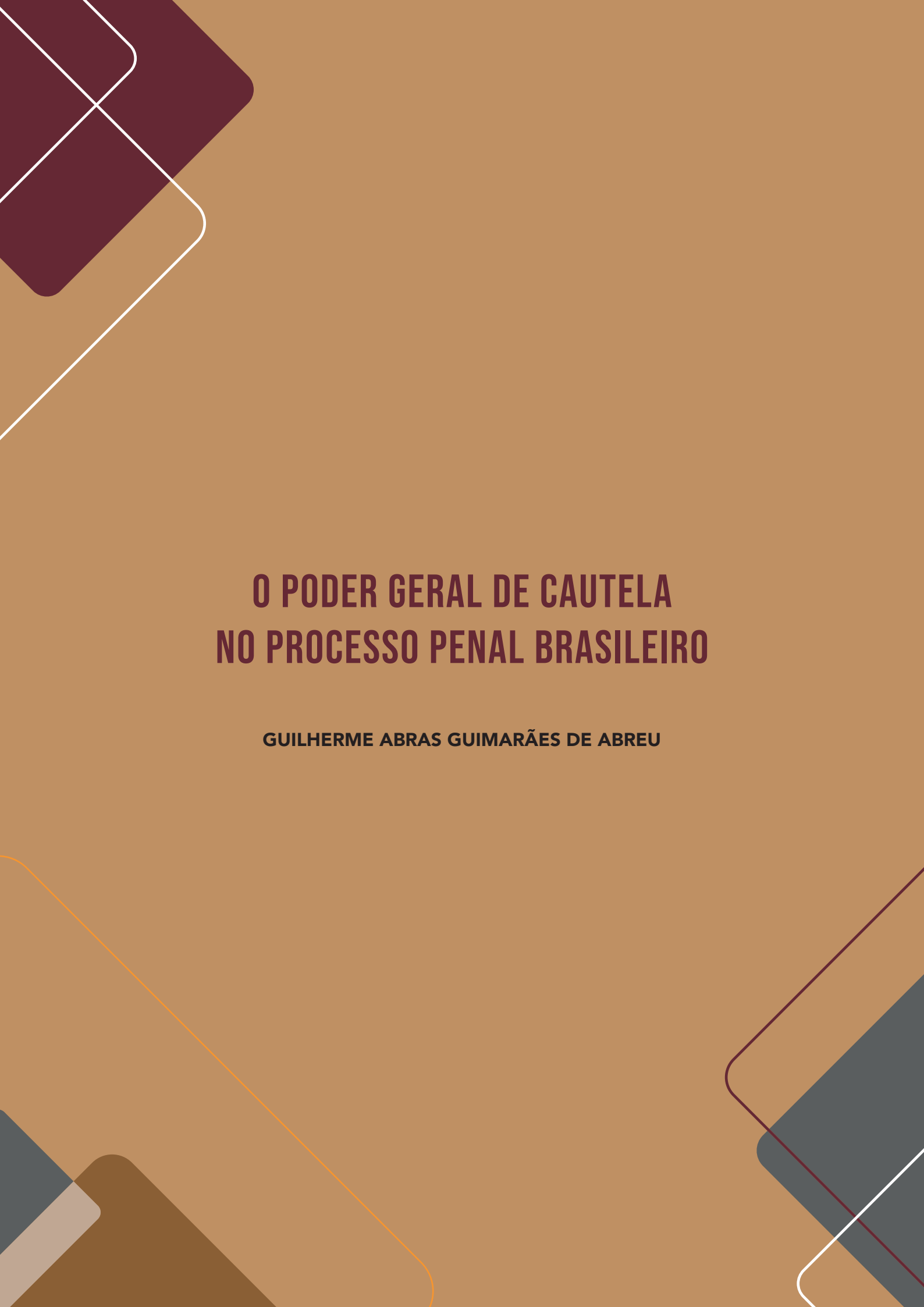




O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

GUILHERME ABRAS GUIMARÃES DE ABREU

O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

GUILHERME ABRAS GUIMARÃES DE ABREU

RESUMO: O poder geral de cautela é um poder atribuído ao Estado-Juiz, destinado a autorizar a concessão de medidas cautelares inominadas toda vez que as providências cautelares típicas se mostrarem inadequadas para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal. Porém, há bastante controvérsia quanto à existência do poder geral de cautela no processo penal. De um lado, uma parcela da doutrina defende que, no processo penal, não há medidas cautelares inominadas, não possuindo o juiz criminal um poder geral de cautela. Por outro lado, parte considerável da doutrina e da jurisprudência admite o poder geral de cautela no processo penal, contanto que as medidas cautelares inominadas sejam menos gravosas, assegurando a consecução do fim cautelar mediante a restrição de direitos que a medida típica limitaria de forma excessiva. O presente trabalho tratará sobre essa polêmica, vindo ao final concluir pela existência do poder geral de cautela no processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal. Medidas cautelares. Poder geral de cautela.

