

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-164-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Ainda em tempos de Pandemia provocada pela pulverização do Covid-19, acadêmicos e profissionais do direito e do processo penal, reuniram-se, na tarde do dia 8 de dezembro de 2020, para apresentar e debater temas ecléticos ligados às Ciências Penais e à Constituição. Se, por um lado, a pandemia proporcionou o recolhimento e o distanciamento social, por outro, revelou ser ocasião de análise crítica sobre o que tem sido produzido em âmbito legislativo, acadêmico e pelos Tribunais, na aplicação e, diante do ativismo consentâneo ao neoconstitucionalismo, produção do direito.

É certo que o tema geral do livro é bastante amplo e, por isso, os capítulos ora apresentados revelam apenas alguns segmentos parcelares, mas não por isso menos ricos, de discussão das ciências penais. Os assuntos abordados, na ordem que constam no livro, dizem respeito aos seguintes temas, doravante apresentados como capítulos da obra:

O primeiro, intitula-se “sobre a inauguração do instituto do juiz de garantias no processo penal brasileiro: transplante jurídico acrítico ou tradução legal adequada ao ordenamento jurídico pátrio?” Nesse texto, de autoria de Hélio Roberto Cabral de Oliveira, busca-se investigar a adequação ao ordenamento jurídico pátrio do instituto do juiz de garantias, inaugurado no processo penal brasileiro pela Lei 13.964/20, suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal. Sob a perspectiva do Direito Comparado e da História do Direito Processual Penal, externa-se a forma como ocorreu a importação de tal instituto para certificar-se se houve um transplante jurídico acrítico ou uma tradução cultural devidamente adequada à realidade legal pátria.

O segundo trabalho, intitulado “responsabilidade estatal e o aumento da criminalidade em tempos de crise financeira pandêmica frente à medida provisória n. 966/2020”, de autoria de Gleycyelle Pereira da Silva, Caroline Regina dos Santos e Nivaldo Dos Santos, tem por escopo a análise da mitigação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos nas medidas de enfrentamento da Pandemia do Novo Coronavírus, amparada pela Medida Provisória n.º 966/2020. Os autores enfatizam a prejudicialidade ao erário público e a conseqüente ausência de recursos para promoção de segurança pública no novo mundo virtual. O método dedutivo é utilizado para correlacionar os discursos, a partir de leis, de

resoluções, de tratados internacionais, entre outros documentos relevantes. A metodologia bibliográfica foi utilizada para o desenvolvimento da pesquisa, garantindo maior abrangência da temática.

Em “‘Estrangeiros’ presos no Brasil: uma reflexão a partir da Lei n. 13445, de 24 de maio de 2017”, o autor Geraldo Ribeiro de Sá apresenta um diálogo com os conceitos de migrante preso, crimes violentos (roubo e homicídio) e não violentos (tráfico de drogas e furto) e outros, praticados por “estrangeiros”. Caracteriza-se a migração contemporânea, destacando-se os Migrantes Sul/Sul, compostos majoritariamente por “imigrantes e refugiados modernos”, ou seja, dos que chegam e entram sem pedir licença, e por isso nem sempre desejáveis. Em decorrência da igualdade de direitos entre migrantes e brasileiros, entre presos não nacionais e nacionais, debate-se com vários momentos da legislação constitucional e infraconstitucional. Informa-se sobre a Cabo PM Marcelo Pires da Silva, prisão exclusiva para “estrangeiros”, seus crimes e origens.

O texto seguinte, intitulado “reflexões propositivas sobre o pacote ‘anticrime’: uma versão empalidecida do conjunto de medidas profiláticas para refrear a criminalidade no Brasil”, de autoria de Cristian Kiefer Da Silva, propõe ao leitor reflexões críticas sobre o pacote “anticrime”, e destaca, primordialmente, a desjudicialização do conflito, a desburocratização, o desafogamento do Poder Judiciário, a diminuição de custos para a máquina estatal, a celeridade, a participação direta dos envolvidos (autor e vítima) na resolução do conflito, a conscientização da dimensão do valor dos bens jurídicos ofendidos e de suas consequências, a reparação do dano, a minoração da estigmatização e discriminação do apenado, a prevenção, a inclusão, a racionalização das leis e a pacificação social.

Em “o princípio da insignificância e o crime de apropriação indébita previdenciária: uma análise do entendimento do Supremo Tribunal Federal”, os autores Roberto Carvalho Veloso e Ronaldo Soares Mendes analisam a existência de incongruência quanto à aplicação do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal ao crime de apropriação indébita previdenciária em comparação aos crimes contra a ordem tributária. Para tanto, se valem da abordagem qualitativa e da pesquisa bibliográfica. Ao final, concluem pela incongruência do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação desse princípio nos crimes contra a ordem tributária em comparação ao crime do Art. 168-A CP, posto que o bem jurídico tutelado por ambos é o mesmo.

