

# **X CONGRESSO DA FEPODI**

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA**

---

A532

Anais do X Congresso da Fepodi [Recurso eletrônico on-line] organização X Congresso da Fepodi: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campo Grande;

Coordenadores: Abner da Silva Jaques, João Fernando Pieri de Oliveira e Lívia Gaigher Bósio Campello – Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-798-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Desenvolvimento, responsabilidade e justiça: a função da ciência jurídica no aperfeiçoamento da sociedade.

1. Desenvolvimento. 2. Responsabilidade. 3. Justiça. I. X Congresso da Fepodi (1:2023 : Campo Grande, MS).

CDU: 34

---



# X CONGRESSO DA FEPODI

## DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA

---

### **Apresentação**

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 07, 08 e 09 de agosto de 2023, o X Congresso Nacional da FEPODI, em formato híbrido, adotando o seguinte eixo temático: “Desenvolvimento, Responsabilidade e Justiça: A função da Ciência Jurídica no aperfeiçoamento da Sociedade”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável da UFMS e do Centro Universitário UNIGRAN Capital.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 13 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na décima edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 273 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 11 Grupos de Trabalhos, sendo 9 deles presenciais e 2 on-lines, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito, além de mais de 700 acadêmicos inscritos como ouvintes para o evento.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Abner da Silva Jaques

Presidente da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI

João Fernando Pieri de Oliveira

Vice-presidente da Comissão de Acadêmicos e Estagiários da OAB/MS

Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável

# PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## GENERAL POWER OF CAUTION IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS IN LIGHT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Gustavo Marshal Fell Terra  
Décio Franco David <sup>1</sup>

### Resumo

Aborda-se o Poder Geral de Cautela no Processo Penal brasileiro em conjunto com os direitos fundamentais. Busca-se compreender a dinâmica das medidas cautelares diversas da prisão diante da possível proibição do instituto no Processo Penal, uma vez que deve ser analisado sob a égide dos princípios fundamentais, como é o caso da liberdade. Diante desses desafios, remete-se às mudanças dos conceitos de restrição de direitos, que instiga os julgadores a utilizarem meios coercitivos mais eficazes. O princípio da liberdade continua sendo fundamental para acompanhar as mudanças contextuais, sem perder sua base no ser humano e oferecer respostas efetivas para aqueles que buscam se proteger. A construção do direito penal ocorre com a observância dos jurisdicionados, sob pena de violação dos direitos fundamentais, e os amplos efeitos da pena não devem ser perdidos de vista.

**Palavras-chave:** Poder geral de cautela, Princípios fundamentais, Direitos

### Abstract/Resumen/Résumé

The General Power of Caution in Brazilian Criminal Procedure is addressed in conjunction with fundamental rights. It seeks to understand the dynamics of precautionary measures other than imprisonment against the possible prohibition of the institute in Criminal Procedure since it must be analyzed under the aegis of fundamental principles, such as the case of freedom. Given these challenges, we refer to the evolution of the concepts of restriction of rights, which encourages judges to use more effective coercive means. The principle of freedom continues to be fundamental to adapt to contextual changes without losing its foundation in human beings and offering effective answers for those who aim to protect themselves. The construction of criminal law takes place with the observance of those under the jurisdiction, under penalty of misappropriation of fundamental rights, and the broad effects of the penalty are lost sight of.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** General power of caution, Fundamental principles, Rights

---

<sup>1</sup> Orientador

## **BREVE INTRODUÇÃO**

Tem-se como ponto de partida a poder geral de cautela no processo penal brasileiro, sua aparente existência no Brasil e a atuação dos julgadores frente ao tema em análise conjunta aos princípios fundamentais. Denota-se a aplicação de medidas atípicas, sempre em vistas a preservar o direito máximo que se materializada, dentro outras hipóteses, na liberdade individual.

Questiona-se qual é a realidade diante das inovações jurídicas frente a essa questão, especialmente com a evolução da sociedade e os novos meios de aplicar o direito. Em outras palavras, a problemática é focada na seguinte pergunta: é possível a aplicação do poder geral de cautela no processo penal e, em caso positivo, sob quais condições?

