

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENAIS**

**TAMIRES MARTINS**

**DA (DES) NECESSIDADE DO PODER GERAL DE CAUTELA NA APLICAÇÃO  
DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO**

**PORTO ALEGRE  
2016**

**TAMIRES MARTINS**

**DA (DES) NECESSIDADE DO PODER GERAL DE CAUTELA NA APLICAÇÃO  
DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade  
de Direito da Universidade do Rio Grande  
do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Mauro  
Fonseca Andrade.

**PORTO ALEGRE  
2016**

**TAMIRES MARTINS**

**DA (DES) NECESSIDADE DO PODER GERAL DE CAUTELA NA APLICAÇÃO  
DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO.**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade  
de Direito da Universidade do Rio Grande  
do Sul.

Aprovado em 14 de dezembro de 2016.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

**Prof. Mauro Fonseca Andrade  
Orientador**

---

**Prof. Odone Sanguiné**

---

**Prof. Pablo Rodrigo Alflen da Silva**

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família, em especial aos meus filhos Júlia, Régis e a pequena Hilde, ainda no ventre, que me deram forças para concretizar este trabalho bem como para concluir faculdade.

Ao meu companheiro, Rian Miguel, por toda ajuda e compreensão prestadas. O seu zelo com a família nos momentos em que estive ausente foram imprescindíveis nessa longa jornada.

Ao meu orientador, Mauro Fonseca Andrade, por toda a paciência, pelo incentivo em relação ao tema escolhido e pela atenção prestada.

## RESUMO

O presente trabalho trata das medidas cautelares alternativas à prisão disciplinadas na Lei nº 12.403/2011 e analisa a situação do poder geral de cautela no direito processual. Desse modo, busca compreender a viabilidade da sua aplicação no processo penal. Assim, sob pena de ineficácia do resultado do processo, é imprescindível que o juiz disponha de meios para proteger o bem jurídico em evidência antes da sentença ou condenação. Dessa maneira, tanto no direito processual civil quanto no direito processual penal as medidas cautelares são largamente utilizadas antes e durante o processo. No que concerne ao direito processual penal, as medidas cautelares são formas de assegurar a efetividade dos princípios constitucionais previstos no art. 5º da Constituição (o direito à vida, à integridade física (saúde), à liberdade, à segurança, à propriedade), posto que a prisão cautelar não é mais a regra na atuação jurisdicional e a liberdade despojada de limitadores, de outro lado, pode violar, igualmente, os aludidos princípios. Sendo assim, o juiz dispõe de um leque de alternativas à prisão para garantir a integridade da vítima, do réu, das provas, das testemunhas, enfim, dos elementos do processo que necessitem de imediata guarida jurisdicional. Embora a criação de um rol de medidas cautelares pessoais seja uma significativa conquista trazida pela Lei nº 12.403/2011, a atuação do juiz ainda fica engessada, uma vez que nem todos os casos se enquadram nas hipóteses previstas. Desse modo, o poder geral de cautela é utilizado para preencher lacunas na lei e buscar medidas inominadas menos gravosas e igualmente eficazes em comparação às previstas. Isto posto, será demonstrado que, conquanto existam posicionamentos contrários ao poder geral de cautela, os juízes costumam decretar medidas cautelares inominadas. Nesse mesmo passo, será demonstrado, por meio de diferentes visões doutrinárias e amostras jurisprudenciais, que o poder geral de cautela não fere dispositivos constitucionais penais tais como o princípio da legalidade, bem como não ataca a rigidez característica do sistema penal.

Palavras-chave: Medidas Cautelares. Poder Geral de Cautela. Processo Penal.

## ABSTRACT

The present work deals with the precautionary measures alternative to the prison disciplined in Law n° 12.403/2011 and analyzes the situation of the general power of caution in the procedural law. In this way, it seeks to understand the feasibility of its application in criminal proceedings. Thus, under penalty of ineffectiveness of the outcome of the proceedings, it is essential that the judge has the means to protect the legal good in evidence before the sentence or conviction. Thus, both in civil procedural law and in criminal procedural law, precautionary measures are widely used before and during the proceedings. About criminal procedural law, precautionary measures are ways of ensuring the effectiveness of the constitutional principles set forth in art. (The right to life, physical integrity (health), freedom, security, property), since pre-trial detention is no longer the rule in judicial proceedings and freedom deprived of limiters, on the other hand, may also violate the aforementioned principles. Thus, the judge has a range of alternatives to imprisonment to guarantee the integrity of the victim, the defendant, the evidence, the witnesses, and finally, the elements of the case that require immediate judicial protection. Although the creation of a list of personal precautionary measures is a significant achievement brought by Law 12.403/2011, the performance of the judge is still ingrained, since not all cases fit the expected scenarios. In this way, the general power of caution is used to fill gaps in the law and seek innominate measures less burdensome and equally effective compared to those envisaged. This, it will be shown that, while there are positions contrary to the general power of caution, judges usually decree unnamed precautionary measures. In this same step, it will be demonstrated, through different doctrinal views and case-law samples, that the general power of caution does not violate constitutional penal provisions such as the principle of legality, nor does it attack the rigidities characteristic of the penal system.

Keywords: Precautionary Measures. General Power of Caution. Criminal proceedings.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2. DA CAUTELARIDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO....</b>	<b>11</b>
<b>2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DAS CAUTELARES.....</b>	<b>11</b>
2.1.1 NORMAS INTERNACIONAIS.....	14
<b>2.2 SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....</b>	<b>14</b>
2.2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DAS MEDIDAS CAUTELARES.....	15
2.2.1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	16
2.2.1.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	16
2.2.1.3 PRINCÍPIO DA RESERVA DE JURISDIÇÃO.....	17
2.2.1.4 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO.....	17
2.2.1.5 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	18
2.2.1.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	19
<b>2.3 REFORMAS INFRACONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>20</b>
<b>2.3 COMPARAÇÃO ENTRE AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL</b>	<b>23</b>
<b>2.4 AUTONOMIA DO PROCESSO PENAL CAUTELAR.....</b>	<b>24</b>
<b>3. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO: LEI 12.403/2011.....</b>	<b>26</b>
<b>3.1 FINALIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES.....</b>	<b>27</b>
<b>3.2 DAS ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS.....</b>	<b>28</b>
3.2.1 COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO.....	28
3.2.2 PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES.....	29
3.2.3 PROIBIÇÃO DE MANTER CONTATO COM PESSOA DETERMINADA.....	29
3.2.4 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA.....	30
3.2.5 RECOLHIMENTO DOMICILIAR.....	31
3.2.6 SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA.....	32
3.2.7 INTERNAÇÃO PROVISÓRIA.....	33
3.2.8 FIANÇA.....	35

3.2.9	MONITORAÇÃO ELETRÔNICA .....	37
3.2.10	PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO PAÍS .....	37

**4. SOBRE A INCIDÊNCIA DO PODER GERAL DE CAUTELA NO DIREITO  
PROCESSUAL..... 39**

**4.1 APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL E A OCORRÊNCIA DE DIVERGÊNCIA NO ÂMBITO  
DOCTRINÁRIO .....42**

**4.2 APLICAÇÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA NO DIREITO COMPARADO: OBSERVAÇÕES  
SUCINTAS.....45**

**4.3 INCIDÊNCIA ANTES E APÓS A REFORMA PROMOVIDA PELA LEI 12.403/2011.....47**

4.3.1 DA (DES) NECESSIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES INOMINADAS ALTERNATIVAS À PRISÃO .. 49

4.3.2 APLICAÇÕES NO ÂMBITO JURISPRUDENCIAL..... 51

4.3.2.1 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL..... 51

4.3.2.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ..... 52

4.3.2.3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: HC 127.186/PR ..... 53

**5. CONCLUSÕES:..... 56**

**REFERÊNCIAS ..... 59**



## 1. INTRODUÇÃO

A finalidade do presente trabalho é examinar a reforma processual penal promovida pela Lei nº 12.403/2011, a partir do conhecimento do histórico das medidas cautelares alternativas à prisão, suas hipóteses e requisitos para incidência.

Conjuntamente, pretende analisar o poder geral de cautela, a partir do conhecimento da sua trajetória no direito processual. Deste modo, objetiva esclarecer a relação do poder geral de cautela no processo penal e a possibilidade de existir medidas cautelares inominadas. Para isso, é verificada a doutrina e a jurisprudência.

O motivo da escolha do tema é o interesse pelo assunto tutela cautelar e o seu desenvolvimento. No processo penal, a possibilidade de decretar medidas cautelares diversas para efetivar direitos e assegurar garantias sempre respeitando os princípios constitucionais, traz esperança na possibilidade de algum dia realmente a prisão cautelar tornar-se exceção de fato, não somente de direito. Assim, em que pese a necessidade de prender, na maioria das vezes simplesmente motivada para gerar um efeito simbólico na sociedade de eficácia do direito penal, o sistema processual somente será eficaz para a sociedade quando puder valer-se de alternativas à prisão, porquanto o cárcere, notoriamente, não ressocializa ou assegura direitos a ninguém.

Assim, o segundo capítulo busca mostrar que as medidas cautelares têm importante relevância nos sistemas processuais porquanto, em suma, servem para dar eficácia ao direito tutelado. Para isso, é analisado brevemente o contexto histórico em que a Lei nº 12.403/2011 está inserida. Logo após, são explicados os princípios constitucionais que informam as medidas. Adiante, são examinadas as reformas inconstitucionais no que tocam ao tema. Por fim, é traçado um paralelo entre as medidas cautelares no processo civil e no processo penal.

No terceiro capítulo são analisadas as medidas cautelares alternativas à prisão, delineando-se seus objetivos e explicando a conceituação e a aplicação de cada espécie cautelar.

Por fim, o quarto capítulo trata do poder geral de cautela, analisando seu tratamento no processo civil e no processo penal. Diferentemente do processo civil, o poder geral de cautela no processo penal gera significativa divergência doutrinária, que será exemplificada por meio dos posicionamentos contrários e favoráveis em subcapítulo próprio.

Ainda, será brevemente analisado o comportamento de algumas legislações estrangeiras em relação às cautelares inominadas, tratando tanto daquelas que as aceitam como as que rejeitam a sua incidência.

Além disso, será visto como o poder geral de cautela era aplicado antes da reforma promovida pela Lei das cautelares, bem como o seu entendimento doutrinário e jurisprudencial após a promulgação da referida Lei.

Logo, diante das conclusões obtidas no subcapítulo acima mencionado, aborda-se a questão da (des) necessidade das medidas cautelares inominadas alternativas à prisão, fornecendo, com base na jurisprudência, artigos e doutrina, argumentos que aceitam a necessidade da sua incidência. Por fim, é colacionada breve amostra jurisprudencial que demonstra, de forma prática, a eficácia das cautelares inominadas alternativas à prisão.

## 2. DA CAUTELARIDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Sobre o instituto das medidas cautelares no direito processo penal incidiram relevantes alterações em 2011 com a promulgação da Lei nº 12.403. Sendo assim, é necessário explicar sucintamente o contexto em que a transformação ocorreu.

### 2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DAS CAUTELARES

Anteriormente à reforma promovida no direito processual penal pela lei que ampliou as medidas cautelares pessoais diversas da prisão, o sistema processual penal era caracterizado pela bipolaridade<sup>1</sup>, porquanto o juiz detinha somente duas opções no momento de analisar o auto de prisão em flagrante. Assim, naquele quadro limitador, ou o magistrado declarava a prisão preventiva do investigado ou concedia a liberdade provisória.

Sobre a liberdade provisória nesse período, complementa Brasileiro de Lima explicando que, na hipótese de liberdade provisória sem fiança, o investigado ficaria obrigado a comparecer aos atos do processo, toda vez que fosse intimado a apresentar-se perante a autoridade que presidisse o inquérito, a instrução e o julgamento. Ainda, caso fosse concedida liberdade provisória com fiança, o acusado ficava proibido de mudar sua residência sem prévia autorização bem como impedido de ausentar-se por mais de 8 dias da sua residência sem comunicar o lugar em que poderia ser encontrado <sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>A Lei 12.403/2011 trouxe ao processo penal pátrio um alargamento das medidas cautelares. No sistema brasileiro, convivíamos, basicamente, em termos cautelares, com as prisões cautelares, as medidas assecuratórias e as cautelares probatórias, como a busca e apreensão, interceptações etc.[...]. NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2ª ed. São Paulo, 2015. Pág,62.

<sup>2</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 4ª Edição. Salvador, 2016. Pág.1121.

Nesse passo, de acordo com Scarance Fernandes<sup>3</sup>, a legislação mostrava-se rigorosa na concessão da liberdade provisória, em que pese a disposição do inciso LXVI do Art. 5º da CF, que estabeleceu a garantia da liberdade provisória com ou sem fiança nos casos admitidos em lei.

Sendo assim, para exemplificar essa restrição à liberdade provisória, pode-se mencionar a atualização dos valores das fianças pela Lei nº 7.780/1989. Igualmente, a promulgação da Lei nº 8.072, de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes drogas afins e o terrorismo. Ainda, houve ampliação no rol dos crimes hediondos por meio da Lei 8.930 de 1994 e da Lei 9.695 de 1998, em todos os casos, excluindo a hipótese de liberdade provisória com ou sem fiança<sup>4</sup>.

Destarte, enquanto a legislação torna-se mais restritiva em relação à liberdade provisória, a jurisprudência, de outro lado, promove o abrandamento dessa linha evolutiva. Para exemplificar, Scarance Fernandes cita a orientação do STF contrária a total vedação da liberdade provisória<sup>5</sup> bem como a imposição da necessidade de motivação da negativa da liberdade provisória amparada em necessidade cautelar<sup>6</sup>.

Em suma, de acordo com o já referido autor, a legislação infraconstitucional manteve-se tímida nas hipóteses de incidência da liberdade provisória, não obstante alterações legislativas descarcerizadoras já estivessem sendo implantadas, como a criação dos Juizados Especiais Criminais autorizados na Lei nº 9.099/1995<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**.7ª Ed. São Paulo, 2012. Pág. 316.

<sup>4</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**.7ª Ed. São Paulo, 2012. Pág.319.

<sup>5</sup> O STF - Pleno HC 104339/SP Rei. Min. Gilmar Mendes, decisão: 10-5-2012 (inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nD 11. 343/06) - posicionou-se pela inconstitucionalidade de vedação legal compulsória à concessão de liberdade provisória, pois conforme destacado pelo Ministro Celso de Mello, essa vedação legal causa "ofensa aos postulados constitucionais da presunção de inocência, do *due process of law*, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, visto sob a perspectiva da proibição do excesso", inclusive em relação a tráfico ilícito de entorpecentes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm#transcricao1>> Acesso em: 01/08/2016.