Seguindo, o intitulado “Controle de convencionalidade: uma revisão epistemológica à luz dos princípios constitucionais e convencionais do devido processo penal”, de autoria de João Santos Da Costa, objetiva tecer considerações acerca do objeto do processo penal a partir do

reconhecimento do controle de convencionalidade como inerente ao seu próprio conteúdo. O Brasil é signatário de diversos tratados internacionais, dentre eles alguns voltados para a defesa de direitos humanos, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos. A eficácia normativa destas convenções ultramarinas é, ainda, bastante relativizada pela jurisdição brasileira, ainda que se reconheça a suprallegalidade dessas normas. Desse modo, o autor propõe uma releitura do processo penal, no sentido de que o controle de convencionalidade seja reconhecido como um elemento próprio do conteúdo de seu conceito.

Em “o poder geral de cautela como garantia da tutela jurisdicional efetiva no processo penal”, a autora Núbia Franco De Oliveira discorre sobre a necessidade de reconhecimento do poder geral de cautela ao juízo criminal. O estudo trata de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, descritas no art. 319 do CPP. O método utilizado foi o dialético, dadas as análises pautadas em estudos doutrinários, decisões judiciais, dispositivos legais e constitucionais, assim como pesquisas práticas realizadas por órgãos oficiais. O texto objetiva comprovar a compatibilidade e adequação do poder geral de cautela com os princípios basilares do estado democrático de direito e também a relevância de seu reconhecimento diante da realidade brasileira.

Outro trabalho, cujo título é “as concepções de poder e autoridade necessárias à interpretação da Lei n. 13869/2019”, dos autores Willibald Quintanilha Bibas Netto e Rafael Fecury Nogueira, externa a polêmica da criminalização de condutas oriundas de abuso de autoridade. Os autores sustentam que grande parte desta polêmica reside no fato de a lei utilizar de elementos do tipo de natureza *sui generis*. Assim, no intuito de compreender melhor as disposições gerais da referida lei, o trabalho analisa algumas concepções filosóficas de Poder e Autoridade para depois compreender como tais concepções auxiliam na interpretação jurídica dos elementos subjetivos (psíquicos) constantes na Lei nº. 13.869/2019.

O próximo trabalho, denominado “da prerrogativa de não se incriminar: considerações quanto a constitucionalidade do banco de dados de perfil genético”, de autoria de Viviane Freitas Perdigão Lima e Jessé Lindoso Rodrigues, parte das discussões sobre coleta e armazenamento de DNA de condenados por crimes e objetiva analisar a constitucionalidade do Banco de Dados de Perfis Genéticos (BDPG). O referencial teórico pauta-se na impossibilidade de se privilegiar um direito fundamental em detrimento de outro, ao ponto que o direito fundamental desprivilegiado no caso concreto perca ou esvazie o seu núcleo essencial. (ALEXY, 2008; DWORKIN, 2002). A metodologia é exploratória e descritiva do tipo documental. Observa-se que embora as discussões constitucionais sobre o tema ainda não tenham sido sedimentadas, o uso de tal tecnologia torna a persecução penal mais racional e inteligente.

O trabalho que sequencia o livro tem como título o seguinte: “dos instrumentos de justiça penal consensual e o acordo de não persecução penal”. Nesse trabalho, os autores André Luiz Brandini do Amparo, Edmundo Alves De Oliveira e Leonel Cezar Rodrigues analisam os principais instrumentos de justiça penal consensual presentes em nosso ordenamento jurídico, construídos desde a Constituição 1988, até o advento da Lei 13.964/2019, que instituiu, em âmbito legislativo, o acordo de não persecução penal. Os institutos foram analisados de molde a verificar suas hipóteses de aplicação e pontos controvertidos, com a correspondente definição doutrinária e jurisprudencial de cada tópico. Em sequência, buscou-se a análise em torno do princípio da obrigatoriedade e sua revisão ante ao novel instituto, bem como do acordo de não continuidade da ação penal.

Em “Criminologia verde, abuso animal e tráfico no Brasil: regulação penal deficiente na proteção efetiva do meio ambiente”, os autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Lélío Braga Calhau analisam, sob a ótica da criminologia verde e do direito penal ambiental, a deficiência da legislação penal brasileira no tocante ao tráfico de animais e alertam o leitor para a gravidade da conduta que atenta conta a dignidade animal e para a omissão do legislador na tipificação da conduta. A pesquisa apresentada é bibliográfica e o método de exposição escolhido foi o lógico-dedutivo.

O texto intitulado “a ressignificação do conceito de inimigo na cultura penal da idade moderna”, dos autores José Valente Neto e Jânio Pereira da Cunha, trata da ressignificação do conceito de inimigo na cultura penal da Idade Moderna. Após analisar a origem do conceito na antiguidade clássica, principalmente em Roma, observa-se a sua disciplina na Idade Média e na Idade Moderna. O objetivo do artigo consiste na investigação sobre a possibilidade de estabelecimento de uma definição de inimigo no âmbito das ordens penais da antiguidade e medievo. O método de pesquisa empregado foi o bibliográfico. Concluiu-se que a política e a pena são temas diretamente relacionados.