A partir disso, reflete-se sobre o princípio basilar da liberdade como plano de fundo da discussão. Bem assim, retoma-se conceitos, cujo marco teórico principal se encontra na alteração da Lei 12.403/2011, que remontou a realidade sobre a questão, especialmente quando o foco é oferecer alternativas para evitar o encarceramento prematuro e desarrazoado.

Mencionada lei pavimenta o caminho para o inevitável novo Código de Processo Penal que, por intermédio do legislador, abrirá campo para o julgador adotar novas medidas como alternativa à prisão, alimentando os questionamentos sobre a existência ou não desse poder. Referida questão busca se amoldar a atual realidade da comunidade em que se insere, sem descuidar o princípio da dignidade humana, mantendo suas características mesmo com mudanças contextuais, sem perder a sua função de preservar o indivíduo.

Ao final, pretende-se verificar se é possível manter a construção de existência do poder geral de cautela no processo penal brasileiro diante das inovações tecnológicas e o desenvolvimento da sociedade, bem como eventuais inovações, no intuito de que os valores evidenciados estejam de acordo com os princípios fundamentais. Um dos caminhos já existentes está centrado em decisões judiciais, que, calcadas na dinâmica do meio inserido, utilizam-se do poder cautelar como fundamento para resguardar princípios e núcleos únicos da sociedade. Denota-se, em última análise, uma manutenção da ordem social e um alargamento – talvez necessário – a conceitos outrora engessados, que não são conjugados apenas no singular.

## **DESENVOLVIMENTO**

A Constituição Federal assegura, dentre outras coisas, que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Impõe ressalva para os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (art. 5º, inciso LXI). Igualmente, no artigo 93, inciso IX, assevera que todas as decisões

judiciais deverão ser fundamentadas e motivadas (BITENCOURT, 2011, p. 40).

Em linhas gerais, pode-se dizer que há a necessidade de fundamentação da decisão judicial, independentemente da posição que for adotada<sup>1</sup>. O raciocínio jurídico e a construção da deliberação são de vital importância (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 19).

Não por acaso, o Ministro do Supremo Tribunal de Federal Celso de Mello, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 80.892, disse que na busca pela garantia dos direitos individuais e coletivos “*a fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário*”<sup>2</sup>.

Referido imperativo se encontra presente na Carta Cidadã, mas também é delineado pela legislação infraconstitucional. O artigo 315 do Código de Processo Penal estabelece que “*a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada*”. Essa preocupação é abrangente e figura anotada na legislação civil, na medida em anotada nos artigos 205<sup>3</sup> e 489<sup>4</sup>, ambos do Código de Processo Civil.

Dessa raiz se dessume outras características, como a provisoriedade, a variabilidade e a excepcionalidade. Aury Lopes Júnior ensina sobre a necessidade de análise conjunta desses

---

<sup>1</sup> Aury Lopes Júnior assinala que “Toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada. A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, uma precária detenção, que pode ser feita por qualquer pessoa do povo ou autoridade policial. Neste caso, o controle jurisdicional se dá em momento imediatamente posterior, com o juiz homologando ou relaxando a prisão e, a continuação, decretando a prisão preventiva ou concedendo liberdade provisória. Em qualquer caso, fundamentando sua decisão, nos termos do art. 93, IX da Constituição e do novel art. 315 do CPP.”. (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 19).

<sup>2</sup> Conclui, ainda, que “A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial” (STF, HC 80.892, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 16.10.2001, DJe 147, divulgado em 22.11.2007, publicado em 23.11.2007, DJ de 23.11.2007).

<sup>3</sup> Art. 205. Os despachos, as decisões, as sentenças e os acórdãos serão redigidos, datados e assinados pelos juízes. § 1º Quando os pronunciamentos previstos no caput forem proferidos oralmente, o servidor os documentará, submetendo-os aos juízes para revisão e assinatura. § 2º A assinatura dos juízes, em todos os graus de jurisdição, pode ser feita eletronicamente, na forma da lei. § 3º Os despachos, as decisões interlocutórias, o dispositivo das sentenças e a ementa dos acórdãos serão publicados no Diário de Justiça Eletrônico.