<sup>6</sup> FERNANDES, **ob. cit.**, pág.322.

<sup>7</sup> A referida Lei não impõe prisão preventiva ou outra medida cautelar. Outrossim, propõe transação penal e a suspensão condicional do processo. Conforme disposição do Art. 69: A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela,

Diante disso, graves consequências advinham do binômio prisão/liberdade, como, por exemplo, a grande quantidade de pessoas encarceradas<sup>8</sup>, ou por meio de prisões em flagrante que se perpetuavam no tempo ou em virtude de prisões temporárias que ultrapassavam o período determinado em lei. Logo, “essa reduzida gama de opções de medidas cautelares de natureza pessoal era causa de evidente prejuízo, quer à liberdade de locomoção do agente, quer à própria eficácia do processo penal”.<sup>9</sup>

Ademais, embora ocorresse com menor frequência, em virtude da ausência de outras opções, deixando de decretar a medida extrema, havia o risco de libertar alguém da prisão cautelar e comprometer a eficácia do processo<sup>10</sup>.

Nesse cenário foi instituída a Lei nº 12.403/2011, com a finalidade de alterar a referida situação restritiva. Assim sendo, a prisão cautelar passa a ser considerada como a *ultima ratio*<sup>11</sup>.

Não obstante a ampliação das cautelares pessoais alternativas à prisão, não se pode esquecer que a liberdade condicionada pelas cautelares diversas da prisão também deve ser encarada como exceção, para que não ocorra uma expansão da atividade punitiva do Estado, conforme entendimento de Salo de Carvalho:

Assim, fundamental perceber que as medidas descarcerizadoras devem ser vistas como importantes mecanismos de desinstitucionalização, sendo sua aplicação inegavelmente mais vantajosa que qualquer forma de aprisionamento. O problema que se coloca na investigação, porém, é o de até que ponto os substitutivos penais efetivamente diminuem o impacto do carcerário sobre os grupos vulneráveis/criminalizados, ou seja, se as alternativas são efetivamente incorporadas pelos sistemas político-legislativo, jurídico e executivo como alternativas a prisão (e também ao

---

seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em 28/03/2016.

<sup>8</sup> Consoante o entendimento de Rogério Tadeu Romano, não se pode interpretar a Lei 12.403/2011, sem observar a situação cruel do sistema penitenciário brasileiro. No Brasil, fala-se que há um significativo déficit de vagas. Em dezembro de 2010, a população carcerária atingiu o patamar de 496.251 encarcerados. Por sua vez, os indicadores do Infopen apontam que o sistema prisional brasileiro só dispõe de 298.275 vagas. **Medidas Cautelares Pessoais alternativas à prisão**, Pág. 06, 2013. Disponível em: < <https://www.jfrn.gov.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina324-medidas-cautelares-alternativas-aa-prisao.pdf>> Acesso em 28/03/2016.

<sup>9</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 4ª Edição. Salvador, 2016. Pág. 1121.

<sup>10</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 4ª Edição. Salvador, 2016. Pág. 1121.

<sup>11</sup> Além do menor custo pessoal e familiar dessas medidas cautelares diversas da prisão, o Estado também é beneficiado com a sua adoção, porquanto poupa vultosos recursos humanos e materiais, indispensáveis à manutenção de alguém no cárcere, além de diminuir os riscos e malefícios inerentes a qualquer encarceramento, tais como a transmissão de doenças infectocontagiosas, estigmatização, criminalização do preso, etc. LIMA, **ob. cit.**, pág. 1122.

processo penal) ou se constituem aditivo de ampliação do controle social punitivo retroalimentador da prisão<sup>12</sup>.

### 2.1.1 NORMAS INTERNACIONAIS

Sobre a origem do instituto como conhecemos, Salo explica que o projeto de reforma prisional com a criação de medidas alternativas ao cárcere é universalizado no 8º Congresso da Organização das Nações Unidas (1990), quando da elaboração das Regras de Tóquio. O acordo internacional visou enunciar um conjunto principiológico que promovesse o emprego de medidas não privativas de liberdade substitutivas à prisão<sup>13</sup>.

Neste quadro, o referido autor destaca ainda que a Organização das Nações Unidas, Regras de Tóquio, no art. 1.2 dispõe que as suas regras têm por finalidade “promover uma maior participação da comunidade na administração da justiça penal e, muito especialmente, no tratamento do delinquente, bem como estimular entre os delinquentes o senso de responsabilidade em relação à sociedade”<sup>14</sup>.

Neste mesmo sentido, Mauro Fonseca Andrade refere que a instituição da Lei 12.403/2011 adequou o país as normas internacionais relativas às cautelares de natureza pessoal, mais especificamente, ao Manual de Normas Internacionais sobre Prisão Preventiva, apresentado pela ONU em 1997<sup>15</sup>.

## 2.2 SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Conforme o ensinamento de Costa de Souza, o significado normativo necessita ser buscado na precisa leitura constitucional. Nesse sentido, tanto o legislador como o julgador, enquanto operadores do direito, devem voltar os olhos aos princípios e regras constitucionais na elaboração e aplicação das normas<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup>CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro, 2010, pág. 47.

<sup>13</sup> CARVALHO, Salo de. **ob. cit.**, pág. 49.

<sup>14</sup> CARVALHO, Salo de. **ob. cit.**, pág. 49.

<sup>15</sup> ANDRADE, Fonseca Mauro. **A atuação do Ministério Público frente às medidas cautelares pessoais. Pág. 1**. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/index.php/artigos/mauro-fonseca-de-andrade/>>. Acesso em 30/07/2016.

<sup>16</sup> COSTA DE SOUZA, Jose Nilton. **Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal** eficaz. Pág. 4. Disponível em: <http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/poder-geral-de-cautela.pdf>. Acesso em 05/04/2016.

Nesse passo, todas as reformas infraconstitucionais na seara processual penal realizadas a partir da promulgação da Carta Magna devem seguir sua fiel observância, considerando, ainda, os tratados internacionais firmados pela União sobre direitos humanos que detêm status de emenda constitucional<sup>17</sup>.

Por conseguinte, em se tratando dos direitos e garantias fundamentais constitucionais, é necessário diferenciá-los para a sua adequada conceituação.

Assim, ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo que os direitos fundamentais são os bens jurídicos em si mesmos considerados, declarados como tais nos textos constitucionais, enquanto as garantias são os instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. Em suma, “enquanto aqueles nos asseguram direitos, as garantias conferem proteção a esses direitos nos casos de eventual violação”<sup>18</sup>.

Em relação ao processo penal, considerado além de meio para satisfação da pretensão acusatória também atua como instrumento constitucional, porquanto visa assegurar a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial da liberdade individual<sup>19</sup>.

#### 2.2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DAS MEDIDAS CAUTELARES

No que diz respeito às medidas cautelares, Nicolitt afirma que são regidas principalmente pelos princípios constitucionais da dignidade humana, do devido processo legal, da reserva de jurisdição, da motivação, do contraditório e da proporcionalidade<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 10/04/2016.

<sup>18</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 13ª Edição. Rio de Janeiro; São Paulo, 2014. Pág. 100.

<sup>19</sup> LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. – 11. ed. – São Paulo, 2014. Pág. 35.

<sup>20</sup> NICOLITT, Andre Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo, 2015. Pág. 36.

### 2.2.1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De acordo com Nucci<sup>21</sup>, o princípio da dignidade da pessoa humana, de fato, atua como informador de todo o conjunto de leis do Estado Democrático de Direito, porquanto não é específico do direito processual penal. Logo, norteia a atuação estatal tendo em vista que dignidade humana significa proteção ao indivíduo por meio do respeito aos seus direitos e garantias fundamentais.

No que diz respeito às medidas cautelares, o princípio informador da dignidade humana exerce também a função de limitador. Deste modo, Nicolitt ensina que em virtude da natureza instrumental das medidas, é necessário cuidado para que o ser humano indiciado ou acusado não seja coisificado e transformado em objeto. Sendo assim, esse princípio opõe-se à ética utilitarista<sup>22</sup>.

### 2.2.1.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL

Disposto expressamente no art. 5º, inc. LIV da CF, consoante o entendimento de Távora e Alencar, o princípio do devido processo legal constitui garantia de que o processo será tipificado, sem arbitrariedades nos seus atos básicos. Deste modo, para que se interfira na liberdade do agente devem ser respeitadas as condições e os limites decorrentes deste princípio<sup>23</sup>.

No que concernem às medidas cautelares, Nicolitt destaca que a importância do devido processo legal reside no fato de que aquelas constituem as formas mais agressivas de intervenção do Estado na esfera individual, dado que submetem a pessoa a sofrimento e restrições de direitos individuais em caráter provisório, sem que tenha havido o esgotamento do devido processo legal<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. – 15. ed. – Rio de Janeiro, 2015. Pág. 32/33.

<sup>22</sup> NICOLITT, Andre Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo, 2015. Pág. 36.

<sup>23</sup> TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Bahia, 2016. Pág. 65-66.

<sup>24</sup> NICOLITT, **ob. cit.**, páginas 37 e 40.



Ainda, refere que do devido processo legal se extraem as noções de taxatividade, de duração razoável das medidas cautelares, bem como de presunção da inocência, caracterizado como princípio inerente ao devido processo legal<sup>25</sup>.

Em relação às medidas cautelares, destaca que a presunção da inocência exerce função de regra de tratamento, “de forma que as acusações e suspeitas contra o imputado não o diminua no âmbito social, moral ou sua integridade física diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo”<sup>26</sup>.

### 2.2.1.3 PRINCÍPIO DA RESERVA DE JURISDIÇÃO

A garantia constitucional da reserva da jurisdição assegura ao sujeito que sofre limitação da sua liberdade o necessário respaldo da autoridade judiciária competente, que validará, por exemplo, uma prisão decretada em flagrante. Deste modo, a validade destes tipos de medidas restritivas de direitos depende de determinação escrita e fundamentada da autoridade competente nos limites legalmente estabelecidos<sup>27</sup>.

Outrossim, é importante ressaltar que as medidas cautelares alternativas, em que pesem menos onerosas em comparação à prisão, de igual maneira impõe restrições a direitos fundamentais. Sendo assim, estão afetas exclusivamente à esfera jurisdicional. Desse modo, nem mesmo aqueles órgãos que têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais podem determinar medidas cautelares<sup>28</sup>.

### 2.2.1.4 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

Sobre o princípio da motivação destaca Brasileiro de Lima que esta deixou de ser apenas uma garantia com finalidade estritamente processual para se tornar a garantia de uma jurisdição efetiva. Logo, toda sociedade é protegida, porquanto por meio das decisões fundamentadas a coletividade pode aferir se o magistrado

---

<sup>25</sup> NICOLITT, **ob. cit.**, página 40.

<sup>26</sup> NICOLITT, **ob. cit.**, páginas 51 e 52.

<sup>27</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo, 2013. Págs. 13-14.

<sup>28</sup> NICOLITT, **ob. cit.**, página 50.

respeitou direitos fundamentais e, igualmente, se observou deveres constitucionais tais como a imparcialidade<sup>29</sup>.

Ao tratar do princípio da motivação, sua vinculação às medidas cautelares é de suma importância, tendo em vista a grande ocorrência de decisões judiciais equivocadas de generalidade. Sendo assim, todas as decisões devem ser fundamentadas com as razões de fato e de direito que as constituem, incluindo as decisões da autoridade policial, porquanto a inexistência de motivação interfere na análise dos requisitos para o deferimento das cautelares, importando em nulidade ou invalidade caso sejam decretadas<sup>30</sup>.

#### 2.2.1.5 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório é considerado basilar do processo penal porquanto constitui requisito de validade do processo, importando em nulidade absoluta quando a sua inobservância cause prejuízo ao acusado. Em vista disso, este mecanismo de proteção alicerçado no interesse coletivo, assegura ao cidadão a realização de um processo penal justo e equitativo. Sendo assim, possibilita aos interessados participação efetiva no processo por meio de uma estrutura dialética de afirmações e negações que também auxiliam na formação do convencimento judicial das matérias de fato e de direito apresentadas<sup>31</sup>.

Nesse passo, Nicolitt leciona que, embora a finalidade do princípio seja oportunizar a manifestação das partes sobre cada ato do processo, com a ampliação das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal (CPP), o contraditório imediato passou a ser tratado como a regra e o diferido como exceção, reservado aos casos de urgência ou perigo de ineficácia, embora, na prática, a urgência e o risco, fundamentos das medidas cautelares, estipule o contrário na maioria das vezes.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 4ª Edição. Salvador, 2016. Pág. 1334.

<sup>30</sup> NICOLITT, **ob. cit.**, página 51.

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo, 2014. Págs. 43-44.

<sup>32</sup> NICOLITT, **ob. cit.**, páginas 51 e 52.

### 2.2.1.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Por fim, o princípio da proporcionalidade encontra ampla incidência nos dispositivos legais que tratam das medidas cautelares, porquanto serve de farol ao juiz, permitindo-lhe, no caso concreto, decidir sobre a aplicação da medida. Assim, o referido princípio é dotado de uma tríplice caracterização, quais sejam, a adequação, a necessidade e a exigibilidade. Ainda, refere Barroso sobre a 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 do cidadão<sup>33</sup>.

Pacelli de Oliveira informa, outrossim, que o mencionado princípio está previsto implicitamente na Constituição Federal, exercendo duas funções essenciais. A primeira função diz respeito à máxima efetividade dos direitos fundamentais, pois autoriza o juiz a não aplicar certa regra, caso resulte em sanção ou proibição gravosa ao agente. A segunda função permite um juízo de ponderação, quando duas normas são igualmente cabíveis para regular uma situação.<sup>34</sup>

De forma prática, verificamos a incidência da proporcionalidade em alguns dispositivos do Código de Processo Penal (CPP), com redações dadas pela Lei 12.403/2011:

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<sup>35</sup>.

Outrossim, os parâmetros para a aplicação das medidas cautelares também sofrem influência do princípio da proporcionalidade, Nicollit aponta que, conforme dispõe o parágrafo 1º do art. 283 do CPP, as medidas cautelares não se aplicam às infrações não punidas com pena privativa de liberdade. Enquanto o art. 313, I, do

<sup>33</sup> BARROSO apud NICOLITT, *ob. cit.*, pág. 54.

