

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

PEDRO HENRIQUE REIS BORGES JORGE VIDAL

**A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DO PODER GERAL DE CAUTELA NO
EMPREGO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO**

RIO DE JANEIRO

2024

PEDRO HENRIQUE REIS BORGES JORGE VIDAL

**A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DO PODER GERAL DE CAUTELA NO
EMPREGO DA MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO**

Monografia de Final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro.

RIO DE JANEIRO

2024

CIP - Catalogação na Publicação

V649a Vidal, Pedro Henrique Reis Borges Jorge
 A aplicabilidade do poder geral de cautela no
 emprego das medidas cautelares alternativas à prisão
 / Pedro Henrique Reis Borges Jorge Vidal. -- Rio de
 Janeiro, 2024.
 133 f.

 Orientador: Antônio Eduardo Ramires Santoro.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2024.

 1. Processo penal. 2. Poder geral de cautela. 3.
 Medidas cautelares. I. Santoro, Antônio Eduardo
 Ramires , orient. II. Título.

PEDRO HENRIQUE REIS BORGES JORGE VIDAL

**A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DO PODER GERAL DE CAUTELA NO
EMPREGO DA MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO**

Monografia de Final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro.

Data de Aprovação: 30/11/2024

Banca Examinadora:

Antônio Eduardo Ramires Santoro
Orientador

Lívia de Meira Lima Paiva
Membro da Banca

Natália Lucero Frias Tavares
Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2024

AGRADECIMENTOS

A Deus Todo Poderoso, por todas as bênçãos imerecidas que recebi ao longo de toda minha vida.

À Nossa Senhora, Maria, Mãe de Deus, Sede da Sabedoria, por sua intercessão junto ao Pai.

Aos meus pais e minha avó, por terem sido a pedra angular ao longo de toda minha jornada. Agradeço imensamente por todo suporte, conselhos, estímulos e orientações, sem os quais nada seria possível.

À minha tia, por ter sido fonte de grande inspiração, sendo exemplo de perseverança e dedicação frente a todos os desafios. Obrigado por nunca ter desistido, mesmo diante de todas as adversidades e por sempre me apoiar e comemorar cada realização.

Aos meus irmãos, Luiz Eduardo e Maria Fernanda, meus afilhados, Hugo e Ana Laura, vê-los crescer e contribuir para sua formação é um verdadeiro presente, obrigado por serem o motivo de incontáveis sorrisos e por tornarem a minha vida mais alegre. Também ao meu tio Ricardo, por ser exemplo de constante superação, apesar dos desafios

À minha “boadrasta”, Fabrícia, por toda atenção e cuidado que teve comigo desde os meus 6 anos de idade, e por sempre vibrar com minhas conquistas.

À Julianna Vitali Fernandes, minha fiel companheira, por todo o apoio que recebi, por todas as conversas, por ser um verdadeiro porto seguro para mim em todos os momentos. Sei que será uma profissional brilhante, assim como foi enquanto aluna. Foi um prazer imensurável dividir os últimos anos com você.

Ao Professor Antonio Eduardo Ramires Santoro, por todo auxílio, paciência e dedicação ao longo da confecção da presente dissertação.

Ao Dr. Leonardo Grandmasson Ferreira Chaves, Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por todos os ensinamentos e conselhos que recebi, por ser um exemplo de jurista e magistrado e por ser fonte de grande inspiração, através de sua atuação profissional sublime. Sei que tudo que aprendi ao longo dos dois anos de estágio ecoará por toda minha vida. Foi uma honra ter sido estagiário de seu gabinete!

Às doutoras Edna Villas Bôas, Danielle Wander, Aline Coimbra e Natália Serrano, por todo aprendizado que tive e por terem me ensinado a importância do ambiente de estágio para o desenvolvimento profissional e acadêmico. Agradeço imensamente por todo acolhimento, dedicação e paciência, que tornaram os meus anos de estágio extremamente agradáveis e felizes.

À Dra. Simone Gusmão, Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, por ter sido uma verdadeira professora aos seus estagiários, sempre disposta a ensiná-los de modo individualizado e fazer com que aprendam genuinamente Direito de Família e Processo Civil, além de conciliação e o trato humano com os assistidos.

Ao Dr. Flavio Lethier, Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, por seu exemplo de empenho inabalável em prol da melhor solução para os assistidos.

Ao Professor Diogo Rudge Malan, por ter despertado em mim o interesse pelo Processo Penal por meio de suas brilhantes aulas, que me fizeram escolher o tema desta dissertação.

Ao Professor Victor Hugo Pacheco Lemos, por ter sido um exemplo de professor, sempre atento aos seus alunos e aos entendimentos contemporâneos que cercam o Direito nas mais diversas esferas, especialmente a Processual e Constitucional.

Ao Professor Carlos Eduardo Adriano Japiassu, por toda sua dedicação ao lecionar Direito Penal, mesmo durante o período da Pandemia, fazendo com que eu apreciasse a disciplina, o que influenciou a minha escolha do presente tema.

Ao Professor Pedro Teixeira Pinos Greco, por ter sido um grande professor da Egrégia Faculdade Nacional de Direito, estando sempre disposto a ajudar todos os seus alunos, ensinando-os com verdadeira devoção e auxiliando-os a todo momento.

À Professora Carolina Rolim Machado Cyrillo da Silva, por cativar os seus alunos dentro e fora das salas de aula, mostrando-nos o valor da docência, da pesquisa e da atividade profissional consciente.

Ao Dr. Raphael Lobato Collet Teixeira, por ter criado o Grupo de Estudos de Filosofia do Direito, cujos debates muito me auxiliaram na confecção do presente, proporcionando-me o Raciocínio Jurídico necessário para bem fazê-lo. Agradeço, também, por inspirar todos que o cercam, mostrando que o Direito não se trata de mera aplicação da norma posta, mas a busca pela verdadeira Justiça.

A todos os amigos que fiz na Faculdade Nacional de Direito, especialmente os “Sócios do Grupo CBG S.A.”, João Gabriel de Oliveira Freitas, Brenno Giovenco Pellon, Caio Renato Leitão Mendes, Clara Figliino Lynch, Ana Beatriz Muller Carvalho Cassiano, Willian Jorge Gaspar Ferrão, John Breno Monteiro Ide e Jennifer Gregório.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade a análise quanto à aplicabilidade do Poder Geral de Cautela no emprego de medidas cautelares alternativas à prisão pelo juízo criminal brasileiro, descrevendo os conceitos, fundamentos e os diferentes posicionamentos doutrinários sobre o tema. A pesquisa aborda as medidas cautelares, suas espécies, características, os princípios que as regem (Necessidade, Adequação e Proporcionalidade), com ênfase nas medidas cautelares alternativas, explicando cada uma de suas espécies; bem como aborda o Poder Geral, instituto proveniente do Processo Civil, seu conceito, sua aplicação no processo penal de determinados países; além da exposição dos argumentos de certos autores quanto ao tema. As fontes bibliográficas do estudo incluem um variado número de livros, manuais jurídicos, artigos acadêmicos, monografias de mestrado e doutorado, legislações nacionais e estrangeiras, além de jurisprudências.

Palavras-Chave: Processo penal 1. Poder Geral de Cautela 2. Medidas Cautelares 3.

ABSTRACT

This work aims to analyze the applicability of the General Power of Caution in the use of alternative precautionary measures to imprisonment by Brazilian criminal courts, describing the concepts, foundations, and different doctrinal positions on the subject. The research covers precautionary measures, their types, characteristics, and the principles that govern them (Necessity, Adequacy, and Proportionality), with an emphasis on alternative precautionary measures, explaining each of their types. It also addresses the General Power, an institute originating from Civil Procedure, its concept, and its application in the criminal process of certain countries; in addition to presenting the arguments of various authors on the topic. The bibliographic sources of the study include a diverse range of books, legal manuals, academic articles, master's and doctoral theses, national and foreign legislation, as well as case law.

Keywords: Criminal Procedural law 1. General Power of Caution 2. Precautionary Measures 3.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. - Artigo

CE - Ceará

CPC - Código de Processo Civil

CPP - Código de Processo Penal

DF - Distrito Federal

HC - Habeas Corpus

Inq. - Inquérito

Min. - Ministro

RHC - Recurso em Habeas Corpus

RN - Rio Grande do Norte

SC - Santa Catarina

SE - Sergipe

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TO - Tocantins

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. MEDIDAS CAUTELARES	14
2.1. Aspectos Gerais	14
2.2. Espécies de Medidas Cautelares	20
2.2.1. Medidas Cautelares de Natureza Patrimonial	20
2.2.2. Medidas Cautelares relativas à Prova	24
2.2.3. Medidas Cautelares de Coação Pessoal	27
2.3. Requisitos das Medidas Cautelares	27
2.4. Características das Medidas Cautelares	36
2.4.1. Contraditório	36
2.4.2. Jurisdicionalidade	40
2.4.3. Acessoriedade	43
2.4.4. Provisoriedade	43
2.4.5. Revogabilidade	44
2.4.6. Referibilidade	44
2.4.7. Sumariedade	45
2.4.8. Instrumentalidade Hipotética e Qualificada	45
2.5. Princípios aplicáveis à cautelaridade no Processo Penal	47
2.6. Medidas Cautelares Alternativas à Prisão	51
2.6. 1. Aspectos Gerais	51
2.6.2. Medidas em Espécie	62
2.6.2.1. Comparecimento periódico em juízo	62
2.6.2.2. Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares	64
2.6.2.3. Proibição de contato com pessoa determinada	66
2.6.2.4. Proibição de se ausentar da comarca	67
2.6.2.5. Recolhimento Domiciliar	69
2.6.2.6. Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira	72

2.6.2.7. Internação Provisória	80
2.6.2.8. Fiança	83
2.6.2.9. Monitoramento Eletrônico	84
2.6.2.10. Proibição de se ausentar do país	85
3. PODER GERAL DE CAUTELA	87
3.1. Conceito	87
3.2. O Poder Geral de Cautela no Processo Civil	89
3.3. O Poder Geral de Cautela no Processo Penal não nacional	91
4. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA QUANTO À APLICABILIDADE DO PODER GERAL DE CAUTELA NO EMPREGO DA MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO	95
4.1. Correntes Favoráveis à Aplicabilidade do Poder Geral de Cautela	95
4.2. Correntes Contrárias à Aplicabilidade do Poder Geral de Cautela	104
5. CONCLUSÃO	114
REFERÊNCIAS	116
BIBLIOGRAFIA	127

1. INTRODUÇÃO

As medidas cautelares alternativas à prisão são um importante instrumento de garantia do regular andamento do processo ou da investigação, evitando as mazelas que o encarceramento provoca ao imputado e à sociedade. Contudo, são instrumentos que não devem ser banalizados, uma vez que restringem, mesmo que parcialmente, o bem jurídico mais caro do Direito: o direito inestimável do indivíduo à sua liberdade.

Todavia, com a proibição da autotutela privada, foi entregue ao Estado a responsabilidade de solucionar os conflitos sociais, coibindo condutas inaceitáveis socialmente, garantindo segurança às relações, com a constituição do chamado "Poder de Punir Estatal". Assim, é imprescindível que o Estado atue diligentemente contra as condutas típicas e os infratores da lei, a fim de assegurar a pacificação social, evitando o sentimento de impunidade e o retorno à barbárie da autotutela.

Nesse embate entre a garantia de direitos fundamentais e o poder estatal de punir, surgem discussões quanto à aplicabilidade do Poder Geral de Cautela no âmbito do Processo Penal, a partir do emprego de analogia ao Código de Processo Civil, possibilitando que o magistrado determine medidas cautelares não previstas em lei a fim de salvaguardar a eficácia processual e investigatória.

Desse modo, o presente trabalho visa à análise dos conceitos que cercam as medidas cautelares alternativas à prisão; bem como dos diferentes posicionamentos jurídicos sobre a aplicabilidade do Poder Geral de Cautela na sua determinação e sobre discussão quanto ao caráter exemplificativo ou taxativo do rol do artigo 319 do Código de Processo Penal, expondo os principais argumentos e destacando a importância do tema para o debate sobre a efetividade processual e as implicações do instituto sobre os direitos fundamentais. Para a elaboração da pesquisa adotou-se uma metodologia essencialmente teórica, a partir do estudo qualitativo de doutrinas jurídicas, pesquisas acadêmicas, legislações nacionais e internacionais, além de jurisprudências relacionadas às medidas cautelares alternativas à prisão e ao Poder Geral de Cautela no processo penal brasileiro, aprofundando-se sobre os conceitos, fundamentos e correntes doutrinárias que cercam o tema.

2. MEDIDAS CAUTELARES

2.1. Aspectos Gerais

As medidas cautelares são, em síntese, instrumentos jurisdicionais de natureza urgente que visam à garantia da eficácia do processo, frente aos efeitos nocivos do fluxo temporal a determinado bem jurídico ou direito fundamental, em virtude do longo curso processual até a prolação da sentença ou acórdão transitado em julgado, sendo destinadas, portanto, à tutela do processo¹. Assim, tais instrumentos são empregados nas conjunturas de necessidade de provimentos emergenciais², para, por exemplo, assegurar a investigação dos fatos, a execução de eventual sanção, evitar eventual fuga do suspeito, impedir que ele interfira nas investigações ou no processo penal, bem como salvaguardar a sociedade do prosseguimento dos delitos do agente, ou seja, quando é imprescindível a tomada de decisão em cognição não exauriente para garantir a efetividade da tutela definitiva. Desse modo, Rogério Pacheco Alves³ elucida que:

Pensar em efetividade do processo significa não só garantir a prestação jurisdicional definitiva, exauriente, mas, também, que tal prestação se amolde, plenamente, aos anseios da sociedade, permitindo que da atuação do Estado-Juiz sejam extraídos todos os resultados de pacificação social. É dizer, não basta a certeza de que a sentença virá. Faz-se necessária também a certeza de que virá de forma útil.

Pode-se conceituá-las, pois, como as medidas instituídas ao longo do inquérito ou do processo penal que viabilizam o resultado útil do processo penal, isto é, que o verdadeiro agente do fato típico (crime ou contravenção penal) seja devidamente sancionado, obstando que o tempo impeça que a justiça seja feita, sem que inocentes sejam prejudicados; uma vez que o tempo pode ser considerado um inimigo, o qual o juízo “luta sem tréguas”⁴. Logo, segundo Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos Cintra e Cândido Rangel Dinamarco⁵, as

¹ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 871.

² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 927.

³ ALVES, Rogério Pacheco. O Poder Geral de Cautela no Processo Penal. In: Revista da EMERJ, v.6, nº 22, 2003, p.1.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do processo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 519.

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 399 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas

medidas cautelares não teriam por objetivo promover a Justiça em si, mas permitir que haja tempo suficiente para que a Justiça seja feita.

Segundo o professor Renato Brasileiro de Lima⁶, as medidas cautelares se enquadram entre os poderes de coerção reivindicados pelo Estado Democrático de Direito, com o uso efetivo ou potencial da força estatal, cuja observância é obrigatória a quem se submete, a fim de salvaguardar a efetividade do processo. Nessa perspectiva, Piero Calamandrei⁷ disserta que as medidas cautelares conciliam dois requisitos da justiça aparentemente antinômicos, a celeridade e a ponderação:

Entre fazer logo porém mal e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo, permitindo que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca da decisão seja resolvido posteriormente, de forma ponderada, nos trâmites vagarosos do processo ordinário.

Aury Lopes Junior⁸ defende a natureza instrumental das medidas cautelar, que, conforme o entendimento de Sara Aragoneses Martinez⁹, seriam atos que teriam por finalidade regular o decorrer do processo e a aplicação da *jus puniendi*, sendo, portanto, meios para atingir tais objetivos. Do mesmo modo, Enrico Túlio Liebman¹⁰ sustenta que o que define a cautelaridade é o seu caráter instrumental e auxiliar. Nesse contexto, Aury Lopes

cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 66.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 929.

⁷ CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Pádova: Cedam, 1936, p. 20 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 929-930.

⁸ Veja-se: LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 871. / LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p.17.

⁹ Veja-se: MARTINEZ, Sara Aragoneses. Derecho Processual Penal. 2ª ed. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1996, p. 387 *apud* LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 871. / MARTINEZ, Sara Aragoneses. Derecho Processual Penal. 2ª ed. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1996, p. 387 *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p.17.

¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. Unità del procedimento cautelare. Problemi del processo civile. Napoli: Morano, 1962, p.110 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1775.

Júnior¹¹ afirma que tal pensamento é o majoritário na doutrina, sendo adotado por Carnelutti e Calamandrei na Itália, bem como por Sara Aragonese (como já mencionado), Herce Quemada, Prieto-Castro e Fairen Guillen, na Espanha. Ressalta-se, ainda, que, segundo Antonio Scarance Fernandes¹², sem a determinação de medidas cautelares quando necessárias diligências urgentes, não se atingiria a finalidade incidental do processo, que consistiria na prestação jurisdicional justa:

[...] no intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final existe sempre o risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Verifica-se, então, a necessidade de providências urgentes que eliminem ou amenizem esse perigo, servindo para tal propósito as medidas cautelares. Nestes casos, se essas providências não forem tomadas, a decisão da causa não mais conseguirá satisfazer o direito da parte. Não se atinge a finalidade instrumental do processo que consiste na prestação jurisdicional justa¹³.

Segundo Gustavo Badaró¹⁴, admitia-se doutrinariamente, há certo tempo, a autonomia do Processo Cautelar como um *tertius genus*, isto é, uma terceira espécie, que contrasta com o Processo de Conhecimento (ou de cognição) e o Processo de Execução. Nesse aspecto, Francesco Carnelutti¹⁵ compreende o Processo Cautelar, ao contrário de Enrico Túlio Liebman¹⁶, como um verdadeiro processo e não mero procedimento, enfatizando a autonomia da cautelaridade em relação ao processo principal. Já Piero Calamandrei¹⁷, apesar de

¹¹ Veja-se: LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1714. / LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 137.

¹² FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 285 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 66.

¹³ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 285 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 66.

¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1593.

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo. Napoli: Morano, 1958, p. 355 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1775.

¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. Unità del procedimento cautelare. Problemi del processo civile. Napoli: Morano, 1962, p.110 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1775.

¹⁷ CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Pádova: Cedam, 1936, p. 164 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1775.

identificar a autonomia da função cautelar e do *provvedimento cautelare*, não reconhece que o Processo Cautelar possuiria estrutura autônoma.

Contudo, para Aury Lopes Júnior¹⁸, não há processo cautelar, existindo somente o Processo de Conhecimento e o Processo de Execução, visto que a determinação de medidas cautelares de qualquer espécie visa a atingir um objetivo meramente incidental, mesmo quando determinadas no inquérito (fase pré-processual). Consequentemente, por não haver Processo Cautelar, inexistiria Ação Cautelar. Assim, segundo Rogério Lauria Tucci¹⁹, há somente medidas cautelares penais, que são decretadas ao longo do inquérito, do processo de cognição e do processo de execução, posto que só há ações cognitivas e executivas. Desse modo, conforme entende Rogério Tucci, no Processo Penal:

[...] só há lugar para a efetivação de medidas cautelares, desenroladas no curso da persecução ou da execução penal, e não para ação ou processo cautelar, que exigem, para sua realização, a concretização de procedimento formalmente estabelecido em lei.²⁰

No entanto, o promotor de justiça José Nilton Costa de Souza²¹, coadunando com o pensamento de Romeu Pires de Campos Barros²² (que defende a existência de uma ação cautelar autônoma no processo penal), contrapõe a visão de Aury Lopes Júnior, argumentando que, ao rechaçar a divisão quinária de Pontes de Miranda (que classifica as ações como condenatória, declaratória, executiva, mandamental e cautelar), conforme explicita Fernando

¹⁸ Veja-se: LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 873-874. / LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p.18-19.

¹⁹ Veja-se: TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.107 *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 874. / TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.107 *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p.18.

²⁰ TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 54 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 65.

²¹ SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. 2011, p. 7.

²² CAMPOS BARROS, Romeu Pires de. Processo Penal Cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, 13-27 *apud* SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. 2011, p. 7.

Sá²³, Lopes Júnior estaria deixando de explicitar a existência da ação cautelar autônoma no mandado de segurança, na Lei Maria da Penha (especialmente o seu artigo 12, inciso III²⁴) e no *habeas corpus*. José Nilton de Souza²⁵ esclarece, ainda, que o *habeas corpus* vem sendo utilizado, na forma dos incisos V e VI do artigo 648 do Código de Processo Penal²⁶, em face de decisões judiciais sujeitas a recurso sem efeito devolutivo a fim de que seja deferida liminar para a suspensão de sua eficácia, ocorrendo, inclusive, o trânsito em julgado, o que o promotor considera se tratar de uma genuína antecipação de tutela. Ainda quanto ao *habeas corpus*, Gustavo Henrique Badaró²⁷ compreende que é uma ação penal que origina um processo penal autônomo, mas não é um processo penal de natureza cautelar, contrariando o entendimento dos já citados José Nilton Costa de Souza e Romeu Pires de Campos Barros²⁸, bem como José Frederico Marques, para quem o *habeas corpus* seria um genuíno processo penal cautelar, como medida de contracautela²⁹.

²³ SÁ, Fernando. As diversas eficácias e seu convívio no conteúdo da sentença: a tese de Pontes de Miranda, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 18, 2000, p. 97 *apud* SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. 2011, p. 7.

²⁴ 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, sempre juízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

[...]

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.

²⁵ SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. 2011, p. 7.

²⁶ Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

[...]

V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI - quando o processo for manifestamente nulo

²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1603.

²⁸ Veja-se: SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. 2011, p. 7. / CAMPOS BARROS, Romeu Pires de. Processo Penal Cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982, 13-27 *apud* SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. 2011, p. 7.

²⁹ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 20 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1779.

Ainda quanto à autonomia da cautelaridade no processo penal, Vicente Greco Filho³⁰ defende a inexistência de ação ou processo cautelar, havendo somente decisões ou medidas cautelares, sem a instauração de um processo diverso do de cognição; assim, para Vicente Greco Filho, “as providências cautelares são determinadas como incidentes no processo de conhecimento”³¹. Na mesma visão, Luiz Flávio Gomes³² afirma que as medidas cautelares não possuem um fim em si mesmas, não podendo ser consideradas penas, subsistindo apenas para garantir “a aplicação da lei penal ou a eficácia do processo penal ou da investigação ou para evitar novas infrações penais”. Renato Brasileiro³³ se alinha a esses entendimentos doutrinários, afirmando não ser admissível a existência de um processo penal cautelar autônomo. Nesse contexto, Bruno Girade Parise³⁴ salienta que não seria adequado alegar a existência de ação ou processo cautelar, no âmbito do Processo Penal, havendo somente medidas penais cautelares, que devem ser requeridas mediante simples petição e no mesmo iter procedimental do processo de cognição.

Segundo Gustavo Badaró³⁵, ao contrário do que era previsto no Código de Processo Civil de 1973, não há, na esfera penal, a prestação de tutela cautelar através de um processo cautelar autônomo, visto que existe somente medidas cautelares, que atuam como incidentes de um processo principal, sem que haja um processo cautelar autônomo com base

³⁰ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 65.

³¹ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1779.

³² GOMES, Luiz Flávio. Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória. In.: BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luis; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 31 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 66.

³³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 929.

³⁴ PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p.54.

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1602-1603.

procedimental própria. Do mesmo modo, Rogério Lauria Tucci³⁶ compreende que não é possível haver processo penal cautelar ou ação penal cautelar, posto que, no processo penal, as medidas cautelares somente são adotadas para que sejam empregadas no processo de conhecimento ou de execução. Nesse âmbito, José Frederico Marques disserta:

[...] para a sistematização segura do assunto, é preciso não transformar em modalidade de ação penal simples incidentes processuais nascidos no curso da relação processual. Só se pode falar em ação quando, com o pedido que nela se contém, se instaura uma relação processual. Outras atividades postulatórias, e são muitas, que qualquer dos sujeitos processuais exerça, refogem do conceito de ação.³⁷

2.2. Espécies de Medidas Cautelares

Apesar da ausência de rigor sistemático no que tange às medidas cautelares no Código de Processo Penal Brasileiro³⁸, que as elenca em diferentes títulos ao longo do código (como o que trata de prova, por exemplo) é possível classificá-las em três espécies distintas: medidas cautelares de natureza patrimonial, medidas cautelares relativas às provas e medidas cautelares de coação pessoal.

2.2.1 Medidas Cautelares de Natureza Patrimonial

As medidas cautelares de natureza patrimonial, também chamadas de medidas cautelares reais, visam assegurar que o patrimônio do acusado seja capaz, em caso de condenação, de reparar os danos gerados, bem como, conforme o previsto no artigo 140 do Código de Processo Penal³⁹, de arcar com as despesas processuais ou pagar as penas pecuniárias, evitando o enriquecimento ilícito do acusado por meio da infração penal

³⁶ TUCCI, Rogério Lauria. Processo e procedimentos penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 749, mar. 1998, p. 496-497 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1779.

³⁷ MARQUES, José Frederico. Tratado de direito processual penal. v.2. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 41-42 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1602-1603.

³⁸ Veja-se: ALVES, Rogério Pacheco. O Poder Geral de Cautela no Processo Penal. In: Revista da EMERJ, v.6, nº 22, 2003, p. 7. / LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 930. / SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. 2011, p.7.

³⁹ Art. 140. As garantias do ressarcimento do dano alcançarão também as despesas processuais e as penas pecuniárias, tendo preferência sobre estas a reparação do dano ao ofendido.

cometida⁴⁰. Assim, segundo Renato Brasileiro⁴¹, as medidas cautelares reais têm por finalidade a preservação dos bens para que suportem os efeitos genéricos da sentença penal condenatória, mencionados no artigo 91 do Código Penal⁴². Nesse contexto, para Gustavo Badaró⁴³, a tutela penal objetiva, de modo secundário, a reparação pelos prejuízos gerados pela infração penal, sendo necessário, portanto, que o sistema processual possua mecanismos capazes de garantir que o patrimônio do infrator não seja dissipado, assegurando que esse propósito secundário não seja frustrado pela morosidade do transcurso processual.

É importante salientar que, apesar de as medidas cautelares de natureza patrimonial também terem por finalidade garantir o pagamento das despesas processuais e das penas pecuniárias, a reparação do dano à vítima possui preferência sobre estas, segundo o disposto no, já mencionado, artigo 140 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, Gustavo Henrique Badaró⁴⁴ entende que as despesas processuais e as penas pecuniárias não deveriam ser compreendidas como danos decorrentes do delito, visto que:

Somente ao se considerar que, em sentido amplo, sempre que ocorre um delito o Estado também é vítima de tal crime, quer porque teve o ordenamento jurídico por ele instituído violado, quer porque terá despesas com a persecução penal visando a imposição da sanção ao culpado, é que se poderá admitir que o pagamento das despesas processuais e da pena de multa representam uma forma de “ressarcimento do dano”.⁴⁵

⁴⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1250.

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p.1250-1251.

⁴² Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1731

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1731

⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1731

Ainda nesse âmbito, segundo Sara Aragoneses Martinez⁴⁶, as medidas cautelares assecuratórias asseguram a execução de todas as determinações de natureza patrimonial da sentença, desde a relação de danos até o pagamento de multas e despesas processuais. Nesse aspecto, o autor⁴⁷ explicita que tais medidas são de vital importância, em virtude da imprevisibilidade do tempo de transcurso dos procedimentos, o que geraria o risco ao resultado útil de todo processo.

Ressalta-se que a sentença penal condenatória transitada em julgada é título executivo judicial na esfera cível, conforme o previsto no artigo 515, inciso VI, do Código de Processo Civil⁴⁸, uma vez que a condenação tem como um de seus efeitos tornar certa a obrigação de indenizar (artigo 91, inciso I, do Código Penal), podendo tal execução ser promovida pela vítima, seu representante legal ou herdeiro (artigo 63 do Código de Processo Penal⁴⁹). Tal procedimento é intitulado por Norberto Avena⁵⁰ como ação de execução *ex delicto*, diferenciando-o da ação civil *ex delicto*, que se fundamenta no artigo 64 do Código de Processo Penal⁵¹, na qual o ofendido propõe a ação de reparação de danos imediatamente na esfera cível, sem a necessidade de aguardar o trânsito em julgado da ação penal. Ainda nesta perspectiva, Eugênio Pacelli⁵² disserta que, ao passo a ação civil *ex delicto* (em *latu sensu*)⁵³,

⁴⁶ ARAGONESES MARTINEZ, Sara; OLIVA SANTOS, Andrés; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; TOME GARCIA, José Antonio. Derecho Procesal Penal. 8. ed. Madrid, Ramon Areces, 2007. p. 429 *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1058

⁴⁷ ARAGONESES MARTINEZ, Sara; OLIVA SANTOS, Andrés; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; TOME GARCIA, José Antonio. Derecho Procesal Penal. 8. ed. Madrid, Ramon Areces, 2007. p. 393 *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1060.

⁴⁸ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

[...]

VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado

⁴⁹ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

⁵⁰ AVENA, Norberto. Processo Penal. 15ª ed. Versão eletrônica. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 759.

⁵¹ Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for o caso, contra o responsável civil.