<sup>4</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

vetores, pois “a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a ultima ratio do sistema, reservadas para os casos mais graves (...).” (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 19/20).

Se noutros tempos já foi obrigatória, agora a prisão preventiva é absolutamente residual (medida excepcionalíssima) e sua avaliação é feita a par dos princípios constitucionais. As diretrizes das medidas cautelares (art. 282, incisos I e II, Código de Processo Penal), as hipóteses de sua admissibilidade (art. 313) e seus pressupostos e requisitos (art. 312), atrelado ao fato de que nenhuma outra medida cautelar não bastaria para a tutela que se pretende conferir<sup>5</sup>.

É certo que as medidas cautelares devem ser utilizadas com parcimônia pelo magistrado. Quando se fala em prisão, certamente o caráter excepcional deve ser inúmeras vezes analisado, tudo em conjunto com a proporcionalidade e com o caso fático em si. Aliás, o próprio Código de Processo Penal confere essa faculdade ao juiz quando, no art. 282, §5º, primeira parte, indica que “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico quando a gravidade da questão se revela necessária a supressão da liberdade: HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. NATUREZA ALTAMENTE DANOSA E QUANTIDADE DE PORÇÕES DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE. POTENCIALIDADE LESIVA DA INFRAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM E SAÚDE PÚBLICA. DESPROPORCIONALIDADE DA CUSTÓDIA. INOCORRÊNCIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. SUPRESSÃO. SEGREGAÇÃO FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 2. Não há coação na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que se mostra necessária, dada a gravidade da conduta incriminada, a revelar o risco efetivo de continuidade no cometimento do tráfico de drogas. 3. A natureza altamente lesiva e a quantidade de porções do material tóxico capturado, somados à forma de acondicionamento - previamente separado em unidades, prontas para revenda - são fatores que indicam dedicação à narcotraficância, autorizando a preventiva. (...) 5. Condições pessoais favoráveis não tem, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade. (...). 7. Habeas corpus não conhecido. (HC 333.403/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015).

<sup>6</sup> O Superior Tribunal de Justiça, de forma incansável, debate o tema e firma posição de que preservar a liberdade é efeito necessário: PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME SEMIABERTO E NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA. 1. A segregação cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de se antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação. 2. Cabe ao julgador interpretar restritivamente os pressupostos do art. 312 da Lei Processual Penal, fazendo-se mister a configuração empírica dos referidos requisitos e exigindo-se concreta motivação do decreto de prisão preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, não bastando a mera alusão genérica à gravidade do delito. 3. No caso, as instâncias ordinárias motivaram a necessidade da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal e para acautelar a ordem pública com base apenas na gravidade

Mauro Cappelletti, refletindo o tema, conclui que o poder geral de cautela pode significar ferramenta para garantir uma justiça efetiva no processo penal (CAPPELLETTI, 1988, p. 38-39). O tema, por certo, não é consenso. Eugênio Pacelli, de maneira inicial nega a existência da teoria. Entretanto, de forma excepcionalíssima, entende que presente o requisito da “exceção das exceções” (instituído por ele próprio para evitar possíveis desmandos dos juízes togados), admite sua existência, destacando, inclusive, como uma benesse quando utilizada para possibilitar medidas menos gravosas ao acautelado (OLIVEIRA, 2019, p. 636).

A reflexão que surge é se a ausência de previsão legal, no processo penal, é capaz de se sobrepor ao direito à liberdade, uma vez que na ausência de medidas típicas eficazes e, paralelamente, proibição de inovar, a retirada da liberdade poderia surgir como única via possível<sup>7</sup>.

Essa capacidade conferida ao magistrado (ou a possibilidade de qualquer das partes envolvidas requisitar a imposição) pretende, justamente, que o processo siga seu curso normal, sem eventual ingerência de caras prerrogativas do acautelado<sup>8</sup>. Norberto Avena cita alguns exemplos aptos a alinhar questões e condições sem que precise se recorrer a constrição da liberdade, recolhimento domiciliar em período noturno e nos dias de folga, bem como o afastamento de determinadas funções e proibição de contratar (caso do desligamento de *compliance officer*), revelam-se como condições possível (AVENA, 2014, p. 871).