<sup>34</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo, 2014. Pág. 504.

<sup>35</sup> Brasil. **LEI Nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)> Acesso em: 25/04/2016.

CPP, exige para aplicação da prisão preventiva, que o crime seja doloso e punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos<sup>36</sup>.

## 2.3 REFORMAS INFRACONSTITUCIONAIS

Visando dar eficácia aos princípios, direitos e garantias previstos na Constituição de 1988 que dizem respeito à dignidade da pessoa humana e a liberdade, o Código de Processo Penal passou por relevantes alterações. Mais especificamente, no que diz respeito às medidas cautelares pessoais objeto do presente trabalho, duas leis modificaram profundamente no ordenamento pátrio as regras de cabimento da prisão cautelar e da liberdade provisória.

Nesse passo, José Nilton Costa de Souza<sup>37</sup> destaca as seguintes alterações ocorridas no CPP no que tocam as medidas cautelares pessoais. Refere a promulgação da Lei Maria da Penha, nº 11.340/2006, que prevê a possibilidade de decretação de medidas cautelares, inclusive inominadas. A autoridade policial, ao lavrar a ocorrência policial, verificando a necessidade de alguma medida cautelar para proteger a vítima, já a solicita ao judiciário, que, em prazo exíguo, analisando o fato narrado bem como alguma prova colhida a decreta liminarmente<sup>38</sup>.

O rol não taxativo de medidas cautelares diversas da prisão estão previstas nos artigos a seguir colacionados:

---

<sup>36</sup> NICOLITT, Andre Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo, 2015. Pág. 54.

<sup>37</sup> SOUZA, Jose Nilton Costa de. **Constituição e Processo penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz**. Pág. 2 e 3 Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/poder-geral-de-cautela.pdf>>. Acesso em 30/07/2016.

<sup>38</sup> Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

- I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;
- II - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;
- III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;
- IV - determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;
- V - ouvir o agressor e as testemunhas;
- VI - ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;
- VII - remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

#### Das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor

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

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

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

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

#### Seção III

#### Das Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Brasil. **LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de

Outro exemplo, refere-se a prisão administrativa prevista no art. 319<sup>40</sup>, que foi revogada, porquanto contradizia o artº.5, inciso LXI da CF<sup>41</sup>. Desse modo, os motivos da sua decretação iam de encontro ao *Pacto de San Jose da Costa Rica* da qual o Brasil é signatário. Assim, não se deve conceber prisão de natureza civil, intentando a cumprimento de obrigação administrativa, em matéria penal<sup>42</sup>.

Logo, a Lei nº 12.403/2011 deu nova redação ao referido artigo, instituindo nove medidas cautelares para serem aplicadas alternativamente ao cárcere, tornando, assim, a prisão preventiva como medida excepcional, em consonância com os preceitos da Constituição. Conseqüentemente, passa a não mais existir prisão em flagrante com caráter indeterminado. Ademais, disciplina regramento rígido em relação às hipóteses de prisão preventiva e temporária. Por conseguinte, torna-se necessária para a validade da decretação das prisões cautelares a observância de fundamentação jurídica. Por fim, o diploma legal regulamenta os casos de fiança, liberdade provisória com ou sem incidência de outras cautelares bem como a possibilidade de decretação de prisão em caso de descumprimento dessas medidas<sup>43</sup>.

---

Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)> Acesso em 01/08/2016.

<sup>40</sup>Art. 319. A prisão administrativa terá cabimento:

I - contra remissos ou omissos em entrar para os cofres públicos com os dinheiros a seu cargo, a fim de compeli-los a que o façam;

II - contra estrangeiro desertor de navio de guerra ou mercante, surto em porto nacional;

III - nos demais casos previstos em lei.

§ 1º A prisão administrativa será requisitada à autoridade policial nos casos dos ns. I e III, pela autoridade que a tiver decretado e, no caso do no II, pelo cônsul do país a que pertença o navio.

§ 2º A prisão dos desertores não poderá durar mais de três meses e será comunicada aos cônsules.

§ 3º Os que forem presos à requisição de autoridade administrativa ficarão à sua disposição.

<sup>41</sup> LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

<sup>42</sup> ROMANO, Rogério Tadeu. **Medidas Cautelares Pessoais alternativas à prisão**, Pág. 06. Disponível em:<<https://www.jfrn.gov.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina324-medidas-cautelares-alternativas-aa-prisao.pdf>>Acesso em 27/05/2016.

<sup>43</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 4ª Edição. Salvador, 2016. Pág. 1123-1124.

## 2.3 COMPARAÇÃO ENTRE AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL

Nicolli aduz que é inegável que a existência de princípios e origens comuns ao processo civil e ao processo penal “pois tanto a tutela da liberdade (direito fundamental), como a da propriedade [...] estão asseguradas de uma só vez pelo devido processo legal exigido na Constituição da República”<sup>44</sup>.

Nesse passo, Didier ensina que a tutela cautelar não visa imediatamente a satisfação de um direito, busca, pois, assegurá-lo conferindo a ele proteção. Ainda, informa que a tutela cautelar é dotada de duas características peculiares: a referibilidade e a temporariedade<sup>45</sup>.

Em relação à temporariedade da tutela, refere que o provimento cautelar dura o tempo necessário para a preservação a que se propõe, exaurindo-se com a satisfação da tutela definitiva.

Informa, ainda, que em relação ao mérito da tutela cautelar, há cognição exauriente, sendo sumária, por sua vez, a cognição relativa ao direito material postulado. Para que se obtenha a referida cognição exauriente do mérito cautelar, é necessário suporte fático para a probabilidade do direito <sup>46</sup> que se pretenda acautelar<sup>47</sup>.

No que concerne ao direito processual civil, com a promulgação do CPC/2015, as tutelas cautelares hoje se distinguem entre as tutelas de urgência (art. 300 CPC)<sup>48</sup> e as tutelas de evidência (art. 311 CPC)<sup>49</sup>. Na primeira hipótese, o tempo é

<sup>44</sup> NICOLLIT, Andre Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo, 2015. Pág. 26.

<sup>45</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed.- Salvador, 2015. Pág.562.

<sup>46</sup> Verifica-se a probabilidade do direito por meio dos conceitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

<sup>47</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed.- Salvador, 2015. Pág.564.

<sup>48</sup> Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

inimigo da efetividade do provimento final. Já na segunda, o tempo não deve ser suportado pela parte, sob pena de violação do princípio da igualdade, porquanto há provas robustas dos fatos alegados<sup>50</sup>.

No que diz respeito ao processo penal, as cautelares podem ser requeridas durante a fase investigatória, bem como no processo de conhecimento e no processo de execução. Por conseguinte, “podem ser adotadas: a) como instrumento de contracautela, substituindo anterior prisão em flagrante, preventiva ou temporária[...] b) como instrumento cautelar ao acusado que estava em liberdade plena”<sup>51</sup>.

## 2.4 AUTONÔMIA DO PROCESSO PENAL CAUTELAR

Há divergência doutrinária no que concerne a existência de um processo cautelar autônomo. Jose Nilton Costa de Souza analisa essa questão exemplificando-a por meio de duas posições doutrinárias. A posição contrária à autonomia do processo penal cautelar, aqui materializada por meio de Lopes Jr., refere que o processo penal dispõe de medidas cautelares, não de ação cautelar. Assim classifica-se o processo penal como de conhecimento ou de execução. Logo, as medidas cautelares incidiriam na fase de investigação preliminar, no processo de conhecimento e no de execução.<sup>52</sup>

O posicionamento favorável, por outro lado, destaca que, com fundamento em ampla doutrina, não há óbice a existência de uma ação cautelar autônoma, tendo

---

<sup>49</sup> Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

<sup>50</sup> DIDIER Jr., **ob. cit.**, págs. 567 e 569.

<sup>51</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 4ª Edição. Salvador, 2016. Págs. 1122 e 1123.

<sup>52</sup> LOPES Jr Apud SOUZA, Jose Nilton Costa de. **Constituição e Processo penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz**. Pág. 5. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/poder-geral-de-cautela.pdf>>. Acesso em 30/07/2016.



em vista que esta seria um terceiro gênero de processo, do mesmo modo que o processo de conhecimento e o de execução<sup>53</sup>.

Souza conclui pela existência de cautelares autônomas no âmbito do processo penal, já que há procedimentos cautelares ou com conteúdo cautelar que são analisados pelo juiz fora da investigação preliminar, em autos específicos, como ocorre nas medidas cautelares de urgência relacionadas na Lei Maria da Penha, bem como o Habeas Corpus e o Mandado de Segurança.

Eugenio Pacelli de Oliveira, outrossim, refere como requisitos fundamentais das medidas cautelares o *periculum in mora* e o *fumus commissi delicti*, embora não acredite em processo cautelar autônomo propriamente dito, principalmente porque faltam requisitos, como os exigidos nas cautelares de natureza não penal, tais como legitimidade, pedido e outros. Destaca também que outro impeditivo à autonomia se dá em virtude da natureza administrativa da fase anterior ao recebimento da denúncia pelo juiz<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> CAMPOS BARROS Apud SOUZA, **ob. cit.**, pág. 6.

<sup>54</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo, 2014. Pág. 520.

### 3. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO: LEI 12.403/2011

A partir da promulgação da Lei nº12.403/2011, além da ampliação do rol das medidas cautelares de natureza pessoal, outra importante alteração promovida diz respeito a decretação destas durante toda a persecução penal. Quanto a isso, Norberto Avena informa que o referido diploma legal extinguiu a possibilidade da manutenção da prisão em flagrante, sendo obrigatória a sua conversão em prisão preventiva caso, excepcionalmente, haja necessidade dessa medida cautelar<sup>55</sup>. Igualmente, não sendo o caso da prisão preventiva, há a possibilidade da decretação da liberdade provisória vinculada às medidas cautelares alternativas a prisão<sup>56</sup>. Em relação a última hipótese, a aplicação das cautelares pode ocorrer de forma isolada ou cumulada<sup>57</sup>.

Ademais, passou a ser exigido o contraditório para a decretação das cautelares pessoais quando não se trate dos casos de urgência em que o contraditório pode resultar em ineficácia da medida. Da mesma maneira, vedou-se a decretação das cautelares de ofício pelo magistrado na fase da investigação policial bem como previu a possibilidade do requerimento das medidas pelo assistente de acusação<sup>58</sup>.

Além disso, foram alteradas as disposições relativas à inafiançabilidade, para compatibilizá-la com a previsão constitucional, conferindo, outrossim, a possibilidade de arbitramento pelo delegado em determinados crimes.

---

<sup>55</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pêncaro. **Processo Penal esquematizado: Material Suplementar**. 2011. Separata de: AVENA. Norberto Cláudio Pêncaro. **Processo penal esquematizado** - 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro São Paulo, 2011. Pág. 6.

<sup>56</sup> Art. 282.[...] A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (NR)

Art. 283. [...] § 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

<sup>57</sup> Artigo 282, §1º da Lei 12.403/2011.

<sup>58</sup> Artigo 282, § 2º e 3º da Lei 12.403/2011.

### 3.1 FINALIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES

Com observância aos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade, assim como aos pressupostos específicos das medidas cautelares representados pelos *periculum in mora e fumus comissi delicti*, as cautelares penais alternativas objetivam ao serem previstas, por fim ao já referido binômio prisão e liberdade, únicas opções disponíveis até o advento da Lei nº12.403/2011, embora a preferência fosse pela utilização da medida encarceradora. Assim, contribuem para o delineamento de um processo penal democrático no país, criando um meio termo entre a prisão (medida extrema) e a liberdade (porquanto esta, anteriormente, não se mostrava suficiente para assegurar a eficácia da persecução penal, porquanto exigia, até então, somente o comparecimento do agente aos atos do processo, conforme dispõe a antiga redação do art. 310 do CPP)<sup>59</sup>.

Além do mais, “estas medidas cautelares objetivam assegurar a instrumentalidade do devido processo legal desde a fase preparatória do processo penal até a eficácia do resultado deste”<sup>60</sup>.

Diante disso, ao reunir um rol de medidas diversas da prisão, a lei objetiva disponibilizar ao magistrado uma ampla gama de opções. Neste sentido, Távora e Alencar explicam que, não obstante a presença de um rol taxativo na referida lei, não há óbice para que o juiz disponha de outras medidas que sejam adequadas a situação fática, no entanto, devem ser observados os limites previstos pela legislação. Logo, seja valendo-se do rol do artigo 319 seja aplicando outras medidas, o juiz deve ter cuidado para não aplicar medidas cautelares mais gravosas sem permissão legal, porquanto “ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, pelo que transbordaria essa limitação constitucional a adoção de medidas cautelares ou assecuratórias mais ásperas que as acolhidas legislativamente”<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Bahia, 2016. Pág. 1401.

<sup>60</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo, 2013. Pág. 102.

<sup>61</sup> TAVORA; ALENCAR, **ob. cit.**, pág. 1401.

## 3.2 DAS ESPÉCIES DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS

Demonstra-se necessário o destaque das espécies de medidas cautelares diversas da prisão trazidas para o Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011 porquanto algumas têm origem em criação jurisprudencial bem como costumam ser adaptadas de acordo com o caso concreto, conforme será demonstrado mais adiante.

### 3.2.1 COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO

Consoante à ordem disposta no artigo 319 Lei n° 12.403/2011, a primeira possibilidade de medida cautelar pessoal é a do inciso I, que prevê a exigência, pelo magistrado, de comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades. Sobre esta cautelar, foi inspirada no modelo português previsto no artigo 198 do CPP, mas incorporada no ordenamento pátrio sem muita técnica, porquanto não delimita prazos e condições para incidir de maneira adequada. Por sua vez, já havia previsão legal da referida cautelar na Lei n° 9.099/1995, no entanto, está disciplinada como condição para a suspensão condicional do processo<sup>62</sup>.

No que toca a periodicidade da medida, Oliveira informa que o juiz deve aferi-la conforme os critérios do inciso II do art. 282 do CPP. Ainda, refere que o fato do investigado morar em outra comarca não deve ser motivo para impedir a decretação da medida, porquanto deve prevalecer a incidência da cautelar menos onerosa quando tratamos de restrições a direitos individuais<sup>63</sup>.

Por fim, explica que a aferição das informações e das justificativas apresentadas pelo investigado deve também levar em conta a adequação, dado que o desemprego ou o exercício de atividade que não seja fixa não pode ensejar a decretação de medida cautelar mais gravosa<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> NICOLITT, Andre Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo, 2015. Pág. 113.