⁵² PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Atlas, 2021, p. 406.

⁵³ É importante destacar que Eugênio Pacelli, ao contrário de Norberto Avena, não diferencia ação civil *ex delicto* de ação de execução *ex delicto*, afirmando que seriam apenas duas situações em que se estaria diante de uma

previstos nos artigos 63 a 68 do Código de Processo Civil, tratam do processo de conhecimento e do processo de execução para a reparação civil dos danos gerados pela infração penal, as medidas assecuratórias visam à efetividade desses procedimentos, possuindo, assim, natureza acautelatória.

Historicamente, não houve regularidade na adoção de tais medidas no processo penal brasileiro, uma que o Estado estaria mais interessado na aplicação da sanção retributiva de privação de liberdade, sendo as assecuratórias empregadas somente no que tange ao ressarcimento civil do dano⁵⁴. Contudo, atualmente, em razão da progressiva expansão do Direito Penal Econômico e Tributário, as medidas assecuratórias passaram a ser um relevante instrumento de combate a delitos em que a recuperação dos ativos seria tão fundamental quanto a prisão⁵⁵. Nessa perspectiva, Renato Brasileiro de Lima, em consonância com o elucidado por Andrea Beatriz Rodrigues Barcelos⁵⁶, afirma que a recuperação de ativos é um conjunto de condutas governamentais que visam à retomada de todos os bens, direitos e valores provenientes de determinada prática delituosa, mediante confisco (perda em favor do Estado brasileiro) ou repatriação (quando se localizam em outros países), podendo ser cumprida, dessa forma, internamente ou através de cooperação internacional⁵⁷. Percebe-se que, conforme explicita Eugênio Pacelli⁵⁸, há cenários em que a natureza pública é evidenciada, frente à impossibilidade de particularizar o interesse da alienação judicial (sequestro e destinação do bem). Assim, Renato Brasileiro de Lima conclui que:

ação civil *ex delicto*, isto é, fundada no delito (Ver: PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Atlas, 2021, p. 251).

⁵⁴ Veja-se: LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1251. / LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1058.

⁵⁵ Veja-se: LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1251. / LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1058.

⁵⁶ BARCELOS, Andrea Beatriz Rodrigues. Recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais. Boletim Científico, Escola Superior do Ministério Público da União- ESMPU, ano 5, nº 18-19, 2006, p. 130 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1251.

⁵⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1251.

⁵⁸ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Atlas, 2021, p. 406.

um dos meios mais eficientes para a repressão de certos delitos passa pela recuperação de ativos ilícitos, sendo imperiosa a criação de uma nova cultura, uma nova mentalidade, que, sem deixar de lado as penas privativas de liberdade, passe a dar maior importância às medidas cautelares de natureza patrimonial e ao confisco dos valores espúrios.⁵⁹

Os exemplos de medidas cautelares reais são as medidas assecuratórias previstas entre os artigos 125 e 144 do Código de Processo Penal (sendo elas o sequestro, a hipoteca legal e o arresto), bem como a restituição de coisas apreendidas, prevista nos artigos 118 a 124 do Código de Processo Civil, quando pleiteada e autorizada em juízo⁶⁰. Segundo Renato Brasileiro de Lima⁶¹, a apreensão de coisas, prevista no artigo 6º, incisos I e II do Código de Processo Civil⁶², não seria uma medida cautelar em sentido estrito, sendo somente uma medida assecuratória. Contudo, o autor⁶³ afirma que a restituição de coisas apreendidas, quando requerida em juízo, atua como medida cautelar ou contracautelar patrimonial, visto que, conforme entendimento de Marcellus Polastri Lima⁶⁴, seria o instrumento para a reincorporação dos bens apreendidos no processo ao patrimônio do interessado.

2.2.2 Medidas Cautelares relativas à Prova

As medidas cautelares relativas à prova têm por finalidade a obtenção de uma prova para o processo, evitar o perecimento de uma fonte de prova ou garantir a produção dos meios de prova, assegurando a utilização dos elementos de prova revelados. São exemplos de medidas cautelares probatórias: a busca domiciliar e pessoal (prevista nos artigos 240 e

⁵⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1251

⁶⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 930.

⁶¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 930.

⁶² Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;
II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

⁶³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 930.

⁶⁴ LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris: 2005, p. 159 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 930.

seguintes do Código de Processo Penal); a produção de prova testemunhal, também denominada como depoimento *ad perpetuam rei memoriam* (previsto no artigo 255 do Código Processual Penal); o exame de corpo de delito (previsto nos artigos 158 a 181 do CPP); o exame do local do crime (previsto nos artigos 169 a 173 do CPP); a perícia complementar (artigo 162, §2º, do CPP)⁶⁵; bem como a medida cautelar de natureza probatória prescrita no artigo 19-A, parágrafo único, da Lei nº 9.807 de 1999⁶⁶, que estabelece que o juízo, após a citação, deverá tomar antecipadamente o depoimento dos indivíduos incluídos nos programas de proteção previstos na mencionada lei, independentemente do rito processual criminal ⁶⁷.

A fim de que haja melhor compreensão quanto às medidas relativas à prova, é necessário elucidar que, segundo Renato Brasileiro de Lima⁶⁸, há três espécies de provas, que podem ser produzidas na fase investigatória, sendo possível, inclusive, que o juiz forme sua convicção por meio da livre apreciação delas, conforme interpretação do artigo 155 do Código de Processo Penal. São elas: as provas antecipadas, as provas cautelares e as provas não repetíveis.

As provas antecipadas são as produzidas perante o juízo, de modo que as partes possam participar da produção do elemento de prova, em momento diverso do legalmente estabelecido, mediante prévia autorização judicial (mesmo quando produzidas na fase investigatória), em razão da urgência e relevância da prova, bem como do risco de perecimento ou grave prejuízo⁶⁹. Os exemplos desse tipo de prova são o depoimento *ad*

⁶⁵ ALVES, Rogério Pacheco. O Poder Geral de Cautela no Processo Penal. In: Revista da EMERJ, v.6, nº 22, 2003, p. 8.

⁶⁶ Art. 19-A. Terão prioridade na tramitação o inquérito e o processo criminal em que figure indiciado, acusado, vítima ou réu colaboradores, vítima ou testemunha protegidas pelos programas de que trata esta Lei. Parágrafo único. Qualquer que seja o rito processual criminal, o juiz, após a citação, tomará antecipadamente o depoimento das pessoas incluídas nos programas de proteção previstos nesta Lei, devendo justificar a eventual impossibilidade de fazê-lo no caso concreto ou o possível prejuízo que a oitiva antecipada traria para a instrução criminal.

⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 930.

⁶⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 658.

⁶⁹ Veja-se: LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 658-659. / LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 629-630.

perpetuam rei memoriam, previsto no artigo 255 do Código de Processo Penal⁷⁰, e a produção antecipada prevista no artigo 366 do Código de Processo Penal⁷¹. Destaca-se que a antecipação de prova deve ser amplamente justificada pela acusação, tendo em vista a excepcionalidade do instituto⁷², não sendo satisfatória a simples referência às restrições da memória humana ou mera menção ao decurso do tempo, conforme o Enunciado nº 455 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça⁷³.

As provas cautelares são produzidas quando há risco de perecimento em virtude do transcurso do tempo, em que a atuação do contraditório se dá após a formação da prova, podendo ser produzidas tanto na investigação ou em juízo, mediante, via de regra, autorização jurisdicional⁷⁴. Um grande exemplo dessa espécie de prova é a interceptação telefônica, em que o investigado só saberá de sua realização após a conclusão, devendo, ainda, tal medida ser autorizada pelo juízo competente.

As provas não repetíveis são aquelas que não podem ser reproduzidas ou coletadas repetidamente, em razão do desaparecimento da fonte probatória, não dependendo de autorização judicial e podendo ser produzidas na fase investigatória ou judicial. Um exemplo desse tipo de prova são os exames periciais. Essas provas, em razão de sua própria natureza, não terão a participação das partes e, assim como as provas cautelares, o contraditório será exercido após a sua conclusão, com a possibilidade de que as partes requeiram a oitiva dos

⁷⁰ Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

⁷¹ Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

⁷² Veja-se: LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 659. / LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 631.

⁷³ A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo. (STJ, Súmula n. 455, Terceira Seção, julgado em 25/8/2010, DJe de 8/9/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=455.num>. Acesso em: 18/09/2024.

⁷⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 658.

peritos para prestar esclarecimentos e responder quesitos⁷⁵, conforme o estabelecido no artigo 159, §5º, inciso I, do Código de Processo Penal⁷⁶.

2.2.3. Medidas Cautelares de Coação Pessoal

As medidas cautelares de coação pessoal são as medidas mais gravosas, restringindo a liberdade de locomoção de acusados ou investigados, ou, até mesmo, privando-os da liberdade. Desse modo, tratam-se de medidas que incidem diretamente sobre o investigado ou acusado. Os exemplos dessas medidas são as prisões cautelares (prisão preventiva, prisão temporária e prisão em flagrante delito) e as medidas cautelares alternativas à prisão, que serão a ênfase da presente dissertação.

2.3. Requisitos das Medidas Cautelares

As medidas cautelares, para que sejam deferidas pelo juízo competente, devem cumprir, a partir de uma análise sumária, determinados requisitos, não podendo ser decretadas sem a presença deles⁷⁷, uma vez que não podem ser aplicadas como efeito automático de determinada prática delituosa⁷⁸. Segundo o artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015⁷⁹, as tutelas de urgência só poderão ser concedidas caso sejam comprovados a probabilidade do direito do requerente (*Fumus Boni Iuris*) e risco de dano ou risco ao resultado útil do processo (*Periculum in Mora*). Alguns autores acabam utilizando os mesmos termos do processo civil

⁷⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 658-659.

⁷⁶ Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1680.

⁷⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 941.

⁷⁹ 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.

para se referir aos requisitos das medidas cautelares no processo penal, como Rogério Pacheco Alves⁸⁰ e José Frederico Marques⁸¹, que afirma o seguinte:

o pressuposto fundamental da providência cautelar é o *periculum in mora*. Como existe uma inevitável dilação temporal - ensina JAIME GUASP - 'entre o nascer de um processo e a obtenção do ato decisório que a ele põe termo e ao qual estão vinculados seus efeitos básicos, esse constante *periculum in mora*, que semelhante dilação supõe, deve ser eliminado por meio de medidas de precaução, cautela ou garantia que diretamente facilitem os efeitos da sentença definitiva afetada por semelhante risco dilatório'. Se a providência acauteladora não se torna imprescindível, porquanto os efeitos dilatórios do processo não colocam em perigo a proteção ao bem jurídico que nele se procura assegurar, não há o *periculum in mora* e a medida cautelar não deve ser concedida. O segundo pressuposto da providência cautelar consiste na probabilidade de resultado favorável do processo principal para aquele a quem a medida acautelatória irá beneficiar. Sem o *fumus boni juris*, a providência cautelar torna-se inviável. Daí haver sempre um juízo de probabilidade no processo cautelar. Aliás, o próprio *periculum in mora* assenta-se em juízo de igual natureza, pois o perigo é sempre a probabilidade de um dano ou lesão.⁸²

Contudo, os termos mais adequados para se reportar aos requisitos das medidas cautelares no processo penal são “*Fumus Comissi Delicti*” e “*Periculum Libertatis*”⁸³, os quais serão analisados a seguir, tendo em vista as diferenças conceituais entre as tutelas provisórias no processo civil e as medidas cautelares penais. Especialmente, no caso do *Fumus Boni Iuris* (“fumaça do bom direito” ou probabilidade do direito), não há plausibilidade de sua aplicação no processo penal, uma vez que, segundo Aury Lopes

⁸⁰ ALVES, Rogério Pacheco. O Poder Geral de Cautela no Processo Penal. In: Revista da EMERJ, v.6, nº 22, 2003, p. 4-5.

⁸¹ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito processual penal. vol. IV. Campinas: Bookseller, 1997, p.33 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p.74-75.

⁸² MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito processual penal. vol. IV. Campinas: Bookseller, 1997, p.33 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p.74-75.

⁸³ Veja-se: LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 941. / LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 871-873. / LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 17-18. / MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p.75. BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1680.

PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p.61.

Junior⁸⁴, o delito seria a negação ou a antítese do direito, havendo a necessidade, desse modo, de se renunciar a doutrina civilista de Piero Calamandrei e passar a empregar os conceitos próprios do processo penal, que satisfaçam integralmente às suas exigências⁸⁵. Assim, Damásio Evangelista de Jesus⁸⁶ explica que:

as medidas cautelares submetem-se aos seguintes requisitos gerais: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Em se tratando de cautelares pessoais ou subjetivas, convertem-se tais exigências em *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. O *fumus commissi delicti* significa a presença de provas de existência do crime e de indícios de autoria ou participação (vide, em se tratando de prisão preventiva, o art. 311, parte final, deste Código). As providências acautelatórias implicam uma restrição a direitos fundamentais, motivo por que dependem de um lastro probatório mínimo para sua decretação, sob pena de irremediável mácula ao *due process of law* ('ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' - art. 5º, LIV, da CF). O *periculum libertatis* se traduz no risco que a liberdade do autor do fato possa acarretar à investigação ou processo criminal, comprometendo o regular andamento da persecução penal ou ameaçando a eficácia do futuro provimento jurisdicional.

Não se deve, portanto, confundir os termos *Fumus Boni Iuris* e *Periculum in Mora* com *Fumus Comissi Delicti* e *Periculum Libertatis*, mesmo que alguns autores, como Norberto Avena⁸⁷, os utilizem como sinônimo. Contudo, destaca-se que, quanto às medidas cautelares reais, o conceito de *Periculum in Mora* adequa-se perfeitamente, visto que a morosidade na prestação jurisdicional possibilitaria que a ocultação ou dilapidação do patrimônio do acusado⁸⁸. Nesse contexto, deve-se destacar a explanação de Roberto Delmanto Junior⁸⁹:

⁸⁴Veja-se: LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 872. / LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 17.

⁸⁵ Veja-se: LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 873. / LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 18.

⁸⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. Código de Processo Penal Anotado, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 67.

⁸⁷ AVENA, Norberto. Processo Penal. 15ª ed. Versão eletrônica. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 1674-1675.

⁸⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 942.

⁸⁹ DELMANTO JUNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.67 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 75.

Os conceitos de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*, todavia, não se ajustam, com exatidão, ao tratamento das medidas cautelares constritivas da liberdade previstas em nosso processo penal. A fumaça do bom direito e o perigo na demora do processo, diante das peculiaridades da imposição de qualquer modalidade de prisão provisória, não satisfazem. Para tanto, e com a devida vênia, ao invés de se falar em *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, preferimos nos utilizar dos termos *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, na esteira dos ensinamentos de Giovanni Conso e Vittoriorio Grevi. Em outras palavras, primeiro hão de ser constatadas a materialidade do delito e a existência de graves indícios de sua autoria (que são os pressupostos da prisão cautelar); em seguida, deverá ser aferida a ocorrência do perigo concreto que a manutenção da liberdade do acusado representa para a instrução processual ou para a futura aplicação da lei penal (seus requisitos).

O *Fumus Commissi Delicti* corresponde ao substrato probatório mínimo que indique indícios suficientes de autoria e materialidade do delito⁹⁰, podendo ser compreendido como a plausibilidade do direito de punir⁹¹. A verificação dos indícios do crime é realizada por meio de um juízo de probabilidade razoável e não de certeza. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior afirma:

O *fumus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapaixonado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto.⁹²

Nessa perspectiva, é fundamental diferenciar juízo de probabilidade e juízo de possibilidade. Segundo Francesco Carnelutti⁹³, há possibilidade quando há fundamentações igualmente favoráveis e contrárias à hipótese apresentada. Assim, seria satisfatório o juízo de possibilidade para o indiciamento, visto que o Ministério Público seria responsável por provar integralmente a culpabilidade do réu. Já o juízo de probabilidade seria o “predomínio das

⁹⁰ Veja-se: AVENA, Norberto. Processo Penal. 15ª ed. Versão eletrônica. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 1675. BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1680. / LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 941. / LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 872 e 951. / LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 17 e 61.

⁹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 941.

⁹² Veja-se: LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 952. / LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 62.

⁹³ Veja-se: CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. v. II. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 181-182 *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 952. / CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. v. II. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 181-182 *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 62.

razões positivas”⁹⁴, sendo o juízo necessário para aplicação das medidas cautelares, especialmente as de natureza pessoal, como a prisão preventiva, em virtude da gravidade da providência imposta ao réu ou investigado. Desse modo:

A probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao vero, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito. Interpretando as palavras de Canelutti, requisitos positivos do delito significam prova de que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável. Além disso, não podem existir requisitos negativos do delito, ou seja, não podem existir (no mesmo nível de aparência) causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade etc.) ou de exclusão da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição etc.)⁹⁵.

Ainda nesse âmbito, José Cirilo de Vargas⁹⁶ entende que o Juízo deve considerar, para determinação da medida cautelar, especialmente a prisão preventiva, os elementos do crime, ou seja, a tipicidade, a ilicitude (ou antijuridicidade) e a culpabilidade, uma vez que, com a inexistência de tipicidade (a atipicidade da conduta), não haveria crime e a desclassificação para o tipo culposos impossibilitaria, por exemplo, a aplicação de prisão preventiva. Salienta-se, também, que, apesar de, tradicionalmente, somente a atipicidade manifesta ser capaz de evidenciar a não constituição de um crime⁹⁷, atualmente, entende-se que é essencial a demonstração da ilicitude e culpabilidade, bem como a ausência de suas causas de exclusão⁹⁸.

⁹⁴ Veja-se: LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 952. / LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 62.

⁹⁵ Veja-se: LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 953. / LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 62.

⁹⁶ Veja-se: CIRILO DE VARGAS, José. Processo Penal e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 120 *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 953. / CIRILO DE VARGAS, José. Processo Penal e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 120 *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 62-63.

⁹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal. 6ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 177.

⁹⁸ Veja-se: LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 954. / LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 64.

Quanto à materialidade do delito, segundo Renato Brasileiro⁹⁹, é imprescindível haver juízo de certeza para a determinação da prisão preventiva, conforme o previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal¹⁰⁰ (“prova da existência do crime”); porém, nos casos de crimes com vestígios, o exame de corpo de delito não seria indispensável para a decretação da prisão preventiva, podendo o laudo pericial ser acostado aos autos ao longo do processo. No entanto, nos crimes de drogas, o laudo de constatação da natureza da droga é vital para procedibilidade¹⁰¹, conforme o artigo 50, §1º, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas)¹⁰²; bem como no caso dos crimes contra a propriedade intelectual (art. 525/CPP¹⁰³), em que é forçosa a realização de exame corpo de delito.

Quanto à autoria, Renato Brasileiro de Lima¹⁰⁴ argumenta que o Código de Processo Penal, no artigo 312, exige “indício suficiente”, isto é, aquele que permite, conforme conceitua Antônio Magalhães Gomes Filho¹⁰⁵, “um prognóstico de um julgamento positivo sobre a autoria ou a participação”. Logo, o termo “indício” é aplicado no mesmo sentido de prova semiplena (com menor valor persuasivo)¹⁰⁶, de modo análogo em que o termo é

⁹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 942.

¹⁰⁰ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

¹⁰¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 942.

¹⁰² Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

¹⁰³ Art. 525. No caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito.

¹⁰⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 942.

¹⁰⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001 p. 201 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 942.

¹⁰⁶ Veja-se: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 424. / LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 942.

empregado nos artigos 126¹⁰⁷ e 413¹⁰⁸ do Código de Processo Penal. Deve-se ressaltar que o indício é um dado objetivo (seja prova indireta ou semiplena), não podendo ser confundido com a mera suspeita, que seria somente uma intuição, visto que o indício se trata de “um fato demonstrado que autoriza a indução sobre outro fato ou, pelo menos, constitui um elemento de menor valor”¹⁰⁹. Assim, percebe-se que, diversamente da materialidade do delito (que depende de um juízo de certeza), o indício de autoria depende de um juízo de probabilidade.

O *Periculum Libertatis* consiste na comprovação do perigo de a liberdade plena do acusado ou investigado prejudicar o regular andamento do processo ou investigação, seja por meio de fuga ou interferência da produção de provas, como através de ameaças e chantagens às testemunhas, às vítimas ou aos peritos, gerando, portanto, riscos à imposição da pena a ser imposta em caso de condenação e à segurança social, com a ameaça de perpetuação da conduta delitiva. Constata-se, portanto, que o risco ao qual se refere ao requisito (*Periculum Libertatis*), no processo penal, decorre da situação de liberdade do acusado ou investigado e não da demora do regular desenvolvimento do processo (*Periculum in Mora*), como é no processo civil¹¹⁰. Aury Lopes Junior¹¹¹ considera o *Periculum Libertatis* o fundamento das medidas cautelares e não um requisito. Segundo Norberto Avena¹¹², esse requisito mescla-se com o princípio da necessidade, previsto no artigo 282, I do CPP¹¹³, que consiste na necessidade para aplicação das normas penais, para a investigação ou instrução criminal, bem como para impedir a continuidade da prática de infrações penais. Nesse contexto, o Supremo

¹⁰⁷ Art. 126. Para a decretação do sequestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens

¹⁰⁸ Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

¹⁰⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 942

¹¹⁰ Veja-se: LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 873. / LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 18.

¹¹¹ Veja-se: LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 872. / LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 18.

¹¹² AVENA, Norberto. Processo Penal. 15ª ed. Versão eletrônica. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 1674.

¹¹³ 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

Tribunal Federal, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 79.200, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, conforme a ementa do acórdão, firmou o seguinte entendimento:

à falta da demonstração em concreto do *periculum libertatis* do acusado, nem a gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado de hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o consequente clamor público constituem motivos idôneos à prisão preventiva: traduzem sim mal disfarçada nostalgia da extinta prisão preventiva obrigatória.¹¹⁴

Segundo Renato Brasileiro de Lima¹¹⁵, para a decretação de qualquer medida cautelar, é imprescindível que o *Periculum Libertatis* seja contemporâneo, posto que as medidas cautelares tutelam situações fáticas e riscos atuais, não se admitindo a tutela de fatos pretéritos. É o que a doutrina chama de Princípio da Contemporaneidade do Perigo. Desse modo, quanto mais distante a justificativa que ensejou a decretação da medida cautelar, mais tal medida tende à ilegalidade.

Salienta-se, por fim, que os requisitos das medidas cautelares (*Fumus Comissi Delicti* e *Periculum Libertatis*) não estão presentes somente no ordenamento jurídico brasileiro, mas nos ordenamentos de diversos países. Em Portugal, o Código de Processo Penal estabelece que, para a decretação das medidas cautelares, necessita-se comprovar a existência do *Fumus Comissi Delicti* e o *Periculum Libertatis*¹¹⁶, bem como exige-se a prévia constituição do suspeito como arguido, conforme o 192,1 do Código Português¹¹⁷, e a verificação, no momento da aplicação da medida cautelar, quanto à presença de uma das hipóteses previstas no artigo 204,1 do Código¹¹⁸. Na Itália, há a previsão do *Fumus Comissi Delicti* (artigo 273

¹¹⁴ STF, Primeira Turma, RHC 79200, Relator: Sepúlveda Pertence, julgado em 22/06/1999, DJ 13/08/1999. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur105920/false>. Acesso em: 26 de ago. de 2024.

¹¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 944

¹¹⁶ PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 65.

¹¹⁷ Artigo 192

1. A aplicação de qualquer medida de coação depende da prévia constituição como arguido, nos termos do artigo 58.º, da pessoa que dela for objeto.

¹¹⁸ Artigo 204

1. Nenhuma medida de coação, à excepção da prevista no artigo 196.º, pode ser aplicada se em concreto se não verificar, no momento da aplicação da medida:

a) Fuga ou perigo de fuga;

b) Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou

do Código de Processo Penal Italiano¹¹⁹) e o *Periculum Libertatis* (artigo 274 do mesmo código¹²⁰), com este sendo regulado de modo a indicar uma tríplice finalidade: de cautela final, de necessidade de tutela da coletividade e probatória¹²¹. Na Alemanha, só pode ser decretada a prisão cautelar do indivíduo se houver indícios consideráveis quanto à autoria e materialidade do crime (*Fumus Comissi Delicti*), com alto grau de probabilidade do cometimento do crime pelo imputado, e risco de fuga, de interferência no processo ou na apuração dos fatos e o perigo de reiteração da conduta criminosa¹²²; nesse contexto, vale

c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a atividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas.

¹¹⁹ “Artigo 273. Condições gerais de aplicação das medidas cautelares. 1. Ninguém pode ser sujeito a medidas cautelares se não houver indícios sérios de culpa contra ele” (PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 67).

¹²⁰ “Artigo 274. 1. As medidas cautelares serão impostas: a) quando houver necessidade específica e inderrogável relativa a investigações relacionadas aos fatos demandados, em relação a situações de perigo concreto e atual para a aquisição ou autenticidade das provas, com base em circunstâncias de fato expressamente indicadas sob pena de nulidade também detectável de ofício. As situações de perigo concreto e atual não podem ser identificadas na recusa da pessoa sob investigação ou do acusado de fazer declarações ou na não admissão das acusações; b) quando o acusado tiver fugido ou houver um risco concreto e atual de fuga, desde que o juiz considere que uma sentença de mais de dois anos de reclusão possa ser imposta. As situações de perigo concreto e atual não podem ser deduzidas exclusivamente a partir da gravidade do delito pelo qual ele demanda; c) quando, devido à modalidade e circunstâncias específicos do fato e pela personalidade da pessoa sob investigação ou do acusado, deduzidos de comportamentos ou atos concretos ou de seu antecedente criminal, exista um perigo concreto e atual de que cometa crimes graves com o uso de armas ou outros meios de violência pessoal ou dirigidos contra a ordem constitucional ou delitos relacionados ao crime organizado ou da mesma espécie. Se o perigo disser respeito à prática de crimes do mesmo tipo daquele objeto do atual processo, as medidas cautelares de custódia serão ordenadas apenas se forem crimes cuja pena de reclusão não seja inferior a quatro anos, ou, no caso da prisão cautelar, dos crimes pelos quais está prevista uma pena de prisão não inferior a cinco anos, bem como pelo crime de financiamento ilícito das partes a que se refere o artigo 7 da Lei de 2 de maio de 1974, n. 195 e alterações subsequentes. As situações de perigo concreto e atual, também em relação à personalidade do acusado, não podem ser deduzidas exclusivamente a partir da gravidade do delito pelo qual está sendo acusado” (PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 67).

¹²¹ FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais diversas da prisão Brasil e Itália. In: (coord.) PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Homenagem a Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: G/Z, 2014, p. 85 *apud* (PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 67).

¹²² Veja-se:

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. El Proceso Penal Alemán introducción y normas básicas. Barcelona: Bosh, 1985, p. 106 *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1722

PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 70.

menção a análise realizada por Sidnei Agostinho Beneti sobre os requisitos da decretação da prisão preventiva (uma medida cautelar de coação pessoal) nos códigos processuais brasileiro e alemão:

As hipóteses em que a lei brasileira autoriza a decretação da prisão preventiva são, na essência, semelhantes aos pressupostos da *Untersuchungshaft* alemã. Com efeito: 1) o primeiro pressuposto material (*dringend Verdach*) é a mesma ideia que, no Direito Brasileiro norteia o requisito da "prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria", ou seja, "fortemente suspeito quem tem contra si o fato seguro da existência objetiva de um crime e também dados objetivos que constituam indícios sérios de ser seu autor. 2) o segundo pressuposto material (*Haftgrund*), isto é, o motivo para a prisão, é a constatação de que, permanecendo o acusado em liberdade, tentará ele frustrar a ação ou a execução penal ou agredirá a vida em sociedade. Para que essas ações, que necessitam de coerção, sejam juridicamente qualificadas como motivos de prisão, será preciso que caracterizem: a) suspeita de fuga (*Fluchtverdach*), atividade subsumível, na lei brasileira, na "conveniência da instrução criminal" ou "assegurar a aplicação da lei penal"; b) perigo de obscurecimento da apuração do crime (*Verdunkelungsgefahr*), que corresponde, no Brasil, à conveniência da instrução criminal; c) perigo de cometimento de novos crimes (*Wiederholungsgefahr*), ideia abrangida pela noção de "garantia da ordem pública no sistema brasileiro; d) gravidade do fato (*Schwerer der Tat*), limitada aos delitos de homicídio, genocídio, formação de grupo terrorista e uso doloso de explosivos.¹²³

2.4. Características das Medidas Cautelares

2.4.1. Contraditório

O Contraditório pode ser compreendido, segundo a definição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida¹²⁴, como “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”, sendo uma garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso LV, da Carta Política¹²⁵. Nesse sentido, o Contraditório é a marca da estrutura do processo, em virtude de seu caráter eminentemente dialético¹²⁶.

¹²³ BENETI, Sidnei Agostinho. Prisão provisória: direito alemão e brasileiro. In: Revista de julgados e doutrina. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, n. 3, jul-set., 1989, p. 19 *apud* PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 70.

¹²⁴ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios Fundamentais do Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 82

¹²⁵ Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹²⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. Prisão, Liberdade e Cautelares alternativas ao Cárcere. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 29.