De qualquer sorte, o que busca o legislador é garantir que o juiz possa conduzir o processo sem empecilhos e, ao final, esteja apto a julgar da forma mais justa possível. Em contrapartida, oferece inúmeras possibilidades, inclusive com a cumulação dessas medidas, para que o titular de direitos não necessite perder a principal de suas garantias, sem que isso resulte, inicialmente, em inovação<sup>9</sup>.

---

abstrata do crime, sem fazer alusão a nenhum outro fato a justificar a manutenção da custódia cautelar. 4. Inexistindo dados concretos aptos a justificar o acautelamento preventivo, não deve subsistir a custódia, sob pena de constrangimento ilegal. 5. Recurso ordinário provido para revogar a prisão preventiva, salvo se o réu estiver preso por outro motivo, sem prejuízo de que o Tribunal a quo, em decisão fundamentada, decrete nova custódia cautelar ou analise a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. (RHC 55.554/PE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 04/11/2015).

<sup>7</sup> Em curtas linhas, Ferrajoli indica a tônica da interpretação sobre legalidade: “En términos generales, podemos asociar estos dos significados de «estado de derecho a las dos nociones del principio de legalidad aquí elaboradas: a la legalidad en sentido lato, o validez formal, que exige solamente que sean predeterminados por ley los sujetos titulares y las formas de ejercicio de todo poder; y a la legalidad en sentido estricto, o validez sustancial, que requiere además que estén legalmente preordenadas y circunscritas, mediante obligaciones y prohibiciones, las materias de competencia y los criterios de decisión.”. (FERRAJOLI, 1989, p. 856)

<sup>8</sup> Gustavo Badaró afasta referida possibilidade: “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” (BADARÓ, 2014, p. 75/76).

<sup>9</sup> Andrey Borges de Mendonça, ponderando sobre o princípio do contraditório, define: “O próprio legislador, porém, deixou claro que a observância do contraditório prévio não será necessária em duas situações: se houver

A 12.403/2011 teve como espelho o Código de Processo Penal Português e instituiu como principal objetivo trazer meios menos gravosos do que a prisão. Para tanto, elaborou cautelares pessoais a serem utilizadas durante o processo com o escopo de menor lesividade à liberdade do investigado/acusado (MENDONÇA, 2011, p. 73).

Diferente do aplicado na Europa - especialmente Espanha, Itália e Portugal -, o poder geral de cautela no processo penal brasileiro não se verifica positivado, o que deveria tornar inviável sua aplicação, ou talvez sua visualização apenas em casos excepcionalíssimos, colhendo fundamento na taxatividade mitigada (OLIVEIRA, 2019, p. 518). Contudo, não é isso que se verifica, especialmente após análise acurada nas manchetes dos jornais.

É bem verdade que há equívoco na interpretação dos conceitos alinhavados por González-Cuéllar Serrano<sup>10</sup> quando defendeu a aplicação de citados meios no direito espanhol, confusão bastante similar com a que ocorre no Brasil. Defende-se o esvaziamento do poder cautelar pelo arredondamento e inserção, ao longo dos dias, de medidas nas leis extravagantes (BADARÓ, 2014, p. 75/78).

Não se pode negar, também, a inegável e crescente tendência jurisprudencial em admitir a existência das referidas cautelares atípicas, muito em função do dinamismo existente na sociedade. Justificaria a supressão mínima de eventual ofensa ao princípio da legalidade e o da tipicidade no processo penal, apontando para a preservação da liberdade em grau máximo, desde que exista meios para tanto<sup>11</sup>.