<sup>63</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo, 2014. Pág.527.

<sup>64</sup> OLIVEIRA, **ob. cit.**, pág. 528.

### 3.2.2 PROIBIÇÃO DE ACESSO OU FREQUÊNCIA A DETERMINADOS LUGARES

O inciso II trata da proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, também de inspiração portuguesa. Outrossim, já existia normatização no ordenamento pátrio, restrito aos casos de violência doméstica abrangidos na Lei nº 11.340/2006<sup>65</sup>. De acordo com Oliveira, “tanto poderá impedir a prática de novas infrações, quanto se mostrar conveniente para a investigação ou para a instrução, explica-se por si mesma, conquanto não se ofereça nela mesma, instrumentos adequados para a fiscalização do cumprimento da medida”<sup>66</sup>.

Ainda, refere que a medida serve para evitar conflitos nos lugares em que o acesso ou a frequência é vedada ao agente.

Além disso, faz o alerta de que a cumulação da medida com o monitoramento eletrônico, dependendo do caso concreto, pode se mostrar mais gravosa que a própria decretação da prisão preventiva em virtude da complexidade da sua execução.

Já Nicolitt questiona a constitucionalidade de tal medida, porquanto “poderá servir para preservar a ordem pública quando utilizada com a intenção de prevenir novas práticas delituosas”<sup>67</sup>.

### 3.2.3 PROIBIÇÃO DE MANTER CONTATO COM PESSOA DETERMINADA

A medida cautelar prevista no inciso III, proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante, também já era utilizada na legislação, quando o fato envolvia violência doméstica e familiar<sup>68</sup>. Dessa forma, “a vedação é de o imputado manter contato voluntário, excluindo-se o encontro casual em seus limites”<sup>69</sup>.

Sendo assim, a cautelar é ampla, envolvendo proibição de contato por meio físico ou eletrônico, servindo para salvaguardar determinada pessoa, que pode ser a

---

<sup>65</sup> NICOLITT, Andre Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo, 2015. Pág. 113.

<sup>66</sup> OLIVEIRA, **ob. cit.**, pág. 528.

<sup>67</sup> NICOLITT, **ob. cit.**, pág. 114.

<sup>68</sup> NICOLITT, Andre Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo, 2015. Pág. 114.

<sup>69</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo, 2013. Pág. 106.

vítima e seus familiares ou a testemunha. Além disso, no que concerne à distância física, fica ao arbítrio do juiz estipular a extensão adequada no caso concreto<sup>70</sup>.

Isto posto, “busca-se evitar possíveis contatos prejudiciais a todos os envolvidos, e, por isso mesmo, a reiteração de novos conflitos”<sup>71</sup>.

Por fim, “a eficácia da medida cautelar exige cientificação não só do sujeito que possui a sua liberdade de ir e vir cerceada, mas também da pessoa por ela beneficiada, a qual não se restringe a vítima”<sup>72</sup>.

### 3.2.4 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA

O inciso IV dispõe sobre a proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução. Esta medida já era utilizada como condição para suspensão condicional do processo prevista na Lei nº 9.099/1995<sup>73</sup>.

Assim, de acordo com Nicolitt, existe uma gradação da medida cautelar, prevista no art. 320 do CPP, que assim dispõe:

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

Sobre isso, Nicolitt esclarece que, por tratar-se de medida menos limitadora, tendo em vista que permite mobilidade ao acusado no país, o acusado poderá circular sem nenhum empecilho. No entanto, para assegurar que a medida será cumprida, costuma-se requisitar o passaporte do acusado bem como expedir-se ofício as autoridades responsáveis por fiscalizar as fronteiras e as saídas.<sup>74</sup>

No que concerne à finalidade da medida, a imposição desta cautelar objetiva mais a garantia da aplicação da lei penal, sendo sua utilização menos onerosa ao investigado em comparação à exigência de comparecimento periódico ao juízo<sup>75</sup>. Para que isso seja possível, “se faz necessária a devida limitação e adequação à

---

<sup>70</sup> NICOLITT, *loc. cit.*, pág. 114.

<sup>71</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo, 2014. Pág. 529.

<sup>72</sup> GIACOMOLLI, *ob. cit.*, pág.107.

<sup>73</sup> NICOLITT, *ob. cit.*, pág.115.

<sup>74</sup> NICOLITT, Andre Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo, 2015. Págs.115 e 116.

<sup>75</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo, 2014. Pág. 529.

situação peculiar do imputado. É a situação concreta que definirá os limites da constrição”<sup>76</sup>.

Por fim, cumpre mencionar “a funcionalidade da medida para justificar a necessidade de produção indiciária/probatória, seja na fase preliminar, seja na processual”<sup>77</sup>.

### 3.2.5 RECOLHIMENTO DOMICILIAR

Quanto ao inciso V, dispõe sobre o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos. Intenta assegurar a preservação da prova bem como evitar que o investigado fuja. Logo, Nicolitt refere possível ofensa à presunção de inocência, a utilização da cautelar como prevenção geral ou específica<sup>78</sup>.

Neste sentido, Oliveira acredita que a cautelar deveria funcionar principalmente como substitutiva à prisão em flagrante, nas hipóteses em que não caiba a prisão preventiva. Ainda, a respeito do escopo da medida, tece interessantes considerações:

[...] O aludido dispositivo legal também não se animou a apontar a finalidade do recolhimento domiciliar, como o fez em relação às demais cautelares, o que parece recomendar maiores cuidados quanto e quando de seu manejo. Seria para garantir a aplicação da lei penal, por conveniência da investigação ou da instrução, ou, enfim, para garantia da ordem pública ou econômica (art. 312, CPP)?

Pensamos que a medida pode e deve ser utilizada como as demais cautelares, sobretudo quando substitutiva da prisão preventiva, por ocasião de prisão em flagrante, e qualquer que seja a sua finalidade, incluindo a garantia da ordem pública<sup>79</sup>.

Ademais, considerando o recolhimento domiciliar uma medida alternativa gravosa, porquanto acarreta limitação à liberdade de locomoção, o referido autor acredita que seu cumprimento deve implicar detração da pena.

<sup>76</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo, 2013. Pág. 108.

<sup>77</sup> TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Bahia, 2016. Pág. 1408.

<sup>78</sup> NICOLITT, **ob. cit.**, págs.116 e 117.

<sup>79</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo, 2014. Pág. 530.

Sobre o cabimento da cautelar, de maneira mais específica, Nicolitt refere que “a medida é reservada para quem tenha domicílio certo e trabalho fixo, no que se pode incluir também o estudo”<sup>80</sup>.

Por fim, no que concerne à garantia da produção dos efeitos almejados com a cautelar, Távora e Alencar referem que “para assegurar a eficácia da medida, o juízo encaminhará comunicação aos órgãos de fiscalização, com o fito de se certificar que o agente não está se ausentando da sua sede jurisdicional”<sup>81</sup>. Já Giacomolli acrescenta que o recolhimento domiciliar será mais eficaz quando associado ao monitoramento eletrônico<sup>82</sup>.

### 3.2.6 SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA

Consoante a redação do inciso VI, há possibilidade de suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais. A finalidade da cautelar é assegurar que o investigado não exerça a função pública para permanecer cometendo as práticas criminosas.<sup>83</sup>

Em virtude da gravidade da medida, Távora e Rodrigues fazem considerações no sentido de que deve ser respeitada rigorosamente a pertinência funcional com a atividade criminosa facilitada contra a administração pública. Sendo assim “não é suficiente mera conjectura, mas possibilidade concreta da prática de novas infrações caracterizada pelo histórico/circunstâncias dos fatos e/ou pelos antecedentes do infrator”<sup>84</sup>.

Outrossim, nada impede que a medida alternativa seja utilizada, excepcionalmente, com a intenção de evitar destruição de provas quando exista justo receio<sup>85</sup>. Existe, ainda, hipótese de utilização da medida como substitutiva da prisão

---

<sup>80</sup> NICOLITT, Andre Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo, 2015. Pág. 117.

<sup>81</sup> TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Bahia, 2016. Pág. 1408.

<sup>82</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo, 2013. Pág.108.

<sup>83</sup> OLIVEIRA, **loc. cit.**, pág. 530.

<sup>84</sup> TAVORA; ALENCAR, **ob. cit.**, pág. 1409.

<sup>85</sup> Coação no curso do processo, art. 344 do CP, fraude processual, art. 347 do CP e sonegação de papel ou objeto probatório, art. 356 do CP.



preventiva, quando eficaz o suficiente para atingir a finalidade almejada de resguardar a prova da investigação ou da instrução<sup>86</sup>.

No que concerne ao objeto das atividades, refere Oliveira que a interpretação do conceito de função pública deve ser feita de modo restrito, com suporte no Direito Administrativo, a fim de delimitar suas hipóteses de incidência. Quanto às atividades econômico-financeiras, não detém a mesma rigidez conceitual, assim, em virtude da sua amplitude conceitual, devem ser analisadas em consonância com tipo de delito objeto de averiguação. Genericamente, basta o desempenho de atividade de natureza econômica, logo são suficientes atividades em bancos, sejam ou não comerciais bem como nas demais instituições financeiras abarcadas pelo Sistema Nacional Financeiro. Em específico, é relevante considerar “a importância estratégica da posição ocupada pelo agente junto às instituições financeiras como fator de risco de reiteração do comportamento e de destruição de provas”<sup>87</sup>.

Neste ponto, relacionado à conceituação de função pública, Silva informa que, embora essa medida seja inspirada nos modelos português e italiano, a interpretação estrangeira é mais ampla, podendo abranger a interdição de atividades, funções e direitos<sup>88</sup>. Esclarece ainda que “o termo função pública pode abranger os agentes que exercem mandato eletivo, quando a medida de afastamento do cargo tiver pertinência temática com o crime”<sup>89</sup>.

A respeito do detentor de mandato eletivo, Távora e Alencar ressaltam que a suspensão deve orientar-se pela razoabilidade. Sendo assim, conforme orientação do STJ, a medida cautelar pode ser deferida antes mesmo da admissibilidade da acusação, porém a suspensão das atividades políticas não deve superar 180 dias “sob pena de se caracterizar cassação indireta do mandato”<sup>90</sup>.

### 3.2.7 INTERNAÇÃO PROVISÓRIA

O inciso VII, dispõe sobre a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluí-

---

<sup>86</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo, 2014. Pág. 513.

<sup>87</sup> OLIVEIRA, **ob. cit.**, pág. 514.

<sup>88</sup> APUD NICOLITT, **ob. cit.**, pág. 117.

<sup>89</sup> NICOLITT, Andre Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo, 2015. Pág. 118

<sup>90</sup> TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Bahia, 2016. Pág. 1409.

rem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração criminosa. Esta cautelar, em virtude de sua gravidade, deve ser interpretada de maneira mais restritiva no que concernem as suas hipóteses de aplicação<sup>91</sup>.

Nesse ponto, Nicolitt explica que a medida, prevista em ordenamentos estrangeiros, estava disciplinada anteriormente na legislação pátria, embora com outras delimitações (art. 152 do CPP)<sup>92</sup>. Além do mais, refere que “tal medida integrava o art. 80 do CP, revogado com a alteração a parte geral, em 1984<sup>93</sup>. A partir daí, não mais era cabível a internação provisória, incidindo, em alguns casos, a prisão preventiva, havendo, não raras vezes, excesso de cautelaridade”<sup>94</sup>.

Assim, no caso da Lei nº 12.403/2011, salienta que “a internação só pode ocorrer em razão das situações previstas para a prisão preventiva, risco para a instrução ou aplicação da lei penal”<sup>95</sup>.

Quanto ao local de cumprimento da medida cautelar, destaca Giacomolli que “a internação ocorre em hospital de custódia ou de tratamento psiquiátrico ou, na falta, em outro estabelecimento adequado, quando o delito for apenado com reclusão”<sup>96</sup>.

Ainda, em virtude da ausência de distinção no que diz respeito ao tempo da inimputabilidade do agente, Nicolitt acredita que a cautelar é cabível tanto no caso de inimputabilidade do agente a época do fato quanto à ocorrência superveniente, constatadas por meio de prova pericial médica. Ressalta que, caso a inimputabilidade seja superveniente, deverá ser nomeado curador e dado o prosseguimento ao feito<sup>97</sup>.

Por fim, Giacomolli defende que somente o caso concreto, por meio de perícia, irá definir se o mais adequado e necessário é a internação ou o tratamento, sendo que, o tratamento, por ser medida cautelar menos gravosa, sempre é cabível

---

<sup>91</sup> NICOLITT, Andre Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo, 2015. Págs. 118-119.

<sup>92</sup> NICOLITT, Andre Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo, 2015. Págs. 118-119.

<sup>93</sup> A Lei de Execuções Penais 7.210/1984 revogou tacitamente a previsão da medida de segurança provisória dispostas nos artigos 378 a 380 do CPP, porquanto a redação dos artigos 171 e 172 condicionaram a aplicação da medida de segurança a partir do trânsito em julgado da sentença (Avena, Norberto, 2011).

<sup>94</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo, 2013. Pág. 111.

<sup>95</sup> NICOLITT, **ob. cit.**, pág. 119.

<sup>96</sup> GIACOMOLLI, **loc. cit.**, pág. 111.

<sup>97</sup> NICOLITT, Andre Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo, 2015. Págs. 119 e 120.

e, por sua vez, preferencial quando incida a possibilidade de decretar a cautelar em comento<sup>98</sup>.

### 3.2.8 FIANÇA

O inciso VIII prevê a concessão de fiança, nos casos de infrações que a admitam, visando assegurar o comparecimento do agente a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial. A partir da sua previsão na Lei nº 12.403/2011, Avena refere que “à exceção das infrações que a legislação processual penal e a Constituição Federal, expressamente, afastam a possibilidade de fiança, as demais serão, todas inafiançáveis”<sup>99</sup>:

Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes de racismo;

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;

II - em caso de prisão civil ou militar;

III - (revogado);

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).<sup>100</sup>

Art. 5 [...]:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

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

<sup>98</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo, 2013. Pág. 111.

<sup>99</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pêncaro. **Processo Penal esquematizado: Material Suplementar**. 2011. Separata de: AVENA, Norberto Cláudio Pêncaro. **Processo penal esquematizado** - 3.ª ed. Rio de Janeiro: São Paulo, 2011. Pág. 62.

<sup>100</sup> Brasil. **LEI Nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm)> Acesso em 30/07/2016.