Segundo Elio Fazzalari, as decisões judiciais devem ser constituídas em contraditório, que, também, as legitima, com a participação equânime das partes no processo¹²⁷. Desse modo só haveria verdadeiramente processo caso houvesse contraditório, em que cada parte pudesse realizar um conjunto de reações, escolhas e controles, estando passível de sofrer as reações e controles das demais partes¹²⁸. Para Fazzalari, o contraditório possui duas dimensões: a primeira é o direito à informação; a segunda dimensão é a paridade de armas ao longo do processo penal¹²⁹. Nesse contexto, os professores Antonio Eduardo Ramires Santoro e Francisco Ramalho Ortigão Farias¹³⁰ compreendem o Contraditório como:

[...] um direito constitucionalmente assegurado, que concede às partes de um processo judicial a faculdade de tomar conhecimento (informação) e de discutir todos os elementos apresentados ao julgador (poder de reação) em igualdade de condições (paridade de armas) com a finalidade de influenciar sua decisão (poder de influência), que é responsável por torná-lo eficaz, e controlar sua racionalidade (direito ao recurso).

Em outras palavras, o contraditório se torna palpável na expressão do poder de influência que a parte é capaz de exercer sobre a formação cognitiva do juiz, fazendo entender que além de apresentar os elementos obrigatórios, formais (ou aparentes) e materiais (ou substanciais), o contraditório precisa se mostrar eficaz.

De acordo com artigo 282, §3º, do Código de Processo Penal¹³¹, o juiz deve, em regra, intimar a parte contrária ao receber o pedido de medida cautelar, salvo em caso de urgência ou risco de ineficácia da medida. Desse modo, conforme explicita Aury Lopes Júnior¹³² e Nereu José Giacomolli¹³³, o contraditório é a regra na imposição das medidas cautelares e seu

¹²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal. 6ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 286.

¹²⁸ FAZZALARI, Elio: Instituições de direito processual. Campinas: Bookseller, 2006 p. 120-121 *apud* GIACOMOLLI, Nereu José. Prisão, Liberdade e Cautelares alternativas ao Cárcere. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 29.

¹²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal. 6ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 286.

¹³⁰ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; FARIAS, Francisco Ramalho Ortigão. Os “Hermeneutas do Grampos”: Uma Disfuncionalidade epistêmica. In: CONPENDI LAW REVIEW, v. 2, nº 1, 2016, p.9.

¹³¹ Art. 282 [...] § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

¹³² Veja-se: LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 879. / LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 22.

¹³³ GIACOMOLLI, Nereu José. Prisão, Liberdade e Cautelares alternativas ao Cárcere. São Paulo: Marcial Pons, 2013.p. 30

afastamento pelo juízo é uma excepcionalidade, cuja decisão deve ser fundamentada e justificada, sem argumentos vagos ou genéricos, que se apliquem a qualquer caso. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci¹³⁴ afirma que:

como regra, antes de decretar qualquer medida cautelar alternativa à prisão (art. 319, CPP), deve o Juiz ouvir a parte contrária, que, no caso, é o indiciado ou réu, como prevê o art. 282, § 3º, do Código de Processo Penal. Cuida-se de consagração dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. [...] Em casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, não se ouve o indiciado ou réu antes da decretação, nada impedindo que se promova a sua oitiva depois. Seria um autêntico contraditório diferido".

Percebe-se, portanto, que há medidas cautelares em que o contraditório prévio reduz a eficácia da decisão. Dessa forma, o legislador estabeleceu a possibilidade de decretação imediata das medidas *inaudita altera parte*, uma vez que seria um contrassenso o emprego do contraditório, nos casos em que houvesse indicativos plausíveis de que a medida se tornaria inócua¹³⁵. Nessa ótica, Cândido Rangel Dinamarco¹³⁶ entende que:

[...] a urgência de certas situações (*periculum in mora*) exige a imposição de medidas igualmente urgentes, sem prévio contraditório (*inaudita altera parte*): é o que pode dar-se com as cautelas e se dá com as liminares em geral, em razão dos males do fluir do tempo (o tempo é um inimigo), sem que no entanto fique excluído o contraditório, mas tão somente postergado.

Nesses casos, admite-se o chamado contraditório diferido, postergado ou retardado, exercido após a determinação da medida. Renato Brasileiro de Lima define o contraditório diferido como “o reconhecimento da atuação do contraditório após a formação da prova”¹³⁷, por isso, também chamado de contraditório sobre a prova. Dessa forma, o autor¹³⁸ o diferencia em relação ao contraditório real ou para prova, em que as partes atuam na constituição do

¹³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 567 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 86.

¹³⁵ MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 86.

¹³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 133 *apud* ALVES, Rogério Pacheco. O Poder Geral de Cautela no Processo Penal. In: Revista da EMERJ, v.6, nº 22, 2003, p. 6.

¹³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 658.

¹³⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 658.

elemento de prova, sendo indispensável que a sua produção seja perante o juízo e as partes.

Entretanto, Luiz Guilherme Marinoni¹³⁹ adverte:

Se a efetivação da medida cautelar inaudita altera parte, em algumas hipóteses, é absolutamente necessária para preservar a efetividade da tutela do direito afirmado pelo autor, a sua excepcionalidade decorre do fato de que esta posterga o contraditório. Em nome da efetividade do contraditório, ao réu deve ser permitido demonstrar, com a maior brevidade possível, a eventual inexistência dos fundamentos que autorizaram a concessão da medida.

Contudo, muitos doutrinadores criticam o contraditório diferido, como Giulio Ubertis, que entende que a ausência de um dos elementos essenciais do instituto configuraria um contraditório impossível¹⁴⁰. Segundo Antonio Santoro e Francisco Ortigão¹⁴¹, o contraditório postergado amplia os recursos da repressão penal e facilita o convencimento do juízo pelos órgãos acusadores, prejudicando gravemente a defesa, em virtude, especialmente, da dificuldade do acesso à informação. Os autores afirmam, também, que essa espécie de contraditório geraria o comprometimento cognitivo do órgão julgador, em razão do contato unilateral com a tese da acusação para discernir quanto à decretação da medida cautelar, estando, ainda, prevento para julgar a ação penal¹⁴². Nessa perspectiva, entendem que:

o contraditório diferido termina por servir apenas para legitimar a prova unilateral, na medida em que a cognição do julgador já se formou pelo contato inicial com as informações, de tal sorte que novos conjuntos de elementos cognitivos acabam por se submeter a procedimentos psicológicos de afastamento ou redução da dissonância cognitiva com a prevalência dos elementos conhecidos previamente¹⁴³

Quanto às medidas cautelares alternativas à prisão, é imprescindível o contraditório prévio a eventual substituição, cumulação ou revogação da medida imposta, podendo o imputado, inclusive, contraditar caso seja responsabilizado pelo descumprimento das

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do processo e tutela de urgência. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 79-80 apud ALVES, Rogério Pacheco. O Poder Geral de Cautela no Processo Penal. In: Revista da EMERJ, v.6, nº 22, 2003, p. 6.

¹⁴⁰ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; FARIAS, Francisco Ramalho Ortigão. Os “Hermeneutas do Grampos”: Uma Disfuncionalidade epistêmica. In: CONPENDI LAW REVIEW, v. 2, nº 1, 2016, p. 10.

¹⁴¹ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; FARIAS, Francisco Ramalho Ortigão. Os “Hermeneutas do Grampos”: Uma Disfuncionalidade epistêmica. In: CONPENDI LAW REVIEW, v. 2, nº 1, 2016, p. 11.

¹⁴² SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; FARIAS, Francisco Ramalho Ortigão. Os “Hermeneutas do Grampos”: Uma Disfuncionalidade epistêmica. In: CONPENDI LAW REVIEW, v. 2, nº 1, 2016, p. 11.

¹⁴³ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; FARIAS, Francisco Ramalho Ortigão. Os “Hermeneutas do Grampos”: Uma Disfuncionalidade epistêmica. In: CONPENDI LAW REVIEW, v. 2, nº 1, 2016, p. 11.

condições impostas pelo juízo¹⁴⁴. Para Aury Lopes Júnior¹⁴⁵, a inobservância do contraditório na determinação da substituição, revogação ou cumulação da medida cautelar ensejaria a sua nulidade. Nesse contexto, Damásio Evangelista de Jesus¹⁴⁶ compreende que o artigo 282, §3º:

destina-se precipuamente às medidas cautelares diversas da prisão, nas quais se afigura razoável a prévia intimação do agente. Quando se tratar de prisão, porém, deve-se adotar o raciocínio inverso, sob pena de ineficácia da medida. Não haverá com isso violação ao princípio do contraditório, o qual se concretizará após a consumação do ato (contraditório postergado ou diferido).

2.4.2. Jurisdicionalidade

A Jurisdicionalidade ou reserva de jurisdição se refere à imprescindibilidade de as medidas cautelares somente poderem ser decretadas, revogadas ou substituídas pelo Juízo competente (Juiz Natural), conforme o estabelecido no artigo 282, §2º¹⁴⁷, do Código de Processo Penal. Nesse sentido, Marco Antonio Marques da Silva e Jayme Walmer de Freitas¹⁴⁸ explicam que:

etimologicamente, a palavra jurisdição é oriunda do latim *jurisdictio*, que significa ação de administrar justiça, judicatura; duração de uma judicatura; direito de administrar justiça; julgamento de causa. No campo processual, jurisdição vem de *jurisdictio*, formada de *jus*, *juris* (direito), e de *dictio*, *dictionis* (ato de dizer, pronuncia, expressão), i.e., o poder de dizer o direito.

¹⁴⁴ Veja-se: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 881. / LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 22.

¹⁴⁵ Veja-se: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 881. / LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 22.

¹⁴⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 264 *apud* MACHADO, Marlon Wander. *As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal*. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 86.

¹⁴⁷ Art. 282 [...] § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

¹⁴⁸ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145 *apud* MACHADO, Marlon Wander. *As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal*. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 68.

Ressalta-se que as decisões emitidas pelo Juízo devem ser fundamentadas, conforme o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal¹⁴⁹; no caso da prisão preventiva, o artigo 315 do Código de Processo Penal¹⁵⁰ determina especificamente a necessidade de motivação e fundamentação das decisões. Nesse sentido, Nereu José Giacomolli afirma que, além de escrita, a determinação deve ser justificada quanto à motivação fática e jurídica, de forma racionaliza, vinculando-se ao suporte fático ao motivo legal¹⁵¹.

Segundo Aury Lopes Júnior, a Jurisdicionalidade guarda conexão com o “devido processo legal” (*due process of law*), conforme o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal¹⁵², posto que não seria possível a determinação de uma restrição à liberdade do indivíduo sem prévia análise jurisdicional. Nesse mesmo âmbito, Luiz Flávio Gomes¹⁵³ afirma que além da conexão com o devido processo legal, a jurisdicionalidade está vinculada com o Princípio do Estado de Direito. É importante destacar que as medidas cautelares não podem ser decretadas *ex officio*, pois acarretaria em uma inconstitucionalidade, visto que:

essa iniciativa vulnera o modelo acusatório de processo, processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo esta aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito extraprocessual¹⁵⁴

¹⁴⁹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

¹⁵⁰ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

¹⁵¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Prisão, Liberdade e Cautelares alternativas ao Cárcere. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 14.

¹⁵² Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

¹⁵³ GOMES, Luiz Flavio. Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Coordenação. BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2012, p.51-52 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 68.

¹⁵⁴ GOMES, Luiz Flavio. Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Coordenação. BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2012, p. 148 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 69.

Vale destacar que, antes do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964 de 2019), o juiz podia, de ofício, diante do descumprimento de uma medida cautelar anteriormente imposta, substituir a medida ou impor outra em cumulação, conforme a redação antiga do artigo 282, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Penal. Contudo, o Pacote Anticrime alterou os referidos dispositivos, bem como o artigo 282, §2º, do Código, revogando a possibilidade de decretação de medidas cautelares *ex officio*. Salienta-se que, mesmo antes do referido pacote, Renato Marcão já compreendia que o juiz só poderia decretar medidas cautelares de ofício no curso do processo penal, estando impedido na fase de investigação¹⁵⁵.

Por fim, é inquestionável que o ordenamento jurídico brasileiro prevê algumas exceções à jurisdicionalidade. A primeira exceção é a prisão em flagrante, que não ocorre por determinação judicial, mas que está sujeita ao controle jurisdicional posterior, por meio da audiência de custódia. A segunda é a medida protetiva de afastamento do lar, prevista no artigo 12-C da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340 de 2006)¹⁵⁶, que pode ser determinado pelo delegado de polícia ou por policial, caso o município não seja sede de comarca (artigo 12-C, incisos II e III), havendo o controle jurisdicional posterior, nos termos do artigo 12-C, §1º da Lei Maria da Penha. O último exemplo de exceção é a possibilidade da autoridade policial conceder a liberdade provisória sob fiança caso a pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos, conforme o artigo 322 do código de processo penal¹⁵⁷.

¹⁵⁵ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 365.

¹⁵⁶ Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

¹⁵⁷ Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

2.4.3. Acessoriedade

Como explicitado anteriormente, as medidas cautelares são acessórias a um processo principal, não sendo um fim em si mesmo, portanto, não é correto afirmar que há, no processo penal brasileiro, um processo cautelar. Entretanto, segundo Renato Brasileiro¹⁵⁸, é possível que uma medida cautelar seja decretada sem que haja um processo penal futuro, como em caso de determinação de cautelar no curso de uma investigação, em que ocorra o seu arquivamento. Desse modo, Galeno Lacerda¹⁵⁹ disserta que:

[...] Entre a ação cautelar e a principal, existe um vínculo lógico de continência, pois a situação de conflito (lide parcial), que impõe a necessidade de cautela, de modo a dispensarem a existência da ação principal futura, não retira da ação cautelar dependência lógica e potencial (nem sempre ontológica) com esta última que ficou *in fieri*.

2.4.4. Provisoriedade

As medidas cautelares são, sobretudo, situacionais, visto que tutelam uma situação fática a partir da análise do *Fumus Comissi Delicti e Periculum Libertatis*, deixando de ter eficácia caso passe a ser desnecessária ou caso ocorra o trânsito em julgado da sentença penal. Logo, a sua eficácia é provisória, visto que, conforme explicita Gustavo Badaró¹⁶⁰, os seus efeitos se conservarão até a superveniência de um acontecimento sucessivo. Nesse sentido, Romeu Pires de Campos Barros¹⁶¹ explica:

Outra característica sensível da medida cautelar é a provisoriedade, que resulta da circunstância de que a medida acauteladora não se reveste de caráter definitivo, durando apenas determinado espaço de tempo, cessando seus efeitos não só pelo advento da decisão definitiva proferida no processo principal, mas desde que ocorra a ausência de qualquer dos seus pressupostos.

¹⁵⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 945.

¹⁵⁹ LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, VIII, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 34 *apud* SOBRINHO, José Loureiro. A Custódia Cautelar no Processo Penal Brasileiro e a Lei 12.403/2011. 2017. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 120

¹⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1596.

¹⁶¹ BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo Penal Cautelar. São Paulo: Forense, 1982, p. 45 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 67.

Consequentemente, as medidas cautelares não possuem caráter definitivo e a decisão que as determina não faz coisa julgada material. Assim, apesar de não haver previsão de limitação temporal para as medidas cautelares, elas não poderão durar para sempre, pois não são capazes de solucionar definitivamente a situação de ensejou a sua decretação. Nessa perspectiva, Antonio Scarance Fernandes critica a inexistência de limite temporal na legislação brasileira, distinguindo-a da legislação portuguesa:

A legislação portuguesa, como ressaltado na exposição de motivos do projeto de lei nacional, serviu, como a da Itália, de inspiração para a reforma do Código de Processo Penal brasileiro. Merece destaque o fato de, entre nós, não haver previsão de encerramento das medidas como sucede em Portugal, o que provavelmente tornará incerta a delimitação temporal entre nós, com o perigo de se tornarem excessivas e causarem prejuízos graves ao acusado¹⁶²

2.4.5. Revogabilidade

A revogabilidade das medidas cautelares é consequência lógica de sua provisoriedade e não definitividade, uma vez que, extinguindo-se a razão que deu origem a decisão que as determinou, esta deve ser revista, conforme o previsto no artigo 282, §5º, do Código de Processo Penal¹⁶³.

2.4.6. Referibilidade

A referibilidade se trata da vinculação da medida cautelar decretada a uma situação fática específica, a qual a medida visa assegurar. Nesse âmbito, Luiz Guilherme Marinoni compreende que “na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou direito referido, não há direito acautelado, ocorrendo neste caso insatisfatividade, nunca referibilidade.”¹⁶⁴

¹⁶² FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais diversas da prisão - Brasil e Portugal. In: (org.)SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel. Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 63 *apud* PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 66.

¹⁶³ Art. 282. [...]. §5º- O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela cautelar e tutela antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 79 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 945.

2.4.7. Sumariedade

As decisões que decretam as medidas cautelares não são de cognição exaustiva, mas de cognição sumária, a partir da apreciação de seus requisitos (*Fumus Comissi Delicti* e *Periculum Libertatis*). Assim, o juiz não se baseia em um juízo de certeza, mas de probabilidade, em virtude da urgência da situação fática que enseja a determinação da medida. Nessa perspectiva, Ovídio Araújo Baptista da Silva entende que:

não se pode pensar em verdadeira tutela de simples segurança instrumentalizada por meio de um procedimento ordinário, pois a urgência é uma premissa inarredável, de todo o provimento cautelar. A cognição exauriente que o magistrado tivesse de desenvolver, quando fosse convocado para prestar tutela cautelar, além de supérflua e inútil, seria incompatível com a urgência que se presume sempre existir.¹⁶⁵

Segundo Kasuo Watanabe¹⁶⁶, a cognição do juízo deve compreendida a partir de dois planos distintos: o plano horizontal, que versa sobre a amplitude/extensão, e o plano vertical, que versa sobre a profundidade. No plano horizontal, a cognição é restrita aos elementos objetivos do processo (condições da ação, pressupostos processuais e mérito), podendo ser classificada como plena ou limitada. No plano vertical, a cognição é classificada segundo a profundidade, podendo ser exauriente ou sumária. Por tal razão, Gustavo Henrique Badaró¹⁶⁷ afirma que, por ser sumária, a cognição exercida pelo juiz na decretação das medidas cautelares é limitada em sua profundidade, mantendo-se superficial.

2.4.8. Instrumentalidade Hipotética e Qualificada

Como reiteradamente mencionado, as medidas cautelares não podem ser compreendidas como um fim em si mesmo, sendo instrumentos que objetivam assegurar a eficácia do processo. Todavia, a decisão que determina as cautelares é por meio de um juízo de probabilidade (cognição sumária e limitada), em que o juízo considera a condenação a hipótese mais provável, mas incerta, isto é, a medida cautelar assegurará a eficácia de uma

¹⁶⁵ SILVA, Ovídio A. Batista da. Curso de processo civil. Porto Alegre: Safe, 1996. v. 3, p.45 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1777.

¹⁶⁶ WATANABE, Kasuo. Da cognição no processo civil. 3ª ed. São Paulo: DPJ, 2005, p.83 *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1777.

¹⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1597.

hipotética condenação¹⁶⁸. Nesse contexto, José Frederico Marques declara que a medida cautelar:

é meio e modo de garantir a efetividade de providências definitivas que constituem objeto do processo principal. Fala Calamandrei em instrumentalidade hipotética; e isso porque a concessão de medida cautelar sempre depende de ser provável a hipótese de dever conceder-se a providência definitiva, que tal medida antecipada procura assegurar, em prol daquele que a pede em caráter provisório.¹⁶⁹

Ademais, a instrumentalidade das medidas cautelares é considerada qualificada, pois garante a utilidade e a eficácia dos efeitos do processo penal, assegurando a própria tutela jurisdicional. Nessa perspectiva, Cândido Rangel Dinamarco¹⁷⁰ explica que a instrumentalidade das medidas cautelares seria eventual e de segundo grau, pois dependem de serem necessárias no processo principal e atuam como um instrumento de um instrumento, uma vez que “servem à eficiência do provimento jurisdicional principal e este, por sua vez, serve ao direito material e à própria sociedade”¹⁷¹. De modo semelhante, Piero Calamandrei disserta que:

a tutela cautelar é, quando comparada com o direito material, uma tutela mediata: mais que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da Justiça. Se todos os provimentos jurisdicionais são instrumentos do direito material que através deles se atua, nos provimentos cautelares encontra-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: esses são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para melhor resultado do provimento definitivo, que, por sua vez, é um meio para a atuação do direito (material); são, portanto, em relação à finalidade última da atividade jurisdicional, instrumentos do instrumento.¹⁷²

¹⁶⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1597.

¹⁶⁹ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito processual penal, vol. IV. Campinas: Bookseller, 1997, p. 32 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 70.

¹⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1994. p. 261 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 945.

¹⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1994. p. 261 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 945.

¹⁷² Veja-se: CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Pádova: Cedam, 1936, p. 21-22 *apud* LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 975. / CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Pádova: Cedam, 1936, p. 21-22 *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p.142.

2.5. Princípios aplicáveis à cautelaridade no processo penal

As medidas cautelares, assim como todo o processo penal, são submetidas a diversos princípios, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, do devido processo legal e do juízo natural. Contudo, três princípios se destacam no âmbito da cautelaridade no processo penal: os princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação. Tais princípios estão consagrados no artigo 193 do Código de Processo Penal de Portugal¹⁷³, que estabelece que as medidas de coação e de garantia patrimonial devem ser necessárias e adequadas às exigências cautelares da situação fática e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser imputadas. Salienta-se que os princípios da necessidade e da adequação estão expressamente previstos no artigo 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal¹⁷⁴, que dispõe que as medidas cautelares devem ser empregadas, observando-se a necessidade para garantir a aplicação da lei penal, a investigação, a instrução criminal e para impedir a prática delitiva nas situações expressamente previstas (inciso I); bem como observando-se a adequação da medida cautelar a ser imposta frente à gravidade da infração penal, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do imputado (inciso II).

Segundo Marlon Wander Machado¹⁷⁵, em virtude de a regra no processo penal ser a liberdade, as medidas cautelares pessoais devem ser necessárias e adequadas para assegurar a

¹⁷³ Artigo 193. **Princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade.**

1 - As medidas de coação e de garantia patrimonial a aplicar em concreto devem ser necessárias e adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas.

2 - A prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação só podem ser aplicadas quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coação.

3 - Quando couber ao caso medida de coação privativa da liberdade nos termos do número anterior, deve ser dada preferência à obrigação de permanência na habitação sempre que ela se revele suficiente para satisfazer as exigências cautelares.

4 - A execução das medidas de coação e de garantia patrimonial não deve prejudicar o exercício de direitos fundamentais que não forem incompatíveis com as exigências cautelares que o caso requerer.

¹⁷⁴ 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.

¹⁷⁵ MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 77.

finalidade do processo. Deve-se, nesse contexto, averiguar se não há a possibilidade de se permitir a liberdade plena do agente sem prejudicar a eficácia processual; caso contrário, pode-se impor uma medida de coação pessoal, buscando sempre a medida menos gravosa. Assim, Marco Antonio Marques da Silva e Jayme Walmer de Freitas dissertam que a adequação e a necessidade seriam subprincípios do Princípio da Proporcionalidade, que formariam o primeiro grau de exigências para a decretação das medidas cautelares pelo juízo:

Em outras palavras, qualquer cautelar: a prisão, a liberdade provisória e as medidas cautelares específicas têm como pressupostos obrigatórios a necessidade e a adequação. Para saber se o pressuposto preliminar da necessidade se faz patente, o cotejo com o art. 319 é obrigatório.¹⁷⁶

Quanto à Necessidade, Norberto Avena afirma que o princípio está relacionado ao perigo ao processo averiguado na situação fática até o trânsito em julgado da sentença¹⁷⁷. Para o autor, a necessidade para a aplicação da lei penal refere-se ao risco de fuga do agente; a necessidade para a investigação ou para a instrução criminal está associada à proteção dos meios de prova; e a necessidade para impedir a prática delitiva correlaciona-se ao objetivo de evitar que o agente cometa novas infrações penais¹⁷⁸. Nessa perspectiva, Marco Antonio Marques e Jayme de Freitas aduzem que haverá necessidade quando a medida decretada for eficaz e menos onerosa ao imputado¹⁷⁹. De acordo com Fábio Corrêa Souza de Oliveira¹⁸⁰, o princípio necessidade visa impedir que a medida cautelar decretada não exceda o imprescindível para efetivar a solução para o caso concreto.

¹⁷⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 433 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 78-79.

¹⁷⁷ AVENA, Norberto. Processo Penal. 15ª ed. Versão eletrônica. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 1669.

¹⁷⁸ AVENA, Norberto. Processo Penal. 15ª ed. Versão eletrônica. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 1669-1670.

¹⁷⁹ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 434 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 79.

¹⁸⁰ Veja-se: SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. Por uma Teoria dos Princípios: o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003. p. 321 *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 895. / SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. Por uma Teoria dos Princípios: o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003. p. 321 *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 31.

Quanto à Adequação, Norberto Avena entende que o princípio se trata da análise se determinada medida cautelar é cabível frente ao crime que está sendo apurado e às características do agente que irá cumpri-la¹⁸¹. Para Aury Lopes Júnior, o Princípio da Adequação determina que a medida cautelar deve ser compatível ao resultado almejado, devendo o juízo decretar a medida menos danosa que seja igualmente eficaz, com a reserva da prisão como *ultima ratio* do sistema cautelar¹⁸². Nesse âmbito, Marco Antonio Marques da Silva e Jayme Walmer de Freitas aduzem que:

a gravidade do crime sempre foi considerada como requisito para o decreto prisional, no entanto, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, não poderia ser o fundamento único para a custódia. Agora, com sua previsão expressa, o juiz haverá de tecer considerações objetivas sobre o crime, suas circunstâncias e consequências. Além da sanção prevista para a infração, de se sopesar os meios empregados para a execução, tais como a crueldade exacerbada que estamos vivendo hodiernamente. Crimes praticados mediante tortura estão se tornando frequentes, e o magistrado, atento a essas circunstâncias, precisa ponderar a medida mais adequada a cada caso, sob pena de o Poder Judiciário perder sua legitimidade¹⁸³

Segundo Gustavo Henrique Badaró¹⁸⁴, na esfera criminal e de acordo com o Código de Processo Penal, a decretação de uma medida cautelar pessoal ou real está vinculada à análise, primeiramente, quanto à necessidade dessa medida e, em segundo plano, à busca pela medida mais adequada dentre as disponíveis, isto é, aquela que impõe a restrição menos onerosa ao imputado e que assegure o processo penal. Desse modo Badaró conclui:

O critério da necessidade, previsto no inciso I do caput do art. 282, deve ser entendido como o reverso da adequação, enquanto subprincípio da proporcionalidade, também denominado idoneidade: se não há necessidade de qualquer medida, não há fim a ser atingido e, portanto, qualquer intervenção no direito fundamental representará uma violação a tal direito. Não se decreta uma medida sem que haja a sua "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". Se tais fins não estão presentes, isto é, cautela instrumental, cautela final ou prevenção de crimes, a medida é desnecessária. Ou seja, qualquer intervenção no direito fundamental não será idônea, por ausência de relação de meio-a-fim.

¹⁸¹ AVENA, Norberto. Processo Penal. 15ª ed. Versão eletrônica. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 1672.

¹⁸² Veja-se: LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 893. / LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30.

¹⁸³ SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 434 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 79.

¹⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1611.

Por outro lado, e em um juízo sucessivo, havendo necessidade de tutela cautelar, e dispondo o legislador de um leque de medidas cautelares, com intensidades variadas de restrições ao direito fundamental, será adequada aquela que impuser menor restrição ao direito fundamental. Ou seja, a adequação do inciso II do caput do art. 282 está sendo utilizada no sentido de "necessidade", "subsidiariedade", ou de "alternativa menos gravosa", enquanto subprincípio ou máxima da proporcionalidade. É nesse último sentido que deve ser interpretado o "critério da adequação".¹⁸⁵

Apesar de o artigo 282 do Código de Processo Penal não ter mencionado expressamente o Princípio da Proporcionalidade, a sua observância é imprescindível, pois constitui-se como um juízo de ponderação entre a restrição gerada pela medida cautelar determinada e os resultados que serão alcançados, com a finalidade de aferir se o gravame aplicado é proporcional ao bem jurídico tutelado, sendo, para Gustavo Badaró, uma "Lei de Ponderação"¹⁸⁶. Nesse contexto, há quem defenda que o Princípio da Proporcionalidade emana do Princípio da Homogeneidade, segundo o qual não pode o acusado ser submetido a ônus superior ao que estaria sujeito em caso de condenação¹⁸⁷. Assim, quanto ao Princípio da Proporcionalidade, Jayme Walmer de Freitas explica que:

as medidas cautelares de natureza pessoal devem guardar correspondência com o resultado do processo de conhecimento. Vale dizer, toda medida processual que, de alguma forma, limitar os direitos fundamentais do cidadão deve ser analisada sob o prisma de sua necessidade e proporcionalidade, em relação ao fim perseguido. No Brasil, o postulado vem ganhando corpo e aceitação na doutrina e na jurisprudência. Não obstante, uma rápida incursão nos dispositivos do Código de Processo Penal nos permite inferir que a proporcionalidade está presente em diversas situações. Verifica-se o caráter operante do princípio da proporcionalidade, no Código de Processo Penal, nas situações de liberdade provisória plena, em que o réu se livra solto (art. 321); na liberdade provisória sem fiança, mediante condição de comparecimento a todos os atos do processo (art.310 e parágrafo único); na liberdade provisória sem fiança, mediante condição de comparecimento aos atos do inquérito e da instrução criminal (art.327); e de não-mudança de residência sem prévia permissão da autoridade processante, ou de ausência por mais de oito dias da residência sem comunicação do local em que podera ser encontrado (art.328), fixada no art. 350; e, finalmente, na liberdade provisória com fiança, em que, afora o pagamento do valor da fiança, há as condições de praxe dos arts. 327 e 328. Tanto a doutrina nacional como a alienígena apoiam a inserção do tema na validação da custódia cautelar e mostram concordância em que a proporcionalidade tem origem no fundamento da dignidade da pessoa humana, corolário do Estado Democrático de Direito, ressaltando que qualquer excesso por parte do Poder público seria odioso, somente admitindo a restrição ao direito de liberdade naquilo que ultrapassar a esfera dos bens jurídicos e valores de outros cidadãos. Portanto, se o princípio da

¹⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1611.