No trabalho “o sistema penitenciário brasileiro e os reflexos da covid-19”, as autoras Camila Verissimo Rodrigues da Silva Moreira, Rhayane Araujo Meneghetti e Fernanda Alberton Rodrigues externam que o sistema penitenciário brasileiro tem sido considerado precário em relação ao tratamento dos presos ante a grave violação de seus direitos fundamentais. Como se isso não bastasse, o surgimento da COVID-19 e a pandemia trazem à tona o questionamento sobre o princípio basilar do direito, o da dignidade da pessoa humana, o zelo pela vida, pela saúde do preso e de toda a população. Sendo assim, medidas precisam ser adotadas para garantia da ordem interna, da segurança dos presídios, de maneira a evitar motins, rebeliões e conflitos, preservando a vida das pessoas custodiadas e dos agentes públicos.

Por fim, o texto intitulado “o transexual como vítima do feminicídio”, também das autoras Camila Verissimo Rodrigues da Silva Moreira, Rhayane Araujo Meneghetti e Fernanda Alberton Rodrigues, tem por escopo esclarecer o significado da transexualidade e as razões pelas quais devem os transexuais ser reconhecidos como mulher na sociedade e consequentemente como vítima do feminicídio. A sociedade não está preparada ainda para compreender a insatisfação de uma pessoa com o próprio gênero. Isso gera preconceito, ofensas e até mesmo violência. Sendo assim, não se deve atribuir apenas o aspecto biológico na análise, mas também o aspecto psicológico, médico e jurídico.

Dito isso e apresentado o conteúdo do livro, desejamos, nós organizadores, que os leitores façam bom proveito dos textos e que sejam difusores do conhecimento ora externado.

Tenham todos ótima leitura!

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezort Wermuth

Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da UNIJUÍ

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da Dom Helder-Escola de Direito. Promotor de Justiça.

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O PODER GERAL DE CAUTELA COMO GARANTIA DA TUTELA
JURISDICCIONAL EFETIVA NO PROCESSO PENAL**

**THE GENERAL POWER OF CAUTIOUSNESS AS A GUARANTEE OF
EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION IN CRIMINAL PROCEEDINGS**

Núbia Franco De Oliveira

Resumo

O presente artigo visa a demonstrar a necessidade de reconhecimento do poder geral de cautela ao juízo criminal. O estudo se aprofundará sobre as medidas cautelares diversas da prisão preventiva, descritas no art. 319 do CPP. O método utilizado é o dialético, dadas as análises pautadas em estudos doutrinários, decisões judiciais, dispositivos legais e constitucionais, assim como pesquisas práticas realizadas por órgãos oficiais. Objetiva-se comprovar a compatibilidade e adequação do poder geral de cautela com os princípios basilares do estado democrático de direito, e também a relevância de seu reconhecimento diante da realidade brasileira.

Palavras-chave: Processo penal, Medidas cautelares inominadas, Poder geral de cautela, Prisão preventiva, Tutela jurisdiccional

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to demonstrate the need to recognize the general power of caution in criminal trials. The study deepens on the various precautionary measures of the prison, described in article 319 of the CPP. The method used is the dialectic, given the analyzes based on doctrinal studies, judicial decisions, legal and constitutional provisions, as well as practical research carried out by official bodies. The objective is to prove the compatibility and adequacy of the general power of caution with the basic principles of the democratic rule of law, and also the relevance of its recognition before the Brazilian reality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal procedure, Unnamed precautionary measures, General power of caution, Preventive imprisonment, Jurisdictional guardianship

INTRODUÇÃO

Desde o advento da Lei nº 12.403/2011 as discussões que circundavam a possibilidade de o juízo criminal possuir a prerrogativa do poder geral de cautela foram reverdecidas. E é neste diapasão que se orienta o presente trabalho. Intenta-se demonstrar que acatar as medidas cautelares inominadas, no âmbito penal, pode significar a própria garantia da tutela jurisdicional adequada. A veracidade reside na informação de que o legislador nunca será capaz de prever todas as hipóteses fáticas existentes e é justamente por isso que aqui se advoga pela ampliação do poder geral de cautela. A tutela eficaz do processo não se resume à obtenção do resultado jurisdicional exauriente e definitivo: é imprescindível que a prestação jurisdicional garantida pelo Estado-juiz se adeque da maneira mais plena e satisfatória quanto for possível. A justificativa é que o resultado do processo, além de servir às partes, ampara e afeta a sociedade como um todo. É preciso, portanto, asseverar a importância de se discutir a atuação jurisdicional e legislativa, posto o Estado ser titular único do *jus puniendi*.

O Código de Processo Penal (CPP) brasileiro não sistematiza as medidas acautelatórias, por essa razão, estas encontram-se disseminadas por todo o Código. No entanto, ainda assim, é possível as subdividir em medidas cautelares de índole pessoal, como as prisões provisórias; medidas cautelares de índole patrimonial, como o sequestro e o arresto e as medidas cautelares referentes aos meios de prova, como o exame de corpo de delito. Além disso, é imperioso salientar que as medidas cautelares não são vislumbradas unicamente em nosso código de processo penal, mas também em leis extravagantes, como, por exemplo, a Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e a Lei nº 11.343/06 (Lei de tráfico de drogas).