ABSTRACT: The general power of caution is an authority attributed to the Judiciary, aimed at authorizing the granting of unnamed precautionary measures whenever typical precautionary measures prove inadequate to ensure, in the specific case, the effectiveness of the main legal process. However, there is considerable controversy regarding the existence of the general power of caution in criminal proceedings. On one hand, a portion of legal doctrine argues that, in criminal proceedings, there are no unnamed precautionary measures, and the criminal judge does not possess a general power of caution. On the other hand, a significant portion of legal doctrine and case law acknowledges the general power of caution in criminal proceedings, provided that unnamed precautionary measures are less severe, ensuring the achievement of the cautionary purpose by restricting rights to a lesser extent than the typical measure would excessively do. This paper will address this controversy, ultimately concluding the existence of the general power of caution in criminal proceedings.

KEY WORDS: Criminal procedures; Precautionary measures. General power of caution in criminal procedures.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	150
2 - MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL.....	150
3 - O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL	153
4 - CONCLUSÃO	158
REFERÊNCIAS	158

1 - INTRODUÇÃO

Para que o processo tenha efetividade, não é suficiente apenas assegurar uma prestação jurisdicional completa e exaustiva. É essencial que os efeitos de pacificação social sejam efetivamente concretizados a partir da atuação judicial.

Em outras palavras, não tem utilidade assegurar a emissão de uma sentença final se não houver preocupação com a sua aplicabilidade prática.

Moreira (1984, p. 27) afirma que:

Digladiam-se as doutrinas; mas, para fins práticos, talvez seja possível enunciar algumas proposições em que todos (ou quase todos) se inclinam a convir, sempre que se queira fixar os requisitos básicos que o processo há de buscar satisfazer, para merecer a qualificação de 'efetivo'. Elas configuram, por assim dizer, a problemática essencial da 'efetividade', que - sem esquecer quanto existe de subjetivo, quicá de arbitrário, em qualquer escolha - ousaríamos resumir nos seguintes pontos:

a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;

b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;

c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;

d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;

e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.

Nesse contexto, o processo cautelar assume um papel crucial para efetivar os princípios relacionados aos "instrumentos adequados" e à "utilidade do resultado do processo", como destacado pelo ilustre processualista. Por meio de

uma cognição sumária, ele promove a eficácia prática da sentença, frequentemente comprometida pela lentidão da prestação jurisdicional. Isso permite, portanto, que o processo atinja os objetivos (jurídicos, sociais e políticos) que fundamentam sua existência.

A tutela de urgência, integrante do processo cautelar, baseia-se no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), uma garantia que não se limita à mera possibilidade de acesso ao processo de conhecimento, mas que exige a aplicação de técnicas processuais que assegurem a efetiva prestação jurisdicional.

É crucial destacar que a implementação de qualquer medida cautelar depende da presença de dois requisitos essenciais: o *fumus boni iuris* (análise preliminar sobre a plausibilidade do direito reivindicado) e o *periculum in mora* (avaliação dos riscos que a demora natural da prestação jurisdicional pode causar à sua efetividade).

Este artigo contém quatro seções, incluindo esta introdução. Na sequência é feita uma exposição sobre as medidas cautelares no processo civil e no processo penal. O contexto do poder geral de cautela no processo penal é objeto da terceira seção. As conclusões completam o artigo.

2 - MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO PENAL

No âmbito do direito processual civil, é consenso a aceitação de medidas cautelares atípicas, possibilidade já contemplada pelo art. 798 do CPC/1973.

Conforme Greco Filho (1995, p. 154):

O poder cautelar geral do juiz atua como poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional. Se esta tem por finalidade declarar o direito de quem tem razão e satisfazer esse direito, deve ser dotada de instrumento para a garantia do direito enquanto não definitivamente julgado e satisfeito. O infinito número de hipóteses em que a demora pode gerar perigo torna impossível a previsão específica das medidas cautelares em número fechado, sendo, portanto, indispensável um poder cautelar geral que venha a abranger situações não previstas pelo legislador. Este disciplinou os procedimentos

cautelares mais comuns ou mais contraditórios, cabendo ao próprio juiz da causa adotar outras medidas protetivas quando houver, nos termos da lei, fundado receio de lesão grave e de difícil reparação.

Analisando o CPC/1973, Neves (2015, p. 1319) afirma:

O poder geral de tutela deve ser analisado sob duas óticas: mirando o sistema jurídico e a atividade do juiz no caso concreto, sendo naturalmente mais ampla a primeira ótica.

A tutela cautelar é ampla, geral e irrestrita, significando que a parte que dela necessita deve apenas demonstrar o preenchimento do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* no caso concreto para recebê-la. Significa dizer que, pensando-se em poder jurisdicional, a tutela cautelar deve ser entendida como a proteção jurisdicional prestada pelo Estado para afastar o perigo de ineficácia do resultado final da pretensão definitiva da parte, funcionando como aspecto concreto da promessa constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da CF).