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;<sup>101</sup>

No que concerne à aplicabilidade da medida, Avena entende que a afiançabilidade é a regra, dentro dos limites dispostos no art. 322<sup>102</sup>. Desse modo, Nicolitt conclui que “é possível extrair que a fiança é concedida pelo juiz nas infrações penais cuja pena seja superior a quatro anos e a autoridade policial pode concedê-la nas infrações cuja pena máxima seja de até quatro anos”<sup>103</sup>.

Em relação à finalidade da cautelar, pode ser utilizada não somente para garantir que o agente compareça a todos os atos do processo, mas também aos atos do inquérito e da instrução criminal sempre que receba intimação. Ademais, a fiança pode ser utilizada para impedir o retardamento da investigação por meio de embaraço do agente. Ainda, visa impedir que o agente descumpra algum encargo determinado pela autoridade policial ou judicial, incluindo o descumprimento de medidas cautelares<sup>104</sup>.

Para que as finalidades acima elencadas possam ser satisfatoriamente atendidas, a lei estipulou os patamares para o arbitramento da fiança<sup>105</sup>, que levam em consideração o poder econômico do acusado. No entanto, sendo hipossuficiente, o juiz poderá vincular a liberdade provisória a outras medidas cautelares diversas<sup>106</sup>.

Por fim, destaca-se a natureza autônoma da cautelar, que agora pode ser decretada sozinha ou cumulada, nas hipóteses que caibam ou não a prisão preventiva.

<sup>101</sup> Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 02/08/2016.

<sup>102</sup> AVENA, Norberto Cláudio Pêncaro. **Processo Penal esquematizado: Material Suplementar**. 2011. Separata de: AVENA. Norberto Cláudio Pêncaro. **Processo penal esquematizado** - 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: São Paulo, 2011. Pág. 62.

<sup>103</sup> NICOLITT, Andre Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo, 2015. Pág.120.

<sup>104</sup> AVENA, **ob. cit.**, págs. 62 e 63.

<sup>105</sup> Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

[...] I - de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;

II - reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III - aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

<sup>106</sup> NICOLITT, **ob. cit.**, pág. 123.

Assim, diferencia-se do modelo anterior ao advento da Lei nº 12.403/2011, em que a fiança estava vinculada a prisão em flagrante<sup>107</sup>.

### 3.2.9 MONITORAÇÃO ELETRÔNICA

A penúltima previsão de medida alternativa à prisão destaca-se pela possibilidade de ser decretada de forma autônoma ou atrelada a outras medidas cautelares, diversamente, assim, da previsão constante na Lei de Execuções Penais nº 7.210/1984, alterada pela Lei nº 12.258/2010, em que a monitoração é cabível nos casos de saída temporária, regime semiaberto e prisão domiciliar<sup>108</sup>.

Assim, essencialmente, o monitoramento é utilizado para possibilitar que o investigado seja encontrado a qualquer momento, “sendo, aparentemente, menos limitativa ao direito de locomoção”<sup>109</sup>. Desse modo, de acordo com Giacomolli “embora não haja referência a funcionalidade específica do monitoramento eletrônico no art. 319, IX, do CPP, sua destinação aproxima-se à função de evitar o risco de fuga ou da reiteração criminosa [...]”<sup>110</sup>.

Por fim, no que concerne a eficácia da medida, refere Nucci que, não obstante seja capaz de produzir bons resultados, a monitoração pode tornar-se inepta caso outras providências cautelares não sejam requeridas. Isso ocorre em virtude de lacuna legal, logo, para que a medida seja eficiente, devem ser estabelecidos o recolhimento domiciliar, a proibição de acesso ou frequência ou outra medida correlata. Dessa forma, a monitoração servirá para averiguar se o acusado não está se aproximando da vítima, ou se está afastando-se do domicílio ou a frequência a lugar vedado<sup>111</sup>.

### 3.2.10 PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO PAÍS

Por último, a Lei nº 12.403/2011 introduziu a medida cautelar que proíbe o agente de ausentar-se do país. Para que se concretize, “deverão ser comunicadas

---

<sup>107</sup> AVENA, *loc. cit.*, pág. 63.

<sup>108</sup> NICOLITT, Andre Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo, 2015. Pág. 124.

<sup>109</sup> NICOLITT, *ob. cit.*, pág. 125.

<sup>110</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo, 2013. Pág.113.

<sup>111</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011**. 3ª Edição. São Paulo, 2013. Pág. 651.

as autoridades de polícia de fronteiras (Polícia Federal) e determinado o recolhimento do passaporte, no prazo de 24 horas”<sup>112</sup>.

Sendo assim, possui similaridades com a proibição de ausentar-se da comarca no que concerne à finalidade da medida. Desse modo, “há situações em que a colheita de um elemento de informação ou a produção de determinada prova depende da participação do acusado, tal como ocorre em relação a alguns exames periciais (grafotécnico, espectograma da voz etc.), reconhecimento formal do acusado, reconstituição do crime, acareações, etc.”<sup>113</sup>. No entanto, em virtude da amplitude da medida, que extrapola o limite territorial do país, “para que se obtenha maior eficácia na medida, impõe-se a determinação de proibição de expedição de novo passaporte para todas as autoridades diplomáticas envolvidas”<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo, 2014. Pág. 537.

<sup>113</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 4ª Edição. Salvador, 2016. Pág. 1422.

<sup>114</sup> OLIVEIRA, **ob. cit.**, pág. 538.

#### 4. SOBRE A INCIDÊNCIA DO PODER GERAL DE CAUTELA NO DIREITO PROCESSUAL

Expressamente previsto na legislação processual civil, tanto no Código atual<sup>115</sup> como no de 1973<sup>116</sup> e no de 1939<sup>117</sup>, o poder geral de cautela “pressupõe a impossibilidade de o legislador antever todas as situações de risco, que ameaçam os direitos dos contendores”<sup>118</sup>. Assim, esclarece Gonçalves que, para as situações tendentes a se repetir, a legislação prevê expressamente medidas acauteladoras, sendo chamadas de medidas cautelares típicas. No entanto, no exercício do poder geral de cautela podem ser concedidas medidas cautelares atípicas, prerrogativa do juiz. Logo, em situações que possam causar lesão grave ou de difícil reparação, pode ser exigida a concessão de tutelas de urgência<sup>119</sup>.

Assim, não há taxatividade no rol de medidas cautelares na legislação processual civil. Nesse sentido, Gonçalves ensina que o Código de 1939 introduziu a expressa previsão do poder geral de cautela, no entanto, de maneira tímida, porquanto só poderia vir a existir dentro de um processo, não havendo previsão de processo cautelar autônomo<sup>120</sup>.

Em relação à autonomia do processo cautelar, com o advento do Código de 1973 essa questão foi resolvida. Desse modo, Gonçalves explica que a partir de então o poder geral de cautela passou a ter eficácia e amplitude, porquanto

---

<sup>115</sup> Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

<sup>116</sup> 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

<sup>117</sup> 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, fôr 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 fôr impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

<sup>118</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: Execução e Processo Cautelar**: Volume 3 – 6ª Edição – São Paulo, 2013.

Pág. 251.

<sup>119</sup> GONÇALVES, **ob. cit.**, pág. 252

<sup>120</sup> GONÇALVES, **ob. cit.**, pág. 251.

possibilitou às partes requererem providências de urgência, ainda que não previstas em lei. Logo, “o art. 798 constituiu verdadeira norma em branco, atribuindo ao juiz poderes inéditos de proteção e acautelamento”<sup>121</sup>.

No que concerne à característica de norma penal em branco atribuída ao dispositivo do Código de Processo Civil (CPC), Gonçalves alerta que não se trata de poder discricionário conferido ao juiz, porquanto o permissivo legal deve ser interpretado de acordo com o princípio da adequação e com a sua finalidade específica, ou seja, de proteção ao direito que está sob risco em virtude do perigo da demora. Assim sendo, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* o juiz tem dever de agir, sendo que o poder geral de cautela reside, desse modo, na escolha da medida mais adequada ao caso concreto<sup>122</sup>.

Ademais, o exercício do poder geral de cautela encontra fundamento na Constituição Federal, conforme ensinam Gajardoni e Zufelato, decorrente da garantia de acesso à justiça (art. 5º. XXXV, CF). Desse modo, trata-se de um poder supletivo que resguarda qualquer situação atípica que demande providência jurisdicional<sup>123</sup>.

Diante disso, o atual Código de 2015, avançou em relação ao poder geral de cautela, consoante Didier:

[...] mantém previsão do CPC/1973, que consagra o poder geral de cautela. Se há previsão de poder geral de cautela, não há razão para previsão de medidas cautelares típicas, como o arresto, o sequestro etc. Por outras palavras, não é correta a crítica de que não há “critérios estabelecidos (...) na lei” à concessão de medidas cautelares pelo órgão jurisdicional, pois o projeto, na mesma linha do que já acontece atualmente, exige a demonstração da probabilidade do direito e o perigo da demora.<sup>124</sup>

Nesse passo, Gonçalves destaca o aprimoramento do exercício do poder geral de cautela, que, a partir de então, torna-se um poder dever do juiz, em virtude da ausência de um rol fechado de cautelares, assim, deve escolher a medida mais eficaz e adequada à tutela provisória. Com isso, o juiz não está vinculado ao pedido de cautelar formulado pelas partes, podendo deferir tutela provisória diversa da

---

<sup>121</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: Execução e Processo Cautelar**: Volume 3 – 6ª Edição – São Paulo, 2013. Pág. 252.

<sup>122</sup> GONÇALVES, **ob. cit.**, pág. 253.

<sup>123</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camila. **Processo Civil: Coleção Técnico e Analistas de Tribunais**. 4ª Edição. 2015- Bahia. Pág. 436.

<sup>124</sup> DIDIER, Jr. **Editorial 154**, 2012. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-154/>> acesso em 13/07/2016.



requerida, no entanto, deve observar a referibilidade da ação cautelar com o processo principal<sup>125</sup>.

Desse modo, Távora e Alencar ressaltam que a supressão do processo cautelar autônomo no CPC 2015 não altera a aplicabilidade do poder geral de cautela, porquanto as tutelas baseiam-se na urgência ou na evidência, que podem ser requeridas antes e durante o processo, não importando tratar-se de medida satisfativa ou cautelar<sup>126</sup>.

No processo penal, o poder geral de cautela é dotado de caráter supletivo, de acordo Renato Brasileiro de Lima. Assim, o mencionado autor destaca que será utilizado para complementar o sistema, resguardando a ausência de proteção para as situações em que não há medida cautelar típica prevista. Do mesmo modo, "havendo medida cautelar típica que se revele adequada ao caso concreto, não poderá o juiz conceder medida cautelar atípica"<sup>127</sup>.

Assim, verifica-se que a legislação e a doutrina demonstram considerável preocupação com os limites do exercício do poder geral de cautela pelo juiz. Desse modo, para que satisfaça a sua finalidade em atender situações que merecem proteção<sup>128</sup>, a maioria da doutrina concorda que o juiz deve levar em consideração os limites já mencionados anteriormente neste trabalho, como o *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora*, a adequação e a necessidade da medida cautelar bem como a referibilidade.

---

<sup>125</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Esquematizado** -6ª edição. 2016 - São Paulo. Pág. 357.

<sup>126</sup> TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Bahia, 2016. Pág. 1307.

<sup>127</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol. I. Niterói, RJ, 2011. Pág. 1437.

<sup>128</sup> As tutelas cautelares podem ser requeridas pelas partes - mediante proposição de ação cautelar anterior bem como no curso do processo- ou decretadas de ofício pelo juiz, tendo em vista que estão presentes os requisitos objetivos definidos em lei.

#### 4.1 APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL E A OCORRÊNCIA DE DIVERGÊNCIA NO ÂMBITO DOUTRINÁRIO

Não obstante reconheçam princípios e origens comuns ao processo civil e ao processo penal, tendo em vista que tutelam a liberdade e a propriedade, conforme dispõe o princípio do devido processo legal consagrado na Constituição Federal, parte da doutrina resiste em aceitar a existência do poder geral de cautela no processo penal.

Alguns autores como Nicolitt<sup>129</sup>, Lopes Jr.<sup>130</sup>, Badaró<sup>131</sup>, Giacomolli<sup>132</sup> e Nucci<sup>133</sup> argumentam que em virtude do fundamento do devido processo legal, estruturado no princípio da legalidade, torna-se inviabilizadora do poder geral de cautela a necessidade de tipicidade advinda daquele princípio constitucional.

Quanto a esse ponto, Brasileiro de Lima explica que para esses autores o poder geral de cautela afronta o direito fundamental da legalidade porquanto a obrigação de fazer ou não fazer algo sem previsão em lei pode configurar abuso de direito por parte do Estado. Outrossim, informa que o direito de locomoção<sup>134</sup> é a regra, podendo ser restringido apenas mediante lei<sup>135</sup>.

Ainda, refere que o princípio da legalidade se desdobra na taxatividade. Tal fenômeno exteriorizador da legalidade garante a não violação dos direitos fundamentais e das liberdades constitucionais pelo Estado e assegura a submissão do juiz à lei, ou seja, entendem os referidos autores que somente por meio de lei

<sup>129</sup> NICOLITT, Andre Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2 ed. São Paulo, 2015. Pág. 40.

<sup>130</sup> LOPES Jr., Aury. **O Novo regime jurídico da prisão processual: liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. 2ª Edição. Rio de Janeiro, 2011.

<sup>131</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas**. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/as-novas-medidas-cautelares-alternativas-a-prisao-e-o-alegado-poder-geral-de-cautela-no-processo-penal-a-impossibilidade-de-decretacao-de-medidas-atipicas.html>>. Acesso em: 15/12/2016.

<sup>132</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo, 2013. Pág. 24.

<sup>133</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011**. 3ª Edição. São Paulo, 2013.

<sup>134</sup> art. 5º inc. XI, da Constituição Federal.

<sup>135</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol. I. Niterói, RJ, 2011. Pág. 1409.

regulamentadora de situações que importem restrições a direitos fundamentais é possível prover segurança jurídica ao cidadão<sup>136</sup>.

Em relação ao uso do poder geral de cautela para criar cautelares inominadas, esta possibilidade não é aceita por Pacelli de Oliveira, visto que dificulta o controle de pertinência, oportunidade e adequação da medida. Ademais, não reconhece instrumento cabível para impugnar o deferimento de cautelar alternativa a prisão<sup>137</sup>.

Por sua vez, há aceitação, com reservas, do uso do poder geral de cautela no processo penal. Considera-se, assim, possível o afastamento relativo do princípio da legalidade quando objetiva-se dar coerência e unidade ao sistema geral das restrições de direitos.