Invariavelmente, a evolução da sociedade caminha para essas reflexões. Aprimoramentos e aperfeiçoamentos são lançados a todo momento. Não por acaso, o *compliance* surgiu como meio de medida atípica. Verificou-se essa questão no RHC 120.264/SP, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, quando utilizou do instituto como medida alternativa à prisão. De acordo com o relatório produzido após o julgado, a medida foi produtiva e proveitosa, ganhando espaço

---

urgência ou perigo de ineficácia da medida. Este risco de ineficácia deverá ser analisado à luz da própria finalidade da providência cautelar e da situação concreta. Embora não esteja expresso, o julgador deve indicar qual é a urgência ou o risco de ineficácia da medida que recomende o afastamento do contraditório prévio, pois isto faz parte da própria necessidade de motivação da decisão. De qualquer sorte, neste caso, em sendo negado o contraditório prévio, poderá o investigado ou réu se manifestar *a posteriori*, exercendo o chamado contraditório diferido. Neste enquadramento, conforme decidiu o Tribunal Constitucional português, “ou cumpra a regra (e leve-se a cabo a audição do arguido) ou se aduz a exceção (e se fundamenta a impossibilidade ou inconveniência dessa audição). O que não se pode admitir é que não se cumpra a regra e nem se aduza a exceção.” (MENDONÇA. 2011, p. 77/8)

<sup>10</sup> Dizia Serrano, quando defendeu a aplicação de referidas medidas na Espanha, que era necessário (i) buscar uma menor lesividade com as medidas alternativas; (ii) as restrições estarem amparadas em lei e ou menos em sua concordância; e (iii) possibilidade física de aplicação (SERRANO, 1990, p. 78)

<sup>11</sup> O Ministro Dias Toffoli, no HC 130140, disse que “pode e deve o magistrado, ao apreciar o pedido inicial, pautar-se no poder geral de cautela para buscar outros elementos formadores das razões de decidir além daqueles trazidos pela impetração, sem que tanto caracterize constrangimento ilegal”.

a ampliação dos poderes do magistrado<sup>12</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento da teoria dos poderes implícitos, também sinalizou pela possibilidade da teoria, no sentido de quem pode o mais também pode o menos (NUCCI, 2012, p. 679). Essa anuência se extrai da legislação, na medida em que a prisão preventiva (que figura como uma constrição cautelar em grau máximo), autorizaria o juiz togado a aplicar ao acautelado outras medidas que não restringisse sua liberdade propriamente dita<sup>13</sup>, notadamente a excepcionalidade da prisão<sup>14</sup>15.

Outro argumento defensor do poder geral de cautela no processo penal é baseado na ideia do novo Código de Processo Penal (projeto de Lei n. 156, PL n. 8.045/2011, na Câmara dos Deputados), que supostamente acrescentará outras cautelares ao rol já existente (suspensão do poder familiar e bloqueio de endereço eletrônico na internet, por exemplo – art. 560 do projeto do Novo Código de Processo Penal<sup>16</sup>). Ao que parece, o próprio legislador reconhece a

---

<sup>12</sup> O *Compliance* é definido por Aldacy Rachid Coutinho como “*um conjunto de procedimentos para cumprimento de regras; entende-se para além do direito, ou seja, não se reduz ao compliance jurídico*”<sup>12</sup>” (COUTINHO, 2019, p. 24). Não por acaso, atribui-se a esse programa uma mudança de paradigma, materializada por intermédio de práticas preventivas. Décio Franco David diz que “*agora, de forma inteligente, as empresas e empresários objetivam diminuir as chances e os riscos de suas atividades resultarem ligadas em alguma prática ilegal*” (DAVID, Décio Franco 2021, 423).

<sup>13</sup> Luiz Fernando Kazmierczak, analisando o direito penal sob o prisma constitucional, assinala: “Esse processo de releitura do Direito Penal, sob o enfoque dos princípios constitucionais, irá acarretar em um sistema criminal que pode ser definido como o conjunto de regras de natureza constitucional e infraconstitucional que, ao definirem condutas e estipularem sanções, tutelam os bens jurídicos mais importantes da sociedade de forma racional e faz com que a atuação legislativa do Estado caia aos níveis de estrita necessidade.”. (KAZMIERCZAK, 2009, p. 125)