Poder geral de cautela, nesse sentido, significa o generalizado poder estatal de evitar no caso concreto que o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva gere a ineficácia dessa tutela. Essa amplitude da proteção jurisdicional no âmbito cautelar impõe que nenhuma restrição seja admitida no tocante ao direito concreto da parte em obter essa espécie de tutela quando demonstra os requisitos necessários previstos em lei.

[...]

O próprio legislador expressamente reconhece a sua insuficiência, ao prever nos arts. 798 e 799 do CPC a possibilidade de o juiz conceder, além dos procedimentos cautelares específicos, "as medidas provisórias que julgar adequadas", podendo, "para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação da caução". E o Superior Tribunal de Justiça vem acertadamente entendendo pela admissão da cautelar denominada em razão do poder geral de cautela do juiz.

Na realidade, a admissão de cautelares atípicas demonstra a faceta do poder geral de cautela quando aplicado ao sistema jurídico. O juiz, em sua atividade jurisdicional, só poderá efetivamente acautelar a parte necessitada se estiver munido de poder jurisdicional para tanto, de forma que a admissão na prática das cautelares denominadas significa que o poder jurisdicional cautelar é amplo, genérico e irrestrito, não se admitindo que, diante do preenchimento do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* no caso concreto e ausente a situação específica em previsão legal, se deixe de prestar a tutela jurisdicional. O que

se pretende demonstrar é que a amplitude da tutela cautelar naturalmente se concretiza no processo, mas essa concretização só é possível em razão do poder jurisdicional geral de cautela existente.

No CPC/2015, os procedimentos cautelares específicos foram eliminados.

Em substituição, o art. 301 estabelece de forma abrangente que:

A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

Nesse sentido, Montenegro (2011, p. 275) assevera:

[...] percebemos que o legislador preferiu disciplinar a tutela de urgência apenas no gênero, propondo a implosão do sistema que prevê a coexistência de cautelares típicas (arresto, sequestro, busca e apreensão, alimentos provisionais, justificação, protesto, posse em nome do nascituro, dentre outras) e de cautelares atípicas. O *nomen juris* não tem mais qualquer importância, sendo suficiente a demonstração do preenchimento dos requisitos que autorizam a concessão da tutela de urgência.

Neves (2015, p. 1422), expressando certa surpresa diante do novo regramento, observa que:

[...] causa extrema estranheza o art. 299 do Novo CPC prever que a tutela urgente de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito. Ainda que se possa afirmar que a norma legal prevê forma de efetivação, e não espécies de cautelar típicas, exatamente qual a razão dessa especificação? Afinal, as cautelares típicas nos deixaram ou não? Ou deixaram, mas nos arrependemos?

Imagino um professor daqui a dez anos explicando para os alunos esse dispositivo legal, e tendo que explicar medidas - executivas ou cautelares - absolutamente estranhas ao aluno. A pergunta será óbvia: qual a exata necessidade dessa especificação, ainda mais quando o próprio dispositivo legal prevê a possibilidade de adoção de 'qualquer outra medida idônea para assecuração do direito'?

Em contraste com o direito processual civil, o tratamento das medidas cautelares no âmbito penal é notoriamente mais complexo e menos

organizado. O Código de Processo Penal (CPP) apresenta uma série de medidas acautelatórias distribuídas em diversos capítulos, sem uma estruturação sistemática clara.

As medidas assecuratórias de natureza patrimonial, também conhecidas como cautelares reais, estão dispostas no CPP entre os artigos 125 e 144-A. Estas incluem o sequestro, o arresto e a hipoteca legal, que visam garantir o eventual confisco como resultado da condenação, assegurar futura indenização ou reparação à vítima do crime, o pagamento das despesas processuais ou das penas pecuniárias ao Estado, e ainda prevenir que o réu se beneficie ilicitamente da infração cometida. Tais medidas têm como objetivo preservar os bens para que estes possam ser afetados pelos efeitos gerais da sentença penal condenatória, conforme estabelece o art. 91 do CP. Importante ressaltar que a aplicação dessas medidas depende da presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*, e não podem ser implementadas automaticamente pelo simples cometimento do delito.

Quanto às medidas cautelares probatórias, estas estão relacionadas com a produção de provas. Exemplos incluem a produção antecipada de provas (art. 156, I, do CPP), a busca domiciliar (art. 242 do CPP) e a interceptação telefônica (art. 3º da Lei 9.296/1996).

Por fim, as medidas cautelares pessoais dividem-se em prisionais e não prisionais. As medidas prisionais compreendem as segregações cautelares, como a prisão preventiva (arts. 312 e 313 do CPP) e a prisão temporária (Lei 7.960/89). As medidas cautelares pessoais não prisionais estão previstas no art. 319 do CPP, atualizado pela Lei nº 12.403/2011, e incluem diversas providências que não envolvem a prisão do indivíduo, quais sejam:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

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

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

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

Apesar da lacuna existente no CPP no tocante às medidas cautelares de natureza pessoal antes da promulgação da Lei nº 12.403/11, a legislação especial já oferecia alternativas ao juiz para assegurar a efetividade do processo penal, sem necessariamente recorrer à prisão cautelar. Devido ao princípio da especialidade, essas medidas continuam em vigor e são complementares às novas medidas cautelares introduzidas pela recente legislação.