A discussão aqui recairá sobre o art. 319 do CPP, que elenca medidas cautelares diversas da prisão. O artigo em questão sofreu mudança legislativa através da Lei nº 12.403/2011, e o termo inicial de sua vigência é datado em 04 de julho de 2011. Houve alteração da redação do Título X do CPP que regulariza as medidas cautelares de natureza pessoal. Diante dessa reforma, aqui se adota a defesa da não taxatividade do rol do dispositivo supracitado e assim serão dispostos argumentos que a justifiquem.

1. MEDIDAS CAUTELARES

Dentro das inúmeras medidas cautelares pulverizadas no Código de Processo Penal, o presente artigo trará como enfoque as medidas cautelares diversas da prisão constantes em seu

art. 319. No entanto, antes de adentrar no tema especificamente proposto, é preciso que se entenda como se dá a tutela jurisdicional cautelar na esfera processual penal. Neste caso, a tutela será exercida com base no Código de Processo Penal e em legislação especial. De acordo com Lima (2012), sua utilização retira fundamento na necessidade de o Estado-juiz “assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção, a proteção da própria coletividade, ameaçada pelo risco de reiteração da conduta delituosa, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito” (LIMA, 2012, p. 1109).

A medida cautelar é o procedimento judicial que intenciona prevenir, conservar, defender e ainda assegurar a eficácia do resultado do processo principal e, por conseguinte, de um direito. É certo que a tutela cautelar decorre de fatos que demandam providências céleres. Trata-se de ato enérgico e excepcional, sem que sua urgência, no entanto, cause prejuízo à devida observância dos preceitos legais e constitucionais dispostos na legislação pátria. Em conclusão, Calamandrei (1936, p. 19) considera que “sem a cautela ter-se-ia um remédio longamente elaborado para um doente já morto”.

No processo penal, a tutela cautelar será prestada sempre que for comprovada a sua necessidade, podendo ser utilizada em toda a persecução penal, desde a fase investigatória até o findar do processo. As medidas cautelares demandam dois requisitos imprescindíveis para sua concessão: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro requisito se funda na probabilidade do direito do autor, que é aferida através da análise dos elementos elencados ao processo; já o segundo requisito se justifica no perigo que a prestação jurisdicional tardia poderia ocasionar, qual seja, a própria inutilidade do resultado processual.

Há ainda acirrado debate a respeito do reconhecimento de existência ou não do processo cautelar autônomo, de onde efervescem opiniões diversas entre os mais reconhecidos autores, como Aury Lopes Júnior, Marcellus Poslastri e Campos Barros. Lopes Júnior (2010) assevera que não há ação cautelar autônoma, mas medidas cautelares penais. Para o autor, o processo penal é bifurcado em subdivisão que integra os processos de conhecimento ou de execução, de modo que o juiz poderá se valer das medidas cautelares desde as investigações preliminares, até o processo de execução. Lima (2008) demonstra entendimento oposto ao defender a existência de processo penal cautelar sem, no entanto, reconhecer sua autonomia, considerando-o como acessório ao processo principal. Nessa hipótese, a jurisdição cautelar será exercida através de medidas cautelares dentro do processo principal, sem deixar de haver jurisdição cautelar própria, ou seja, há um processo penal cautelar que deve ser reconhecido como terceiro gênero, ao lado do processo de conhecimento e de execução. Em entendimento similar, Barros

(1982) afirma que não é errôneo considerar a existência de ação cautelar autônoma no âmbito processual penal. O autor advoga pela autonomia da ação cautelar, considerando que a independência do processo cautelar seria vislumbrada sob o aspecto de que o resultado da ação cautelar não irá incidir na ação principal.

Faz-se imperioso destacar o entendimento de Silva (2000), que elenca a diferença vital entre o processo de conhecimento e o processo cautelar: “a diferença, então, entre um processo de conhecimento e outro que seja cautelar resume-se na intensidade da cognição que o magistrado deve desenvolver para produzir o julgamento. Sob o ponto de vista estrutural, ambos os procedimentos são idênticos” (SILVA, 2000, p. 63). Assim, o processo cautelar não visa a encerrar a lide, mas apenas elencar uma solução jurisdicional para um contexto fático que exige uma resposta imediata, mesmo que isso signifique a abdicação de parte da segurança jurídica garantida pelo devido processo legal.

As medidas cautelares apresentam traços indissociáveis à sua natureza, conforme assevera a melhor doutrina, quais sejam: a acessoriedade, a preventividade, a instrumentalidade hipotética e a provisoriedade (THEODORO JÚNIOR, 2002). A acessoriedade é caracterizada pela dependência da medida cautelar pela ação principal. Destaca-se que o procedimento cautelar poderá ser pleiteado até mesmo antes da vigência do processo principal, sem que, no entanto, deixe de ser subordinado à sua existência futura. Segundo Theodoro Júnior, “é atento a essa particularidade que Liebman ensina que a ação cautelar é sempre ligada a uma relação de complementaridade a uma ação principal, já proposta ou da qual se anuncia a próxima propositura” (THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 50). Confirmando, assim a natureza acessória da medida cautelar.