Ademais, no processo penal, há autores<sup>138</sup> que defendem uso do poder geral de cautela pelo juiz de modo alternativo, ou seja, no lugar de medidas alternativas nominadas mais gravosas de modo a flexibilizar ou reduzir os efeitos das cautelares típicas a fim de mitigar os seus efeitos.

Desse modo, pode ser utilizado o poder geral de cautela quando for necessário valer-se das medidas cautelares típicas para fins diversos daqueles elencados na lei. A referida possibilidade encontra lastro em duas fundamentações: “ (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”<sup>139</sup>.

Por conseguinte, parte da doutrina, como Avena<sup>140</sup> Tavora e Alencar<sup>141</sup>, Costa de Souza<sup>142</sup> e Brasileiro de Lima<sup>143</sup>, sustenta que é admissível e necessária a existência do poder geral de cautela no processo penal. Para que isso seja possível, Nicolas Gonzáles-Cuellar Serrano, afirma que devem ser preenchidas condições, tais como: “1) idoneidade e menor lesividade da medida alternativa” – a cautelar

---

<sup>136</sup> LIMA, **ob. cit.**, págs. 1408 e 1409.

<sup>137</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo, 2014. Pág. 542.

<sup>138</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 4ª Edição. Salvador, 2016. Pág. 1411.

<sup>139</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo, 2014. Pág. 542.

<sup>140</sup> AVENA. Norberto Cláudio Pêncaro. **Processo penal esquematizado** - 7.ª ed. Rio de Janeiro: São Paulo, 2015. Pág. 1044.

<sup>141</sup> TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Bahia, 2016. Pág. 1401.

<sup>142</sup> SOUZA, Jose Nilton Costa de. **Constituição e Processo penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz**. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/poder-geral-de-cautela.pdf>>. Acesso em 19/07/2016. Pág. 8.

<sup>143</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 4ª Edição. Salvador, 2016. Pág. 1408.

inominada não deve se mostrar excessiva (em comparação a medida excluída) ou insuficiente para o fim a qual se destina “2) cobertura legal suficiente da limitação dos direitos que a medida restrinja”- nesse caso, as cautelares inominadas são menos lesivas do que as previstas em lei, assim pressupõe-se um autorizativo legal mais gravoso para possibilitar a incidência da cautelar atípica “3) exigência da infraestrutura necessária para sua aplicação”- para que seja assegurada a execução e fiscalização do cumprimento das medidas de forma satisfatória<sup>144</sup>.

Assim, Brasileiro de Lima discorda do posicionamento doutrinário contrário ao poder geral de cautela, sustentando que a legalidade, ao exercer papel de garantia, não permite a imposição de medida restritiva atípica mais grave a direito fundamental. De outro lado, essa mesma função basilar de garantia dos direitos fundamentais, faz com que a legalidade permita “a alternatividade e a redutibilidade das medidas cautelares, objetivando uma medida alternativa menos gravosa”. Isto é, valendo-se do poder geral de cautela no processo penal, “o juiz poderá ter uma alternativa não prevista em lei para se evitar uma desproporcional decretação da prisão cautelar que, assim, poderá passar, inclusive, a ser uma opção de aplicação de hipótese cautelar mais benéfica ao acusado”<sup>145</sup>.

Nesse passo, Tavora e Alencar entendem que “é inerente à atividade jurisdicional o poder geral de cautela”. A título de exemplo, referem a forma como o rol do artigo 319 do CPP é redigido, já que sua linguagem ampla permite alterações no modo de cumprimento das medidas ali elencadas<sup>146</sup>.

Isto posto, para os favoráveis ao exercício do poder geral de cautela como Costa de Souza, nem mesmo a questão do modelo processual penal vigente (acusatório, inquisitivo ou misto) no país é motivo impeditivo. Nesse ponto, não obstante a afirmação de que o modelo adotado no Brasil é o acusatório (há indícios históricos que contrariam esse argumento<sup>147</sup>), os julgadores e a própria doutrina

---

<sup>144</sup> GONZALES-CUELLAR SERRANO, apud LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 4ª Edição. Salvador, 2016. Pág. 1411.

<sup>145</sup> LIMA, **ob. cit.**, 1409.

<sup>146</sup> TAVORA; ALENCAR, **ob. cit.**, pág. 1402.

<sup>147</sup> ANDRADE aponta que não há na Constituição Federal menção ao sistema processual penal adotado bem como norma que imponha limitação a atuação do juiz na fase probatória. Ainda, aduz que nem mesmo a titularidade da ação penal pelo Ministério Público serve de argumento para afirmar que vige no país o sistema acusatório, tendo em vista que a questão da titularidade, “nunca foi, historicamente, modelo do sistema acusatório”. Assim, o constituinte unicamente previu um sistema de garantias processuais, e parte delas podem ser encontradas em Constituições passadas, inclusive nas promulgadas durante o regime ditatorial assim como em constituições estrangeiras que se

sempre utilizaram os direitos e garantias individuais que dizem ser próprio daquele sistema para fundamentar o uso do poder geral de cautela em determinado caso concreto, logo “a história demonstra que mesmo diante do modelo acusatório encontra-se previsão do uso de cautelares pelo julgador”<sup>148</sup>.

Além do mais, Costa de Souza argumenta que tanto parcela doutrina - Feldens, Streck e Sarlet- como a jurisprudência defendem que as garantias constitucionais exercem dupla função, seja proibindo excessos seja coibindo prestação jurisdicional insuficiente. Denomina-se essa situação de dupla acepção do princípio da proporcionalidade.

Diante disso, Feitoza esclarece que a legalidade não cumpre seu papel de garantia constitucional quando, por falta de flexibilização, obsta a efetivação dos direitos fundamentais que pretende garantir<sup>149</sup>.

#### 4.2 APLICAÇÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA NO DIREITO COMPARADO: OBSERVAÇÕES SUCINTAS

Em breve análise de algumas legislações estrangeiras que exercem significativa influência na produção normativa de outros países, verificam-se restrições e incentivos ao uso das medidas cautelares inominadas.

Na Itália, por exemplo, o Código de Processo Penal, em seu artigo 272 tem redação no sentido de expressamente vedar a aplicação do poder geral de cautela. As medidas cautelares, divididas entre coercitivas e interditivas, contam com um extenso rol taxativo de medidas<sup>150</sup>.

Diferentemente, nos Estados Unidos da América (EUA), há aceitação do uso do poder geral de cautela, expressamente prevista no *United States Code* (Código de Leis dos Estados Unidos). Logo, em que pese disponham de um variado rol de medidas cautelares divididas entre “liberdade sob compromisso pessoal de compa-

---

orientam pelo sistema inquisitivo, tais como as da Alemanha, da Itália e da Espanha. **Sistemas Processuais Penais e seus princípios reitores**. 2ª Edição. Curitiba.2013. Págs. 464-473.

<sup>148</sup> SOUZA, *ibidem*, pág. 16.

<sup>149</sup> FEITOZA *apud* SOUZA, *ibidem*, pág. 21.

SOARES, Gustavo Torres. **Medidas cautelares pessoais diversas da prisão: comparação entre os sistemas brasileiro, italiano, chileno e estadunidense**. Custos Legis, Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Vol.4/2013. Disponível em: <[www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/revista-custos-legis/.../publicacao](http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/revista-custos-legis/.../publicacao)>. Acesso em 28/07/2016. Pág.23.

recimento aos atos e termos do processo, liberdade sob caução financeira, liberdade sob condições complementares e, em último caso, prisão provisória”, as cortes americanas costumam deferir cautelares inominadas inovadoras<sup>151</sup>.

Diante disso, a própria jurisprudência traçou limites para a incidência de cautelares inominadas, além daqueles fundamentais, como a liberdade, a presunção de inocência e da ampla defesa, entre outros. Assim, não é cabível o uso do poder geral de cautela quando a medida puder causar custo estatal não previsto, nesse caso, caso não vislumbre medida cautelar adequada, o magistrado deve decretar a prisão<sup>152</sup>.

Ademais, o poder geral de cautela nos *EUA* é exercido por meio do instituto *Contempt of Court* (desacato à corte), consoante Marins<sup>153</sup>:

[...]Essa expressão se afigura como ato de desacato, desobediência ou menosprezo à Justiça e tem lugar quando conduta ofensiva de qualquer pessoa (partes, advogados, testemunhas), ao Tribunal, durante a tramitação de um processo, mas singularmente em face de desobediência a uma ordem judicial em virtude da qual se frustra ou prejudica o direito de algum litigante.

Logo, salienta o referido autor que em virtude do caráter genérico da providência que deve ser aplicada em situações caracterizadas pela urgência, o instituto é aplicável tanto no direito processual civil como no direito processual penal.

Nesse sentido, de acordo com Costa de Souza citando Marins, refere que não há óbice ao poder geral de cautela em legislações modernas, a exemplo da França. Por conseguinte, ressalta que o provimento cautelar francês também é genérico, mas voltado ao atendimento de diante da urgência revelada no plano fático:

[...] O provimento geral é previsto sob o título *Lês ordonnances de référé* (arts. 808–811). Também sob a epígrafe *Lês ordenances sur requêtê* (arts. 812–813), medida que permite a disciplina urgente nos casos especificados na lei, podendo o Presidente do Tribunal ordenar medidas liminares sem audiência da parte contrária. Nos artigos 808 e 809, o diploma processual civil francês estabelece que, em todos os casos urgentes, o Presidente do Tribunal de grande instância pode ordenar as medidas compatíveis, seja no sentido de conservação, seja

<sup>151</sup> SOARES, Gustavo Torres. **Medidas cautelares pessoais diversas da prisão: comparação entre os sistemas brasileiro, italiano, chileno e estadunidense.** Custos Legis, Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Vol.4/2013. Disponível em: <[www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/revista-custos-legis/.../publicacao](http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/revista-custos-legis/.../publicacao)>. Pág.23.

<sup>152</sup> SOARES, **ob. cit.**, Páginas 14 e 19.

<sup>153</sup> Apud SOUZA, Jose Nilton Costa de. **Constituição e Processo penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz.**

Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/poder-geral-de-cautela.pdf>>. Acesso em 19/07/2016. Pág. 11.

para o restabelecimento de situação, ou para prevenir dano iminente, ou para fazer cessar perturbação manifestamente ilícita<sup>154</sup>.

#### 4.3 INCIDÊNCIA ANTES E APÓS A REFORMA PROMOVIDA PELA LEI 12.403/2011

Em que pese a previsão de medidas cautelares na Lei nº 12.403.2011 bem como na legislação extravagante, a jurisprudência nunca parou de deferir cautelares inominadas, tanto que, em razão das reiteradas reproduções destas (ocasionadas ou por insuficiência legislativa ou pela ocorrência de fatos novos para o mundo jurídico), o legislador passou a incorporá-las ao ordenamento jurídico.

Sobre o comportamento da jurisprudência anteriormente a vigência das medidas cautelares a prisão, Távora ensina que autorizava a substituição da prisão cautelar pelo recolhimento domiciliar. Além do mais, admitia “a aplicação de suspensão cautelar do direito de dirigir em processo penal por crime de trânsito”.<sup>155</sup>

Acrescenta Renato Brasileiro de Lima em relação a interpretação da jurisprudência no que toca a Lei Maria da Penha:

Na verdade, mesmo antes do advento da Lei n.12.403/2011, apesar de a Lei nº 11.340/2006 ter por objeto apenas a violência doméstica e familiar contra a *mulher*, as medidas protetivas nela previstas já vinham sendo utilizadas por meio de analogia em toda e qualquer hipótese de violência de gênero. Assim, mesmo que a violência doméstica e familiar fosse praticada, por exemplo, contra uma criança do sexo masculino, tais medidas protetivas de urgência já vinham sendo aplicadas cautelarmente, seja por meio de analogia, seja com fundamento no poder geral de cautela. Daí o porque de o inc. III do art. 313 do CPP ter acrescentado a violência doméstica e familiar contra crianças, adolescentes, idosos, enfermos ou pessoas com deficiência, já que também se afigura possível a adoção das medidas protetivas de urgência listadas na Lei Maria da Penha em face dessas situações de vulnerabilidade.<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> Apud SOUZA, Jose Nilton Costa de. **Constituição e Processo penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz.**

Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/poder-geral-de-cautela.pdf>>. Acesso em 19/07/2016. Pág. 11.

<sup>155</sup> TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 11ª Edição. Bahia, 2016. Pág. 1402.

<sup>156</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único – 4ª Edição. Salvador, 2016. Pág. 1338.

Essa situação torna-se possível também porque a Lei Maria da Penha, consoante Costa de Souza, contém autorização expressa para adoção de cautelares inominadas<sup>157</sup>. A título de exemplo, destaca os seguintes parágrafos:

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

[...] § 2º **As medidas protetivas de urgência** serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e **poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia**, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

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

[...] § 1º **As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor**, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público. Grifos do autor.

Refere ainda Brasileiro de Lima sobre a suspensão do exercício de função pública, em que pese haja previsão expressa na Lei nº 12.403/2011. Antes da vigência da referida Lei a jurisprudência admitia sua decretação com fundamento no poder geral de cautela:

[...] mesmo antes da vigência da referida lei, já entendíamos que era possível a decretação do afastamento provisório do servidor de suas funções com base no poder geral de cautela. Deveras, em tal exemplo, prender cautelarmente o funcionário público poderia representar afronta ao princípio da razoabilidade. Por outro lado, não afastá-lo de suas funções significaria a abdicação de tutela a um interesse processual, que é o de garantir a ordem pública<sup>158</sup>.

Logo, infere-se que a jurisprudência exerce papel fundamental na criação das cautelares que posteriormente serão tipificadas, de acordo com o entendimento de Costa de Souza:

Não é demais reafirmar que a Lei 12.403/2011 tipificou medidas cautelares que vêm sendo adotadas pelos juízes, à título de Poder Geral de Cautela, caso da nova redação dada ao artigo 320 do Código de Processo Penal, determinando a entrega do passaporte em casos específicos para preservar a

<sup>157</sup> SOUZA, Jose Nilton Costa de. **Constituição e Processo penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz**. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/poder-geral-de-cautela.pdf>>. Acesso em 19/07/2016. Pág. 20.