Um exemplo notável é o afastamento do Prefeito de suas funções em casos de crimes de responsabilidade. De acordo com o art. 2º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67, em relação aos crimes comuns listados no art. 1º do mesmo decreto, exige-se que o órgão fracionário do Tribunal de Justiça, ao receber a denúncia, decida motivadamente sobre a prisão preventiva do acusado, para os crimes especificados nos incisos I e II do art. 1º, e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal, para os demais incisos do artigo mencionado. Como é característico das medidas cautelares, tais restrições só podem ser impostas se estiverem presentes os requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*.

Outro exemplo encontra-se no art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), onde se estabelece que:

Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.

Destaque-se, ainda, as medidas protetivas de urgência previstas no *caput* do art. 22 da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06). A saber:

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:

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

V - contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

VI - freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

VII - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Com exceção da medida protetiva prevista no art. 22, inciso V, da Lei nº 11.340/06, que se refere à prestação de alimentos provisionais ou provisórios e tem caráter patrimonial, as demais medidas delineadas no mesmo artigo possuem inequivocamente natureza cautelar pessoal. Elas estão diretamente relacionadas à pessoa do suposto agressor, visando à proteção da integridade física e psicológica da vítima.

3 - O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

Ao abordar as medidas cautelares, a legislação estabelece diversas providências cautelares especificamente definidas como medidas cautelares nominadas ou típicas. No entanto, dada a variedade de circunstâncias fáticas possíveis, nem sempre essas medidas abrangem todas as situações. Nesses casos, frente a um risco iminente que possa comprometer a eficácia e utilidade do processo principal, torna-se crucial que o magistrado utilize medidas cautelares atípicas, baseando-se no poder geral de cautela do juiz, expressamente reconhecido pelo art. 798 do CPC/1973 (atualizado para o art. 297 do CPC/2015).

Este poder geral de cautela é uma prerrogativa atribuída ao Estado-Juiz, permitindo a concessão de medidas cautelares inominadas sempre que as medidas típicas não se mostrarem adequadas para garantir, no caso concreto, a efetividade do processo principal.

No entanto, a existência do poder geral de cautela no âmbito do processo penal é tema de intensa controvérsia. Alguns doutrinadores argumentam que, no processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e, conseqüentemente, o juiz criminal não possui um poder geral de cautela. Segundo essa visão, a adoção de medidas cautelares não expressamente previstas em lei constituiria uma violação ao princípio da legalidade, especificamente à sua dimensão de taxatividade.

O princípio da legalidade, conforme estabelecido no art. 5º, II, da Constituição Federal, determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Este princípio reflete a preocupação com o abuso de poder, que pode ser mais facilmente contido ou dificultado quando o próprio Estado está obrigado a seguir a lei.

Sobre a taxatividade, Lima (2015, p. 1024) observa que:

A taxatividade é um fenômeno que exterioriza o princípio da legalidade, desempenhando dupla função na regulamentação de situações que implicam afetação de direitos fundamentais e liberdades públicas: a uma, assegura que todos os direitos que a Constituição Federal confere aos cidadãos não sejam afetados por ingerências estatais não autorizadas por lei (*nulla coatio sine lege*); a duas, que os juízes atuem adstritos ao império da lei. Logo, qualquer decisão judicial que esteja em condições de afetar a liberdade de locomoção deve estar balizada por limites impostos pelos legítimos representantes da soberania popular, o que confere previsibilidade e segurança jurídica. Portanto, cabe unicamente à lei estabelecer de maneira clara as modalidades, os pressupostos, as finalidades, o procedimento e a extensão do exercício de um poder. Somente assim dar-se-á segurança jurídica ao cidadão contra eventuais arbitrariedades cometidas em detrimento de sua liberdade de locomoção.

Para Lopes Júnior (2011, p. 57), o processo penal não comporta medidas cautelares atípicas, rejeitando a ideia de “uma ampliação, por analogia e importação de categorias do processo civil, do poder punitivo estatal”. Ele defende que so-

mente as cautelares pessoais explicitamente previstas na Lei nº 12.403/11 devem ser aplicadas a investigados ou acusados no âmbito penal. Essa visão reflete uma preocupação com a limitação do poder punitivo do Estado, assegurando que a liberdade individual não seja restringida sem amparo direto na lei.

Além disso, uma parcela da jurisprudência também se posiciona contrariamente ao conceito de poder geral de cautela no processo penal, reforçando a necessidade de uma base legal estrita para a aplicação de qualquer medida restritiva ou cautelar. Essa perspectiva visa salvaguardar o princípio da legalidade e evitar a expansão não regulamentada das capacidades coercitivas do Estado.

[...] As medidas protetivas de urgência, assim como as cautelares diversas da prisão, quando afetarem o *status libertatis*, obrigatoriamente devem observar o princípio da legalidade.