Em seguida, temos a preventividade, que possui o condão de precaver possíveis danos que poderão ocorrer com a espera da decisão judicial que advirá. Nesta situação, as medidas cautelares irão assegurar que o processo principal seja útil, pretendendo impossibilitar que ocorra dano grave ou irreversível ao direito da parte que, no âmbito penal, mais que em qualquer outra esfera, pode significar a própria vida. Segundo Badaró (2014), a preventividade define a finalidade de se buscar evitar um dano que possa prejudicar o processo principal ou a efetividade do provimento

Por fim, temos a finalidade, que é dependente de provimento definitivo porvindouro, determinando o que é classificada como “instrumentalidade hipotética” (BADARÓ, 2014), já que a medida cautelar assegura o resultado de uma hipotética condenação. A instrumentalidade hipotética nada mais é que a realização de um juízo não exauriente de probabilidade de vitória

do autor no processo. Trata-se do *fumus boni iuris* que não vinculará a medida cautelar ao resultado do processo principal.

Em se tratando das medidas cautelares diversas da prisão, destaca-se a regulamentação realizada pela Lei nº 12.403/2011. O art. 282 do CPP foi disposto pelo supracitado comando legislativo e dispõe que a decretação das medidas cautelares deve observar os requisitos da necessidade e da adequação. Para que seja sanado o primeiro requisito aqui elencado, a lei determina que a medida cautelar só será aplicada quando imprescindível para realização de investigação ou de instrução criminal, assim como deverá ser essencial para se evitar a prática de infrações penais (art. 282, I do CPP); quanto ao segundo, impõe-se que a medida cautelar deverá ser apropriada à gravidade do crime, considerando as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282, II do CPP).

Neste diapasão, houve um processo de ressignificação do art. 319 do CPP que cominou no fim da dicotomia existente entre prisão e liberdade provisória. Desta feita, foram elencadas nove medidas cautelares pessoais diferentes da prisão. Não obstante seja uma extensão legislativa essencialmente benéfica, foram atizadas grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade de aplicação da medida cautelar inominada no processo penal.

Conforme o art. 319 do CPP, são medidas cautelares diversas da prisão: o comparecimento periódico em juízo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de manter contato com pessoa determinada, a proibição de ausentar-se da Comarca, a suspensão do exercício de função pública, o recolhimento domiciliar, a internação provisória do acusado, a fiança e a monitoração eletrônica. A medida de implante do dispositivo supracitado na legislação nacional seria mais um argumento para a defesa do entendimento de que não há, na seara penal, o poder geral de cautela do juízo. Essa percepção segue o raciocínio de que a existência da nova redação dada ao art. 319 do CPP inauguraria um rol delimitado e deveras satisfatório, pelo fato de elencar um número de medidas cautelares avantajado. Nessa esteira, Machado (2009) é um dos defensores de que o poder geral de cautela do juiz é previsto apenas no plano processual civil e, portanto, deve ser afastado da esfera penal por falta de previsão legislativa expressa.

Conquanto, dada a infinitude de situações que a prática criminal abarca, considerar a inexistência do poder geral de cautela no processo penal poderia significar a ineficácia da atividade jurisdicional. Assim, mesmo que haja extrema tipificação legislativa, esta não seria

suficiente para acautelar plenamente a complexidade fática. Nesse sentido, deverão ser aceitas as medidas cautelares atípicas, pois guardadas a adequação e a razoabilidade, serão sempre *in bonam partem*, visto que terão o condão de resguardar o resultado útil do processo sem que seja necessária a aplicação da prisão preventiva.

Por conseguinte, é necessário reafirmar que uma interpretação contrária à extensiva não permitiria que o magistrado determinasse medidas cautelares inominadas de baixa lesividade ao acusado, como a suspensão da habilitação de veículo automotor, sendo obrigado a decretar a prisão provisória, justamente porque o rol do art. 319 do CPP não elenca medida adequada ao caso concreto. As próprias modificações inscritas pela Lei nº 12.403/2011 foram baseadas em situações frequentes trazidas pela realidade forense e acabaram solidificando-se como disposição legal. E não seria engano afirmar que tal fato pode ser visto como mais um argumento para aplicação de medidas cautelares inominadas, visto que as que atualmente figuram em lei já foram também fruto do poder geral de cautela.

Ademais, o legislador, no Projeto de Lei nº 156/2009, que visa instituir o novo Código de Processo Penal, prevê medidas cautelares além das designadas pela Lei nº 12.403/2011. Por essa razão, é flagrante o entendimento de que o próprio legislador considera insatisfatórias as medidas enumeradas no art. 319 do CPP. No novo projeto, são esculpidas medidas cautelares diversas da prisão como a suspensão das atividades de pessoa jurídica, a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave, o afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima, a suspensão do registro de arma de fogo e a autorização para porte, além de elencar a possibilidade de suspensão do poder familiar. De tal forma, faz-se imperioso salientar que entendimento jurisprudencial e doutrinário algum deve travancar a primordial e impreterível tutela jurisdicional eficaz dada pelo Estado-juiz.