<sup>158</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 4ª Edição. Salvador, 2016. Pág. 1411.



aplicação da lei penal. É o reconhecimento pelo legislador da correção da postura jurisprudencial[...].<sup>159</sup>

Destarte, não obstante os posicionamentos diversos já analisados, sustenta-se que perdura a necessidade do poder geral de cautela, em virtude, entre outros, do dinamismo das relações humanas que criam novos fatos jurídicos que demandam proteção, ou da necessidade de ampliar a proteção existente a outros casos inicialmente não previstos e da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Nesse sentido, manifesta-se Costa de Souza:

[...] com a Lei 12.403, de 05 de maio de 2011, o legislador veio reafirmar a viabilidade do uso do Poder Geral de Cautela, quando expressamente acolhe no nosso ordenamento positivo o princípio da proporcionalidade, seja vedando o excesso, seja proibindo a tutela deficiente. Veja-se que falando de juízo de suficiência e necessidade, a nova regra exige valoração para a imposição das restrições contidas nas cautelares, exigindo adequação ao caso concreto. Assim, acolhe expressamente a novel legislação o princípio da proporcionalidade, proibindo o excesso e a proteção ineficiente da tutela<sup>160</sup>.

#### 4.3.1 DA (DES) NECESSIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES INOMINADAS ALTERNATIVAS À PRISÃO

Não obstante posicionamentos contrários à existência do poder geral de cautela por parte da doutrina, representada, por exemplo, por Aury Lopes Junior<sup>161</sup>, a jurisprudência e a própria doutrina demonstram a necessidade de providências jurisdicionais quando a legislação disponível aparenta ser insuficiente para assegurar determinados direitos fundamentais.

<sup>159</sup> SOUZA, Jose Nilton Costa de. **Constituição e Processo penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz**. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/poder-geral-de-cautela.pdf>>. Acesso em 19/07/2016. Pág. 20.

<sup>160</sup> SOUZA, Jose Nilton Costa de. **Constituição e Processo penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz**. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/poder-geral-de-cautela.pdf>>. Acesso em 19/07/2016. Pág. 20.

<sup>161</sup> Declara Lopes Jr (pág. 478, 2016): “Nossa crítica ao poder geral de cautela não se esvaziou com o advento da Lei n°. 12.403/2011, 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 nova lei instituiu um modelo polimorfo, em que o juiz poderá dispor de um leque de medidas substitutivas da prisão cautelar. Portanto, hoje estão autorizadas apenas as medidas previstas nos arts. 319 e 320, ou seja, um rol taxativo de medidas cautelares diversas da prisão.

Claro que medidas necessárias para a implantação da cautelar podem ser adotadas, inclusive porque possuem previsão legal. É o caso da entrega do passaporte, agora previsto no art. 320. ”

Neste sentido, Costa de Souza argumenta que para compreender a necessidade de cautelares inominadas deve-se pensar num processo penal como instrumento de consecução do direito penal.

Deste modo, para o referido autor o poder geral de cautela em relação às medidas alternativas à prisão justifica-se porquanto busca evitar a decretação da prisão cautelar, esta, por sua vez, determinada quando faltam cautelares alternativas na legislação. Logo, podendo valer-se de cautelar idônea, o magistrado assegura igualmente a eficácia do processo, como quando o juiz, anteriormente a reforma promovida pela Lei 12.403/2011 determinava a retenção do passaporte para que o agente não tentasse fugir do país ou determinava o afastamento da função pública, por exemplo<sup>162</sup>.

Na mesma linha dispõe Brasileiro de Lima, porquanto o juiz poderá impor medida alternativa atípica mais branda, com base no princípio da proporcionalidade e da necessidade, quando puder igualmente, de forma idônea e eficaz, garantir a eficácia do processo.<sup>163</sup>

Em se tratando de relaxamento de prisão ilegal, não deve ser outro o comportamento do magistrado, caso entenda necessária e eficaz a decretação de medida cautelar inominada, conforme entendimento de Brasileiro de Lima:

[...]A nosso ver, reconhecida a ilegalidade da prisão, impõe-se seu relaxamento, sem a imposição de quaisquer ônus ao acusado, pelo menos em regra. Porém, como tem sido admitida a utilização do poder geral de cautela no processo penal, é possível que o acusado seja submetido ao cumprimento de algum tipo de obrigação, caso tal medida se apresente necessária para assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal<sup>164</sup>.

Verifica-se a necessidade de cautelares inominadas também quando o juiz necessitar que o agente compareça a todos os atos do processo, neste sentido:

Firmada a possibilidade de decretação da medida cautelar do comparecimento periódico em juízo, pensamos não haver nenhum óbice à decretação do comparecimento do acusado a todos os atos processuais, seja com base no poder geral de cautela, seja por meio de utilização subsidiária do art. 310, parágrafo único, do CPP, que autoriza a imposição de tal medida nas hipóteses em que o acusado é posto em liberdade por

---

<sup>162</sup> SOUZA, Jose Nilton Costa de. **Constituição e Processo penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz**. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/poder-geral-de-cautela.pdf>>. Acesso em 19/07/2016. Págs.12 e 19.

<sup>163</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 4ª Edição. Salvador, 2016. Pág. 1411.

<sup>164</sup> LIMA, **ob. cit.**, pág. 1411.

verificar o juiz que a conduta fora praticada sob o amparo de excludente da ilicitude. Ora, se tal medida pode ser imposta àquele que possivelmente será absolvido ao final do processo (v.g., em face do reconhecimento da legítima defesa), não faz sentido não poder o juiz impor semelhante restrição ao acusado, quando verificar sua necessidade no caso concreto<sup>165</sup>.

Ademais, Lima defende a compatibilidade entre o direito processual penal militar e as medidas cautelares previstas na Lei nº 12.403/2011, tendo em vista que o CPP é aplicado subsidiariamente ao Código de Processo Penal Militar. Logo, admite o cabimento “caso o magistrado entenda que são necessárias para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”<sup>166</sup>.

#### 4.3.2 APLICAÇÕES NO ÂMBITO JURISPRUDENCIAL

Como já podemos perceber nos subcapítulos anteriores, sobram exemplos de aplicação do poder geral de cautela na jurisprudência e nos Tribunais Superiores. Desse modo, infere-se que estes órgãos jurisdicionais realizam a interpretação dos casos concretos com fundamento no princípio da proporcionalidade.<sup>167</sup>

##### 4.3.2.1 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Nesse passo, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, é possível encontrar a aplicação de cautelares inominadas do seguinte modo:

Nº 70058160722TJ/RS. 2014/Crime. MANDADO DE SEGURANÇA. VEÍCULO APREENDIDO pela autoridade policial. NÃO-COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE. SEGURANÇA DENEGADA. *Por fim, cumpre registrar, embora a medida de apreensão do veículo não esteja elencada dentre as cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, é viável a adoção, pelo magistrado, de medidas atípicas ou inominadas para assegurar a eficácia e utilidade do processo principal, na esteira do ensinamento de BRASILEIRO<sup>2</sup>:*

*[...]. Com base no art. 3º do CPP, é cabível a aplicação subsidiária do poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC, sendo possível, assim, ‘a alternatividade (imposição de medida cautelar alternativa mais branda não prevista na lei processual penal) e a flexibilidade ou redutibilidade (imposição de medida cautelar mitigada com redução de aspectos da medida cautelar cabível para que fique mais branda) das medidas cautelares pes-*

<sup>165</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 4ª Edição. Salvador, 2016. Pág. 1382.

<sup>166</sup> LIMA, **ob. cit.**, pág. 1339.

<sup>167</sup> SOUZA, **ob. cit.**, pág. 17.

*soais do direito processual penal, se a medida alternativa ou mitigada tem idoneidade equivalente.*<sup>168</sup>

#### 4.3.2.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Já o Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>169</sup> vem manifestando-se em suas decisões pela não admissão do poder geral de cautela quando a medida cautelar inominada contiver caráter mais restritivo comparado às medidas típicas existentes, porquanto tal medida inominada, nesse caso, violaria tanto a limitação imposta pela legalidade no processo penal quanto a presunção da inocência do indivíduo. Desse modo, “o STJ só refuta o poder geral de cautela quando a medida aplicada in concreto for mais gravosa que aquela que a lei admite in abstrato, ou seja, imposta ao mero talante do juiz”<sup>170</sup>.

Logo, há decisões no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que, fundamentadas no poder geral de cautela, determinam o afastamento cautelar do magistrado processado penalmente<sup>171</sup>:

[...]Consta no voto da Ministra Relatora: “[...] o fato de que a determinação de afastamento do agravante se deu com base no poder geral

<sup>168</sup> TJ-RS - MS: 70058160722 RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Data de Julgamento: 13/03/2014, Quarta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/03/2014. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114427245/mandado-de-seguranca-ms-70058160722-rs/inteiro-teor-114427255>> Acesso em: 25/07/2016.

<sup>169</sup> STJ **HABEAS CORPUS Nº 139.235 – GO. EMENTA.** PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS.** HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. LIBERDADE CONDICIONADA. PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO PAÍS. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Para se restringir o direito do indivíduo, necessária se faz a normatização da medida, não cabendo ao julgador, com espreque no poder geral de cautela, cominá-la ao seu talante, em atenção aos princípios da presunção da inocência e da legalidade.

2. A posterior Lei n.º [12.403/11](#) elencou algumas medidas cautelares pessoais passíveis de aplicação pelo magistrado; dentre as quais, a proibição de ausentar-se do País, com a retenção do passaporte.

3. *In casu*, não se determinou a entrega do passaporte, apenas a inviabilidade da acusada e do corréu de ausentarem-se do País, oficiando-se às autoridades competentes.

4. De se notar que a condição imposta para a liberdade decorre do termo de compromisso aceito pela paciente, no qual se compromete a comparecer a todos os atos processuais, estando a medida aplicada em consonância com o ordenamento jurídico vigente à época.

5. Estipulada a proibição de afastar-se do distrito da culpa para os delitos afiançáveis - artigo 328 do Estatuto Processual Repressivo -, com mais propriedade deve ser imposto para os crimes afiançáveis[...]. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21920272/habeas-corporus-hc-139235-go-2009-0114556-2-stj/inteiro-teor-21920273>. Acesso em: 26/07/2016.

<sup>170</sup> TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 11ª Edição. Bahia, 2016. Pág. 1402.

<sup>171</sup> TAVORA; ALENCAR, **ob. cit.**, pág.1446.

de cautela, ainda em sede de inquérito e como forma de garantia da ordem pública, devendo ser mantida até ulterior manifestação do órgão competente. Acrescente-se, por oportuno, que o entendimento contido na decisão agravada é corroborado por precedentes desta Corte do Pretório Excelso” (STJ – Corte Especial – AgRg na APn.675/GO – Rel. Min. Nancy Andrighi – DJe 01/02/2013).

Quanto a questão do relaxamento da prisão ilegal, já mencionada anteriormente, que frequentemente ocorre motivada pelo excesso de prazo, em princípio, não caberia nenhuma condição para a liberdade do agente, porquanto este retorna ao status anterior já que sua prisão constitui ato ilegal<sup>172</sup>. No entanto, o STJ admite o uso do poder geral de cautela para valer-se das medidas cautelares dispostas na Lei 12.403/2011 em situações inicialmente não previstas na lei:

**STJ - HABEAS CORPUS HC 280303 SE 2013/0353562-6 (STJ) Data de publicação: 26/08/2014 Ementa:** PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. RECONHECIMENTO. PRISÃO QUE PERDURA POR MAIS DE 2 ANOS. **AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA DEFESA.** CONSTRAINGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A celeridade processual é ideia-força imanente ao Estado Democrático de Direito. Hipótese em que a prisão processual se arrasta por mais de 2 anos. 2. Tendo a causa as particularidades comuns de exame, a deficiência do aparato estatal não é suficiente para justificar a delonga processual para o término da instrução criminal e a resposta penal. 3. Ordem concedida para relaxar a prisão da paciente, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo<sup>173</sup>.

#### 4.3.2.3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: HC 127.186/PR

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, são diversos os julgados em que medidas cautelares são deferidas por meio da utilização do poder geral de cautela. Dessa maneira, mesmo após a promulgação da Lei nº 12.403/2011 que instituiu as medidas cautelares alternativas à prisão, para o STF<sup>174</sup> o uso do poder geral de cautela

<sup>172</sup> Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 4. ed. – Salvador, 2016.

<sup>173</sup> STJ - HC: 280303 SE 2013/0353562-6, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 12/08/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2014. **Pesquisa de jurisprudência.** Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25254749/habeas-corpus-hc-280303-se-2013-0353562-6-stj>> Acesso em: 26/07/2016.

<sup>174</sup> STF. Admitindo a utilização do poder geral de cautela (CPC, art. 798 – art. 297 do novo CPC) no processo penal comum: STF – HC 94.147/RJ – 2ª Turma – Relatora Ministra Ellen Gracie – DJe-107 12/06/2008. E também: HC 86.758/PR – 1ª Turma – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 02/05/2006 – DJ p. 22, 01/09/2006.

ainda é admitido, quando necessária a imposição de medidas cautelares inominadas adequadas e eficazes para garantir a instrução criminal e a aplicação da lei penal<sup>175</sup>.

Por conseguinte, podem ser ressaltados alguns pedidos de *habeas corpus* de investigados da “Operação Lavajato”<sup>176</sup>, situação na qual costuma ser deferida a substituição da prisão preventiva pela medida cautelar inominada de recolhimento domiciliar integral. Destaca-se, nesse caso, a realização de uma modificação na possibilidade de aplicação da medida cautelar alternativa de recolhimento domiciliar, tendo em vista que é excluída a possibilidade do agente sair durante o dia bem como ignora-se, em alguns casos, o eventual exercício de atividade lícita.

Desse modo, com a finalidade de exemplificar o exposto, o HC 127.186/PR julgado pelo STF<sup>177</sup> demonstra que não foi outro o entendimento majoritário no sentido de se valer de cautelares inominadas para garantir eficiência e proporcionalidade ao caso. Logo, diante do pedido de aplicação das medidas cautelares nominadas pelo impetrante, o relator não considerou que as constantes no rol do art. 319 e 320 do CPP fossem –sozinhas- suficientes para acautelar os bens jurídicos protegidos pela prisão cautelar que até então o paciente estava submetido. Outrossim, no voto, o relator evidenciou o caráter de excepcionalidade da prisão, em que pese a existência de materialidade e indício suficiente de autoria, porquanto pode configurar-se a *ultima ratio* em antecipação de pena caso não presentes também mais um dos seus quatro fundamentos, quais sejam: (a) a garantia da ordem pública, (b) a garantia da ordem econômica - em virtude do exercício da função de direção de empresas que contratavam com a Petrobras, (c) a conveniência da instrução criminal - em razão de interferência no depoimento de testemunhas e na produção de provas - ou (d) a segurança da aplicação da lei penal - em virtude de risco de fuga do paciente. No caso objeto de recurso, o relator constatou que não mais subsistem os fundamentos b, c e d, em virtude do decurso do tempo. Quanto ao fundamento a, ressal-

---

<sup>175</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 4ª Edição. Salvador, 2016. Pág. 1440.