2. A cumulação de providências cautelares deve sempre atentar para o binômio proporcionalidade e adequação, aqui incluída a necessidade da medida restritiva à liberdade.

3. O juiz criminal não é dotado de poder geral de cautela para fins restritivos, tendo em vista os estritos limites da legalidade penal e o princípio da presunção de não-culpabilidade.

4. Verificando-se que as demais medidas impostas pela Corte originária em substituição à prisão se mostram suficientes para os fins a que se propõem e que visam alcançar - garantir a segurança da vítima e evitar novas investidas violentas por parte do agente -, mostra-se flagrantemente ilegal e desproporcional a aplicação de medida não expressamente prevista no ordenamento jurídico, como a que proibiu o paciente de sair de casa, exceto para trabalhar.

5. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se a ordem de ofício, para afastar a medida protetiva de proibição de sair de casa, exceto para o trabalho.

(HC 222.298/SE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 30/10/2013)

Conforme essa perspectiva, o Estado só deve adotar medidas cautelares que estejam estritamente alinhadas com o que está previsto no ordenamento jurídico. A restrição à liberdade individual exige uma autorização legal explícita, dado que o princípio da legalidade não apenas rege a definição dos delitos e das penas (preceitos pe-

nais primários e secundários), mas também a legalidade de qualquer forma de restrição imposta, afetando a liberdade do indivíduo desde o início do processo até a sua conclusão na esfera penal.

Neste contexto, o projeto do novo código de processo penal foi aprovado pelo Senado Federal (PL n. 156), que inclui em seu art. 526 a introdução de novas medidas cautelares penais e proíbe as medidas cautelares não nominadas. Após ser enviado à Câmara dos Deputados em 2010 sob o número 8045/2010, o projeto ainda espera, quase quatorze anos depois, pela formação de uma comissão temporária para sua análise.

É notável que a expansão do leque de medidas cautelares penais típicas, conforme proposto no Projeto de Lei n. 156 e na reformulação do Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011, reflete o reconhecimento de que o legislador não conseguiu prever todas as necessárias medidas cautelares frente à dinâmica das relações sociais, o que corrobora, ainda mais, a argumentação da corrente que defende a existência do poder geral de cautela no âmbito penal, que se passa a expor.

Polastri (2005) responde às críticas sobre a alegada falta de legalidade das medidas urgentes. Ele argumenta que o poder geral de cautela é essencial para assegurar a funcionalidade e a efetividade do processo penal em casos que demandam uma ação rápida e decisiva.

Destaca Polastri (2005, p. 120) que o poder geral de cautela:

[...] é previsto na lei processual civil (Art. 798 do CPC: 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 fundamento receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação) e o Código de Processo Penal admite a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito (art. 3º do CPP).

Mendonça (2011, p. 79), adotando uma perspectiva constitucional, defende o poder geral de cautela no processo penal e critica a noção de legalidade estrita argumentando que:

[...] a própria Constituição assegura uma tutela jurisdicional adequada, assegurada no art. 5º, inc. XXXV, de sorte a conceder ao magistrado poderes para que não permita que o provimento jurisdicional final seja inútil.

Ainda, conforme Lima (2015, p. 1023):

[...] parece-nos que a legalidade, na sua função de garantia, impede que se imponha uma medida restritiva de direito fundamental mais gravosa que não tenha previsão legal. Entretanto, considerando sua função precípua de garantia de direitos fundamentais, ela autoriza, para cumprir tal função, a alternativa e a redutibilidade das medidas cautelares, objetivando uma medida alternativa menos gravosa. Ou seja, ao fazer uso 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, passa, inclusive, a ser uma opção de aplicação de hipótese cautelar mais benéfica ao acusado.

Cruz (2011, p.182) salienta que:

[...] cremos ser possível, para prover a exigência cautelar do caso concreto, que se faça uso da analogia e se aplique medida não prevista no Código de Processo Penal, desde que presente a mesma *ratio essendi* da norma positivada em outro diploma (como, v.g., a que justifica o inciso I do artigo 22 da Lei Maria da Penha); ou, então, que se dê interpretação extensiva aos incisos que integram o artigo 319 do CPP de modo a abranger situações que a mera literalidade do preceito não pareça autorizar. [...] não se poderá subtrair do julgador a possibilidade de fazer uso de seu poder geral de cautela, de forma excepcional, tendo como objetivo evitar a prisão preventiva. Poderá o magistrado, então, impor ao investigado ou acusado medida que, embora não conste literalmente do rol positivado no artigo 319 do CPP seja prevista em outra norma do ordenamento, ou possa ser considerada, por meio de interpretação extensiva, abrangida na dicção de algum dos incisos que compõem o elenco das cautelares pessoais diversas da prisão, previstas no referido dispositivo.

