Processo Civil, para a decretação de medidas cautelares inominadas no processo penal.** Monografia. UFRGS. 2018. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/174689/001061505.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 de janeiro de 2019.

SOARES, Gustavo Torres. **Medidas cautelares pessoais diversas da prisão: comparação entre os sistemas brasileiro, italiano, chileno e estadunidense.** Revista *Custos Legis*. 2013, V.4, p.3-4. Disponível em:

file:///C:/Users/ana_f/Downloads/2013_PenalProcessoPenal_MedidasCautelaresPes
soaisDiversas%20da%20Prisao%20(1).pdf. Acesso em: 10 de abril de 2019.
Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus n. 94.147/RJ**. Relatora: Ministra
Ellen Gracie, 2ª Turma do STF, DJ de 12.06.2008. Disponível em:
<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=107&dataPublicacaoDj=13/06/2008&incidente=2604884&codCapitulo=5&numMateria=19&codMateria=3>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **AG.REG. NO HABEAS CORPUS 165.581 RONDÔNIA**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma do STF. Julgamento em 22-02-2019. DJe-047. DIVULG. 08-03-2019. PUBLIC. 11-03-2019. Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339669219&ext=.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

_____. **Rcl 32809 AgR / SP - SÃO PAULO**. Relatora: Min. Rosa Weber. Primeira Turma do STF. Julgamento em 29-03-2019. DJe-063. DIVULG. 28-03-2019. PUBLIC. 29-03-2019. Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339815033&ext=.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Habeas Corpus n. 126.973 SP**. Relator: Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma do STJ, DJ de 15.09.2014. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34550913&num_registro=200900138778&data=20140915&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 10 de fevereiro de 2019.

_____. **Resp.1.576.994 SP**. Relatoria do Ministro Marco Aurélio Belizze, terceira turma do STJ, DJ 29.11.2017. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75793181&num_registro=201600029270&data=20171129&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 de abril de 2019.

STRECK, Lênio Luiz. Lênio Streck: **"Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia"**. Consultor Jurídico. 2014. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-08/lenio-streck-abandonar-as-proprias-vontades-para-julgar-e-o-custo>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. rev. ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2017.

AGRADECIMENTOS

Por toda paciência que faz brotar em meu coração; pelas forças que me renova todos os dias; pelo muito amor que tem sustentado e suprido todas as minhas necessidades; minha gratidão, em primeiro lugar, a Deus: centro e fundamento da minha vida.

Por toda confiança, amor, compreensão, presença e estímulo nunca hesitante, à minha família, de forma mais perene, à minha mãe, que é meu esteio, referência e inspiração.

À minha amada Fátima (*in memoriam*), tia, segunda mãe e grande incentivadora, cujo amor, ternura e sensibilidade sempre me preencheu a vida.

Aos amigos de longa data, Vanessa, Petrônio e Tatiane, pelo amor que nos une e pelo apoio que mutuamente compartilhamos.

Aos meus colegas de trabalho da Diretoria de Tributos de Solânea por toda amizade e carinho que me dedicam.

A todos os que integram a Vara única da comarca de Solânea, em especial, ao juiz Osenival dos Santos Costa, pela confiança, acolhimento e valiosas oportunidades de aprendizado.

Às amigas que a ESMA me trouxe, em especial, Jordanny e Milena, pelo vínculo de afeto e respeito que solidamente construímos.

Aos professores e funcionários da ESMA, unidade Campina Grande-PB, por todo o aprendizado e atenção dispensados, com especial destaque para os professores Rosimeire Ventura, Thana Michelle, Hugo Zaher, Alex Muniz; e, as secretárias, Ana e Vera.

Ao meu orientador, Jeremias de Cássio Carneiro de Melo, pela seriedade, simplicidade, acolhimento, boa vontade, correções, sugestões, zelo e exemplo, cruciais no desenvolvimento deste trabalho.

Minha gratidão a todos!