<sup>14</sup> A Ministra Ellen Gracie, em decisão proferida no Habeas Corpus n. 94147, delibera sobre a ponderação de interesses e o poder geral de cautela: PROCESSUAL PENAL. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS (ALTERNATIVAS A PRISÃO PROCESSUAL). POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. ART. 798, CPC; ART. 3º, CPC. 1. A questão jurídica debatida neste habeas corpus consiste na possibilidade (ou não) da imposição de condições ao paciente com a revogação da decisão que decretou sua prisão preventiva 2. Houve a observância dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria na decisão que condicionou a revogação do decreto prisional ao cumprimento de certas condições judiciais. 3. Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto. 4. A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acautelatória, inserindo-se no poder geral de cautela (CPC, art. 798; CPP, art. 3º). 5. As condições impostas não maculam o princípio constitucional da não-culpabilidade, como também não o fazem as prisões cautelares (ou processuais). 6. Cuida-se de medida adotada com base no poder geral de cautela, perfeitamente inserido no Direito brasileiro, 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). 7. Ordem denegada. (HC 94147, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 27/05/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-05 PP-00921 LEXSTF v. 30, n. 360, 2008, p. 451-459)

<sup>15</sup> Em contraponto, o Superior Tribunal de Justiça sustentava que o princípio do devido processo legal impediria a inovação por parte do magistrado no que toca às normas cautelares, ficando adstrito ao que a legislação orienta (HC n. 135.183/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/10/2009, DJe de 09/11/2009).

<sup>16</sup> Art. 560. São medidas cautelares pessoais: I - a prisão provisória, a fiança, a liberdade mediante termo e a internação provisória; II - o recolhimento domiciliar; III - o monitoramento eletrônico IV - a suspensão do exercício de profissão, atividade econômica ou função pública; V - a suspensão das atividades de pessoa jurídica; VI - a proibição de frequentar determinados lugares; VII - a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave; VIII - o afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; IX - a proibição

possibilidade de, em determinados casos, o magistrado agir imbuído pela cautelaridade e aplicar, conforme o caso concreto e suas necessidades, medida diversa da prevista no rol do art. 319 do Código de Processo Penal<sup>17</sup>.

Independentemente da posição em que se adote, não se pode perder de vista a evolução constante da sociedade, observando especialmente o cânone da tipicidade fechada em matéria de medidas de cautela. Os princípios regentes das medidas de restrição penal (proporcionalidade, adequação e razoabilidade), também devem ser observados, pois, a depender do caso concreto, pode possibilitar imposição de cautelar não codificada, mas mais benéfica ao acusado<sup>18</sup>. Abra-se espaço para um poder de cautela regrado, afastando-se de um poder “geral” de cautela, nos moldes estabelecidos para o código de processo civil. É o que Pacelli assinala, quando se refere ao “requisito da exceção das exceções” (OLIVEIRA, 2019, p. 515/6).

## CONCLUSÃO

Conclui-se que, diante das mudanças significativas no mundo, decorrentes das inovações tecnológicas, sociais e comportamentais e, via de consequência, no modo de ver e de fazer o direito, encontra-se grande celeuma sobre princípios caros do direito penal e processual penal. Todos eles, entretanto, levam para a proteção e resguardo da pessoa e de suas liberdades e garantias construídas ao longo do tempo.

O contexto da sociedade e quem nela se insere mudou, no sentido de que novas tecnologias e formas de comunicação também sofreram alteração, culminando em um direito mais dinâmico e amplo. Via de consequência, seu espectro de cuidados e abrangência também

---

de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada; X - a suspensão do poder familiar; XI- a proibição de ausentar-se da circunscrição judiciária ou do País; XII - o bloqueio de endereço eletrônico na rede mundial de computadores; XIII- o comparecimento periódico em juízo; XIV - a suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte.