Távora (2013, p. 1038), por sua vez, leciona que:

[...] embora exista um rol expresso de medidas cautelares, nada impede que o juiz estabeleça outras tantas que sejam adequadas ao caso concreto, desde que não exceda os limites autorizados pela legislação. Daí pode o magistrado valer-se do rol do art. 319 do CPP, bem como de outras medidas menos restritivas, mas não pode aplicar medida cautelar mais gravosa sem que haja autorizativo legal expresso. Natural que seja assim, pois 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”.

É importante registrar que inexistente qualquer vedação no CPP ao poder geral de cautela em âmbito processual penal.

Ao revés, há expressa disposição no art. 3º do CPP de aplicação subsidiária das regras de processo civil, havendo no CPC a previsão de que:

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

De acordo com Alves (2002, p. 240):

[...] não se pode dizer que o magistrado, ao conceder uma cautela inominada, esteja agindo ao largo da lei, uma vez que é o próprio ordenamento jurídico (art. 798 do Código de Processo Civil c. c. o art. 3º do Código de Processo Penal) que lhe possibilita, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a adoção de outras providências adequadas a garantir a eficácia da prestação jurisdicional”.

Ainda, consta expressamente no artigo 22 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) que, “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**” – grifo nosso.

Também prevendo expressamente a possibilidade de medidas cautelares penais atípicas, a Lei n. 14.344/2022 (Lei Henry Borel) dispõe em seu artigo 20 que “constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente nos termos desta Lei, o juiz poderá determinar ao agressor, de imediato, em conjunto ou separadamente, a aplicação das seguintes medidas protetivas de urgência, **entre outras**” – grifo nosso.

Frise-se que mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, doutrina e jurisprudência já admitiam o emprego do poder geral de cautela no processo penal.

A retenção do passaporte, medida que somente veio a ser expressamente prevista neste novo diploma legal, já era largamente utilizada.

Nesse sentido:

[...] A retenção de passaporte pelo magistrado de primeiro grau tem clara natureza acautelatória, inserindo-se, portanto, no poder geral de cautela, o qual é depreendido de normas processuais dispostas no art. 3º do CPP, e do art. 798 do CPC. 2. “Se o direito

brasileiro admite a decretação da prisão temporária e preventiva, entre outras medidas constritivas da liberdade de locomoção da pessoa, no momento anterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória, com muito mais razão revela-se admissível a imposição de condições para o acusado durante o processo, como a entrega do passaporte, a necessidade de obtenção de autorização judicial para empreender viagens ao exterior, entre outras' (HC 94.147/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Dje 13.06.2008).

"MEDIDA CAUTELAR EM PETIÇÃO. MATÉRIA PENAL. REQUERENTE CUSTODIADO. TRANSFERÊNCIA. TUTELA DE URGÊNCIA. PODER GERAL DE CAUTELA. PEDIDO

PARCIALMENTE DEFERIDO. 1. Considerando o preenchimento dos requisitos ensejadores da tutela provisória, especialmente a urgência da medida, e diante do poder geral de cautela, o Tribunal Pleno, por maioria, referendou decisão do Relator no sentido do acolhimento parcial dos requerimentos formulados, sustando-se, até o julgamento definitivo desta Petição, os efeitos da decisão proferida em primeiro grau no que se refere à modificação do local de custódia do requerente. 2. Pedido parcialmente deferido.» (Pet 8312 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2019). «Habeas corpus. Processual penal. Produção antecipada de provas. Art. 366 do CPP. Fundamentação. Constrangimento ilegal não-caracterizado. 1. Cabe ao Juiz da causa decidir sobre a necessidade da produção antecipada da prova testemunhal, podendo utilizar-se dessa faculdade quando a situação dos autos assim recomendar, como no caso em apreço, especialmente por tratar-se de ato que decorre do poder geral de cautela do Magistrado (art. 366 do CPP). 2. Habeas corpus denegado." (HC 93157, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 23/09/2008).

[...] Desde antes da edição da Lei n.º 12.403/2011 reputava-se legítimo que o Julgador determinasse a entrega do Passaporte, com fundamento no poder geral de cautela, a ser invocado quando necessário - como no caso, em que o Paciente não é nacional brasileiro, e foi preso justamente ao tentar deixar o país.

5. Mencione-se, *ad argumentandum*, que essa possibilidade, hoje, após a edição da referida Lei, inclusive encontra-se expressamente positivada no direito Pátrio (Art. 320 do Código de Processo Penal).

6. Ausência de ilegalidade flagrante que permita a concessão da ordem de ofício.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 192.193/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 17/12/2012)

[...] A Lei n. 12.403/2011 previu, além das medidas elencadas no novo artigo 319 do CPP, outras providências de cunho cautelar (entrega de passaporte, prisão domiciliar, além da própria liberdade provisória) em preceitos distintos, a permitir a complementação das opções de que dispõe o magistrado no momento de prover a situação concreta, de modo adequado e suficiente, diretriz que outra norma reformativa do Código de Processo Penal, a Lei n. 11.719/2008, já apontava na redação dada ao (antigo) parágrafo único do art. 387 do CPP.