¹⁸⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1611.

¹⁸⁷ AVENA, Norberto. Processo Penal. 15ª ed. Versão eletrônica. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 1672-1673.

proporcionalidade deita suas raízes em um Estado Democrático de Direito, de concluir que é derivação deste e, por conseguinte, tem status constitucional.¹⁸⁸

2.6. Medidas Cautelares Alternativas à Prisão

2.6.1. Aspectos gerais

Até o advento da Lei nº 12.403 de 2011, que concretizou efetivamente as medidas cautelares alternativas à prisão no corpo do Código de Processo Penal Brasileiro (com a inclusão dos artigos 319 e 320 no Código), os juízes estavam presos à dicotomia prisão-liberdade, uma vez que somente havia dois procedimentos cautelares: a prisão cautelar e a liberdade provisória. Nesse sistema de bipolaridade cautelar, o Juiz somente poderia impor ao acusado a restrição plena de sua liberdade ou deferir a liberdade provisória, mesmo que sob algumas condições, a exemplo do encargo de comparecer aos atos processuais, no caso de liberdade provisória sem fiança; ou com a obrigação de estar presente perante o juízo ou outra autoridade, nas vezes em for intimado para os atos do inquérito, da instrução criminal e para o julgamento, bem como a proibição de mudança de residência sem prévia autorização e a impossibilidade de se ausentar por mais de oito dias sem prévia comunicação, nas hipóteses de determinação da liberdade provisória com fiança¹⁸⁹. Percebe-se, portanto, a extrema limitação do instrumentos para a garantia da eficácia do processo ou da investigação, tornando difícil o papel decisório do juízo, uma vez que, conforme Renato Brasileiro de Lima¹⁹⁰, em muitas ocasiões a prisão cautelar não é a ferramenta processual mais idônea e adequada à situação fática e a liberdade poderia gerar riscos ao processo. Nesse sentido, Rogério Pacheco Alves afirma:

diante dos exíguos mecanismos disponibilizados pela lei, o Juiz criminal, em muitas hipóteses, se vê diante da dicotomia do "prender" ou "não prender", o que, como consequência, ou o leva a decretar prisões cautelares desarrazoadas ou, ao contrário, a assistir, passivamente, o esvaziamento do processo, lavando as mãos qual Pilatos

¹⁸⁸ FREITAS, Jayme Walmer de. Prisão Temporária. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 26-27 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 78.

¹⁸⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 931.

¹⁹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 931.

no credo, mesmo diante da premente necessidade de garantir a aplicação da lei penal, a instrução criminal ou mesmo a ordem pública.¹⁹¹

A Lei nº 12.403 de 2011 originou-se a partir do projeto de lei nº 4.208 de 2001, enviado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo e elaborado pela Comissão Ada Pellegrini, constituída pela própria Ada Pellegrini Grinover, além de Rogério Lauria Tucci, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Sidney Beneti, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco e Petrônio Calmon Filho, todos membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual¹⁹². Segundo Renato Brasileiro de Lima¹⁹³, essa mudança legislativa foi reflexo de uma tendência global estruturada, especialmente, pelas Regras das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade de 1990 (Regras de Tóquio).

Pode-se conceituar, então, as medidas cautelares alternativas à prisão (também chamadas medidas cautelares diversas da prisão ou medidas cautelares restritivas) como restrições ou imposições de condutas fixadas pelo Juízo competente a partir do exame dos requisitos do *Periculum Libertatis* e *Fumus Comissi Delicti*, podendo ser decretadas de forma isolada ou cumulativamente (artigo 282, §1º/CPP¹⁹⁴), durante a fase de investigação policial ou no processo penal (artigo 282, §2º/CPP¹⁹⁵), bem como no momento da sentença penal condenatória (artigo 387, §1º/CPP¹⁹⁶) ou da decisão de pronúncia (artigo 413, §3º/CPP¹⁹⁷).

¹⁹¹ ALVES, Rogério Pacheco. O Poder Geral de Cautela no Processo Penal. In: Revista da EMERJ, v.6, nº 22, 2003, p.11

¹⁹² PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 55.

¹⁹³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 931.

¹⁹⁴ Art. 282 [...] § 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

¹⁹⁵ Art. 282 [...] § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

¹⁹⁶ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
[...]

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

¹⁹⁷ Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

Assim, tais medidas asseguram a eficácia do processo penal, impedem a rescindência da prática delituosa e evitam a decretação de prisão cautelar (tornando-a verdadeiramente a *ultima ratio*).

Nota-se que essas medidas contribuem para a redução do uso excessivo da prisão *ad custodiam* e dos efeitos do superencarceramento, bem como diminuem os gastos que o Estado despense com os presídios. Desse modo, conforme ensina Pierpaolo Cruz Bottini¹⁹⁸, as medidas cautelares alternativas à prisão, com a superação da dualidade prisão-liberdade (considerada, por ele, medíocre), salvaguardam o processo, o acusado e a própria sociedade:

O processo, porque surge um novo rol de medidas protetivas à ordem dos trabalhos. O acusado, porque a prisão cautelar, ato de extrema violência, fica restrita como opção extrema e última. A sociedade, porque a redução da prisão cautelar significa o desencarceramento de cidadãos sem condenação definitiva, que eram submetidos desde o início do processo ao contato nefasto com o submundo de valores criados pela cultura da prisão.¹⁹⁹

De acordo com Renato Brasileiro de Lima²⁰⁰, apesar de o artigo 282 do Código de Processo Penal não impor a exigência do *Fumus Comissi Delicti* para a decretação das medidas cautelares alternativas à prisão, não se deve deixar de observar tal requisito, por se tratarem de provimentos de caráter cautelar, uma vez que tal fato acarretaria em abuso em suas aplicações, conforme entendimento em igual sentido de Fábio Machado de Almeida Delmanto²⁰¹. Por tal razão, deve-se analisar, por analogia, a previsão do artigo 314 do Código

§ 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

¹⁹⁸ BOTTINI, Pierpaolo. As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 455 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 931.

¹⁹⁹ BOTTINI, Pierpaolo. As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 455 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 931

²⁰⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 941.

²⁰¹ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 281 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 941..

de Processo Penal²⁰², não sendo possível, portanto, a decretação das medidas cautelares diversas em caso haja alguma causa excludente de ilicitude por exemplo.²⁰³

Segundo Gustavo Henrique Righi Badaró²⁰⁴, as medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal seriam medidas alternativas e não substitutivas, visto que não há circunstâncias em que essas medidas são cabíveis e a prisão cautelar também é, pois, se a prisão for o instrumento adequado, as demais medidas seriam insuficientes para garantir a eficácia processual; já, se essas medidas forem substitutivas, como no previsto no §116 da Strafprozessordnung (StPO - o Código de Processo Penal Alemão)²⁰⁵, a prisão cautelar é cabível à situação fática, mas o juiz a substitui por uma medida cautelar menos gravosa. Da mesma forma, José Loureiro Sobrinho²⁰⁶ compreende que as medidas cautelares diversas da prisão seriam alternativas e não substitutivas à prisão preventiva, que passa a ser excepcional e subsidiária, posto que só seria adequada a prisão caso essas medidas fossem insuficientes, a partir da análise da periculosidade do caso concreto. Assim, Gustavo Badaró afirma que:

nas hipóteses em que a necessidade de assegurar a instrução ou a aplicação da lei penal possa ser suficiente e adequadamente garantida por uma medida menos intensa que a prisão preventiva (por exemplo, proibição de ausentar-se do País, ou o recolhimento domiciliar noturno), a toda evidência, o cárcere mostrar-se-a

²⁰² Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

²⁰³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 941-942.

²⁰⁴ Veja-se: BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1677-1678. / 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. Revista do Advogado, n. 113, set. 2011, p. 76.

²⁰⁵ StPO §116 - O juiz pode suspender a execução de uma ordem de prisão que somente está justificada pelo perigo de fuga, quando medidas menos graves fundassem o prognóstico de que a finalidade da detenção preventiva também poderá ser alcançada por elas. Se consideram, em particular [...] O juiz pode também suspender a execução de uma ordem de prisão que estivesse justificada pelo perigo de entorpecimento, quando medidas menos graves fundassem o prognóstico de que elas o diminuirão consideravelmente. Se consideram especialmente, a ordem de não admitir contatos com corréus, testemunhas e peritos. (Veja-se: BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1806. / 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. Revista do Advogado, n. 113, set. 2011, p. 76).

²⁰⁶ SOBRINHO, José Loureiro. A Custódia Cautelar no Processo Penal Brasileiro e a Lei 12.403/2011. 2017. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

exorbitante e excessivo, não sendo justificável a privação da liberdade de locomoção de quem a Constituição presume inocente.²⁰⁷

Para Aury Lopes Júnior, entretanto, as medidas cautelares diversas deverão ser empregadas quando for cabível a prisão preventiva, mas que, em virtude da proporcionalidade, haja outra medida restritiva menos gravosa capaz de tutelar o caso concreto, sendo, portanto, uma medida substitutiva da prisão cautelar, pois não poderiam ser consideradas medidas de baixa onerosidade²⁰⁸. Assim, se houver o perecimento completo do requisito ou fundamento da prisão preventiva, não poderá haver a substituição da prisão por medida cautelar alternativa²⁰⁹. Ademais, para o autor²¹⁰, as medidas cautelares diversas da prisão são incabíveis nas hipóteses de crimes culposos, porém poderão ser aplicadas quando a pena máxima for igual ou inferior a 4 (quatro) anos, mesmo se não for caso do previsto nos incisos II e III do artigo 313 do Código de Processo Penal²¹¹. Nesse contexto, Aury Lopes Júnior aduz que:

Ainda que concebidas como medidas substitutivas da prisão preventiva, com o tempo as medidas cautelares diversas acabaram adquirindo o caráter de medidas autônomas, nos casos em que a pena máxima imposta ao delito é inferior a 4 anos. São situações em que não cabe a prisão preventiva e, portanto, as medidas cautelares diversas adquirem o status de medidas autônomas. Inobstante muitos entenderem pela autonomia do art. 319 em relação à prisão preventiva (com o que não concordamos), não se pode esquecer que essas medidas cautelares diversas da prisão não deixam de ser "medidas cautelares" e, portanto, exigem, além do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, a observância da principiologia constitucional.²¹²

²⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1678.

²⁰⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 991–994.

²⁰⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 991.

²¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 992.

²¹¹ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;
III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

²¹² LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva E

Na perspectiva de Renato Marcão²¹³, ao contrário da visão de Aury Lopes Júnior, as medidas cautelares alternativas à prisão poderão ser decretadas independentemente do cumprimento dos requisitos da prisão, previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, visto que, por exemplo, podem ser aplicadas cumulativamente à concessão de liberdade provisória pelo Juízo, conforme o previsto no artigo 321 do Código de Processo Penal²¹⁴. Ademais, o autor²¹⁵ entende que as medidas cautelares restritivas somente poderão ser determinadas em virtude da prática de infração penal, independente de ser de natureza culposa ou dolosa, cuja pena cominada (isolada, cumulativa ou alternativamente) seja privativa de liberdade, como estabelece o artigo 283, §1º, do Código de Processo Penal²¹⁶; por tal razão, as medidas cautelares diversas da prisão não são aplicáveis na hipótese de posse de drogas para consumo pessoal, prevista no artigo 28 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343 de 2006)²¹⁷, visto que não prevê pena privativa de liberdade (sendo considerada, por isso, uma infração penal *sui generis*), mesmo em caso de descumprimento das penas estabelecidas, conforme o §6º do artigo²¹⁸. Na mesma linha de raciocínio, Renato Brasileiro de Lima considera que:

A vantagem quanto à aplicação autônoma dessas medidas cautelares é evidente, já que seus requisitos são menos exigentes quando comparados com os da prisão preventiva. Em outras palavras, com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, persecuções penais em relação a infrações que, pela legislação pretérita, se encontravam desprovidas de providências acautelatórias, doravante poderão encontrar nas medidas cautelares diversas da prisão importantes instrumentos de tutela cautelar do processo. É verdade que tanto a adoção das medidas cautelares diversas da prisão quanto a decretação da prisão preventiva pressupõem a presença

²¹³ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 364.

²¹⁴ 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.

²¹⁵ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 364-365.

²¹⁶ 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.

²¹⁷ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I - advertência sobre os efeitos das drogas;
- II - prestação de serviços à comunidade;
- III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

²¹⁸ § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

- I - admoestação verbal;
- II - multa.

do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Porém, enquanto a prisão preventiva só pode ser decretada nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, se o agente for reincidente em crime doloso, ou se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (CPP, art. 313, I, II e III, com redação determinada pela Lei nº 12.403/11), a decretação das medidas cautelares diversas da prisão exige apenas que à infração penal seja cominada pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada. Por isso, no caso do art. 28 da Lei de Drogas - porte de drogas para consumo pessoal -, que não prevê pena privativa de liberdade, inexistente a possibilidade de imposição de qualquer medida cautelar.²¹⁹

É importante destacar que, apesar da discussão quanto à necessidade de cumprimento dos requisitos da prisão preventiva para a decretação das medidas cautelares alternativas à prisão ou quanto à sua aplicabilidade nos delitos de natureza culposa, é incontestável que a imposição da internação provisória depende de determinadas condições além do *Fumus Commissi Delicti* e *Periculum Libertatis*. Segundo o artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal, a internação provisória somente poderá ser decretada caso os peritos concluíam que o imputado é inimputável ou semi-imputável, nas hipóteses em que os delitos são praticados com o emprego de violência ou grave ameaça e se houver risco de reincidência.

As medidas cautelares restritivas, de acordo com Renato Brasileiro de Lima²²⁰, podem ser empregadas pelo juízo criminal como instrumentos de contracautela para substituir prisão cautelar (prisão em flagrante delito, preventiva ou temporária) anteriormente decretada ou como instrumento cautelar àquele que estava em liberdade plena. Atuam como instrumento de contracautela, por exemplo, quando o juiz, ao examinar o auto de prisão em flagrante, constata a ausência dos requisitos para a imposição da prisão preventiva, concedendo-se a liberdade provisória com a determinação das medidas cautelares alternativas, bem como com a devida observação dos princípios da necessidade e adequação, conforme estabelecem os incisos I e II do artigo 282 do Código de Processo Penal. Atuam também como instrumento cautelar autônomo, sem qualquer conexão à determinada prisão previamente decretada, conforme interpretação do artigo 282, §2º e §3º, do Código de Processo Penal, uma vez que

²¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 932-933.

²²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 932.

tais normativas estabelecem que a medida cautelar poderá ser requerida pelas partes, por autoridade policial ou por representante do Ministério Público, e o juiz, ao receber esse pedido, deve promover o contraditório, não havendo nenhuma previsão da existência de prisão cautelar anterior.

Ressalta-se que as medidas alternativas à prisão, em virtude de limitarem os direitos fundamentais do imputado (ainda que em menor grau que as prisões cautelares, que são consideradas a *ultima ratio* do processo penal), devem ser empregadas de forma excepcional, uma vez que a regra, no processo penal, é a liberdade. Destaca-se que tal fenômeno se dá, conforme explicitam Norberto Avena²²¹ e Edilson Mougenot Bonfim²²², em observância ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal²²³.

Em caso de descumprimento das medidas cautelares alternativas à prisão, o juízo competente poderá, conforme o artigo 282, §4º, do Código de Processo Penal²²⁴, substituir a medida descumprida por outra, determinar a imposição de outra em cumulação ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do artigo 312, §1º, do CPP²²⁵. Destaca-se que a prisão preventiva somente será decretada caso outra medida em cumulação ou substituição não seja suficiente, posto que é a *ultima ratio*, conforme disposição do artigo 282, §6º, Código de Processo Penal²²⁶. Ressalta-se que a prisão preventiva determinada em razão do

²²¹ AVENA, Norberto. Processo Penal. 15ª ed. Versão eletrônica. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 1666.

²²² Veja-se: BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 480-481. / BONFIM, Edilson Mougenot. Reforma do código de processo penal : comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança. São Paulo: Saraiva, 2011, 22-23.

²²³ Art. 5º [...]. LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

²²⁴ Art. 282. [...]. § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva [...].

²²⁵ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

²²⁶ Art. 282. [...]. 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida

descumprimento das medidas cautelares restritivas não se sujeita aos requisitos do artigo 313, do Código de Processo Penal, com a possibilidade, nesses casos, de haver a prisão preventiva em delitos com pena máxima inferior a 4 (quatro) anos²²⁷. Sob essa ótica, Nereu Giacomolli disserta:

Desde a decretação da medida alternativa havia exigência de cautelaridade, satisfazendo-se, a instrumentalidade, com a alternativa à prisão ou não sendo essa possível, pela ausência de algum pressuposto. Com o descumprimento, aumenta a exigência de cautelaridade, de tal modo a ser possível ultrapassar os pressupostos, de forma excepcional. Mesmo em infrações de menor potencial ofensivo ou com penas máximas inferiores a quatro anos, a situação concreta poderá exigir a necessidade de cautela, sem que isso signifique antecipação da tutela material. Não se trata de uma sanção processual porque a prisão preventiva não pode ser decretada somente pelo fato do descumprimento, exigindo-se continuação da exigência de cautela e sua máxima intervenção e não satisfação dessa exigência por outra medida alternativa.²²⁸

Quanto ao prazo de duração das medidas cautelares alternativas, a lei não prevê um limite temporal. Segundo Renato Marcão²²⁹, o prazo dependeria do término da instrução de acordo com a natureza do procedimento que regerá o processo, recordando-se que as medidas, também poderão ser determinadas no momento da decisão de pronúncia e da sentença penal condenatória, nos termos do artigo 413, §3º, e 387, §1º, do Código de Processo Penal. No entanto, o artigo 319, inciso I, do Código de Processo Penal, estabelece que o comparecimento periódico ao juízo deve ocorrer no prazo e nas condições estabelecidas pelo Juízo. Nesse contexto, Aury Lopes Junior²³⁰ critica a ausência de prazo máximo de duração das medidas cautelares diversas da prisão, bem como da prisão preventiva, entendendo que tal fato resultaria em graves abusos.

cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

²²⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, Liberdade e Cautelares alternativas ao Cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.p. 115

²²⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, Liberdade e Cautelares alternativas ao Cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.p. 115-116.

²²⁹ MARCÃO, Renato. *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas*. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 389-390.

²³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 991.

De acordo com Renato Marcão²³¹, em caso de indeferimento do pedido de decretação de medida cautelar, o instrumento jurídico mais adequado a ser utilizada pelo Ministério Público ou por outros legitimados à postulação do pedido seria o recurso em sentido estrito, a partir da interpretação extensiva do artigo 581, inciso V, Código de Processo Penal²³²; ressalva-se que, se o pedido tiver sido realizado por autoridade policial, a decisão não poderá ser questionada pela autoridade solicitante por meio de recurso, visto que não possui legitimidade²³³. Em caso de decretação da medida cautelar restritiva, conforme o entendimento de Renato Marcão²³⁴, a defesa do imputado poderá utilizar o habeas corpus (nos termos do artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal²³⁵, bem como dos artigos 647²³⁶ e 648²³⁷ do Código Processo Penal) ou o recurso em sentido estrito (nos termos do artigo 581, inciso V, do Código de Processo Penal), podendo, ainda, a depender da natureza da medida cautelar, ser impetrado mandado de segurança, principalmente no caso de suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica. Contudo, ressalta-se que, para Eugênio Pacelli, o habeas corpus não é cabível contra decisão que determinou a imposição de medidas cautelares restritivas, exceto no caso de recolhimento domiciliar, sendo, nos demais casos, cabível somente o recurso em sentido estrito²³⁸.

²³¹ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 389.

²³² Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:
V - que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante

²³³ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 389.

²³⁴ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 389.

²³⁵ Art. 5º [...]. LXVIII - conceder-se-á "*habeas-corpus*" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder

²³⁶ Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

²³⁷ Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:
I - quando não houver justa causa;
II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;
III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;
IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;
V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;
VI - quando o processo for manifestamente nulo;
VII - quando extinta a punibilidade.

²³⁸ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Atlas, 2021, p. 668.

Enfatiza-se que, de acordo com a interpretação do artigo 1º, parágrafo único, do Código de Processo Penal²³⁹, as medidas cautelares alternativas à prisão não são cabíveis somente nos procedimentos regradados pelo Código (Decreto-Lei 3.689 de 1941), mas em todos e quaisquer procedimentos criminais, em primeira e segunda instância²⁴⁰, salvo se a norma especial não dispuser de modo diverso. Assim, as medidas cautelares restritivas poderão ser empregadas no âmbito da violência doméstica e familiar contra mulher, conforme o artigo 22, §1º, da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340 de 2006)²⁴¹, que possibilita a aplicação de outras medidas além das previstas nos incisos do caput do artigo, com a comunicação da providência ao Ministério Público.

²³⁹ Art. 1º O processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados:

- I - os tratados, as convenções e regras de direito internacional;
- II - as prerrogativas constitucionais do Presidente da República, dos ministros de Estado, nos crimes conexos com os do Presidente da República, e dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade (Constituição, arts. 86, 89, § 2º, e 100);
- III - os processos da competência da Justiça Militar;
- IV - os processos da competência do tribunal especial
- V - os processos por crimes de imprensa.

Parágrafo único. Aplicar-se-á, entretanto, este Código aos processos referidos nos nºs. IV e V, quando as leis especiais que os regulam não dispuserem de modo diverso.

²⁴⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1132.

²⁴¹ 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.
- VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e
- VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

§ 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.

2.6.2. Medidas em espécie

As medidas cautelares alternativas à prisão estão elencadas, conforme mencionado, no artigo 319²⁴² e no artigo 320²⁴³ do Código de Processo Penal. Ressalte-se que muitos doutrinadores elencam outras medidas cautelares alternativas à prisão não mencionadas nesses artigos, como a condução coercitiva, a suspensão da habilitação ou a proibição de sua obtenção (prevista no artigo 94 do Código de Trânsito Brasileiro), as medidas protetivas da Lei Maria da Penha, entre outras. Todavia, a ênfase da presente dissertação será especificamente as medidas previstas nos artigos 319 e 320 do Código Processual.

2.6.2.1. Comparecimento periódico em juízo

O artigo 319, inciso I, do Código de Processo Penal estabelece como medida cautelar alternativa à prisão o comparecimento pessoal periódico do imputado em juízo, em caráter obrigatório, no prazo e nas condições determinadas pelo juiz competente, para informar e justificar suas atividades, sendo considerada uma medida cautelar branda por Renato

²⁴² Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica.

²⁴³ 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.

Marcão²⁴⁴. Essa medida tem por finalidade a prestação de contas pelo imputado quanto às suas atividades profissionais e sociais, por meio do comparecimento ao cartório do juízo²⁴⁵.

Percebe-se que a medida se assemelha à previsão do artigo 89, §1º, inciso IV, da Lei nº 9.099/1995²⁴⁶, que determina como condição no período de prova da suspensão condicional do processo, o comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; entretanto, a medida cautelar, ao contrário do que ocorre no âmbito da suspensão condicional do processo, não possui uma periodicidade determinada para o comparecimento do imputado. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima²⁴⁷ entende que essa periodicidade deve ser fixada de modo a não prejudicar as ocupações regulares e laborativas do imputado, analisando as circunstâncias da situação fática. Pontua-se que, conforme Renato Marcão²⁴⁸, tal medida se assemelha, ainda, com o sursis (previsto no artigo 78, §2º, alínea c, do Código Penal²⁴⁹) e o livramento condicional (previsto no artigo 131 da Lei de Execução Penal²⁵⁰).

²⁴⁴ MARCÃO, Renato. *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas*. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 376.

²⁴⁵ MARCÃO, Renato. *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas*. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 377.

²⁴⁶ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).
§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

²⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1132.

²⁴⁸ MARCÃO, Renato. *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas*. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 376.

²⁴⁹ Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

§ 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

²⁵⁰ Art. 131. O livramento condicional poderá ser concedido pelo Juiz da execução, presentes os requisitos do artigo 83, incisos e parágrafo único, do Código Penal, ouvidos o Ministério Público e Conselho Penitenciário.

Contudo, essa medida não pode ser confundida com a previsão do artigo 310, § 1º do Código de Processo Penal²⁵¹, posto que o comparecimento periódico em juízo é medida cautelar autônoma, podendo ser aplicada isolada ou cumulativamente com outra medida²⁵². Já a medida do artigo 310, § 1º, possibilita ao juiz conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação, sendo, portanto, uma medida de contracautela que substituiria a prisão em flagrante²⁵³. Em igual sentido, o ministro Rogério Schietti Machado Cruz afirma:

Vale salientar que essa obrigação não se confunde com a que já é prevista no artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, qual seja, de comparecimento a todos os atos processuais, bem assim com a que se fez alusão logo acima - condição do sursis processual. Com efeito, enquanto o comparecimento periódico a juízo, para informar e justificar suas atividades é uma medida cautelar autônoma (que pode ser acumulada com outra ou outras), o compromisso de comparecimento aos atos processuais é obrigação a que se sujeita o acusado para poder substituir a prisão em flagrante pelo regime de liberdade provisória; por sua vez, a medida positivada na Lei 9.099/95 é mera condição para a validade da suspensão condicional do processo.²⁵⁴

2.6.2.2. Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares

O artigo 319, inciso II, do Código de Processo Penal estabelece como medida cautelar alternativa à prisão a proibição de acesso ou frequência a determinados locais, a fim de se evite o risco de novas infrações penais nas mesmas circunstâncias que anterior. Tal restrição pode visar ao impedimento do cometimento de crimes contra a vida, a integridade física, o patrimônio, entre outros, sendo empregada, especialmente, para obstruir o acesso a estádios de futebol, bares e casas noturnas²⁵⁵. Ressalta-se que tal medida não pode gerar restrições

²⁵¹ Art. 310. [...]. § 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

²⁵² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1133.

²⁵³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1133.

²⁵⁴ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 145 *apud* SOBRINHO, José Loureiro. A Custódia Cautelar no Processo Penal Brasileiro e a Lei 12.403/2011. 2017. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 264.

²⁵⁵ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 377.

amplas, como bairros ou cidades, devendo-se limitar a um local particularizado²⁵⁶, podendo ser lugares públicos, lugares privados abertos ao público ou lugares privados²⁵⁷. Nessa esfera, é importante citar a diferenciação entre acesso e frequência firmada por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró:

O acesso é a simples ação de entrar ou ingressar em um determinado local, não tendo a expressão qualquer conotação de reiteração ou repetição; já a frequência traduz a ideia de repetição sistemática de um fato ou comportamento, no caso, a repetição sistemática habitual do investigado ou acusado num lugar específico. Fácil perceber que a vedação de simples *acesso* é situação mais gravosa, por impedir uma única presença no local vedado, enquanto que na proibição de *frequência*, um único ingresso não caracterizará descumprimento da medida cautelar. Assim, dependendo das "*circunstâncias relacionadas ao fato*", bem como do grau ou intensidade do risco de cometimento de novas infrações, o juiz poderá determinar a proibição de frequência, ou, em caso cuja necessidade cautelar seja mais intensa, até mesmo a proibição de acesso, isto é, de um único ingresso em tal local.²⁵⁸

Destaca-se que essa medida cautelar restritiva, também, poderá ser aplicada para fins de afastamento do lar, uma vez que se estaria proibindo o acesso ou frequência a um lugar: a própria residência do imputado²⁵⁹. Assim, é possível ao juízo determinar o afastamento do lar, domicílio ou local de convívio com a vítima, mesmo que a situação não se enquadre em caso de violência doméstica e familiar contra mulher, abrangido pela Lei Maria da Penha²⁶⁰, que possui a medida protetiva prevista em seu artigo 22, inciso II, que trata especificamente do afastamento do lar.