No entanto, voltando o olhar para além das divergências, concluímos que o novel rol sedimentou o que já era expresso em nossa Carta Magna: que a ampliação das medidas cautelares dispostas no art. 319 do CPP fez da prisão, de modo indubitável, uma excepcionalidade. Afora isto, o legislador não deixa dúvidas, ao expor no §3º, art. 282, do CPP que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar” (BRASIL, 1941). Em perspicaz entendimento, Luiz Flávio Gomes assevera que “a prisão preventiva não é apenas a *ultima ratio*. Ela é a *extrema ratio* da *ultima ratio*. A regra é a liberdade; a exceção são as cautelares restritivas da liberdade (art. 319, CPP); dentre elas, vem por último, a prisão, por expressa previsão legal” (GOMES, 2011.). Decerto, consagrar a prisão como *ultima ratio* somente traz benefícios ao agente, posto minorar ou

eliminar um possível processo de segregação social acarretado ao indivíduo receptor das medidas acautelatórias. Dessa maneira, reserva-se como adequada a prisão preventiva somente aos casos em que o sujeito é acusado pela prática de crimes de maior potencial ofensivo.

2. O PODER GERAL DE CAUTELA

Como é sabido, o poder geral de cautela pode ser definido como a faculdade dada ao juiz de determinar medidas de índole cautelar, ainda que não requeridas pela parte que porventura dela poderia necessitar ou que não estejam expressamente previstas em lei. No âmbito processual civil, é pacificada a existência do poder geral de cautela. Aqui, será posta em xeque a possibilidade de se garantir ao juízo criminal esta prerrogativa, quando da aplicação de medidas cautelares atípicas. O manto da presente análise recairá sobre o ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração a Lei Maior, o próprio Código de Processo Penal e a legislação esparsa. O poder geral de cautela autoriza o magistrado de se valer de um dos maiores instrumentos disponíveis para a salvaguarda do ordenamento jurídico e do resultado útil do processo. No entanto, há corrente doutrinária que defenda que as medidas cautelares somente poderão se guiar pelo princípio da legalidade estrita e que, portanto, a sua aplicação estaria condicionada à previsão legal e à adequação do disposto em lei com a situação fática. Neste ínterim, Aury Lopes Júnior afirma:

No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para 'poderes gerais', pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. 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. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 584).

No entanto, restringir a aplicação das medidas cautelares em nome da legalidade estrita é um equívoco, posto que o presente princípio não visa embaraçar a efetividade do processo, mas salvaguardar o devido processo legal. Afunilar o poder geral de cautela ao âmbito civil seria rarear os poderes do magistrado que atua na esfera criminal e tal apequenamento poderia significar a ausência de prestação efetiva da tutela jurisdicional. Haveria, portanto, ofensa ao princípio constitucional que preceitua a inafastabilidade da jurisdição, previsto expressamente no art. 5º, XXXV da CF/1988, pois, como fora destacado previamente, a disposição de medidas cautelares atípicas será, por vezes, fatalmente necessária para o cumprimento eficiente e justo da tutela jurisdicional pleiteada.

O Código de Processo Penal não traz previsão expressa sobre o tema. Todavia, ao se considerar que as providências cautelares são de natureza essencialmente processual, deverá ser acatada a interpretação extensiva do art. 319 do CPP. E isso ocorreria, tendo-se em vista que, ao reputar a natureza processual das normas cautelares, haveria a aplicação do art. 3º do CPP nesta situação, o qual dispõe que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

O juiz criminal utiliza-se do poder geral de cautela, ainda, quando há previsões expressas em leis especiais que possibilitam a aplicação de medidas cautelares uninominadas. É o caso da Lei nº 11.340/2006, comumente conhecida como “Lei Maria da Penha”, que torna possível a utilização de medidas cautelares nominadas e uninominadas em vista da proteção à mulher vítima de violência doméstica. A afirmação é evidente, sobretudo, no artigo aqui elencado, a que se recomenda a leitura para melhor elucidação do tema:

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

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

- a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
- b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
- c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

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

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público. (BRASIL, 2006a, grifo nosso.)

Há que se destacar que o magistrado, quando admite cautela uninominada, não age *contra legem*, posto que princípios basilares e determinações expressas de nosso ordenamento jurídico assim o oportunizam. Entretanto, o poder geral de cautela é exercido dentro da legalidade, visto que, para além dos requisitos de todas as medidas cautelares, como o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o magistrado deverá observar predicados como o da adequação e da

necessidade. Este somente estará autorizado a aplicar medidas cautelares atípicas em caráter residual. Neste diapasão, Lima assevera:

Assim, conforme defendemos, ao fazer uso do poder geral de cautela o juiz poderá ter uma alternativa não prevista em lei para se evitar uma desproporcional decretação da prisão cautelar que, assim passa inclusive a ser de aplicação mais benéfica ao acusado. O fundamento do poder geral de cautela no processo penal, tal qual no processo civil, está no dogma constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), mas, de outra parte, considerando-se a previsão legal do Código de Processo Civil, como já visto, poderá ser utilizada, subsidiariamente no processo penal [...]. Destarte, ao ser decretada medida cautelar pelo juiz, utilizando-se do poder geral de cautela, a imposição será feita, obviamente, em virtude da lei, mesmo que esta lei seja o Código de Processo Civil. [...] A decretação de tais medidas atípicas deve se dar em contextos excepcionais, haja vista que a restrição de direitos só deve ser admitida em casos de extrema (LIMA, 2005, p. 58).