3. Outrossim, vale recordar que outras normas já preveem medidas cautelares pessoais, como a que admite "a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção" (art. 294, caput, da Lei n.º 9.503/97) e a que permite o deferimento de "medidas protetivas de urgência" à vítima de violência doméstica (artigo 22 da Lei Maria da Penha).

4. Dessa maneira, mesmo nos casos anteriores ao advento das Leis ns. 11.719/2008 e 12.403/2011, não se poderia subtrair do julgador a possibilidade de fazer uso do poder geral de cautela, de forma excepcional, tendo como objetivo evitar a prisão preventiva, tal qual ocorreu na espécie.

5. Tampouco há de se falar em vedação da retroatividade dos efeitos da Lei n. 11.719/2008, como faz crer a impetração; e não apenas em razão do reconhecido poder geral de cautela no processo penal, mas também porque a natureza do aludido diploma é exclusivamente de direito processual, cuja aplicação é imediata aos processos em curso.

6. Na hipótese, é de se ver que passados quase 7 anos desde a apreensão dos passaportes, não mais vislumbro a necessidade/adequação da medida, porquanto não há notícia de que o acusado deixou de cooperar com o Poder Judiciário. Ademais, as peças do feito parecem indicar que o paciente mantém seus endereços devidamente atualizados.

7. Assim, em razão da ausência de quaisquer indícios de que o paciente procura furtar-se à aplicação da lei penal, fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias para amparar a retenção dos passaportes, concedo a ordem, de ofício, para revogar a restrição, sob a condição de que o paciente comunique, previamente, ao Desembargador relator da apelação criminal, eventual viagem ao exterior, com o período em que se ausentará do país.

8. Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo de recurso ordinário. Ordem concedida de ofício.

(HC 126.973/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 15/09/2014).

Outra medida cautelar denominada bastante aceita na jurisprudência dos tribunais superiores é a regressão cautelar de regime na execução penal quando há notícia da prática de falta grave.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. RECONVERSÃO PENA RESTRITIVA DE DIREITO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. REGRESSÃO CAUTELAR. REGIME FECHADO. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. PRÁTICA DE CRIME DOLOSO. DESNECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PELO NOVO DELITO. REGRESSÃO CAUTELAR. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A decisão do magistrado de primeiro grau de jurisdição, referendada pela Corte Estadual, encontra-se devidamente fundamentada ante a natureza da falta disciplinar, consistente na prática de fato previsto como crime doloso.

2. No tocante à alegação de ausência do trânsito em julgado da nova ação e, por tal motivo, a impossibilidade de reconhecimento da falta grave, os procedimentos são autônomos, e, de acordo com o entendimento sedimentado na Súmula 526 desta Corte Superior, "o reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato."

3. Logo, homologada a falta grave, pela prática de crime doloso no curso da execução, é possível a aplicação de todos os consectários legais decorrentes de tal infração disciplinar, independente da conclusão da ação penal no qual se apura o novo delito.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior e com lastro no poder geral de cautela conferido ao Juiz das Execuções Penais, é válida a decisão que determina a regressão cautelar do regime de cumprimento de pena em razão da suposta prática de infração grave.

5. Entende-se, ainda, ser possível a regressão cautelar para qualquer dos regimes mais rigorosos, por analogia ao disposto no art. 118 da Lei n. 7.210/1984.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 863.389/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/2/2024, DJe de 28/2/2024.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. NOTÍCIA DE DESCUMPRIMENTO DE REGRA IMPOSTA AO REGIME ABERTO. SUPOSTA PRÁTICA DE FALTA GRAVE. REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior e com lastro no poder geral de cautela conferido ao Juiz das Execuções Penais, é válida a decisão que determina a regressão cautelar do regime de cumprimento de pena em razão da suposta prática de infração grave.

2. Entende-se, ainda, ser possível a regressão cautelar para qualquer dos regimes mais rigorosos, por analogia ao disposto no art. 118, da Lei n. 7.210/1984.

3. Na hipótese, o Magistrado singular sustou cautelarmente a manutenção do Agravante em regime aberto e determinou a sua transferência cautelar para o regime semiaberto, e em razão do descumprimento das regras do regime aberto, por violação da regra prevista no art. 146-C, inciso II, da Lei de Execução Penal.

4. Os temas relativos às supostas condução coercitiva, revista pessoal ilegal, por ausência de justa causa, e prévia advertência à Agravante ao direito de autoincriminação, não foram objeto de debate no acórdão recorrido, motivo pelo qual incabível o exame das matérias, sob pena de indevida supressão de instância.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC n. 184.586/RJ, relator Ministro Teodoro Silva Santos, Sexta Turma, julgado em 26/2/2024, DJe de 5/3/2024.)

Como se percebe, não há qualquer ilegalidade ou absurdo em se admitir o poder geral de cautela no processo penal para que seja implementada uma medida alternativa menos gravosa, que nada mais faz do que assegurar a consecução do fim cautelar mediante a restrição daqueles direitos que a medida típica limitaria de forma excessiva.