<sup>17</sup> Nesse sentido, inclusive, é a posição de Aury Lopes Júnior, que de forma contundente, e sem espaços para qualquer utilização do poder geral de cautela, tece duras críticas ao instituto: “Nossa crítica ao poder geral de cautela não se esvaziou com o advento da Lei n. 12.403/2011, pois ela apenas ampliou o rol de medidas cautelares, sem jamais contemplar uma ‘clausula geral’, deixando ao livre-arbítrio do juiz criar outras medidas além daquelas previstas em lei. A nova lei instituiu um modelo poliformo, em que o juiz poderá dispor de um leque de mais medidas substitutivas da prisão cautelar. Portanto, hoje estão autorizadas apenas medidas previstas no art. 319 e 320, ou seja, um rol taxativo de medidas cautelares diversas da prisão. Claro que medidas necessárias para a implantação da cautelar podem ser adotadas, inclusive porque possuem previsão legal. É o caso da entrega do passaporte, agora previsto no art. 320. Qualquer restrição fora desses limites é ilegal. Segue o juiz ou tribunal atrelado ao rol de medidas previstas em lei, não podendo ‘criar’ outras medidas além daquelas previstas no ordenamento.” (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 593)

<sup>18</sup> “O poder geral de cautela, assim, nada mais é do que a possibilidade, para os que nele confiam, de que o magistrado se utilize de medidas cautelares inominadas (não previstas em lei) para a segurança processual. Ou seja, poderá o juiz – sempre fundamentadamente (presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*) – aplicar uma medida que entenda cabível, ainda que não prevista em lei.” (CASTRO, 2017, p. 700)

foi alterado, reclamando novas interpretações e eventuais ferramentas que até então eram desconhecidas. Agora, a pessoa e seu contexto fazem parte da persecução e preservação penal, sendo indissociável do olhar acurado dos julgadores.

O que não sofreu alteração foi justamente a necessidade de preservar o princípio maior da liberdade. Referido conceito, que se confunde com a dignidade propriamente dita. Portanto, revela-se como escolha viável a adoção de medidas atípicas, mesmo que seja tratada como “exceção das exceções”, pois encontra fundamento na liberdade da pessoa, fundamento apto para mitigar princípios outrora imutáveis.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro, **Processo Penal esquematizado**, 6ª edição, São Paulo, Editora Método, 2014

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1**, 16ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2011

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 de dez. 2023

BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1940]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 10 de dez. 2023

BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1941]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 10 de dez. 2023

BRASIL, **Decreto-Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidente da República. [2015]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 de dez. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 80.892**, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 16/10/2001, DJ 22/11/2007. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2080892%22&base=acordados&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2080892%22&base=acordados&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 15 de dez. de 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 333.403/SP**, Relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 05/11/2015, DJ 13/11/2015. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201502026122&dt\\_publicacao=13/11/2015](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502026122&dt_publicacao=13/11/2015). Acesso em: 28 de maio. de 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 55.554/PE**, Relator Ministro Gurgel de Faria, julgado em 15/10/2015, DJ 04/11/2015. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500037342&dt\\_publicacao=04/11/2015](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500037342&dt_publicacao=04/11/2015). Acesso em: 28 de maio. de 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 135.183/RJ**, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 15/10/2009, DJ 09/11/2009. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200900815785&dt\\_publicacao=09/11/2009](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900815785&dt_publicacao=09/11/2009). Acesso em: 28 de maio. de 2023

BRASIL, **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 156/2009**. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1668776](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776)>. Acesso em: 28 de maio. de 2023

CASTRO, Pedro Machado de Almeida. **Medidas cautelares pessoais, poder geral de cautela e a taxatividade mitigada**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, 2017. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6118963>>. Acesso em: 02 de mai. de 2023

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre/RS: Fabris, 1988

COUTINHO, Aldacy Rachid. Rumo a um programa de compliance e integridade para a administração pública. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; NETO, Alfredo Copetti; SILVA, Alexandre Barbosa da. (Orgs.) **Direito, compliance e tecnologia**. – 1. Ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019

DAVID, Décio Franco. **Manual de direito penal econômico**. 1. Ed. – 1 reimp. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Madri: Editorial Trotta: 1989

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y Derecho Fundamentales en el proceso penal**. Madri: Colex, 1990

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Por um sistema penal não excludente: uma releitura constitucional do direito penal**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Orientador: Prof. Doutor Valter Foletto Santin. Jacarezinho: 2009

LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas, Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2011

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12 Ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2015

MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo,

Editora Método, 2011

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de Processo Penal comentado**, 11 Ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**, 16 Ed., São Paulo, Editora Atlas, 2019.