Assim, entende-se que a aplicação de medidas cautelares inominadas somente se dará em situações excepcionais. Portanto, se uma das hipóteses previstas em lei for cabível ao caso concreto, esta deverá ser utilizada em detrimento de uma medida atípica. Outrossim, deve ser guardada a devida proporcionalidade, sendo vedada a expedição de medida mais gravosa que a da possível pena cominada no processo principal. Importa salientar, novamente, a incongruência de se proibir a expedição de tutelas cautelares inominadas: estas irão restringir direitos de relevância menor que a própria liberdade, tendo em vista a probabilidade de aplicação de prisão preventiva quando não se tem em lei cautela restritiva suficiente ao caso concreto.

É relevante salientar que não haveria antecipação dos efeitos condenatórios ao se admitir o poder geral de cautela do juízo, o que iria de encontro à presunção constitucional de não-culpabilidade. Objetiva-se assegurar a prestabilidade da sentença de mérito da ação penal e do processo de execução. O deslinde, portanto, vai no sentido de que as medidas cautelares alternativas intencionam assegurar a aplicação do direito, ao mesmo tempo em que conservam o *status libertatis* do sujeito passivo da relação processual. As medidas atípicas advindas do poder geral de cautela servem aos princípios de nossa própria Carta Magna, posto almejar evitar excessos ao mesmo tempo em que coíbe as insuficiências.

3. ASPECTOS SOCIAIS DA PRISÃO

A bem da verdade, como fora destacado, o encarceramento deverá ser o último recurso a ser aplicado. No entanto, no Brasil, dada a situação em que se encontra o nosso sistema prisional, esse princípio deve ser tão potencializado quanto for possível. E é nesse sentido que se vislumbra a necessidade de reconhecimento de validade de medidas cautelares atípicas, pois, se aplicada com discernimento e razoabilidade pelo magistrado, serão meios eficazes para reprimir a decretação de prisões preventivas.

Capez (2002, p. 328) afirma que “o preso provisório é aquele que teve sua liberdade de locomoção despojada sem sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, aquele que aguarda julgamento do seu processo recolhido à prisão”. Realizada a prisão provisória, o preso é recolhido a estabelecimento prisional. No entanto, é preciso que não se divorcie do instituto da prisão provisória o princípio constitucional da presunção de inocência. Segundo a própria CF, em seu art. 5º, LVII, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Além disso, temos importante documento *internacional* que vai de encontro ao que foi expresso, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos que diz que “toda pessoa acusada de um ato delituoso é presumida inocente até que sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em todas as garantias de defesa necessárias lhe sejam asseguradas” (ONU, 1948).

A prisão provisória, embora não seja proferida em sede de cognição exauriente, não deixa de ser dotada de jurisdicionalidade. Nesse sentido, o art. 107 da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal (LEP) – preleciona que ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária. Além disso, a LEP, embora vise primordialmente regular a efetivação de sentença criminal, estabelece preceitos que regulamentarão o regime de prisão provisória. Dentre as particularidades regulamentadas, há a previsão no sentido de que presos provisórios devem ficar em separado dos demais, em cadeias públicas, conforme prescreve o art. 102, *caput* da LEP. A redação do art. 300 do CPP foi alterada pela Lei nº 12.403/2011 e a expressão “sempre que possível” foi substituída pela expressão “ficarão” - isso significa que, a partir da mudança legislativa, será um comando imperativo a obrigatoriedade de separação entre presos provisórios e definitivos.

No entanto, na prática, o que se encontra é a impossibilidade material de se manter em separado estas duas espécies de presos, o que ocorre porque há uma verdadeira crise no sistema carcerário brasileiro. Portanto, a questão principal é saber como lidar com a realidade que nos

encobre, posta a difícil realização de separação de local dos presos, o magistrado, utilizando-se de grande bom senso, deverá considerar, não como absoluta, mas como primordial a substituição da prisão por medidas cautelares, estejam estas ou não entre as nove alternativas inscritas no rol do art. 319 do CPP.

Em 2011, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) decidiu, no *Habeas Corpus* (HC) nº 196.438, que, na falta de presídio semiaberto, o preso deve ficar no regime aberto ou em prisão domiciliar. A decisão da 6ª turma vai de encontro à jurisprudência fixada no STJ que determina como constrangimento ilegal a permanência de condenado em regime prisional mais gravoso. O Ministro Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes, como relator do supracitado H.C. declarou que “constitui ilegalidade submetê-lo, ainda que por pouco tempo, a local apropriado a presos em regime mais gravoso, em razão da falta de vaga em estabelecimento adequado” (BRASIL, 2011). A conclusão é que se mesmo em relação ao preso condenado se considera ilegal sua prisão fora de estabelecimento adequado, ao preso provisório, cuja sentença ainda nem foi proferida, a ilegalidade seria ainda mais gravosa. É imperioso destacar que a prisão não ressocializa no estado em que se encontra o sistema carcerário. Nesse sentido, assevera Mirabete:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior (...). A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação (MIRABETE, 2002, p. 24).