²⁵⁶ Veja-se: BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1810. / LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1134. / MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 377.

²⁵⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1134.

²⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva: Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. (Coord.). Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 239.

²⁵⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1134.

²⁶⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1134.

Ademais, verifica-se que, de acordo com Renato Marcão²⁶¹, a medida se assemelha à previsão do artigo 78, §2º, alínea a, do Código Penal²⁶², que trata da suspensão condicional do processo, e à previsão do artigo 132, §2º, alínea c, da Lei de Execução²⁶³, que trata do livramento condicional. Vale mencionar, ainda, que, segundo Renato Brasileiro de Lima²⁶⁴, apesar de o texto normativo referir-se à prevenção de novas infrações penais, essa medida, também, poderia ser empregada para preservar a prova. Por fim, deve-se salientar que essa medida cautelar restritiva somente pode ser imputada a investigados ou acusados, nunca a terceiros²⁶⁵, não sendo cabível, por exemplo, a determinação do afastamento do lar aos indivíduos que não estejam na relação litigiosa, visto que implicaria na lesão ao direito de locomoção.

2.6.2.3. Proibição de contato com pessoa determinada

O artigo 319, inciso III, do Código de Processo Penal estabelece como medida cautelar alternativa à prisão a proibição de o imputado manter contato com determinada pessoa, por circunstâncias referentes ao fato que ensejou a instauração da investigação ou o processo penal. Assim, tal medida tem por finalidade proteger determinadas pessoas que estejam em situação de risco em razão do comportamento do imputado, impedir a prática de novos delitos, como nos casos de violência contra a mulher, bem como impossibilitar que o investigado ou acusado influencie ou ameace uma vítima, testemunha ou perito. Nesse

²⁶¹ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 377.

²⁶² Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

§ 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

a) proibição de frequentar determinados lugares;

²⁶³ Art. 132. Deferido o pedido, o Juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento.

§ 2º Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes

c) não frequentar determinados lugares.

²⁶⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1135.

²⁶⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1135.

contexto, o juízo poderá determinar um limite de distância que o agente deverá ter da pessoa ou poderá estabelecer locais a fim de evitá-la.

Evidencia-se que o texto normativo não determinou quais os modos de contato poderiam ser proibidos. Assim, essa medida cautelar poderá impedir contatos por meio telefônico, por meio de aplicativos de chamadas ou mensagens (como Whatsapp ou Telegram), por meio de redes sociais (como Instagram, Facebook ou X) ou por meio de e-mail, isto é, quaisquer formas de comunicação.

2.6.2.4. Proibição de se ausentar da comarca

O artigo 319, inciso IV, do Código de Processo Penal estabelece como medida cautelar alternativa à prisão a proibição do imputado de se ausentar da Comarca quando sua estadia for adequada ou necessária para a investigação ou instrução criminal. Ressalta-se que a restrição do investigado ou acusado ao limite territorial da comarca (que pode englobar mais de um município) gera, por consequência lógica, o seu impedimento de sair do país²⁶⁶. Destaca-se que, apesar da lacuna normativa, a comarca a qual o dispositivo se refere, de acordo com Renato Marcão²⁶⁷, é a que o agente reside, a partir da analogia ao previsto no artigo 78, §2º, alínea b, do Código Penal²⁶⁸.

Segundo Renato Marcão²⁶⁹, a medida tem por finalidade garantir a apuração dos fatos da infração penal no curso da investigação ou da instrução processual, não podendo ser aplicada a fim de evitar a continuidade ou a novação da conduta delitiva. Para Aury Lopes

²⁶⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1136-1937.

²⁶⁷ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 379.

²⁶⁸ Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

§ 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;

²⁶⁹ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 379.

Júnior, não há fundamento legal em obrigar a permanência do acusado na comarca quando houver conveniência ou necessidade para a instrução ou investigação criminal, uma vez que ele poderá utilizar o direito ao silêncio em relação a qualquer ato probatório e usufruir do direito de não produzir provas contra si mesmo (*privilege against self-incrimination*), não podendo ser tratado como objeto de prova, mas como sujeito processual²⁷⁰. Na perspectiva de Renato Brasileiro, no entanto, a medida poderá ser aplicada para outras finalidades (desde que observado o previsto no artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal), uma vez que o texto normativo seria tão somente uma orientação ao magistrado, não sendo uma limitação para que o Juízo a empregue para neutralizar outros perigos. Desse modo, é inegável que a proibição de ausentar-se da comarca poderá ser aplicada para outros fins, como para evitar a fuga do imputado ou evitar a prática de novas infrações penais, especialmente, a partir da interpretação histórica do inciso em questão, posto que, inicialmente, era expressamente previsto o seu uso para o impedimento de fuga do acusado ou investigado. Nesse sentido, o ministro Rogério Schietti Machado disserta:

Este item merece uma explicação a mais, em face da alteração do texto do Projeto 4.208/01 durante sua tramitação no Congresso Nacional. Deveras, na redação do projeto aprovado na Câmara dos Deputados, o inciso IV do artigo 319 permitia a imposição da cautela de "IV - proibição de ausentar-se da Comarca para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução". O Senado Federal (onde o PL 4.208/01 se transformou no PLC 111, de 2008, sob a relatoria do Senador José Eduardo Cardozo), acertadamente complementou tal dispositivo, acrescentando, à proibição de ausentar-se da comarca, também a proibição de ausentar-se do país. O inciso I, portanto, na redação final do substitutivo do Senado, restou assim redigido: "IV - proibição de ausentar-se da Comarca ou do País, quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução". O único reparo a essa nova redação foi a supressão do motivo principal para tal providência cautelar, qual seja, "para evitar fuga", o qual constava expressamente da versão aprovada na Câmara dos Deputados. O fato é que, ao voltar para sua casa original, o PL 4.208/01 acabou recebendo, nesse particular, uma terceira redação, dando origem ao atual inciso IV do artigo 319.²⁷¹

Caso haja a necessidade de o imputado se ausentar da comarca, deverá requerer previamente ao juízo, que decidirá após manifestação do Ministério Público²⁷². Se houver o

²⁷⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 999.

²⁷¹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 150-151 *apud* SOBRINHO, José Loureiro. A Custódia Cautelar no Processo Penal Brasileiro e a Lei 12.403/2011. 2017. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 270-271.

²⁷² MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 379.

distanciamento da comarca sem prévia autorização judicial, em virtude de uma situação emergencial, ele deverá justificar o descumprimento da medida rapidamente, a fim de evitar maiores sanções²⁷³.

2.6.2.5. Recolhimento Domiciliar

O artigo 319, inciso V, do Código de Processo Penal estabelece como medida cautelar alternativa à prisão o recolhimento domiciliar do investigado ou acusado durante o período noturno e nos dias de folga, caso tenha residência e trabalho fixos. Tem por finalidade impedir eventual fuga do agente e proteger as provas do processo, visto que o imputado estaria limitado ao seu domicílio, trabalho e o caminho entre eles²⁷⁴. A medida se distingue da prisão domiciliar (sendo considerada menos gravosa que esta²⁷⁵), prevista no artigo 317 do Código de Processo Penal²⁷⁶, pois possibilita a atividade laborativa durante o dia. Nesse sentido, o ministro Rogério Schietti Machado explica que:

Vale registrar que o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga não se confunde com a prisão domiciliar de que tratam os artigos 317 e 318 do CPP, embora em ambas as hipóteses se tenha como propósito obviar a prisão preventiva. A prisão domiciliar prevista no Capítulo IV é justificada por razões humanitárias. [...]. Já o recolhimento domiciliar noturno, positivado no Capítulo V (artigo 319, inciso V) cinge-se aos critérios de idoneidade e suficiência da medida, como alternativa à prisão preventiva, para salvaguarda do direito ameaçado pela completa liberdade do acusado. Em outras palavras, tanto uma quanto outra das mencionadas medidas cautelares assentam-se em pressupostos fáticos inerentes a toda medida dessa natureza - *fumus comissi delicti* - e se mostram úteis e suficientes como alternativas à prisão *ad custodiam*. A primeira, porém, pode ser compreendida como uma espécie de prisão preventiva atenuada, já que impõe ao acusado a obrigação de manter-se dentro de sua residência, salvo autorização judicial expressa (artigo 317). A segunda é, efetivamente, uma modalidade menos gravosa de manter alguém em regime de liberdade parcial, já que se lhe permite trabalhar durante o dia, recolhendo-se à residência apenas à noite ou nos períodos de folga. Dito ainda de modo mais simples, a prisão domiciliar a que faz menção o artigo 317 está mais para a prisão preventiva enquanto o recolhimento domiciliar referido no artigo 319, inciso V, está mais para liberdade provisória.²⁷⁷

²⁷³ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 379.

²⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1000.

²⁷⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1138.

²⁷⁶ Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.

²⁷⁷ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 154 *apud* SOBRINHO, José Loureiro. A Custódia Cautelar no Processo Penal Brasileiro e a Lei

Para melhor compreensão da medida, é importante conceituar que domicílio, conforme o artigo 70 do Código Civil²⁷⁸, é o local onde o indivíduo estabelece a sua residência com ânimo definitivo e residência seria o local físico no qual habita, porém percebe-se que o dispositivo não adota a compreensão do artigo 72 do Código Civil²⁷⁹, que prevê o local onde o indivíduo exerce sua atividade profissional, também, como seu domicílio, uma vez que determina o recolhimento domiciliar exatamente quando o imputado não está exercendo sua ocupação laborativa. Ademais, deve-se considerar, de acordo com Renato Marcão²⁸⁰, período noturno o intervalo temporal entre 18 horas da tarde de um dia até 6 horas da manhã do dia seguinte.

Destaca-se, ainda, que a medida deve ser aplicada na hipótese de o agente não possuir trabalho fixo, mas estiver estudando, recebendo, assim, o mesmo tratamento de quem estiver trabalhando²⁸¹. Em hipótese em que o acusado ou investigado estiver exercendo atividade laborativa no período noturno, Renato Marcão²⁸² considera que essa medida cautelar restritiva não poderá ser decretada, pois seria desnecessária, inadequada e prejudicaria a subsistência do imputado e seus dependentes.

Caso o imputado possua mais de uma residência, o juiz deverá especificar a residência que deverá se recolher na decisão que determinar a medida cautelar restritiva²⁸³, posto que o

12.403/2011. 2017. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 275.

²⁷⁸ Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.

²⁷⁹ Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.

²⁸⁰ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 380.

²⁸¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1138.

²⁸² MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 381.

²⁸³ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 380.

artigo 71 do Código Civil²⁸⁴ estabelece que, nestes casos, deverá se considerar domicílio qualquer delas. Nessa hipótese, o investigado ou o acusado só poderá se deslocar entre as residências mediante prévia autorização judicial²⁸⁵.

Ademais, segundo Gustavo Henrique Righi Badaró²⁸⁶, quanto ao recolhimento domiciliar, em virtude de configurar uma medida de privação da liberdade, mesmo que de modo parcial, o tempo em que o acusado ou investigado ficar submetido a essa medida cautelar restritiva deverá ser contabilizado para fins de detração penal. Em sentido oposto, Renato Marcão²⁸⁷ compreende que não seria cabível a detração penal nessa medida, mas somente no caso da internação provisória prevista no artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Por fim, Renato Brasileiro entende que a medida comporta a possibilidade de o agente se ausentar de seu domicílio no período noturno a fim de que frequente culto religioso²⁸⁸. Em sentido semelhante, a 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.788.562/TO, de relatoria Ministro Nefi Cordeiro entendeu que seria possível o exercício da liberdade de culto durante o cumprimento de prisão domiciliar (que, como já mencionado, se diferencia do recolhimento domiciliar, mas pode-se utilizar o julgado em analogia), desde que seja compatível com as condições determinadas pelo Juízo competente:

RECURSO ESPECIAL. CONFLITO ENTRE NORMAS. PRISÃO DOMICILIAR. FREQUÊNCIA A CULTO RELIGIOSO DURANTE O PERÍODO NOTURNO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O cumprimento de prisão domiciliar não impede a liberdade de culto, quando compatível com as condições impostas ao reeducando, atendendo à finalidade ressocializadora da pena.

²⁸⁴ Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.

²⁸⁵ MARCÃO, Renato. *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas*. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 380.

²⁸⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva: Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11*. In: FERNANDES, Og. (Coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 247.

²⁸⁷ MARCÃO, Renato. *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas*. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 390.

²⁸⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1138-1139.

2. Não havendo notícia do descumprimento das condições impostas pelo juízo da execução, admite-se ao executado, em prisão domiciliar, ausentar-se de sua residência para frequentar culto religioso, no período noturno.
3. Considerada a possibilidade de controle do horário e de delimitação da área percorrida por meio do monitoramento eletrônico, o comparecimento a culto religioso não representa risco ao cumprimento da pena.
4. Recurso especial parcialmente provido para permitir ao reeducando o comparecimento a culto religioso às quintas e domingos, das 19h às 21h, mantidas as demais condições impostas pelo Juízo das Execuções Criminais.²⁸⁹

2.6.2.6. Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira.

O artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal estabelece como medida cautelar alternativa à prisão a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, caso haja justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais. Para melhor explicação da medida, é imprescindível conceituar que funcionário público para efeitos penais, conforme o artigo 327, caput e §1º, do Código Penal²⁹⁰, é todo aquele que, mesmo que temporariamente ou sem remuneração, desempenha cargo, emprego ou função pública, incluindo se exerce em entidade paraestatal ou quem atua em sociedade empresária prestadora de serviços que executa atividades típicas da administração pública. Destaca-se que essa medida cautelar restritiva somente poderá ser decretada quando houver nexo com o delito imputado, quando este for cometido em razão da função exercida, não sendo necessário que o crime tenha sido cometido no exercício da função²⁹¹. Nota-se, portanto, que a medida possui estreita conexão, especialmente, com os crimes contra a administração pública e crimes contra a ordem econômico-financeira. Nesse âmbito, o ministro Rogério Schietti Machado entende que:

Trata-se de medida destinada a regular aquelas situações em que o acusado, permanecendo desimpedido de exercer sua função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira, possa vir a praticar nova infração penal, valendo-se dessa função ou atividade. [...]. Obviamente que a providência indicada neste inciso é útil apenas para aquelas infrações penais que decorrem do exercício de uma função

²⁸⁹ STJ, 6ª Turma, REsp n. 1.788.562/TO, relator Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 17/9/2019, DJe de 23/9/2019.

²⁹⁰ Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.
§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

²⁹¹ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 382.

pública (pensemos, por exemplo, em atos de corrupção ativa e passiva, ou em prevaricação) ou de atividade econômica ou financeira (gestão temerária ou fraudulenta de instituição financeira, por exemplo), não servindo, portanto, para evitar outros crimes não relacionados a tais circunstâncias laborativas.²⁹²

É importante, ainda, distinguir, em consonância ao entendimento de Renato Marcão²⁹³, essa medida da perda da função pública, prevista no artigo 92, inciso I, alíneas a e b, do Código Penal²⁹⁴, que configura um efeito da sentença penal condenatória; bem como distinguir da pena de interdição temporária de direitos, prevista no artigo 43, inciso V, do Código Penal²⁹⁵, que constitui pena restritiva de direitos. Em lógica semelhante à medida cautelar restritiva prevista no inciso VI do artigo 319 do Código de Processo Penal, o artigo 56, §1º, da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006)²⁹⁶ possibilita ao magistrado determinar o afastamento cautelar do funcionário público denunciado de suas atividades, comunicando a

²⁹² CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 155 *apud* SOBRINHO, José Loureiro. *A Custódia Cautelar no Processo Penal Brasileiro e a Lei 12.403/2011*. 2017. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 276.

²⁹³ MARCÃO, Renato. *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas*. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 381.

²⁹⁴ Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

²⁹⁵ Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

V - interdição temporária de direitos.

²⁹⁶ Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.

§ 1º Tratando-se de condutas tipificadas como infração do disposto nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando ao órgão respectivo.

decisão ao órgão respectivo, nos casos envolvendo as condutas tipificadas no artigo 33, caput e §1º²⁹⁷, artigo 34²⁹⁸ e artigo 37²⁹⁹ da lei.

Apesar de a medida ser visivelmente adequada para fins de proteção das provas durante a investigação ou no curso do processo penal, o dispositivo limita a aplicação às hipóteses em que há a probabilidade de uso da função pública e da atividade econômico-financeira para a prática de infrações penais. Contudo, é possível empregar a medida para resguardar a prova e garantir a investigação e instrução criminal³⁰⁰, posto que o artigo 347 do Código Penal³⁰¹ tipifica o crime de fraude processual, que consiste na inovação artificiosa de lugar, de coisa ou pessoa a fim de induzir o juiz ou o perito a erro. Nesse sentido, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Inquérito nº 780,

²⁹⁷ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

²⁹⁸ Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

²⁹⁹ Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

³⁰⁰ Veja-se: MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 382-383. / LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1140.

³⁰¹ Art. 347 - Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:

Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa.

Parágrafo único - Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

de relatoria da ministra Nancy Andrighi, admitiu o afastamento cautelar de agentes públicos do exercício do seu cargo ou função (no caso concreto, um conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, mesmo durante a fase de inquérito a fim de apurar provável desvio de verba pública, desde que presentes elementos indiciários e probatórios da conduta delitiva, a incompatibilidade com o exercício do cargo ou função e o risco para o regular desenvolvimento das investigações³⁰²:

PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. INDÍCIOS DE DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. AFASTAMENTO CAUTELAR DO CARGO. POSSIBILIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário e fiscal afigura-se legítima quando indispensável à apuração de delito funcional com envolvimento de valores públicos. Precedentes.
2. Em circunstâncias excepcionais, admite-se o afastamento cautelar de agentes públicos do exercício do seu cargo ou função, mesmo durante a fase de inquérito, desde que presentes elementos indiciários e probatórios da conduta delituosa, a incompatibilidade com o exercício do cargo ou função e o risco para o regular desenvolvimento das investigações.
3. Pedidos parcialmente deferidos.

Gustavo Henrique Righi Badaró³⁰³ entende que essa medida não poderia ser aplicável nos casos que envolvem função pública decorrente de mandatos eletivos (visto que, em razão de o Código de Processo Penal não prever um prazo máximo de duração das medidas cautelares, a decretação dessa medida poderia atuar como um instrumento de cassação do mandato eletivo). Eugênio Pacelli³⁰⁴, de modo semelhante, afirma que o detentores de mandato somente poderão ser afastados de seus cargos em caso de condenação criminal e nas hipóteses previstas no Código Eleitoral e na legislação complementar eleitoral, não sendo cabível o afastamento cautelar do mandato eletivo, pois a soberania do voto popular é o legítimo titular do mandato. Contudo, Renato Brasileiro de Lima defende que a medida é cabível em toda e qualquer atividade exercida junto à administração pública, posto que haveria precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça admitindo a prisão preventiva de governadores, sendo tal medida muito mais gravosa que a suspensão

³⁰² STJ, Corte Especial, Inq. 780/CE, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 06/06/2012, DJe 27/08/2012. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1153411&tipo=0&nreg=201201007244&SeqCgrm=aSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120827&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 14 de set. de 2024.

³⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva: Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. (Coord.). Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 249.

³⁰⁴ PACHELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Atlas, 2021, p. 647-648

cautelar do exercício da função³⁰⁵. Na mesma linha de raciocínio de Brasileiro, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus nº 228.023/SC, de relatoria do ministro Adilson Vieira Macabu, entendeu que as medidas cautelares alternativas à prisão são cabíveis aos detentores de manto eletivo, porém o afastamento do cargo não poderia ultrapassar 1 (um ano), caso a denúncia não tiver sido oferecida:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. PREFEITO MUNICIPAL. AFASTAMENTO CAUTELAR DO CARGO. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DO ART. 319 DO CPP. POSSIBILIDADE. LEI POSTERIOR. DECISÃO DE AFASTAMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. EXCESSO DE PRAZO. OCORRÊNCIA. AFASTAMENTO QUE DURA APROXIMADAMENTE 1 (UM) ANO. INQUÉRITO NÃO CONCLUÍDO. INEXISTÊNCIA DE OFERECIMENTO DE DENÚNCIA.

1. Aplica-se aos detentores de mandato eletivo a possibilidade de fixação das medidas alternativas à prisão preventiva previstas no art. 319 do CPP, por tratar-se de norma posterior que afasta, tacitamente, a incidência da lei anterior.
2. A decisão de afastamento do mandatário municipal está devidamente fundamentada com a demonstração de suas necessidade e utilidade a partir dos elementos concretos colhidos dos autos.
3. A Constituição Federal garante aos litigantes a duração razoável do processo conjugado com o princípio da presunção de não culpabilidade.
4. Configura excesso de prazo a investigação criminal que dura mais de 1 (um) ano sem que se tenha concluído o inquérito policial, muito menos oferecida a Denúncia em desfavor do paciente.
5. In casu, o paciente já está afastado do cargo há cerca de um ano, o que corresponde a 1/4 (um quarto) do mandato, podendo caracterizar verdadeira cassação indireta, papel para o qual o Poder Judiciário não foi investido na jurisdição que ora se exercita.
6. Habeas corpus parcialmente concedido.³⁰⁶

Segundo Renato Brasileiro³⁰⁷, em consonância à compreensão de Eugênio Pacelli³⁰⁸, as únicas hipóteses de impossibilidade de decretação de suspensão da função seriam no caso daqueles que possuem imunidade absoluta à prisão preventiva, como o Presidente da República. Assim, embora os promotores e juízes gozem de imunidade relativa (podendo ser presos em flagrante por crime inafiançável), eles poderão ser afastados de suas funções, visto

³⁰⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1140.

³⁰⁶ STJ, 5ª Turma, HC n. 228.023/SC, relator Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJRJ), julgado em 19/6/2012, DJe de 1/8/2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102996102&dt_publicacao=01/08/2012. Acesso em: 15 de set. de 2024.

³⁰⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1141.

³⁰⁸ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Atlas, 2021, 647-648

que o próprio artigo 29 da Lei Complementar nº 35 de 1979³⁰⁹ que o Tribunal ou Órgão Especial poderá decretar o afastamento do cargo do magistrado denunciado, em decisão tomada pelo voto de dois terços de seus membros. Quanto aos deputados federais e senadores, o Plenário do Supremo Tribunal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526 concluiu, por maioria dos votos, que o Poder Judiciário possui competência para determinar as medidas cautelares alternativas à prisão aos parlamentares, porém a respectiva Casa Legislativa poderá rejeitá-las, nos termos do artigo 53, §2º, da Constituição Federal³¹⁰:

CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL. INAPLICABILIDADE DE PRISÃO PREVENTIVA PREVISTA NO ARTIGO 312 DO CPP AOS PARLAMENTARES FEDERAIS QUE, DESDE A EXPEDIÇÃO DO DIPLOMA, SOMENTE PODERÃO SER PRESOS EM FLAGRANTE DELITO POR CRIME INAFIANÇÁVEL. COMPETÊNCIA PLENA DO PODER JUDICIÁRIO PARA IMPOSIÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ARTIGO 319 DO CPP AOS PARLAMENTARES, TANTO EM SUBSTITUIÇÃO A PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO POR CRIME INAFIANÇÁVEL, QUANTO EM GRAVES E EXCEPCIONAIS CIRCUNSTÂNCIAS. INCIDÊNCIA DO §2º, DO ARTIGO 53 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SEMPRE QUE AS MEDIDAS APLICADAS IMPOSSIBILITEM, DIRETA OU INDIRETAMENTE, O PLENO E REGULAR EXERCÍCIO DO MANDATO PARLAMENTAR. AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Na independência harmoniosa que rege o princípio da Separação de Poderes, as imunidades do Legislativo, assim como as garantias do Executivo, Judiciário e do Ministério Público, são previsões protetivas dos Poderes e Instituições de Estado contra influências, pressões, coações e ingerências internas e externas e devem ser asseguradas para o equilíbrio de um Governo Republicano e Democrático.

2. Desde a Constituição do Império até a presente Constituição de 5 de outubro de 1988, as imunidades não dizem respeito à figura do parlamentar, mas às funções por ele exercidas, no intuito de preservar o Poder Legislativo de eventuais excessos ou abusos por parte do Executivo ou Judiciário, consagrando-se como garantia de sua independência perante os outros poderes constitucionais e mantendo sua representação popular. Em matéria de garantias e imunidades, necessidade de interpretação separando o CONTINENTE (“Poderes de Estado”) e o CONTEÚDO (“eventuais membros que pratiquem ilícitos”), para fortalecimento das Instituições.

3. A imunidade formal prevista constitucionalmente somente permite a prisão de parlamentares em flagrante delito por crime inafiançável, sendo, portanto, incabível aos congressistas, desde a expedição do diploma, a aplicação de qualquer outra espécie de prisão cautelar, inclusive de prisão preventiva prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal.

4. O Poder Judiciário dispõe de competência para impor aos parlamentares, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal, seja em substituição de prisão em flagrante delito por crime

³⁰⁹ Art. 29 - Quando, pela natureza ou gravidade da infração penal, se torne aconselhável o recebimento de denúncia ou de queixa contra magistrado, o Tribunal, ou seu órgão especial, poderá, em decisão tomada pelo voto de dois terços de seus membros, determinar o afastamento do cargo do magistrado denunciado.

³¹⁰ Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

inafiável, por constituírem medidas individuais e específicas menos gravosas; seja autonomamente, em circunstâncias de excepcional gravidade.

5. Os autos da prisão em flagrante delito por crime inafiançável ou a decisão judicial de imposição de medidas cautelares que impossibilitem, direta ou indiretamente, o pleno e regular exercício do mandato parlamentar e de suas funções legislativas, serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, nos termos do §2º do artigo 53 da Constituição Federal, para que, pelo voto nominal e aberto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão ou a medida cautelar.

6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente³¹¹.

Todavia, salienta-se que a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5526/DF, abrange somente deputados federais e senadores, bem como deputados estaduais, em vista do princípio da simetria, não incluindo os vereadores, posto que o dispositivo do o artigo 53, §2º, da Constituição Federal deve ser interpretado restritivamente, em razão de ser uma norma de exceção. Seguindo tal compreensão, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus 88.804/RN, de relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, estabeleceu que um juiz de 1ª instância poderia impor, fundamentadamente, medida cautelar de afastamento da função pública a vereadores, sem a necessidade de remessa à Câmara Municipal respectiva para deliberação:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PECULATO, CORRUPÇÃO PASSIVA, LAVAGEM DE CAPITAIS, FRAUDE EM LICITAÇÃO, FORMAÇÃO DE CARTEL, DISPENSA INDEVIDA DE PROCESSO LICITATÓRIO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DAS FUNÇÕES PÚBLICAS DE VEREADOR E PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE NATAL/RN. HABEAS CORPUS. VIA ADEQUADA, NO CASO. IMPOSIÇÃO CUMULATIVA DE PROIBIÇÃO DE ACESSO ÀS DEPENDÊNCIAS DO PARLAMENTO MUNICIPAL. ADI N. 5526/DF. PARLAMENTARES MUNICIPAIS. NÃO INCIDÊNCIA. ARTIGO 319, VI, DO CPP. NEXO FUNCIONAL ENTRE O DELITO E A ATIVIDADE DESENVOLVIDA. NECESSIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO QUANTO AO MANDATO DE VEREADOR. FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À FUNÇÃO DE PRESIDENTE DA CÂMARA. AFASTAMENTO DA FUNÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE. PRAZO DE DURAÇÃO DA CAUTELAR. DIFERENCIAÇÃO REALIZADA PELO MAGISTRADO IMOTIVADAMENTE. IN DUBIO PRO REO. MENOR PRAZO ESTABELECIDO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

³¹¹ STF, Tribunal Pleno, ADI 5526, Relator: Min. EDSON FACHIN, Relator p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 11/10/2017, DJe-159, divulgado em 06/08/2018, publicado em 07/08/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747870228>. Acesso em: 26 de set. de 2024.

1. A pretensão de combater o afastamento do cargo, função ou mandato é, em princípio, incompatível com a via do habeas corpus. Todavia, acaso imposto conjuntamente com medidas que implicam restrição à liberdade de locomoção, possível seu exame nesta via mandamental, como no caso dos autos, em que determinado o afastamento cautelar das funções de vereador e presidente da Câmara Municipal com a proibição de acesso às dependências do Órgão Legislativo. Precedentes.
2. O Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 55/26/DF, firmou o entendimento no sentido de que compete ao Poder Judiciário impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o artigo 319 do CPP a Parlamentares, devendo, todavia, remeter à Casa Legislativa respectiva para os fins do disposto no artigo 53, § 2º, da Constituição Federal, desde que a medida cautelar aplicada impossibilite, direta ou indiretamente, o exercício regular do mandato parlamentar.
3. O artigo 53, § 2º, da Constituição Federal, que instituiu a denominada incoercibilidade pessoal relativa, refere-se a deputados federais e senadores, disposição estendida a deputados estaduais por determinação do artigo 27, § 1º, do texto constitucional e por incidência do princípio da simetria, não estando os vereadores incluídos em tais disposições. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (ADI 371/SE e HC n. 94.059/RJ).
4. Possível, pois, juridicamente, que o Juiz de primeiro grau, fundamentadamente, imponha aos parlamentares municipais as medidas cautelares de afastamento de suas funções legislativas sem necessidade de remessa à Casa respectiva para deliberação. [...]³¹²

Destaca-se que, em virtude do princípio da presunção de inocência, o afastamento de funcionário público de sua função não implica no desconto ou suspensão de sua remuneração, visto que o fato não se deu por voluntariedade do agente, mas por imposição judicial. Nesse contexto, é possível a aplicação analógica, segundo Renato Brasileiro³¹³, do artigo 147 da lei

³¹² STJ, 5ª Turma, RHC n. 88.804/RN, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 7/11/2017, DJe de 14/11/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702263253&dt_publicacao=14/11/2017. Acesso em: 27 de set. 2024.

³¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1143.

nº 8.112 de 1990³¹⁴, que determina o afastamento cautelar do funcionário público no processo administrativo disciplinar, sem prejuízo do subsídio.

De acordo com Aury Lopes Júnior, essa medida cautelar restritiva seria de extrema gravidade, visto que, por não haver prazo máximo de duração, representaria a antecipação de uma pena e a morte econômica de pessoas naturais e sociedades empresárias através de um "lento processo de asfixia", sendo discutível a própria constitucionalidade da medida³¹⁵. Para Renato Marcão³¹⁶, a medida não poderia ser considerada inconstitucional. Nessa perspectiva, Renato Brasileiro compreende que a medida é integralmente compatível com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, previstos no artigo 1º, inciso IV³¹⁷, e no artigo 170³¹⁸, da Constituição Federal, visto que não são absolutos e podem ser limitados em prol de outros bens jurídicos tutelados, não sendo, portanto, uma medida inconstitucional³¹⁹.

2.6.2.7. Internação Provisória

O artigo 319, inciso VII, do Código de Processo Penal estabelece como medida cautelar alternativa à prisão a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, caso haja risco de reiteração, mediante perícia que conclua que o agente é inimputável ou semi-imputável, nos termos artigos 26 do Código

³¹⁴ Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.
Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.

³¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1001-1002.

³¹⁶ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 383.

³¹⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

³¹⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...].

³¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1139.

Penal³²⁰. Tal cautelar, ao contrário das demais previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, é uma medida privativa de liberdade, que tem por finalidade evitar a reiteração da conduta delituosa, não sendo aplicada para resguardar provas. Salienta-se que a medida poderá ser decretada àqueles que já eram inimputáveis ou semi-inimputáveis ou cujo distúrbio mental sobreveio à infração penal³²¹. Quanto a essa medida cautelar restritiva, o ministro Rogério Schietti Machado Cruz explicita que:

A medida indicada neste inciso visa a prevenir a possível reiteração delitiva na hipótese em que o acusado apresente quadro psíquico de inimputabilidade ou de semi-imputabilidade e represente, em face do modo com que teria cometido o crime - mediante violência ou grave ameaça - um perigo para a sociedade. Não há distinção assinalada entre quem já era, por assertiva pericial, inimputável ou semi-imputável ao tempo do crime e aquele outro que teve a enfermidade psíquica supressora ou redutora de sua imputabilidade desenvolvida após a infração penal. Essa diferenciação perde a relevância desde que se tenha a medida ora analisada como efetivamente de cunho cautelar, destinada a proteger a ordem pública, potencialmente ameaçada pelo comportamento perigoso do acusado, assim definido em prova pericial. A situação hipotética renderia ensejo à decretação de prisão preventiva - presentes, evidentemente, os requisitos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal - substituível, porém, pela internação provisória do acusado, providência menos gravosa.³²²

O imputado, nos termos do artigo 96 do Código Penal³²³, deverá ter seu tratamento psiquiátrico, nos casos de internação, em hospital de custódia ou em outro estabelecimento adequado, permitindo-se a internação em hospital particular especializado, frente à omissão do Estado³²⁴; já o tratamento ambulatorial ocorrerá em clínica. Destaca-se que, de acordo com Renato Marcão³²⁵, a internação provisória deveria ser aplicada somente aos inimputáveis, uma

³²⁰ Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

³²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1144.

³²² CRUZ, Rogério Schietti Machado. Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 156 *apud* SOBRINHO, José Loureiro. A Custódia Cautelar no Processo Penal Brasileiro e a Lei 12.403/2011. 2017. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 278.

³²³ Art. 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;
II - sujeição a tratamento ambulatorial.

³²⁴ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 384.

³²⁵ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 384.

vez que, nos casos de semi-inimputabilidade, bastaria, via de regra, o tratamento ambulatorial. Nesse contexto, Andrey Borges Mendonça³²⁶ defende que, em virtude do princípio da proporcionalidade, a internação provisória só poderá ser decretada se houver previsão de, ao final do curso processual, aplicável a medida de segurança detentiva. Ademais, é possível a aplicação de prisão domiciliar cumulada com o tratamento ambulatorial, em casos em que estiver enquadrado na hipótese do artigo 318, inciso II, do Código de Processo Penal³²⁷ e não houver vagas em estabelecimento adequada³²⁸.

Destaca-se que, por configurar restrição à liberdade de locomoção, o tempo em que o imputado estiver submetido à internação provisória deverá ser contabilizada para fins de detração, tanto no caso de aplicação de medida de segurança quanto no caso de eventual pena privativa de liberdade (se houver a recuperação do imputado quando a enfermidade mental sobreveio à infração penal)³²⁹. Nessa esfera, Renato Marcão³³⁰ entende que, como já mencionado, a internação provisória seria a única hipótese de detração penal proveniente de medida cautelar alternativa à prisão, em razão do previsto no artigo 42 do Código penal³³¹, afirmando que:

A única medida cautelar restritiva que admite detração é a internação provisória (art. 319, VII, do CPP), e isso por força do disposto no art. 42 do CP, que tem previsão expressa a respeito. A discussão na doutrina é acirrada e tem valiosos argumentos em sentido contrário, para afirmar a possibilidade de detração também em relação a outras medidas. Com a devida vênia, é imperioso concluir que a única possibilidade

³²⁶ MENDONÇA, Andrey Borges. Prisão e outras medidas cautelares pessoais. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 453 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1145.

³²⁷ Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:
II - extremamente debilitado por motivo de doença grave.

³²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1145.

³²⁹ Veja-se: BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1706. / MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 390. / LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1146. / SOBRINHO, José Loureiro. A Custódia Cautelar no Processo Penal Brasileiro e a Lei 12.403/2011. 2017. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 278.

³³⁰ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 390.

³³¹ Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

lógica autorizada é a acima indicada, e a omissão sintomática do legislador não pode ser suprida pelas variadas proposições que se têm apresentado a respeito do tema, ora para abater na mesma proporção dos dias de medida cautelar restritiva, ora para achar uma equação de proporcionalidade entre a cautelar e a definitiva. As medidas cautelares restritivas não têm natureza de privação da liberdade - que visam exatamente evitar - daí a impossibilidade de detração.³³²

2.2.6.8. Fiança

O artigo 319, inciso VIII, do Código de Processo Penal estabelece como medida cautelar alternativa à prisão a fiança, nas infrações que a admitem, para garantir o comparecimento aos atos processuais, evitar a obstrução do andamento do processo ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial. Inicialmente, a fiança atuava exclusivamente como medida de contracautela (modo que continua sendo empregado, conforme o artigo 310, *caput*, inciso III, do Código de Processo Penal), porém, com o advento da Lei nº 12.403 de 2011, passou a poder ser aplicada, também, medida cautelar autônoma.

A fiança se trata, além de uma medida cautelar diversa da prisão, de uma garantia real, que pode ser prestada por meio de dinheiro, bens ou direitos³³³. Para Antônio Bento de Faria³³⁴, não pode se considerar como verdadeira fiança aquela prestada por meio de depósito ou hipoteca, sendo, na realidade, caução real ou pignoratícia. De acordo com o artigo 319, §4º, do Código Processo Penal³³⁵, a fiança poderá ser aplicada cumulativamente com outras medidas cautelares, porém é importante ter ciência que a fiança não é compatível com as medidas cautelares que geram a privação à liberdade do agente, como a prisão preventiva, prisão provisória, prisão domiciliar e internação provisória.

³³² MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 390.

³³³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1706.

³³⁴ BENTO DE FARIA, Antonio. Código de Processo Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960, p. 384 apud BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1706.

³³⁵ § 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Os artigos 323 do Código de Processo Penal³³⁶ estabelece que os crimes os quais seus agentes não poderão ser submetidos à liberdade provisória com fiança; são: o racismo, a tortura; o tráfico ilícito de entorpecentes e afins; os crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; e os crimes configurados como hediondos (dispostos no artigo 1º da Lei nº 8.072 de 1990). Já o artigo 324 do referido Código³³⁷ estabelece as circunstâncias as quais a fiança não é cabível, são: nos casos em que o agente tiver quebrado a fiança anteriormente concedida ou tiver infringido as obrigações previstas nos artigos 327 e 328 do Código³³⁸; nos casos de prisão militar ou civil; nos casos em que houver os motivos que autorizam a prisão preventiva.

2.6.2.9. Monitoramento Eletrônico

O artigo 319, inciso VIII, do Código de Processo Penal estabelece como medida cautelar alternativa à prisão o monitoramento eletrônico, que consiste em um dispositivo junto ao imputado que possibilite localizá-lo à distância, mantendo-o fora do cárcere. Segundo Renato brasileiro de Lima³³⁹, o monitoramento eletrônico somente poderá ser decretado mediante o consentimento do imputado, uma vez que a sua aplicação pressupõe a observância das determinações do Juízo, para sua permanência fora do cárcere. Assim, para Edmundo Oliveira evitaria:

³³⁶ 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;

³³⁷ 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;
- IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

³³⁸ Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afofiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.

Art. 328. O réu afofiançado não poderá, sob pena de quebraamento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

³³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1149.

os efeitos nefastos da dessocialização do encarceramento - principalmente para os delinquentes primários — e facilita a manutenção dos elos familiares e o exercício de uma atividade profissional. Esse sistema permite, também, diminuir a taxa de ocupação nos estabelecimentos penitenciários, acolhendo réus e condenados, a pequenas ou médias penas, a um custo bem menor. A prisão domiciliar sob monitoramento eletrônico afasta de seus beneficiários a promiscuidade e as más condições de higiene, a ociosidade e a irresponsabilidade, encontradas em tantas prisões. Trata-se de um tipo de punição que não acarreta o estigma associado ao encarceramento, assegurando a continuação de uma vida "normal" aos olhos do empregador e junto da família.³⁴⁰

Ademais, vale ressaltar que o monitoramento eletrônico pode ser imposto pelo juízo, com o estabelecimento de zonas de inclusão (locais onde o monitorado poderá ou deverá permanecer) ou de exclusão (locais onde o monitorado não poderá acessar ou frequentar)³⁴¹. Desse modo, de acordo com o ministro Rogério Schietti Machado Cruz, o monitoramento eletrônico possui três principais finalidades:

Há três principais finalidades associadas ao uso de monitoramento eletrônico: detenção, restrição e vigilância. Como forma de detenção, o monitoramento eletrônico pode ser utilizado para assegurar que o indivíduo permanece em determinado lugar; como forma de restrição, o seu uso destina-se a assegurar que o indivíduo não entre em áreas ou locais proibidos, ou se aproxime de certas pessoas; pode, ainda, servir como meio de vigilância, de modo a permitir o permanente acompanhamento de pessoa portadora do equipamento.³⁴²

2.6.2.10. Proibição de se ausentar do país

O artigo 320 do Código de Processo Penal estabelece como medida cautelar alternativa a proibição de se ausentar do país, determinando que essa decisão deverá ser comunicada às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, com a intimação do indiciado ou acusado para entregar o seu passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Para Renato Marcão³⁴³, esse dispositivo normativo trata nova medida cautelar,

³⁴⁰ OLIVEIRA, Edmundo. Direito penal do futuro: a prisão virtual. Rio de Janeiro, Forense, 2007 apud MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 386.

³⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1149

³⁴² CRUZ, Rogério Schietti Machado. Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 164 apud SOBRINHO, José Loureiro. A Custódia Cautelar no Processo Penal Brasileiro e a Lei 12.403/2011. 2017. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 280.

³⁴³ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 387.

não podendo ser confundida com a previsão do artigo 319, inciso IV do Código. Assim, Renato Marcão explica:

A redação descompromissada com a técnica dá a entender que não se trata de instituto novo; que não tenha sido anteriormente tratado. Mas não é bem assim. Segundo pensamos, o art. 320 regula medida cautelar distinta, e não se presta simplesmente à execução da medida tratada no inciso IV do art. 319 - proibição de ausentar-se da comarca - com a qual não tem relação, mas de restrição diversa, que tem por finalidade assegurar a aplicação da lei penal, enquanto aquela, por disposição expressa, tem cabimento quando for conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.³⁴⁴

Entretanto, Renato Brasileiro de Lima³⁴⁵, contrariando a visão de Renato Marcão, entende que o referido artigo trata expressamente da retenção do passaporte em caso de proibição do agente se ausentar do país. Destaca-se que, como já mencionado, Renato Brasileiro compreende que a proibição de ausentar-se da comarca (art. 319, IV/ CPP) abrange, também, a proibição de saída do país, uma vez que aquele que sai do país, consequentemente, sai da comarca³⁴⁶.

Ademais, segundo Renato Marcão³⁴⁷, a mera retenção do passaporte não é capaz de impedir que o imputado deixe o Brasil, visto que ele pode utilizar outros meios de transporte que não sejam o aéreo, bem como pode ir a um país do Mercosul (Argentina, Paraguai e Uruguai), onde não é necessário o passaporte, bastando um documento oficial de identificação. Desse modo, para o autor³⁴⁸, é imprescindível que o juízo comunique as autoridades responsáveis por fiscalizar a saída do país quanto à decisão.

³⁴⁴ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 387.

³⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1137

³⁴⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1136- 1137

³⁴⁷ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 387.

³⁴⁸ MARCÃO, Renato. Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 387.

3. PODER GERAL DE CAUTELA

3.1 Conceito

O instituto do Poder Geral de Cautela pode ser conceituado como a possibilidade de o Juízo de determinar medidas cautelares não tipificadas em lei a fim de assegurar a eficácia de suas decisões, sendo considerado um poder-dever do magistrado. Nesse contexto, Humberto Dalla Bernardina de Pinho³⁴⁹ explica:

O poder geral de cautela do juiz deve ser compreendido como um poder-dever, no sentido de que o magistrado se utilizará de meios aptos a obter o resultado pretendido, sendo a proteção que deve fornecer a determinada situação impositiva. Contudo, esse poder geral de cautela, amplo e não restrito a casos predeterminados, não é arbitrário. Sua primeira limitação é a necessidade, pois somente demonstrada a presença dos requisitos e presente a necessidade do provimento, dentro dos objetivos próprios da tutela de urgência, é que ela deve ser deferida. Ademais, a medida não deve transpor os limites que caracterizam sua natureza provisória, não podendo ser mais do que o pedido do requerente.

Segundo Renato Brasileiro de Lima³⁵⁰, o ordenamento jurídico brasileiro prevê inúmeras providências cautelares definidas expressamente em lei (as chamadas medidas cautelares nominadas). Entretanto, em virtude de o legislador não possuir a capacidade de antever todas as situações fáticas que podem chegar a Juízo, o magistrado poderá decretar medidas cautelares inominadas ou atípicas, com base no Poder Geral de Cautela, posto que, caso contrário, haveria sérios prejuízos ao exercício da função jurisdicional³⁵¹. Desse modo, o autor conclui que:

O poder geral de cautela é um poder atribuído ao Estado-Juiz, destinado a autorizar a concessão de medidas cautelares atípicas, assim compreendidas as medidas cautelares que não estão descritas em lei, toda vez que nenhuma medida cautelar típica se mostrar adequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal. Esse poder geral de cautela deve ser exercido de forma complementar, pois se destina a completar o sistema, evitando que fiquem carentes de proteção situações para as quais não se previu qualquer medida cautelar típica. Portanto, havendo medida cautelar típica que se revele adequada ao caso concreto, não poderá o juiz conceder medida cautelar atípica.³⁵²

³⁴⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo. 2ª ed. Versão Eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1857.

³⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1156.

³⁵¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1156.

³⁵² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1156.

O instituto provém da consciência de que o legislador nunca conseguirá prever todas as circunstâncias e particularidades dos casos concretos que chegam a Juízo, sendo crucial, portanto, que o magistrado possa despender todos os esforços, incluindo através de medidas inominadas, a fim de garantir a ordem jurídica e a tutela jurisdicional efetiva. Tal concepção fundamenta-se no princípio da inafastabilidade de jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal³⁵³, que possibilita a aplicação de medidas cautelares atípicas pelo Poder Judiciário para fornecer adequadamente a tutela jurisdicional. Nesse âmbito, Vicente Greco Filho afirma:

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 encontrados, cabendo ao próprio juiz da causa adotar outras medidas protetivas quando houver, nos termos da lei, fundado receio de lesão grave e de difícil reparação³⁵⁴.

Assim, o Poder Geral de Cautela é o exercício do poder jurisdicional do Estado para salvaguardar os direitos das partes por meio de medidas genéricas e abstratamente assentidas pelo ordenamento jurídico³⁵⁵. Nesse sentido, Sydney Sanches disserta:

O poder jurisdicional do Estado exerce-se, através do juiz, seja no processo de conhecimento, seja no processo de execução, seja no processo cautelar, quando sua jurisdição acautela prováveis direitos das partes, mas não através daquelas ações e medidas cautelares específicas, diz-se que está se exercendo seu poder cautelar geral. Em que consiste, pois, o poder cautelar geral do juiz? Consiste na jurisdição que exerce, acautelando provável direito da parte, com medidas não previstas especificamente pelo Código. Em outras palavras: consiste na jurisdição, que exerce, acautelando provável direito da parte, com medidas genéricas e abstratamente admitidas pelo Código³⁵⁶.

³⁵³ Art. 5º. [...]. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

³⁵⁴ GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. v. 3. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p.154-155 *apud* ALVES, Rogério Pacheco. O Poder Geral de Cautela no Processo Penal. In: Revista da EMERJ, v.6, nº 22, 2003, p. 288.

³⁵⁵ SANCHES, Sydney. Poder cautelar geral do juiz. Revista de Direito da Universidade de Uberlândia. Uberlândia, v. 18, nº 112, dez. 1989, p. 62 *apud* PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 80.

³⁵⁶ SANCHES, Sydney. Poder cautelar geral do juiz. Revista de Direito da Universidade de Uberlândia. Uberlândia, v. 18, nº 112, dez. 1989, p. 62 *apud* PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 80.

3.2. O Poder Geral de Cautela no Processo Civil.

O Poder Geral de Cautela tem origem no Processo Civil, em que a regra é a liberdade do magistrado em proferir suas decisões a fim de garantir a eficácia da tutela jurisdicional determinada, sendo a sua aplicação, portanto, ampla e histórica. O instituto está previsto expressamente no artigo 297 do Código de Processo Civil de 2015 (também conhecido como Código Fux)³⁵⁷, que estabelece que o juízo, no âmbito das tutelas provisórias poderá decretar as medidas que entender adequadas para a efetivação de suas decisões; do mesmo modo, no artigo 536, §1º, do Código de Processo Civil³⁵⁸ que prevê expressamente o caráter exemplificativo do rol de medidas que dispõe para efetivação do cumprimento de sentença através do uso do termo “entre outras medidas”; bem como no artigo 139, inciso IV, do mesmo código³⁵⁹, que dispõe que o juiz determinará todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias que necessárias garantir o cumprimento de ordem judicial, mesmo no caso de ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Ressalta-se que tais dispositivos normativos, que demonstram claramente a aplicabilidade do poder de cautela no processo civil, foram declarados constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5941, de relatoria do ministro Luiz Fux³⁶⁰. O próprio artigo 301 do Código de Processo Civil³⁶¹ declara que o juiz poderá

³⁵⁷ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

³⁵⁸ Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

³⁵⁹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

³⁶⁰ STF, Tribunal Pleno, ADI 5941, Relator: LUIZ FUX, julgado em 09/02/2023, Processo eletrônico DJe-s/n, Divulgado em 27/04/2023, Publicado em 28/04/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767273122>. Acesso em: 27 de set. de 2024.

³⁶¹ Art. 301. 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 asseguuração do direito.

empregar quaisquer medidas consideradas idôneas para assegurar o direito juridicamente tutelado.

Ademais, é importante destacar que, ao tratar do tema, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) editou o Enunciado nº 31 que evidencia a existência do Poder Geral de Cautela no processo civil brasileiro³⁶². Assim, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira afirmam:

A conclusão que se extrai da leitura conjugada desses dispositivos é que eles concedem ao julgador um poder geral de cautelas e de efetivação, com a adoção de todas as medidas provisórias idôneas e necessárias para a satisfação ou acautelamento adiantados [...] Nesse contexto, o legislador remete a efetivação da tutela provisória a todo o regime legal da execução provisória.³⁶³

Historicamente, o Poder Geral de Cautela já estava previsto no Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 798³⁶⁴, que possibilitava ao juiz determinar, além dos procedimentos cautelares específicos, as medidas que entender adequadas, admitindo, portanto, medidas cautelares atípicas. Segundo Bruno Girade Parise, a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 ampliou a matéria, convertendo o Poder Geral de Cautela como a regra na decretação de medidas e, conseqüentemente, tornando a tipicidade de medidas cautelares ou urgência em um verdadeiro desperdício legislativo³⁶⁵. Sobre o projeto que gerou o novo código, Fredie Didier Junior dissertou:

A possibilidade de concessão de medidas cautelares com base nos pressupostos genéricos da probabilidade do direito e do perigo da demora existe desde 1973 - é o conhecido poder geral de cautela (artigo 798, CPC/1973). Esta cláusula geral autoriza a concessão de qualquer medida cautelar atípica, inclusive o arresto atípico - o que fez com que Galeno Lacerda dissesse, há trinta anos, que um sistema em que há poder geral de cautela torna desnecessária a especificação de pressupostos para a

³⁶² Enunciado nº 31 do FPPC: “O poder geral de cautela está mantido no CPC” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil: Volume Único. 14ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 554)

³⁶³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, 603.

³⁶⁴ 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.

³⁶⁵ PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 81-82.

concessão dessa ou daquela medida cautelar. O projeto apenas preserva o poder geral de cautela.³⁶⁶

Todavia, salienta-se que a liberdade e a flexibilidade propiciadas pelo Poder Geral de Cautela não podem ser confundidas com arbitrariedade, posto que o magistrado ao determinar as medidas, no processo civil, deve observar os requisitos de *Fumus Boni Iuris* e *Periculum in Mora* (artigo 300, caput, CPC/2015), bem como verificar se há perigo de irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência a ser deferida (artigo 300, § 3º, do Código de Processo Civil). Nesse contexto, Daniel Amorim de Assumpção Neves disserta:

A tutela cautelar é ampla, geral e irrestrita, significando que a parte que dela necessite deve apenas demonstrar o preenchimento do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* no caso concreto para recebê-la, consagrados atualmente no art. 300 do CPC. 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.³⁶⁷

3.3. O Poder Geral de Cautela no Processo Penal não nacional

Antes de se descrever os diferentes pensamentos doutrinários quanto à aplicabilidade do poder geral de cautela no emprego das medidas cautelares alternativas à prisão, é crucial compreender como tal instituto atua em algumas partes do mundo tanto no sistema jurídico romano-germânico (*Civil Law*) quanto no sistema jurídico anglo-saxão (*Common Law*). A importância dessa análise se dá em virtude de a Lei nº 12.403 de 2011 ter sido intensamente influenciada pelos códigos processuais italiano e português, conforme explicita Bruno Girade Parise³⁶⁸; bem como em razão da acentuada influência da *Common Law* no Direito Brasileiro

³⁶⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Um CPC democrático, 15 de abr. de 2013. Disponível em: <<https://frediedidier.com.br/editorial-169/>> Acesso em: 21 de out. 2024 (Também citado e:m: PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p.82

³⁶⁷NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil: Volume Único. 14ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 554.

³⁶⁸ PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 64.

(especialmente, dos Estados Unidos da América), como, por exemplo, na formação de precedentes qualificados do processo civil brasileiro.

Tratando do Princípio da Legalidade, o artigo 191.1 do Código de Processo Penal de Portugal³⁶⁹ determina que as liberdades individuais só poderão ser restringidas, mesmo que parcialmente, em razão das exigências processuais de caráter cautelar por medidas previstas estritamente em lei. Tal dispositivo estabelece, portanto, a taxatividade das medidas cautelares de coação pessoal e de garantia patrimonial no ordenamento jurídico português, bem como, consequentemente, a inaplicabilidade do poder geral de cautela nesses casos. Desse modo, na mesma perspectiva de José da Costa Pimenta³⁷⁰, Manuel Lopes Maia Gonçalves entende que o citado artigo estaria “a significar, em lugar de relevo, que estas medidas são só aquelas previstas que na lei estão enumeradas taxativamente, não podendo, pois, por qualquer outro modo, privar-se total ou parcialmente a liberdade das pessoas”³⁷¹.

O ordenamento jurídico italiano, do mesmo modo do português, institui a taxatividade das medidas cautelares e a inaplicabilidade do poder geral de cautela no processo penal, conforme o disposto no 272 do Código de Processo Penal da Itália³⁷². Desse modo, Vittorio Grevi disserta que o citado artigo:

expressando - positivamente - uma garantia de que a carta fundamental de direitos geralmente utiliza a fórmula negativa, talvez pareça não ser totalmente feliz, na medida em que ainda deixa a relação obscura. No entanto, sobretudo graças ao uso do advérbio *soltanto* (somente), evidentemente expressivo de uma vontade do legislador, não se pode duvidar do significado de garantia do princípio enunciado, em termos de taxatividade,

³⁶⁹ Artigo 191 (**Princípio da legalidade**) 1 - A liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar, pelas medidas de coação e de garantia patrimonial previstas na lei.

³⁷⁰ PIMENTA, José da Costa. Código de Processo Penal anotado. Lisboa: Rei dos Livros, 1991, p. 479 *apud* PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 65.

³⁷¹ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. Código de Processo Penal anotado. Coimbra: Almedina, 2005, p. 475 *apud* PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 65.

³⁷² Artigo 272. A liberdade das pessoas pode ser limitada por medidas cautelares somente de acordo com as disposições deste título. (PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 66).

pois visa vincular rigorosamente a previsão legislativa ao exercício da discricionabilidade judicial em matéria de limitação da liberdade da pessoa.³⁷³

Verifica-se, assim, que apesar de inspirada nos códigos processuais português e italiano, a Lei nº 12.403 de 2011 não estabeleceu, ao menos expressamente, a taxatividade das medidas cautelares de coação pessoal, nem dispôs quanto à aplicabilidade do poder geral de cautela, gerando, por tal razão, tamanha discussão na Doutrina Brasileira.

Ademais, em virtude do processo, cada vez mais intenso, de incorporação de mecanismos, métodos e técnicas provenientes do Sistema Jurídico anglo-saxão (*Common Law*) no Direito Brasileiro, especialmente dos Estados Unidos da América, é de vital importância a compreensão do instituto do Poder Geral de Cautela nessa nação. Nesse sentido, o Direito norte-americano possibilita que o juízo, nas *conditions of release*, decrete medidas cautelares atípicas para assegurar o comparecimento do imputado nos atos processuais e salvaguardar outra pessoa, permitindo a criação jurisprudencial de medidas cautelares alternativas à prisão³⁷⁴. Contudo, a jurisprudência do país aconselha que os *magistrates* (juízes detentores de mandato, que são responsáveis, na esfera criminal, por casos considerados mais simples e pela maioria das determinações de prisões provisórias, fianças e outras medidas cautelares; diferenciando-se dos *judges*, juízes vitalícios, que são responsáveis por casos mais complexo e graves³⁷⁵) sejam ponderados na decretação de medidas cautelares restritivas atípicas, atentando-se aos custos estatais não previstos³⁷⁶. Segundo Gustavo Torres Soares³⁷⁷, o *magistrate* não deveria, por exemplo, decretar a vigilância policial constante sob

³⁷³ GREVI, Vittorio. *Misure Cautellari*. In: (coord.) CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Compendio de procedura penale*. 5. ed. Padova: Cedam, 2010, p. 389 apud PARISE, Bruno Girade. *Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional*. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 66-67

³⁷⁴ PARISE, Bruno Girade. *Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional*. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 72.

³⁷⁵ SOARES, Gustavo Torres. *Medidas cautelares pessoais diversas da prisão: comparação entre os sistemas brasileiro, italiano, chileno e estadunidense*. In: *Custos legis - Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, v. 4, 2013, p. 09 apud PARISE, Bruno Girade. *Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional*. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 72-73.

³⁷⁶ PARISE, Bruno Girade. *Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional*. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 72.

³⁷⁷ SOARES, Gustavo Torres. *Medidas cautelares pessoais diversas da prisão: comparação entre os sistemas brasileiro, italiano, chileno e estadunidense*. In: *Custos legis - Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*,

determinado agente, pois lesaria seriamente o serviço público policial. Quanto à aplicabilidade do Poder Geral de Cautela no processo penal norte-americano, Bruno Girade Parise entende que: "a ausência de apego à lei parece não surpreender quando advinda do sistema da common law, notoriamente afeto a decisões judiciais em detrimento de especificações legais"³⁷⁸.

v. 4, 2013, p. 12 *apud* PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 72-73.