<sup>176</sup> Outros Habeas Corpus em que é determinada a aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, da medida cautelar inominada de recolhimento domiciliar integral: HC 130636, HC 132267, HC 132233.

<sup>177</sup> “Consta dos autos, em síntese, que: (a) o paciente foi preso preventivamente e, posteriormente, denunciado pela suposta prática dos crimes previstos no art. 2º, *caput* e § 4º, II, III, IV e V c/c art. 1º, § 1º, ambos da Lei 12.850/2013, no art. 333, parágrafo único, do Código Penal e art. 1º c/c § 2º, II, da Lei 9.613/1998; (b) alegando ausência de fundamentação do decreto prisional, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que denegou a ordem; e (c) contra essa decisão, foi impetrado outro HC no Superior Tribunal de Justiça, que não foi conhecido [...]”. Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC127186voto.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC127186voto.pdf)>. Acesso em 16/10/2016.

tou que a jurisprudência superior é pacífica no sentido de que a garantia da ordem pública não pode ser legitimada unicamente com a finalidade de resgatar a credibilidade das instituições públicas diminuindo a sensação de impunidade perante a sociedade.

Assim sendo, como a prisão preventiva não é mais o único meio efetivo para acautelar situações dotadas de maior gravidade, o relator considera que, com base na Lei nº 12.403/2011, o juiz tem o dever de substituir a prisão por medidas cautelares alternativas igualmente eficientes. Diante disso, de acordo com o caso concreto, o relator considerou que a aplicação cumulativa de cinco cautelares nominadas mais uma cautelar inominada de recolhimento domiciliar integral são, em suma, eficientes e proporcionais:

- a) afastamento da direção e da administração das empresas envolvidas nas investigações, ficando proibido de ingressar em quaisquer de seus estabelecimentos, e suspensão do exercício profissional de atividade de natureza empresarial, financeira e econômica;
- b) recolhimento domiciliar integral até que demonstre ocupação lícita, quando fará jus ao recolhimento domiciliar apenas em período noturno e nos dias de folga;
- c) comparecimento quinzenal em juízo, para informar e justificar atividades, com proibição de mudar de endereço sem autorização;
- d) obrigação de comparecimento a todos os atos do processo, sempre que intimado;
- e) proibição de manter contato com os demais investigados, por qualquer meio;
- f) proibição de deixar o país, devendo entregar passaporte em até 48 (quarenta e oito) horas;
- g) monitoração por meio da utilização de tornozeleira eletrônica.

Diante desses exemplos da rotina forense, verifica-se que o poder geral de cautela está sendo utilizado com o escopo de fornecer medida cautelar menos gravosa que o cárcere, no entanto, objetivando garantir eficácia semelhante. Assim, atinge essa finalidade por meio de interpretação sistemática do direito constitucional e do direito infraconstitucional, com observação da proporcionalidade, evitando o excesso e a insuficiência.

## 5. CONCLUSÕES:

A reforma introduzida pela Lei nº 12.403/2011, instituindo as medidas cautelares alternativas, buscou alterar o sistema cautelar anterior, pautado pela bipolaridade expressa na lei, porquanto o juiz só podia escolher entre conceder a liberdade provisória com ou sem fiança ou determinar a prisão cautelar do agente ao receber o auto de prisão em flagrante. Deste modo, em que pese a existência de cautelares na legislação extravagante, como aquelas previstas na Lei Maria da Penha, na Lei de interceptação de comunicações telefônicas e na de lei de tráfico de drogas ilícitas, apenas com as alterações dos artigos 313 e 321 do CPP é que ficou institucionalizada a prisão cautelar como exceção. Assim, somente com o preenchimento dos requisitos constantes nos artigos referidos é que terá cabimento a medida cautelar mais gravosa: o cárcere.

A reforma foi instituída em um momento crítico para o sistema processual penal, que estava servindo cada vez mais para violar garantias constitucionais concernentes a liberdade, a presunção da inocência e ao devido processo legal. Diz-se isso em razão do elevado número de pessoas encarceradas preventivamente, não importando a gravidade do delito cometido, assim, na dúvida, se prendia.

Em suma, atualmente, o juiz, ao deparar-se com um auto de prisão em flagrante, com uma investigação criminal ou com um processo judicial poderá determinar três providencias (deve ser provocado pelo Ministério Público ou pela autoridade policial na segunda hipótese, podendo atuar de ofício na terceira) quais sejam, deferir medidas cautelares alternativas a prisão, decretar a prisão cautelar ou determinar a liberdade provisória.

Assim como a prisão cautelar necessita do preenchimento de determinadas condições para ser decretada, as medidas cautelares igualmente necessitam do preenchimento de requisitos legais e constitucionais para serem deferidos, sob pena de acarretar prejuízo a sociedade, de forma direta ou indireta. Posto isso, na própria lei que trata das cautelares alternativas no seu art. 282 informa que para a decretação das medidas devem ser preenchidos os requisitos genéricos da necessidade e adequabilidade. O primeiro requisito trata da indispensabilidade da medida, assim, alternativamente, a medida deve ser imprescindível para



aplicação da lei penal ou para a investigação ou instrução criminal ou para evitar a prática de infrações penais. Enquanto o segundo requisito informa ao juiz que a medida escolhida deve ser compatível com a gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Ademais, tanto a decretação prisão cautelar como a das medidas cautelares exigem a presença do *fumus comici delicti* e do *periculum libertatis*. Por fim há exigência de que as medidas cautelares só possam incidir nos casos em que a infração penal seja cominada com pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente.

Diante de tanta preocupação com a ingerência estatal na liberdade do indivíduo, e visando compatibilizar a atuação jurisdicional com os tratados e convenções em matéria penal, surgiu o regramento da Lei nº 12.403/2011. Em que pese a regulamentação mais específica acerca das cautelares desde então, tal situação não impõe taxatividade no rol das medidas ali contidas. Isso ocorre porque existe a prerrogativa conferida ao juiz de exercer o poder geral de cautela, e, enquanto não houver vedação expressa a utilização dessa prerrogativa bem como não ocorrer violação aos requisitos genéricos e específicos mencionados, não verificamos incompatibilidade deste com o processo penal.

Ademais, o processo penal precisa utilizar o poder geral de cautela porque nem sempre todos os fatos que demandam providência cautelar se enquadram nas medidas previstas na lei, ora porque se tratem de situações novas geradas pela evolução do relacionamento humano, ora porque o regramento disposto apresenta lacuna ou obscuridade.

Outrossim, a jurisprudência é um bom laboratório para demonstrar a efetividade e eficácia das cautelares, que poderão mais tarde vir a ser incorporadas na legislação, como é o caso da retenção do passaporte e da suspensão da função pública.

Não obstante a preocupação de certa parte da doutrina com a rigidez característica do processo penal, necessária para que não ocorram arbitrariedades pelas autoridades estatais bem como para garantir um processo devido, assegurando a presunção da inocência do indivíduo, o dinamismo do processo penal no que concernem as medidas cautelares inominadas alternativas à prisão, serve para garantir uma resposta adequada e eficaz ao fato que demande atuação jurisdicional. Desse modo, utilizar o poder de cautela não fere os princípios

constitucionais acima mencionados, assim como o da legalidade, porquanto pode-se extrair da doutrina do processo civil que, esse poder dever do juiz já carrega em si as limitações, sendo necessário, para sua validade, que estejam presentes os princípios da adequação e da necessidade. Logo, cumpre as mesmas formalidades garantias das medidas cautelares típicas.

Em diversos pontos do trabalho sobre as medidas cautelares e o poder geral de cautela, os doutrinadores, incluindo os contrários a existência de cautelares inominadas, propõem, para assegurar a eficácia da medida típica, soluções para o magistrado que não estão previstas na lei. Na maioria das vezes, os autores referem que a situação ocorre em virtude de lacuna na lei, porquanto o legislador não delimitou as formas de aplicação de determinada medida. Ora, as sugestões, sempre respaldadas pelo princípio da proporcionalidade, da adequação e da necessidade e que não são mais gravosas às garantias asseguradas pela Constituição, nada mais são que a aplicação do poder geral de cautela, que não serve apenas para criar novas medidas, mas também para complementar, quando necessário, o sentido das já existentes.

Diante do exposto, defendemos que o poder geral de cautela convive harmoniosamente com as medidas cautelares típicas do ordenamento jurídico, servindo aquela prerrogativa do juiz como instrumento para assegurar a tutela que necessite de satisfação.

## REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. **Processo Penal Europeu: Preservação das Garantias e direitos individuais (Princípios processuais e análise da Convenção Europeia de Direitos Humanos)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Marcellus Polastri Lima.

ANDRADE, Fonseca Mauro. **A atuação do Ministério Público frente às medidas cautelares pessoais**.

Disponível em:

<<http://paginasdeprocessopenal.com.br/index.php/artigos/mauro-fonseca-de-andrade/>>. Acesso em 30/07/2016.

ANDRADE, Fonseca Mauro. **Sistemas Processuais Penais e seus princípios reitores**- 2ª Edição. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

AVENA, Norberto Cláudio Pêncaro. **Processo Penal esquematizado: Material Suplementar**. 2011. Separata de: AVENA. Norberto Cláudio Pêncaro. **Processo penal esquematizado** - 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo; MÉTODO, 2011.

AVENA. Norberto Cláudio Pêncaro. **Processo penal esquematizado** - 7.ª ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo; MÉTODO, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas**.

Disponível em: <http://badaroadogados.com.br/as-novas-medidas-cautelares-alternativas-a-prisao-e-o-alegado-poder-geral-de-cautela-no-processo-penal-a-impossibilidade-de-decretacao-de-medidas-atipicas.html>. Acesso em: 15/12/2016.

CALLEGARI, André Luis et al. **Constituição e ciências criminais: estudos em homenagem aos 15 anos da Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: O exemplo privilegiado da aplicação da pena**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

Disponível em:

<[http://www.academia.edu/2943177/O\\_Papel\\_dos\\_Atores\\_do\\_Sistema\\_Penal\\_na\\_Era\\_do\\_Punitivismo\\_o\\_exemplo\\_privilegiado\\_da\\_aplicacao\\_da\\_pena\\_texto\\_integral](http://www.academia.edu/2943177/O_Papel_dos_Atores_do_Sistema_Penal_na_Era_do_Punitivismo_o_exemplo_privilegiado_da_aplicacao_da_pena_texto_integral)> Acesso em 20/04/2016.

DIDIER, Jr. **Editorial 154**, 2012.

Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-154/>> acesso em 13/07/2016

DIDIER Jr., Fredie et al. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camila. **Processo Civil: Coleção Técnico e Analistas de Tribunais**. 4ª Edição. 2015- Bahia. Editora Juspodivm,

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Esquematizado** -6ª edição. 2016 - São Paulo. Editora Saraiva.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: Execução e Processo Cautelar**: Volume 3 – 6ª Edição –São Paulo. Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, vol. I. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único – 4ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. – 13. ed. – São Paulo. Saraiva, 2016.

LOPES Jr., Aury. **O Novo regime jurídico da prisão processual: liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13ª Edição Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Medidas Cautelares Pessoais alternativas à prisão**, Pág. 06, 2013.

Disponível em: < <https://www.jfrn.gov.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina324-medidas-cautelares-alternativas-aa-prisao.pdf>> Acesso em 28/03/2016.

SOARES, Gustavo Torres. **Medidas cautelares pessoais diversas da prisão: comparação entre os sistemas brasileiro, italiano, chileno e estadunidense**.

Custos Legis, Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. Vol.4/2013.

Díponível em: <[www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/revista-custos-legis/.../publicacao](http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/revista-custos-legis/.../publicacao)>. Acesso em 28/07/2016.

SOUZA, Jose Nilton Costa de. **Constituição e Processo penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz**.

Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/poder-geral-de-cautela.pdf>>.

Acesso em 30/07/2016.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª Edição. Bahia: Editora Juspodvim, 2016.

## JURISPRUDÊNCIA

STF - Pleno HC 104339/SP Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 10-5-2012 (inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nD 11. 343/06). **Pesquisa de Jurisprudência**.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm#transcricao1>> Acesso em: 01/08/2016.

STF- HC 127186/PR Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, decisão: 28/04/2015. **Pesquisa de Jurisprudência**.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4733030>  
Acesso em 16/10/2016.

STJ - HC: 139235 GO 2009/0114556-2, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 25/06/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012. **Pesquisa de jurisprudência**.

Disponível em:

< <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21920272/habeas-corpus-hc-139235-go-2009-0114556-2-stj/inteiro-teor-21920273>> Acesso em: 26/07/2016.

TJ-RS - MS: 70058160722 RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Data de Julgamento: 13/03/2014, Quarta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/03/2014. **Pesquisa de jurisprudência**.

Disponível em: <<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114427245/mandado-de-seguranca-ms-70058160722-rs/inteiro-teor-114427255>> Acesso em: 25/07/2016

TJ-RS - MS: 70058350182 RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Data de Julgamento: 20/03/2014, Quarta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/04/2014. **Pesquisa de jurisprudência.**

Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114859886/mandado-de-seguranca-ms-70058350182-rs/inteiro-teor-114859888>> Acesso em: 29/07/2016.

**CNJ, Resolução Nº 213 de 15/12/2015.**

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em 05/04/2016.

## LEGISLAÇÃO

Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.**

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 10/04/2016

Brasil. **DECRETO-LEI Nº 1.608, DE 18 DE SETEMBRO DE 1939.** Código de processo civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm)> Acesso em 22/06/2016.

Brasil. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 03 DE OUTUBRO DE 1941.**

Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Art.+319+do+C%C3%B3digo+Processo+Pena+l++Decreto+Lei+3689%2F41>> Acesso em 01/08/2016.

Brasil. **LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.** Institui a Lei de Execução Penal.

Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 25/08/2016.

Brasil. **LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)> Acesso em 01/08/2016.

Brasil. **LEI Nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras

providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)> Acesso em 30/07/2016.

Brasil. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.** Código de processo civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em 22/06/2016.

Brasil. **LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973.** Código de processo civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)> Acesso em 22/06/2016.

Brasil. **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em 28/03/2016.