De acordo com Serrano (1990, p. 201):

[...] a restrição do direito limitado pela medida alternativa dispõe de cobertura legal, já que a lei autoriza a limitação em um volume maior que o finalmente ocasionado pelo meio substitutivo menos gravoso.

[...] a relativização do princípio de legalidade que esta maneira se produz é tão-somente parcial, de caráter quantitativo e em face do interesse do cidadão, que vê limitados os seus direitos em um grau menor do que o previsto pela lei em caráter geral.

Ou seja, “quem pode o mais pode o menos”, afigurando-se como dever do magistrado sempre escolher “o menos” – notadamente no processo penal, diante do princípio *favor libertatis* – contando que se trate de uma medida igualmente eficaz.

Conforme consignado pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADPF 444/DF pelo Supremo Tribunal Federal:

“Não se permite, portanto, em sede de direito de ir e vir, o denominado poder geral de cautela do juiz, que ignore o artigo 260 do CPP, pois em matéria de privação de liberdade de locomoção deve existir expressa previsão legal. A garantia individual de somente ser privado do direito de ir e vir nas hipóteses taxativamente estabelecidas na lei é uma das mais importantes previsões históricas. Nos estratos do Segundo Instituto, o grande magistrado inglês COKE, em 1642, ao comentar a Magna Carta, por ordem da Câmara dos Comuns, afirmou, no capítulo 29: “que nenhum homem seja detido ou preso senão pela lei da terra, isto é, pela lei comum, lei estatutária ou costume da Inglaterra”; em outras palavras, que nenhum homem seja privado de sua liberdade de ir e vir sem expressa autorização constitucional ou legal. Assim ocorre com as previsões expressas das hipóteses de prisões em flagrante, temporária, preventiva e, também, aqui, na questão da condução coercitiva”.

No mesmo sentido é a jurisprudência da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

Aplica-se o poder geral de cautela ao processo penal, só havendo restrição a ele, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 444/DF, no que diz respeito às cautelares pessoais, que de alguma forma restrinjam o direito de ir e vir da pessoa. [...] (REsp n. 1.568.445/PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 24/6/2020, DJe de 20/8/2020).

Como se vê, não obstante se tratar de tema controvertido, importante parte da doutrina e da jurisprudência legitimam o poder geral de cautela em âmbito processual penal.

4 - CONCLUSÃO

A tutela cautelar, que tem como objetivo prevenir o risco de ineficácia do resultado final pretendido definitivamente pela parte, apresenta-se como uma expressão concreta da garantia constitucional de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CF/88).

Dada a impossibilidade de se prever todas as situações em que a demora processual possa resultar em danos, é fundamental que o juiz (cível ou criminal) tenha o poder de determinar medidas cautelares atípicas de modo a se garantir a efetiva prestação jurisdicional.

Além de inexistir qualquer vedação no CPP ao poder geral de cautela em âmbito processual penal, há no art. 3º do CPP a previsão de aplicação subsidiária das regras de processo civil (seara em que o poder geral de cautela é pacificamente aceito), existindo, de mais a mais, previsões de expressa autorização legislativa para a aplicação de medidas cautelares inominadas, como se vê do artigo 22 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e do artigo 20 da Lei n. 14.344/2022 (Lei Henry Borel).

Assim, conclui-se pela necessidade e legitimidade do poder geral de cautela também no âmbito processual penal.

REFERÊNCIA

ALVES, Rogério Pacheco. **O poder geral de cautela no processo penal**. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro, 2002.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 out. 1941.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 ago. 2006.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015.
BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Código de Trânsito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1997.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei 156 de 2009**. Altera o Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 444**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 14/06/2018. Processo eletrônico. Diário de Justiça Eletrônico, nº 107, divulgado em 21/05/2019, publicado em 22/05/2019. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 93157**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Relator p/ Acórdão: Min. Menezes Direito. Primeira Turma. Julgado em 23/09/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 94.147/RJ**. Rel. Min. Ellen Gracie. Diário de Justiça Eletrônico, 13 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em **Petição nº 8312 MC**. Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 07/08/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 863.389/SP**. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Julgado em 26/02/2024. Diário de Justiça Eletrônico, 28/02/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 184.586/RJ**. Relator: Min. Teodoro Silva Santos. Sexta Turma. Julgado em 26/02/2024. Diário de Justiça Eletrônico, 05/03/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 126.973/SP**. Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. Julgado em 27/05/2014. Diário de Justiça Eletrônico, 15 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 192.193/DF**. Rel. Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgado em 11/12/2012. Diário de Justiça Eletrônico, 17 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.568.445/PR**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Relator para acórdão: Min. Ribeiro Dantas. Terceira Seção. Julgado em 24/06/2020. Diário de Justiça Eletrônico, de 20/08/2020.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro – v. 3**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 3ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v. 2. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. São Paulo: Método, 2011.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Projeto do Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o problema da "efetividade" do processo**. In Temas de Direito Processual - Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo: Método, 2015.

POLASTRI, Marcellus. **Tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TÁVORA, Nestor. ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2013.