³⁷⁸ PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 73.

4. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA QUANTO À APLICABILIDADE DO PODER GERAL DE CAUTELA PELO JUÍZO CRIMINAL NO EMPREGO DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO

A Lei nº 12.403 de 2011, que incorporou as medidas cautelares alternativas à prisão, não possui previsão expressa quanto à possibilidade ou não de decretação de medidas cautelares atípicas, isto é, se o rol do artigo 319 é taxativo ou exemplificativo. Por tal razão, há, na doutrina processual brasileira, intensos debates quanto à aplicabilidade do Poder Geral de Cautela no processo penal brasileiro e a possibilidade de imposição de medidas cautelares restritivas inominadas ou atípicas.

4.1. Correntes Contrárias à Aplicabilidade do Poder Geral de Cautela

Segundo Aury Lopes Junior³⁷⁹, não há, no processo penal brasileiro, a possibilidade de decretação de medidas cautelares inominadas ou atípicas e o juízo criminal não possui um poder geral de cautela, pois “forma é garantia” no processo penal, não havendo poderes gerais, uma vez que todos os poderes devem ser estritamente vinculados a limites e à forma legal³⁸⁰. Nesse sentido, o autor compreende que a forma processual seria tanto limite para o poder estatal quanto garantia para o réu. Assim, afirma:

O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder.³⁸¹

De acordo com Aury Lopes, todas as medidas cautelares, sejam pessoais ou patrimoniais, provocam graves limitações nos direitos fundamentais do imputado; consequentemente, sua decretação deve ser restrita à estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade processual, não sendo possível provocar tamanho flagelo ao

³⁷⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. Boletim IBCCrim, n. 203, out. 2009, p.8.

³⁸⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. Boletim IBCCrim, n. 203, out. 2009, p.8.

³⁸¹ LOPES JÚNIOR, Aury. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. Boletim IBCCrim, n. 203, out. 2009, p. 8.

imputado a partir de analogias, especialmente com o processo civil³⁸². O processualista em questão disserta que analogia e incorporação de institutos específicos do processo civil gera a ampliação do poder punitivo estatal, o qual deve ser vinculado e legalmente delimitado (caso contrário, deverá ser considerado ilegítimo e abusivo), uma vez que a intervenção estatal precisa ser justificada e legitimada, não havendo tal necessidade para a liberdade individual³⁸³. Quanto ao embate entre a liberdade individual e poder de intervenção do Estado, Aury Lopes Junior rememora os ensinamentos de Juarez Tavares, para quem: “a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência, o que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado, e esta legitimação não pode resultar de que ao Estado se lhe reserve o direito de intervenção”³⁸⁴. Ademais, o autor defende que, mesmo com a ampliação das medidas cautelares, permanece a impossibilidade de determinação de medidas atípicas, não havendo espaço criativo para o juiz³⁸⁵. Desse modo, conclui:

Toda e qualquer medida cautelar no processo penal somente pode ser utilizada quando prevista em lei (legalidade estrita) e observados seus requisitos legais no caso concreto.

[...]

Em suma: toda e qualquer restrição de direitos fundamentais deve estar estritamente vinculada ao modelo legal (tipo processual), não se admitindo analogias ou interpretação extensiva. Não há, no processo penal, poder geral de cautela ou medidas cautelares inominadas ou atípicas. Somente se admite a aplicação das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, com estrita observância dos requisitos legais.³⁸⁶

Mesmo antes da Lei nº 12.403 de 2011, quando, ainda, havia a dicotomia entre prisão e liberdade, muitos autores defendiam a inaplicabilidade do Poder Geral de Cautela para a

³⁸² LOPES JÚNIOR, Aury. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. Boletim IBCCrim, n. 203, out. 2009, p.8.

³⁸³ LOPES JÚNIOR, Aury. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. Boletim IBCCrim, n. 203, out. 2009, p.8.

³⁸⁴ TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto Penal. 3a edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 162 *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. Boletim IBCCrim, n. 203, out. 2009, p.8.

³⁸⁵ Veja-se: LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 875. / LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017, p.19 e 21.

³⁸⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. Boletim IBCCrim, n. 203, out. 2009, p. 8-9.

imposição de medidas cautelares inominadas. Nesse contexto histórico, Pierpaolo Cruz Bottini advertia que:

As disposições legislativas sobre cautelares penais há muito merecem uma ampla revisão, diante da medíocre dicotomia atualmente existente na legislação processual. Ao constatar comportamentos que turbam a ordem processual, o magistrado dispõe de apenas um instrumento para preservar a persecução: a prisão preventiva. Assim, ou o juiz decreta a prisão - com todas as consequências psicológicas e sociais daí advindas - ou não determina medida alguma. Não há outra opção a nosso ver, vez que o juiz, na seara processual penal, não detém o poder geral de cautela e não pode inovar e criar outras restrições intermediárias ou as chamadas cautelares inominadas, como, por exemplo, a retenção de documentos ou passaportes. O que não está previsto não existe em matéria de restrição de direitos na seara penal, de forma que, atualmente, a ausência dos requisitos para prisão preventiva impede - ou deveria impedir - a aplicação de qualquer cautelar alternativa. No entanto, tais medidas são usuais e recorrentes, o que revela que a pobreza de mecanismos cautelares previstos no Código é a imperiosa necessidade de mudança.³⁸⁷

Segundo Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, no processo penal, as medidas cautelares são estritamente as previstas em lei, devendo ser observadas, ainda, as hipóteses as quais a lei autoriza a sua decretação³⁸⁸. Assim, há a vedação de imposição de medidas cautelares atípicas, em respeito ao princípio da legalidade na persecução penal e ao princípio da taxatividade das medidas cautelares³⁸⁹. Tal fato, para Gustavo Badaró³⁹⁰, se dá em virtude do direito à liberdade (artigo 5º, caput, da Constituição Federal³⁹¹) e do princípio do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal³⁹²), que impossibilita a limitação, mesmo que parcial, da liberdade sem o devido processo legal. Desse modo, o autor disserta que:

³⁸⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares: superação da medíocre dicotomia. Boletim IBCrim. Edição especial CPP, ago. 2010, p. 26 *apud* PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 56.

³⁸⁸ 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. Revista do Advogado, n. 113, set. 2011, p. 79.

³⁸⁹ 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. Revista do Advogado, n. 113, set. 2011, p. 79.

³⁹⁰ 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. Revista do Advogado, n. 113, set. 2011, p. 80.

³⁹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (*grifo*)

³⁹² Art. 5º. [...]. LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Há, portanto, um princípio de legalidade para as medidas cautelares pessoais, privativas ou restritivas da liberdade. Consequentemente, caso se considere que o novo rol de medidas dos arts. 319 e 320 do CPP é insuficiente, ou mesmo se se entender que as hipóteses de cabimento de tais medidas devam ser ampliadas para que possam atingir outras finalidades, será necessária modificação legislativa. Medidas cautelares devem ser criadas, ampliadas ou alteradas por lei, não mediante criação jurisprudencial!³⁹³

A vedação às medidas cautelares atípicas, de acordo com Gustavo Badaró³⁹⁴, está expressamente prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que em seu artigo 7º³⁹⁵, dispõe que ninguém poderá ter sua liberdade física restringida, salvo nas hipóteses e condições previamente previstas nas Constituições ou nas leis. Assim, em virtude do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, as disposições do Pacto de San José possuem natureza supralegal, estando acima do próprio Código de Processo Penal ou Civil, não se admitindo, portanto, a utilização do artigo 3º do Código de Processo Penal³⁹⁶ a fim de permitir a analogia com o Código de Processo Civil para aplicar o poder geral de cautela³⁹⁷. Desse modo, o processualista explica que:

Em suma, em termos de privação ou restrição da liberdade, em sede de persecução penal, a lei é o limite e a garantia. Não é possível aplicar o poder geral de cautela e decretar medidas cautelares atípicas diversas daquelas previstas nos arts. 319 e 320 do CPP, nem aplicá-las para finalidades diversas das previstas em lei. Se no regime anterior, em que só havia a prisão preventiva e a liberdade provisória, já não se podiam admitir medidas cautelares atípicas no processo penal, com maior razão, diante da ampliação do rol de medidas alternativas à prisão [...], continua inadmissível o emprego de medidas cautelares atípicas no processo penal. Ninguém pode ser privado de sua liberdade senão pelo devido processo legal (CR, art. 5º, inciso LIV), o que inclui não se impor qualquer privação ou restrição da liberdade,

³⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1689.

³⁹⁴ 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. Revista do Advogado, n. 113, set. 2011, p. 80.

³⁹⁵ Artigo 7 - Direito à Liberdade Pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

³⁹⁶ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

³⁹⁷ 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. Revista do Advogado, n. 113, set. 2011, p. 80.

por qualquer medida cautelar, a não ser nas hipóteses previstas na Constituição ou nas leis.³⁹⁸

Ademais, Gustavo Badaró³⁹⁹ critica a justificativa de aplicação da medida atípica mais benéfica, uma vez que as medidas previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal são medidas cautelares alternativas à prisão e não substitutivas da prisão. Assim, mesmo antes da Lei nº 12.403 de 2011 (quando havia a dicotomia prisão-liberdade), se prisão não fosse adequada, caberia somente a concessão da liberdade; já, após a promulgação da Lei nº 12.403 de 2011, deve-se sempre aplicar a medida menos gravosa e, caso nenhuma das medidas cautelares previstas sejam adequadas, deverá ser concedida a liberdade ao acusado ou investigado, uma vez que a prisão cautelar e as medidas cautelares tem caráter excepcional, sendo a regra a liberdade. Logo, as medidas cautelares atípicas nunca seriam benéficas ao agente, uma vez que, se não houver medida menos gravosa adequada às circunstâncias fáticas do caso concreto, deverá ser concedida a sua liberdade⁴⁰⁰. Nessa perspectiva, Badaró conclui que:

Se uma medida alternativa - ainda que atípica - é suficiente, isso significa que a prisão não é adequada e, sendo excepcional (art. 282, § 6.º), em nenhuma hipótese poderá ser aplicada. De outro lado, no campo das medidas alternativas, deve-se buscar, entre as legalmente previstas, a menos gravosa. Por fim, se nem a menos intensa das medidas se mostrar adequada "à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado" (art.282, caput, II), é porque, no caso, não se deve impor qualquer medida cautelar alternativa à prisão. Deverá, pois, o acusado permanecer em liberdade. Portanto, a adoção de medidas atípicas, porque não previstas em lei como aptas a privar ou restringir o direito de liberdade em sede de medida cautelar, encontra inafastável barreira no pressuposto formal do princípio da legalidade. Ainda que a medida seja adequada, necessária e proporcional, se a restrição ao direito fundamental não estiver prevista em lei, não será legítima.⁴⁰¹

Odone Sanguiné compreende que a determinação das medidas cautelares pessoais deve ser regida pelo princípio da legalidade ou da tipicidade cautelar, com uma vasta

³⁹⁸ 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. Revista do Advogado, n. 113, set. 2011, p. 80-81.

³⁹⁹ 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. Revista do Advogado, n. 113, set. 2011, p.78-79.

⁴⁰⁰ Veja-se: BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1688. / 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. Revista do Advogado, n. 113, set. 2011, p.78-79.

⁴⁰¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p.1688.

jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos decidindo em prol da imprescindibilidade da observação do princípio da legalidade na decretação dessas medidas. Nesse sentido, disserta:

O princípio da legalidade ou tipicidade cautelar aplica-se às medidas cautelares pessoais, privativas ou restritivas de liberdade. [...]. No âmbito convencional, o artigo 7.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos - cujo status supralegal segundo a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve prevalecer sobre o artigo 798 do CPC - garante que ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos também vem decidindo que as medidas cautelares que afetam a liberdade se encontram limitadas pelo direito à presunção de inocência e pelos princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis em uma sociedade democrática. Assim, somente através de uma lei pode afetar-se o direito à liberdade pessoal.⁴⁰²

Edilson Mougenot Bonfim defende que as medidas cautelares alternativas à prisão, em virtude de sua excepcionalidade e de sua função de limitação das liberdades individuais, devem ser interpretadas restritivamente⁴⁰³. Por tal razão, o rol previsto no artigo 319 do Código de Processo Penal seria taxativo (*numerus clausus*)⁴⁰⁴.

Eugênio Pacelli sustenta a impossibilidade de decretação de medidas cautelares restritivas não previstas em lei, pois dificultaria a análise de adequação e proporcionalidade, bem como o controle de sua permanência⁴⁰⁵. Contudo, defende a aplicação de medidas cautelares legalmente previstas para fins diversos do estabelecido, desde que a finalidade também esteja prevista em lei prevista em lei, mesmo que não vinculada às razões de sua decretação. Para o autor, portanto, o afastamento do princípio da legalidade é relativo, tendo por objetivo assegurar a coerência e a unidade do sistema geral das medidas cautelares⁴⁰⁶. Desse modo, Pacelli entende que:

⁴⁰² SANGUINÉ, Odone. Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 70 *apud* PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 83.

⁴⁰³ Veja-se: BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 481. / BONFIM, Edilson Mougenot. Reforma do código de processo penal : comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

⁴⁰⁴ Veja-se: BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 481. / BONFIM, Edilson Mougenot. Reforma do código de processo penal : comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

⁴⁰⁵ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Atlas, 2021, p. 657.

⁴⁰⁶ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Atlas, 2021, p. 657.

em matéria penal, salvo situações excepcionalíssimas - que, efetivamente, poderão ocorrer - há que se vedar o poder geral de cautela, ressalvadas as hipóteses, presente o requisito da exceção das exceções antes mencionada, a medida aplicada apresente caráter menos gravoso aos interessados, caso em que se exigiria a adesão das partes à providência.⁴⁰⁷

Antônio Magalhães Gomes Filho entende que, no processo penal brasileiro, não se admite o Poder Geral de Cautela, como há no processo civil, uma vez que o princípio da legalidade não versaria somente sobre a cominação das penas, mas sobre toda a persecução penal⁴⁰⁸. Nesse sentido, o autor disserta:

não se pode cogitar em matéria criminal de um 'poder geral de cautela', através do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil; tratando-se de limitação da liberdade, é indispensável a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à 'legalidade da inteira repressão', que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 25ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Atlas, 2021, p. 657-658.

⁴⁰⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e a Prisão Cautelar, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 57 apud MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 157.

⁴⁰⁹ Veja-se: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de Inocência e a Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 57 apud LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 81. / GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de Inocência e a Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 57 apud LIMA, Marcellus Polastri. Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.17. / GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de Inocência e a Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 57 apud LIMA, Marcellus Polastri. Manual de processo penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.564. / GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e a Prisão Cautelar, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 57 apud MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 157.

Segundo Rogério Lauria Tucci e Roberto Delmanto Junior, não é possível haver um Poder Geral de Cautela no Processo Penal, como há no Processo Civil, posto que toda limitação às liberdades individuais deve ser imposta mediante previsão legal⁴¹⁰. Desse modo, argumentam:

Não há, na Justiça Criminal, um denominado Poder Geral de Cautela, ao menos nos moldes do que sucede no processo extrapenal [...], com efeito, toda a restrição à liberdade, imposta ao cidadão, há que estar prevista em lei. Assim determina o artigo 5º, II, da Carta Magna, *verbis*: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". O inciso XV do citado artigo, por sua vez, expressa: "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens". Isso também se aplica, evidentemente, a qualquer esfera do Poder Judiciário: todo ato decisório judicial que imponha limitações à liberdade de quem quer que seja, há de estar fundado na lei. Caso contrário, haveria campo para o arbítrio, que não se coaduna, de forma alguma, com a grandiosidade da função judicante.⁴¹¹

Bruno Girade Parise argumenta que a inaplicabilidade do poder geral de cautela no processo penal brasileiro pode ser constatada, a partir de uma interpretação teleológica-axiológica, através da incorporação de um rol de medidas cautelares tipificadas pela Lei nº 12.403⁴¹². Nesse contexto, para o autor, se o legislador não tivesse a intenção de instituir a tipificação das medidas cautelares, fixaria o poder geral de cautela como regra geral (como é no Código de Processo Civil de 2015), ou estabeleceria o instituto após um rol exemplificativo de medidas (como no Código de Processo Civil de 1973, ou, ainda, não

⁴¹⁰ Veja-se: TUCCI, Rogério Lauria; DELMANTO JUNIOR, Roberto, et al. Sistematização das Medidas Cautelares Processuais Penais. In: Revista do Advogado. nº 78. São Paulo: AMSP, set. de 2004, p. 120 *apud* LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 81. / TUCCI, Rogério Lauria; DELMANTO JUNIOR, Roberto, et al. Sistematização das Medidas Cautelares Processuais Penais. In: Revista do Advogado. nº 78. São Paulo: AMSP, set. de 2004, p. 120 *apud* LIMA, Marcellus Polastri. Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 17. / TUCCI, Rogério Lauria; DELMANTO JUNIOR, Roberto, et al. Sistematização das Medidas Cautelares Processuais Penais. In: Revista do Advogado. nº 78. São Paulo: AMSP, set. de 2004, p. 120 *apud* LIMA, Marcellus Polastri. Manual de processo penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.564.

⁴¹¹ Veja-se: TUCCI, Rogério Lauria; DELMANTO JUNIOR, Roberto, et al. Sistematização das Medidas Cautelares Processuais Penais. In: Revista do Advogado. nº 78. São Paulo: AMSP, set. de 2004, p. 120 *apud* LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 81. / TUCCI, Rogério Lauria; DELMANTO JUNIOR, Roberto, et al. Sistematização das Medidas Cautelares Processuais Penais. In: Revista do Advogado. nº 78. São Paulo: AMSP, set. de 2004, p. 120 *apud* LIMA, Marcellus Polastri. Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 17. / TUCCI, Rogério Lauria; DELMANTO JUNIOR, Roberto, et al. Sistematização das Medidas Cautelares Processuais Penais. In: Revista do Advogado. nº 78. São Paulo: AMSP, set. de 2004, p. 120 *apud* LIMA, Marcellus Polastri. Manual de processo penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.564.

⁴¹² PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 83-84.

alteraria o código, mantendo-o sem um rol de medidas⁴¹³. Ademais, Parise analisa a evolução histórica dos dois códigos processuais (civil e penal), declarando que:

Enquanto o de Processo Civil enumerou, ao longo do tempo, cada vez menos medidas típicas, o de Processo Penal passou pelo inverso, trazendo rol ampliado de cautelares em seu texto. Evidentemente, tal diferença não é despida de significado, mas, ao contrário, serve de caminho pavimentado para melhor interpretação da vontade do legislador, a chamada *mens legis*.⁴¹⁴

Contudo, Bruno Parise⁴¹⁵ defende que a decretação de medidas cautelares restritivas atípicas só seria cabível em um sistema jurídico que não houvesse a previsão de liberdade plena, posto que se o magistrado não vislumbrar nenhuma medida cautelar dentro das legalmente, deve-se conceder a liberdade ao agente; porém, se houver a obrigatoriedade de imposição de uma medida cautelar, o magistrado poderia se valer do poder geral de cautela para decretar uma medida cautelar atípica mais benéfica. Assim, Parise admite a existência do poder geral de cautela *pro reo*, porém entende não ser cabível no processo penal brasileiro, por existir a possibilidade de o acusado ou investigado permanecer em liberdade, concluindo que:

Trata-se, ao final, do necessário pleito de reforço das bases teóricas do processo penal acusatório e garantista, que prima desde sempre pela solução mais favorável ao acusado, ancorado, como tantas vezes repisado, no princípio da presunção de inocência. Se a procura por uma cautelar legalmente disposta restar infrutífera, a consequência natural deve ser a liberdade irrestrita e não a sua restrição máxima, a prisão preventiva.

Desse modo, em teoria, o poder geral de cautela *pro reo* é exceção conferida à vedação a priori de tal instituto, mas, sua aplicação prática é de difícil concepção nos termos de medidas restritivas de liberdade, haja vista o princípio máximo da busca da liberdade amparado pela função primeira do princípio da proporcionalidade.⁴¹⁶

⁴¹³ PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 84.

⁴¹⁴ PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 84.

⁴¹⁵ PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 89.

⁴¹⁶ PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 90.

4.2. Correntes favoráveis à aplicabilidade do Poder Geral de Cautela

Segundo Renato Brasileiro de Lima⁴¹⁷, o poder geral de cautela pode ser adotado no âmbito do processo penal, a fim de evitar a determinação de medidas cautelares restritivas mais gravosas, com a decretação de medidas cautelares idôneas, menos gravosas e capazes de garantir a eficácia do processo penal. Contudo, para o autor⁴¹⁸, deve-se observar as três condições estabelecidas por Nicolas González-Cuellar Serrano⁴¹⁹: idoneidade e menor lesividade da medida cautelar atípica; exigência de infraestrutura adequada para a aplicação da medida; e cobertura legal da limitação de direitos resultante da medida decretada. Nesse contexto, caso seja cabível uma medida mais gravosa, o juiz poderá decretar medida cautelar diversa menos gravosa não prevista no Código de Processo Penal, desde que também seja capaz de garantir a eficácia dos atos processuais⁴²⁰. Assim, seria admissível, conforme entendimento de Denilson Feitoza⁴²¹:

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 pessoais do direito processual penal, se a medida alternativa ou mitigada tem idoneidade equivalente.

Tal compreensão fundamenta-se na aplicação subsidiária e analógica do poder geral de cautela previsto no artigo 297 do Código de Processo Civil, com base no disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal, sendo tal mecanismo perfeitamente constitucional, segundo Renato Brasileiro⁴²², pois não há, no ordenamento jurídico brasileiro, direito absoluto à

⁴¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1158.

⁴¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1158.

⁴¹⁹ SERRANO, Nicolas González-Cuellar. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid: Colex, 1990 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1158.

⁴²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1159.

⁴²¹ FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 7ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2010, p. 884 *apud* LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1159.

⁴²² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1159.

liberdade de locomoção, podendo haver a ponderação do direito, a partir da análise da situação fática. Desse modo, Brasileiro declara que:

Desde que a medida adotada tenha natureza acautelatória, não há falar em violação ao princípio constitucional da não culpabilidade. Cuida-se de medida adotada com base no poder geral de cautela, perfeitamente inserido no Direito brasileiro (NCPC, art. 297 c/c art. 3º do CPP), não havendo violação ao princípio da independência dos poderes (CF, art. 2º), tampouco malferimento à regra de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I).⁴²³

Ademais, Renato Brasileiro de Lima, na esfera das medidas cautelares, defende a aplicabilidade do poder geral de cautela para impor o comparecimento do acusado em todos os atos processuais⁴²⁴. No âmbito da produção antecipada de provas, diante da omissão do Código de Processo Penal sobre o assunto, seria possível a aplicação analógica dos artigos 381 e 383 do Código de Processo Civil, que tratam sobre o tema, nos casos de depoimento especial, fundamentando-se no artigo 3º do Código de Processo Penal; nesse sentido, afirma:

A Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017, com vigência um ano depois de sua publicação oficial, também dispõe que o depoimento especial, assim compreendido o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária, deverá ser realizado uma única vez, sempre que possível, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado (art. 11, caput). Aliás, consoante disposto em seu art. 11, §1º, o depoimento especial deverá seguir o rito cautelar de antecipação de prova: I - quando a criança ou adolescente tiver menos de 7 (sete) anos; II - em caso de violência sexual. O Código de Processo Penal silencia acerca do procedimento a ser adotado no caso de colheita dessa prova antecipada. Não obstante, com fundamento no art. 3º do CPP, queremos crer ser possível a aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil, que trata de maneira expressa da matéria nos arts. 381 a 383.⁴²⁵

José Nilton Costa de Souza⁴²⁶ argumenta que é equivocado o entendimento de que o Poder Geral de Cautela somente seria empregado para prejudicar o réu, uma vez que, diante da impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses, em muitas circunstâncias fáticas, o instituto seria imprescindível para garantir o exercício dos direitos fundamentais do próprio réu (como liberdade, vida, saúde ou propriedade). Para o autor, portanto, o Poder Geral de

⁴²³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1159.

⁴²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 1134.

⁴²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 659.

⁴²⁶ SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. 2011, p. 11.

Cautela e a determinação de medidas cautelares atípicas seriam indissociáveis dos princípios da eficiência processual e da inafastabilidade da jurisdição⁴²⁷. Assim, Souza afirma que:

o cotidiano é pródigo em descrever situações de fato não previstas na lei processual vigente e porvir que demandam ordem do juiz para a preservação de direitos fundamentais, não podendo o Estado escudar-se na ausência de norma para negar o direito. O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal prega que nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída de apreciação pelo Poder Judiciário.⁴²⁸

Em consonância com o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet⁴²⁹, José Nilton Costa de Souza entende que o princípio da proporcionalidade não versa somente sobre a proibição aos excessos, mas também está vinculada à proteção estatal contra agressões a direitos provenientes de terceiro⁴³⁰. Percebe-se, assim, uma dupla dimensão do princípio da proporcionalidade, sendo tanto a proibição de excesso quanto a proibição de insuficiência⁴³¹. Nesse contexto, todas as medidas cautelares alternativas à prisão, mesmo as atípicas, teriam por finalidade a aplicação do direito material, com a preservação da liberdade do investigado ou acusado, evitando o excesso e a insuficiência do poder estatal⁴³².

Na visão de José Nilton Costa, há uma grave contradição em possibilitar o poder geral de cautela pelo juízo cível (responsável, no geral, por direitos patrimoniais e disponíveis) e impossibilitar a determinação de medidas cautelares atípicas pelo juízo criminal (que trata de direitos fundamentais indisponíveis), sendo uma interpretação equivocada, que não é compatível com a efetividade dos direitos fundamentais⁴³³. Para ilustrar seu pensamento, o

⁴²⁷ SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. 2011, p. 28.

⁴²⁸ SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. 2011, p. 25.

⁴²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: CHITTO GAUER, Ruth Maria (Org.) Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2008, p. 208 *apud* SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. 2011, p. 18.

⁴³⁰ SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. 2011, p. 18.

⁴³¹ SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. 2011, p. 18-19.

⁴³² SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. 2011, p. 25.

⁴³³ SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. 2011, p. 22.

autor exemplifica um caso, no âmbito da Lei Maria da Penha, que prevê, em seu artigo 20, a prisão daquele que descumpre uma ordem:

Imagine-se que o varão e a ofendida tenham filhos em comum e que estes estejam sob a guarda daquele, em razão de prévio acordo judicial, já que o casal há pouco se separara e as agressões que originaram a medida protetiva em favor da mulher teriam ocorrido quando tentavam a reconciliação. Não poderia o juiz, com base no Poder Geral de Cautela, para evitar a decretação de prisão ao agressor que teria de ter contato com a ofendida para cumprir ordem no sentido de direito de visitas da mãe outorgados pelo juiz que homologou o acordo da guarda, e ainda como forma de tutelar a integridade física da ofendida, suspender o direito de visita desta aos filhos enquanto não resolvida a contenda? Ou então determinar que a entrega das crianças para o cumprimento da ordem quanto ao direito de visita se dê a partir de intervenção de terceira pessoa, familiar do agressor, amigo, familiar da ofendida, por exemplo? Com base no mesmo pressuposto, ordenar que também ela mantenha distância do investigado ou réu?

Aos que respondem afirmativamente estarão aceitando a vigência de medida cautelar inominada com suporte no Poder Geral de Cautela. Não é admissível imaginar que o juiz de família (cível) poderia determinar tal restrição cautelar, com origem no mesmo suporte fático, qual seja a inviolabilidade à integridade física e o direito à liberdade, enquanto ao juiz criminal tal poder fosse defeso.⁴³⁴

Desse modo, José Nilton de Souza disserta que o legislador nunca será capaz de prever todas as medidas cautelares necessárias no âmbito do processo penal, sendo imprescindível o exercício do Poder Geral de Cautela a fim de que haja um processo penal eficaz e que se assegure os direitos fundamentais⁴³⁵. Desse modo, Souza conclui:

A tutela cautelar atípica e o exercício do Poder Geral de Cautela do juiz soam como essenciais para o sistema processual penal constitucional, sendo corolário lógico deste, na medida em que necessário ao preenchimento dos princípios da proporcionalidade, na modalidade da proibição de proteção deficiente, princípio da efetividade, princípio da inafastabilidade da jurisdição. É cediço, negar existência ao Poder Geral de Cautela é comprometer princípios fundamentais do modelo processual-constitucional [...]. De tal modo, não há como dissociar o Poder Geral de Cautela da jurisdição efetiva, tratando-se de corolário lógico do processo penal eficaz e garantidor dos direitos fundamentais acolhidos pela ordem constitucional.⁴³⁶

⁴³⁴ SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. 2011, p. 23.

⁴³⁵ SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. 2011, p. 28.

⁴³⁶ SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. 2011, p. 28-29.

Rodrigo Iennaco compreende que o rol do artigo 319 do Código de Processo Penal é meramente exemplificativo⁴³⁷. Assim, o magistrado, fundamentando-se no Poder Geral de Cautela, poderá decretar medidas cautelares atípicas, desde que haja critérios similares aos previstos em lei e a observância da adequação e necessidade, determinando, por exemplo:

a) suspensão de habilitação para condução de veículo automotor, aeronave ou embarcação; b) suspensão de autorização para porte de arma de fogo, ainda que funcional; c) suspensão do licenciamento e impedimento de transferência de veículo automotor; d) bloqueio de bens, direitos ou rendimentos, ainda que provenientes de relação de emprego ou remuneração pelo exercício de função pública, quando se tratar de investigado ou acusado em local incerto e não sabido etc.⁴³⁸

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar entendem que é cabível a aplicação do Poder Geral de Cautela para a decretação de medidas cautelares atípicas, desde que a medida seja menos gravosa que as autorizadas legalmente, defendendo o caráter exemplificativo do rol de medidas cautelares alternativas à prisão previsto no artigo 319 do Código de Processo Penal⁴³⁹. Assim, os autores dissertam 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.⁴⁴⁰

Para Rogério Pacheco Alves⁴⁴¹, não seria razoável a limitação das medidas cautelares somente às previstas em lei, sob o argumento de que haveria uma "tipicidade processual" do mesmo modo que há uma "tipicidade de direito substancial", uma vez que as medidas cautelares são reguladas por normas de natureza exclusivamente processual. Consequentemente, é totalmente possível, com fundamento no artigo 3º do Código de Processo Penal (que admite a interpretação extensiva, o emprego da analogia e coincidência dos princípios gerais do direito para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional), a

⁴³⁷ IENACO, Rodrigo. Reforma do CPP: cautelares, prisão e liberdade provisória. Belo Horizonte: Jurisp. Mineira, a. 62, nº 197, abr./jun. 2011, p. 9.

⁴³⁸ IENACO, Rodrigo. Reforma do CPP: cautelares, prisão e liberdade provisória. Belo Horizonte: Jurisp. Mineira, a. 62, nº 197, abr./jun. 2011, p. 9-10.

⁴³⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1037-1038.

⁴⁴⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1038.

⁴⁴¹ ALVES, Rogério Pacheco. O Poder Geral de Cautela no Processo Penal. In: Revista da EMERJ, v.6, nº 22, 2003, p.12-13.

aplicação do Poder Geral de Cautela no processo penal, mesmo o instituto estando previsto no Código de Processo Civil. Desse modo, declara que a denominada "tipicidade processual" tem por finalidade a observância do devido processo legal, sem obstaculizar a efetividade do processo, ao restringir os poderes do magistrado, ressaltando que, em virtude do princípio da inafastabilidade da jurisdição, é imprescindível que o Poder Judiciário utilize medidas cautelares inominadas a fim de garantir a adequada tutela jurisdicional.⁴⁴²

Marcellus Polastri Lima sustenta que o Poder Geral de Cautela poderá ser exercido pelo juízo na aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, cautelares reais e relativas à prova, porém é vedado o seu exercício no caso de decretação de prisões cautelares⁴⁴³. Para o autor, a utilização do Poder Geral de Cautela na decretação de medidas cautelares restritivas não implica na violação do artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, uma vez que o instituto está previsto no Código de Processo Civil e pode ser aplicado analogicamente ao âmbito criminal, conforme o disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal⁴⁴⁴. Polastri entende, ainda, que a medida atípica deve ser excepcional, não podendo ser decretada caso haja uma medida típica adequada ao caso concreto; bem como o juízo somente poderá decretar medidas inominadas caso provocado, em respeito ao sistema acusatório, com a preservação de sua imparcialidade⁴⁴⁵. Nesse contexto, o juízo teria instrumentos para aplicar medidas mais benéficas ao acusado⁴⁴⁶. Contudo, o autor entende que o Poder Geral de Cautela

⁴⁴² ALVES, Rogério Pacheco. O Poder Geral de Cautela no Processo Penal. In: Revista da EMERJ, v.6, nº 22, 2003, p.13-14.

⁴⁴³ Veja-se: LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 82. / LIMA, Marcellus Polastri. Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.18-19. / LIMA, Marcellus Polastri. Manual de processo penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.565.

⁴⁴⁴ Veja-se: LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 83-84. / LIMA, Marcellus Polastri. Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 20. / LIMA, Marcellus Polastri. Manual de processo penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.566-567.

⁴⁴⁵ Veja-se: LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 86-87. / LIMA, Marcellus Polastri. Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 24. / LIMA, Marcellus Polastri. Manual de processo penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.569.

⁴⁴⁶ Veja-se: LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 85. / LIMA, Marcellus Polastri. Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da

não poderia ser exercido para aplicar medidas atípicas a fim de substituir medidas típicas em hipóteses não previstas em lei; assim, explica:

não se poderá decretar uma interceptação telefônica fora dos casos da Lei de Interceptação Telefônica (Lei nº 9.296/96) com utilização do Poder Geral de Cautela, ou substituir tal medida por outra, com outros requisitos, pois o Poder Geral de Cautela só deve se dar fora das hipóteses já previstas em lei, sendo as cautelares típicas, ou já previstas em lei, insubstituíveis por hipótese inexistente para o mesmo caso.⁴⁴⁷

Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Abel Fernandes Gomes entendem que o Poder Geral de Cautela poderá ser exercido pelo juízo criminal, pois defendem que a instrumentalidade das medidas cautelares no processo de conhecimento seria um dos princípios gerais do processo cautelar, sendo, pois, compatível tanto com processo penal quanto com o processo civil⁴⁴⁸. Ademais, argumentam que:

[...] por mais completa e exaustiva que a lei pudesse ser, jamais lhe seria possível esgotar, em seu elenco, todas as diversas circunstâncias específicas que podem acontecer no dia a dia. Não é diferente com o caso específico das medidas cautelares existentes no Direito Processual Penal, ainda mais que estejamos a tratar de um ramo voltado ao confronto do direito de punir do Estado como o direito de liberdade do indivíduo. Mesmo nessa hipótese, como oriundo dos princípios gerais do Direito Processual, o Poder Geral de Cautela passa a integrar o processo penal e deverá ser exercido dentro dos limites que também servirão para contemporizar a adoção de outras medidas restritivas mais graves, legalmente previstas.⁴⁴⁹

prisão) na reforma de 2011 do Código Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 24. / LIMA, Marcellus Polastri. Manual de processo penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 568.

⁴⁴⁷ Veja-se: LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 87. / LIMA, Marcellus Polastri. Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 24. / LIMA, Marcellus Polastri. Manual de processo penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 569.

⁴⁴⁸ Veja-se: NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon; GOMES, Abel Fernandes. Temas de direito penal e processo penal: em especial na Justiça Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 325 *apud* LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 84. / NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon; GOMES, Abel Fernandes. Temas de direito penal e processo penal: em especial na Justiça Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 325 *apud* LIMA, Marcellus Polastri. Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 21. / NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon; GOMES, Abel Fernandes. Temas de direito penal e processo penal: em especial na Justiça Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 325 *apud* LIMA, Marcellus Polastri. Manual de processo penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 567.

⁴⁴⁹ Veja-se: NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon; GOMES, Abel Fernandes. Temas de direito penal e processo penal: em especial na Justiça Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 325 *apud* LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 84-85. / NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon; GOMES, Abel Fernandes. Temas de direito penal e processo penal: em especial na Justiça Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 325 *apud* LIMA, Marcellus Polastri. Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código Processo Penal.

Segundo Marlon Wander Machado⁴⁵⁰, o Poder Geral de Cautela instrumentaliza o magistrado com meios mais eficientes de alcançar a Justiça, representando a efetividade do processo penal. Assim, a aplicação do Poder Geral de Cautela e de medidas cautelares atípicas, com a flexibilização do princípio da legalidade, não prejudicam o exercício de direitos e garantias individuais, mas banem o apego ao positivismo jurídico e salvagam outras garantias constitucionais, admitindo-se que a sobreposição de princípios sobre o direito positivo⁴⁵¹. Nesse sentido, Carlos Alberto Corrêa de Almeida Oliveira expõe:

o poder geral de cautela é inerente a um Estado Democrático de Direito, com um Poder Judiciário autônomo, aplicando-se a todas as áreas do Direito, em especial, no âmbito do Direito Processual. Isso porque, não adianta um provimento judicial tardio e sem efeito prático quando o objeto de análise e de ação jurisdicional já desapareceu.⁴⁵²

Marlon Machado critica a tipificação de medidas cautelares no Código de Processo Penal pelo legislador, ao invés da previsão do Poder Geral de Cautela⁴⁵³. Contudo, o autor defende que, mesmo diante da ausência expressa do Poder Geral de Cautela, o rol do artigo 319 do Código Processo Penal é meramente exemplificativo, a partir da interpretação do artigo 282 do Código, que admitiria, de modo implícito, o emprego de analogia para a imposição de medidas cautelares atípicas⁴⁵⁴. Desse modo, pode-se aplicar analogicamente o

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 21-22. / NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon; GOMES, Abel Fernandes. Temas de direito penal e processo penal: em especial na Justiça Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 325 *apud* LIMA, Marcellus Polastri. Manual de processo penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 567-568.

⁴⁵⁰ MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 156-157.

⁴⁵¹ MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 156-157.

⁴⁵² OLIVEIRA, Carlos Alberto Corrêa de Almeida. Direito Processual Penal Principiológico. In: Revista da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, n. 1., 2015, p. 92 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 156.

⁴⁵³ MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 156.

⁴⁵⁴ MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 156.

artigo 297 do Código de Processo Civil, a partir do exposto no artigo 3º do Código de Processo Penal⁴⁵⁵. Nesse contexto, esclarece:

Não só na Constituição Federal está prevista a possibilidade do poder geral de cautela no processo penal. O artigo 297 do Código de Processo Civil aplica-se ao processo penal, segundo o permissivo contido no artigo 3º do CPP. E não é só: Com a alteração do CPP, advinda da edição da Lei 12.403/2011, a aplicação das medidas cautelares pessoais deve ser preferível à imposição da prisão cautelar, deixada como *ultima ratio*. Se o juiz criminal ficar adstrito às hipóteses previstas expressamente na lei, não se estará prestigiando a adequação e a proporcionalidade das medidas. Em outras palavras, já que o juiz não pode se recusar de prestar a tutela penal, e não sendo o caso de decretação da prisão cautelar, seria uma temeridade a adoção de medidas cautelares típicas que não fossem adequadas ao caso concreto, sob pena de se tornar inefetivo o processo penal e afastar, naturalmente, o necessário resultado útil da ação penal.⁴⁵⁶

No entanto, Machado⁴⁵⁷, apesar de defender a aplicabilidade do Poder Geral de Cautela no emprego das medidas cautelares alternativas à prisão, entende que, no caso das medidas prisionais, preserva-se o princípio da legalidade estrita, limitando a decretação de prisões cautelares às hipóteses taxativamente previstas em lei, em virtude ao previsto no artigo 5º, incisos LXI⁴⁵⁸, LXV⁴⁵⁹, LXVI⁴⁶⁰ e LXVII⁴⁶¹, da Constituição Federal. Nessa perspectiva, Andrey Borges de Mendonça:

realmente, em relação às prisões cautelares, não se pode admitir qualquer restrição baseando-se no poder geral de cautela. Neste tema, portanto, somente se podem admitir as prisões provisórias expressamente previstas pela lei. Está expressamente vedada a decretação de outras prisões cautelares que não apenas as expressamente

⁴⁵⁵ MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 163.

⁴⁵⁶ MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 163.

⁴⁵⁷ MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 164.

⁴⁵⁸ Art. 5º. [...]. 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

⁴⁵⁹ Art. 5º. [...]. LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

⁴⁶⁰ Art. 5º. [...]. LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

⁴⁶¹ Art. 5º. [...]. LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

previstas em lei (flagrante, preventiva e temporária). Ademais, nas hipóteses de medidas cautelares típicas, em que os requisitos estão expressamente previstos em lei como na interceptação telefônica, cujos requisitos estão estabelecidos na Lei 9.296/1996 — não se pode admitir a utilização do poder geral de cautela para burlar referidos requisitos, criando-se medidas inominadas em detrimento do investigado ou acusado. Porém, fixados estes dois limites —prisões processuais e medidas cautelares típicas, com requisitos expressamente estabelecidos onde vigora a tipicidade das medidas cautelares, ainda haverá campo para aplicação do poder geral de cautela, inclusive nas medidas cautelares penais não prisionais.⁴⁶²

Por fim, para alguns autores, apesar de o processo penal, em regra, não admitir o poder geral de cautela, poderia haver uma exceção no caso de ser para o benefício do réu (chamado de poder geral de cautela *pro reo*), pois seria não seria lógico, na perspectiva do processo penal acusatório, que as garantias operassem em seu desfavor⁴⁶³. Nesse cenário, o princípio da proporcionalidade atuaria a fim de salvaguardar os direitos individuais frente ao poder de punir, ponderando os princípios que contrariem ou beneficiem o acusado (com a prevalência do último); bem como, atuaria no caso de dois princípios conflitantes que favoreceriam o acusado ou investigado (como é caso, no contexto do Poder Geral de Cautela, do conflito entre liberdade e legalidade), devendo prevalecer aquele que melhor alberga os direitos fundamentais do acusado⁴⁶⁴. Seguindo esse pensamento, o ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rogério Schietti Machado Cruz defende, assim como Andrey Borges de Mendonça⁴⁶⁵, o uso do poder geral de cautela pelo juízo criminal em benefício do réu, afirmando que “não se poderá subtrair do julgador a possibilidade de fazer uso do seu poder geral de cautela, de forma excepcional, tendo como objetivo evitar a prisão preventiva”⁴⁶⁶.

⁴⁶² MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisão preventiva na Lei 12.403/2011: análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 417 *apud* MACHADO, Marlon Wander. As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 164.

⁴⁶³ PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 86-87.

⁴⁶⁴ PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 87-88.

⁴⁶⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisão e outras medidas cautelares pessoais. São Paulo: Método, 2011, p. 79-84 *apud* PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 89.

⁴⁶⁶ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 183 *apud* PARISE, Bruno Girade. Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 89.

5. CONCLUSÃO

Percebe-se que as medidas cautelares são importantes instrumentos para a salvaguarda do Processo Penal, atuando de modo incidental em um processo principal para assegurar o seu resultado útil, isto é, que o verdadeiro responsável pelo fato típico seja responsabilizado. Assim, as medidas cautelares podem ser divididas em três diferentes espécies: as reais (responsáveis por garantir que o patrimônio do acusado não dilapidado e cubra os danos ocasionados por sua conduta em caso de condenação); as probatórias (que impedem o perecimento de uma fonte de prova, permitindo a utilização dos meios revelados); e as pessoais (que incidem sobre o acusado ou investigado, restringindo a sua liberdade, a fim de evitar eventual fuga e reiteração da conduta infracional); bem como tem como requisitos o *Fumus Comissi Delicti* (probabilidade de autoria e materialidade) e o *Periculum Libertatis* (perigo de a liberdade plena do acusado ou investigado maleficiar o regular andamento processual ou investigatório). Essas medidas ainda possuem 8 (oito) características: sumariedade, provisoriedade, revogabilidade, instrumentalidade hipotética e qualificada, referibilidade, acessoriedade, contraditório e jurisdicionalidade. Destaca-se que as medidas cautelares, ainda, são regidas pelos Princípios da Adequação, Necessidade e Proporcionalidade.

As medidas cautelares alternativas à prisão são um marco importantíssimo no Processo Penal Brasileiro, pois deram fim à dicotomia prisão-liberdade, que imperava anteriormente, possibilitando ao juízo a determinação de medidas capazes de assegurar a eficácia do processo penal, sem todos os ônus provenientes do encarceramento para o imputado e para a sociedade. Ressalta-se que essas medidas podem ser decretadas, tanto como instrumento de contracautela para substituir uma prisão cautelar vigente ou como medidas cautelares autônomas, estando dispostas no artigo 319 e 320 do Código de Processo Penal, que as elencam da seguinte forma: comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de contato com pessoa determinada, proibição de se ausentar da comarca ou do país, recolhimento domiciliar, suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, internação provisória, fiança, e o monitoramento eletrônico.

Nesse contexto, com a inclusão do rol de medidas cautelares diversas da prisão pela Lei nº 12.403 de 2011, sem a expressa proibição ou permissão de medidas cautelares atípicas, gera intensos debates doutrinários quanto à aplicabilidade, no âmbito criminal, do Poder Geral de Cautela, instituto próprio do Processo Civil. Os doutrinadores contrários à aplicação do instituto no processo civil fundamentam-se no Princípio da Legalidade, posicionando a favor da taxatividade das medidas cautelares, a fim de garantir os direitos fundamentais do imputado, tendo em vista que a liberdade deveria ser a regra e sua privação, mesmo que parcial, exceção. Já os autores favoráveis à aplicabilidade do Poder Geral de Cautela defendem a primazia da eficácia do processo sobre sua forma, a partir da analogia com o artigo 297 do Código de Processo Civil, com base no disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal, argumentando que não haveria a supressão de direitos do imputado, mas a melhor adequação às particularidades de suas circunstâncias, de modo mais benéfico e proporcional que as medidas cautelares nominadas.

Desse modo, buscou-se analisar os diferentes argumentos levantados por diferentes doutrinadores sobre o Poder Geral de Cautela e a taxatividade ou não do rol do artigo 319; bem como explicar os conceitos que envolvem a cautelaridade no Processo Penal, especialmente referente às medidas cautelares alternativas à prisão. Assim, a multiplicidade de posições sólidas e coerentes demonstra a complexidade do tema, que versa sobre o bem mais precioso de um indivíduo: a sua liberdade. Nesse sentido, o presente trabalho pretende colaborar com uma reflexão profunda e fundamentada sobre a aplicabilidade do Poder Geral de Cautela no emprego das medidas cautelares alternativas à prisão.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ALVES, Rogério Pacheco. O Poder Geral de Cautela no Processo Penal. In: **Revista da EMERJ**, v.6, nº 22, 2003.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal: Parte Especial - Procedimentos, Nulidades e Recursos**. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
- ARAGONESES MARTINEZ, Sara; OLIVA SANTOS, Andrés; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; TOME GARCIA, José Antonio. **Derecho Procesal Penal**. 8. ed. Madrid, Ramon Areces, 2007.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 15ª ed. Versão eletrônica. Rio de Janeiro: Método, 2023.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
- BARCELOS, Andrea Beatriz Rodrigues. Recuperação de ativos provenientes de lavagem de capitais. **Boletim Científico, Escola Superior do Ministério Público da União- ESMPU**, ano 5, nº 18-19, 2006.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. São Paulo: Forense, 1982.
- BENTO DE FARIA, Antonio. **Código de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960.
- BENETI, Sidnei Agostinho. Prisão provisória: direito alemão e brasileiro. In: **Revista de julgados e doutrina**. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, n. 3, jul-set., 1989.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do código de processo penal**: comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo. **As reformas no processo penal**: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Medidas cautelares**: superação da medíocre dicotomia. Boletim IBCrim. Edição especial CPP, ago. 2010.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

BRASIL. Lei complementar nº 35, de 14 de março de 1979. **Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional**.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a lei de Execução Penal**.

BRASIL. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências**.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 7 de agosto de 2006 (**Lei Maria da Penha**). 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.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (**Lei de Drogas**). Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Súmula n. 455**, Terceira Seção, julgado em 25/8/2010, DJe de 8/9/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=455.num>. Acesso em: 18/09/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, **Inq. 780/CE**, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 06/06/2012, DJe 27/08/2012. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1153411&tipo=0&nreg=201201007244&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120827&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 14 de set. de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, **HC n. 228.023/SC**, relator Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJRJ), julgado em 19/6/2012, DJe de 1/8/2012. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102996102&dt_publicacao=01/08/2012. Acesso em: 15 de set. de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, **RHC n. 88.804/RN**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 7/11/2017, DJe de 14/11/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702263253&dt_publicacao=14/11/2017. Acesso em: 27 de set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **ADI 5526**, Relator: Min. EDSON FACHIN, Relator p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 11/10/2017, DJe-159, divulgado em 06/08/2018, publicado em 07/08/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747870228>. Acesso em: 26 de set. de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **ADI 5941**, Relator: LUIZ FUX, julgado em 09/02/2023, Processo eletrônico DJe-s/n, Divulgado em 27/04/2023, Publicado em 28/04/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767273122>. Acesso em: 27 de set. de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, **RHC 79200**, Relator: Sepúlveda Pertence, julgado em 22/06/1999, DJ 13/08/1999. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur105920/false>. Acesso em: 26 de ago. de 2024.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Pádova: Cedam, 1936.

CAMPOS BARROS, Romeu Pires de. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**. v. II. Buenos Aires: Bosch, 1950

CIRILO DE VARGAS, José. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

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

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11ª ed. Salvador, Editora JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do processo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 7ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **As medidas cautelares pessoais diversas da prisão - Brasil e Itália**. In: (coord.) PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Homenagem a Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: G/Z, 2014

FERNANDES, Antonio Scarance. **As medidas cautelares pessoais diversas da prisão - Brasil e Portugal**. In: (org.)SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel. Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho. São Paulo: LiberArs, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Prisão Temporária**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de Processo Penal anotado**. Coimbra: Almedina, 2005.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

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

GOMES, Luiz Flávio. Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória. In: BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luis; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MACIEL, Silvio. **Prisão e Medidas Cautelares**: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. **El Proceso Penal Alemán introducción y normas básicas**. Barcelona: Bosh, 1985.

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

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GREVI, Vittorio. Misure Cautellari. In: (coord.) CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. **Compendio de procedura penale**. 5. ed. Padova: Cedam, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

IENNAO, Rodrigo. **Reforma do CPP: cautelares, prisão e liberdade provisória**. Belo Horizonte: Jurisp. Mineira, a. 62, nº 197, abr./jun. 2011.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, VIII, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Unità del procedimento cautelare**. Problemi del processo civile. Napoli: Morano, 1962.

LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris: 2005.

LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LIMA, Marcellus Polastri. **Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Marlon Wander. **As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade**: o poder geral de cautela no Processo Penal. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito processual penal**. vol. IV. Campinas: Bookseller, 1997

MARTINEZ, Sara Aragonese. **Derecho Processual Penal**. 2ª ed. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1996.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Editora Método, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão preventiva na Lei 12.403/2011**: análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**: Volume Único. 14ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Corrêa de Almeida. Direito Processual Penal Principiológico. In: **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, n. 1., 2015.

OLIVEIRA, Edmundo. **Direito penal do futuro**: a prisão virtual. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Atlas, 2021.

PARISE, Bruno Girade. **Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional**. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

PIMENTA, José da Costa. **Código de Processo Penal anotado**. Lisboa: Rei dos Livros, 1991.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78 de 1987. **Código de Processo Penal**. Diário da República n.º 40/1987, Série I de 1987/02/17.

SÁ, Fernando. **As diversas eficácias e seu convívio no conteúdo da sentença**: a tese de Pontes de Miranda, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 18, 2000

SANCHES, Sydney. **Poder cautelar geral do juiz**. Revista de Direito da Universidade de Uberlândia. Uberlândia, v. 18, nº 112, dez. 1989.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; FARIAS, Francisco Ramalho Ortigão. Os “Hermeneutas do Grampos”: Uma Disfuncionalidade epistêmica. In: **CONPENDING LAW REVIEW**, v. 2, nº 1, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: CHITTO GAUER, Ruth Maria (Org.) **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2008.

SERRANO, Nicolas González-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.

SOARES, Gustavo Torres. **Medidas cautelares pessoais diversas da prisão: comparação entre os sistemas brasileiro, italiano, chileno e estadunidense**. In: Custos legis - Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, v. 4, 2013.

SOBRINHO, José Loureiro. **A Custódia Cautelar no Processo Penal Brasileiro e a Lei 12.403/2011**. 2017. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. **Por uma Teoria dos Princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

SOUZA, José Nilton Costa de. **Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz**. 2011.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3a edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

TUCCI, Rogério Lauria. **Processo e procedimentos penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 749, mar. 1998.

TUCCI, Rogério Lauria; DELMANTO JUNIOR, Roberto, et al. Sistematização das Medidas Cautelares Processuais Penais. In: **Revista do Advogado**. nº 78. São Paulo: AMSP, set. de 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALVES, Rogério Pacheco. O Poder Geral de Cautela no Processo Penal. In: **Revista da EMERJ**, v.6, nº 22, 2003.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal**: Parte Especial - Procedimentos, Nulidades e Recursos. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal**: Parte Geral. 12ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

ARAGÃO, João Moreira. **A prisão preventiva no direito brasileiro e no direito português**. 2019. Tese (Mestrado em Ciências Jurídicas). Universidade Autônoma de Lisboa, Lisboa, 2019.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 15ª ed. Versão eletrônica. Rio de Janeiro: Método, 2023.

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. Revista do Advogado, n. 113, set. 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva: Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. (Coord.). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403/2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 205-297.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prisão em flagrante delito e liberdade provisória no Código de Processo Penal: origens, mudanças e futuro de um complicado relacionamento. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. (Coords.). **Setenta anos do Código de Processo Penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 171-198.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 9ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do código de processo penal: comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

BRASIL. Lei complementar nº 35, de 14 de março de 1979. **Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional**.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a lei de Execução Penal**.

BRASIL. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos**, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.**

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 7 de agosto de 2006 (**Lei Maria da Penha**). 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.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (**Lei de Drogas**). Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

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.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.**

BRASIL. Lei 13.431, de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (**Estatuto da Criança e do Adolescente**).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Súmula n. 455**, Terceira Seção, julgado em 25/8/2010, DJe de 8/9/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=455.num>. Acesso em: 18/09/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, **Inq. 780/CE**, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 06/06/2012, DJe 27/08/2012. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1153411&tipo=0&nreg=201201007244&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120827&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 14 de set. de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, **HC n. 228.023/SC**, relator Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJRJ), julgado em 19/6/2012, DJe de 1/8/2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102996102&dt_publicacao=01/08/2012. Acesso em: 15 de set. de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, **RHC n. 88.804/RN**, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 7/11/2017, DJe de 14/11/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702263253&dt_publicacao=14/11/2017. Acesso em: 27 de set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **ADI 5526**, Relator: Min. EDSON FACHIN, Relator p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 11/10/2017, DJe-159, divulgado em 06/08/2018, publicado em 07/08/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747870228>. Acesso em: 26 de set. de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **ADI 5941**, Relator: LUIZ FUX, julgado em 09/02/2023, Processo eletrônico DJe-s/n, Divulgado em 27/04/2023, Publicado em 28/04/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767273122>. Acesso em: 27 de set. de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, **RHC 79200**, Relator: Sepúlveda Pertence, julgado em 22/06/1999, DJ 13/08/1999. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur105920/false>. Acesso em: 26 de ago. de 2024.

CALAMANDREI, Piero. **Providencias Cautelares**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1984.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Processo Civil Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. **As medidas cautelares pessoais diversas da prisão à luz da proporcionalidade**. 2015. Tese (Mestrado em Direito Processual). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CASTRO, Pedro M. A. Medidas cautelares pessoais, poder geral de cautela e a taxatividade mitigada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 691-716, mai./ago. 2017.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11ª ed. Salvador, Editora JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do processo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, Liberdade e Cautelares alternativas ao Cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, José Machado. As medidas cautelares alternativas à prisão: o projeto de reforma do código de processo penal brasileiro e a realidade latino-americana. In: **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 8, nº 14, 2016.

IENNACO, Rodrigo. **Reforma do CPP: cautelares, prisão e liberdade provisória**. Belo Horizonte: Jurisp. Mineira, a. 62, n° 197, abr./jun. 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. 9ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LIMA, Marcellus Polastri. **Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. **Boletim IBCCrim**, n. 223, p. 5-6, jun. 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. **Boletim IBCCrim**, n. 203, out. 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Marlon Wander. **As medidas cautelares pessoais à luz da flexibilização Princípio da Legalidade: o poder geral de cautela no Processo Penal**. 2020. Tese (Doutorado em Direitos Humanos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

MARCÃO, Renato. **Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas**. 2ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil: Volume Único**. 14ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19ª ed. Versão eletrônica. Rio de Janeiro, Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25ª ed. Versão eletrônica. São Paulo: Atlas, 2021.

PACELLI, Eugênio; FISCHE, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 13ª ed. Versão Eletrônica. São Paulo: Atlas, 2021.

PARISE, Bruno Girade. **Medidas cautelares pessoais e o poder geral de cautela no processo penal constitucional**. 2020. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78 de 1987. **Código de Processo Penal**. Diário da República n.º 40/1987, Série I de 1987/02/17.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; FARIAS, Francisco Ramalho Ortigão. Os “Hermeneutas do Grampos”: Uma Disfuncionalidade epistêmica. In: **CONPENDING LAW REVIEW**, v. 2, nº 1, 2016.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. El plazo máximo de interceptación telefónica según el tribunal supremo brasileño: la importancia de motivar las decisiones cautelares. In: **Contribuciones a Las Ciencias Sociales**, v. 16, nº 6, 2023.

SOBRINHO, José Loureiro. **A Custódia Cautelar no Processo Penal Brasileiro e a Lei 12.403/2011**. 2017. Tese (Mestrado em Direito Processual Penal). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

SOUZA, José Nilton Costa de. **Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz**. 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.