Para se ter noção da precariedade em que se encontra o sistema prisional brasileiro não é preciso fazer grandes reflexões, basta que se observe alguns dados que trazem informações essenciais a respeito de seu funcionamento. O Ministério da Justiça realizou estudo no ano de 2014, que mostrava que a taxa de ocupação dos estabelecimentos prisionais se encontra 67% acima de sua capacidade máxima. Deduzidos os cálculos, conclui-se que haveria carência de 250 mil vagas prisionais. Segundo os dados dispostos pelo InfoPen do Ministério da Justiça, do ano de 2013, 41% dos encarcerados são presos provisórios (BRASIL, 2014, p. 20). Nota-se que, tendo por base os estudos realizados pelo Ministério da Justiça em 2014, a quantidade de presos provisórios era de, aproximadamente, 249 mil detentos, quantidade numérica análoga ao déficit de vagas de nosso sistema prisional. No estado do Amazonas, por exemplo, a situação

é ainda pior: mais de 70% dos encarcerados são presos provisórios, segundo o mesmo relatório expedido pelo Ministério da Justiça. Trata-se, deveras, de um dado importante e por aqui citá-lo, não se insinua que deva ser abolida a prisão preventiva, mas se buscar todos os meios possíveis para evitá-la.

Torna-se ainda flagrante a fragilidade da prisão temporária, segundo pesquisa conjunta realizada em 2012, pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA): 37,2% dos casos em que é aplicada a prisão provisória, os réus não são condenados à prisão ao fim do processo ou, ainda, são receptores de penas inferiores ao tempo em que permaneceram encarcerados provisoriamente. Tendo em vista o exposto, deve-se observar que a prisão vem sendo lida como regra pelo poder judiciário brasileiro e isso ocorre, em partes, pela própria origem ditatorial do Código de Processo Penal. Todavia, além das reformas e adaptações realizadas pelo legislador ao longo dos anos, é preciso se ter em vista que o supracitado *codex*, deve ser lido e interpretado à luz de nossa Constituição que determina expressamente o instituto da privação de liberdade como medida excepcionalíssima, conforme o art. 5º, LXI, CF/1988: 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 (BRASIL, 1988).

Visando a amenizar tal quadro, foi instaurada a Lei nº 12.403/2011, aqui já analisada. No entanto, defensores públicos, como Patrick Cacicedo, defensor público coordenador do Núcleo de Situação Carcerária, destaca que o advento da lei tem feito com que se prenda mais que se solte. Isso tem ocorrido pelo uso indevido e abusivo das mudanças trazidas pela lei. Em entrevista a Andrea Dip, Cacicedo faz a seguinte consideração:

Uma das medidas que ganhou força com essa lei foi a fiança. Então para uma pessoa que não pode ter a prisão preventiva decretada, o juiz determina que pague tantos salários mínimos. E aí a gente descobriu uma coisa assustadora que é o número de pessoas presas simplesmente por não ter dinheiro para pagar essa fiança (CACICEDO apud DIP, 2015).

Nesse aspecto, mais uma vez, bate-se na tecla da necessidade de aceitação das medidas cautelares inominadas, porque, acolhendo-as no âmbito processual penal, o magistrado poderá adequar de modo pleno as medidas ao plano fático, evitando que disparidades sejam concebidas.

4. O PROCESSO PENAL SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL

O Código de Processo Penal brasileiro foi instituído no ano de 1941 pelo presidente Getúlio Vargas. O CPP foi baseado na legislação processual penal italiana da década de 30 que possuía forte apelo fascista e, por essa razão, juntando-se ao contexto histórico vivido no Brasil, nosso código foi fundado em bases extremamente autoritárias. Por tal motivo, tornou-se flagrante sua incompatibilidade com a Carta Magna vigente, que é uma grande efervescência de direitos e garantias fundamentais, funcionando como imprescindível corolário da democracia pátria. Segundo Rangel (2009):

No sistema inquisitivo, o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhes foram trazidas pelas partes, mas visa convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação [...]. O sistema inquisitivo, assim, demonstra total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser banido das legislações modernas que visem assegurar ao cidadão as mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana. (RANGEL, 2009, p. 48-49).

Com intuito de exemplificar essa característica autoritária do Código de Processo Penal, traz-se aqui a redação antiga do art. 596 do CPP, que dizia que a sentença absolutória não seria suficiente para se colocar o réu em liberdade, a depender do grau da infração penal. Com o advento da atual Constituição da República, esse disposto passou a não ser aceito, assim como tantos outros. Desta maneira, passou o CPP a sofrer inúmeras reformas legislativas para adequar o presente código ao sistema acusatório, que contrasta com o inquisitivo. Além de tudo, tornou-se essencial a realização de leitura constitucional de seus dispositivos e princípios por parte dos operadores do direito, sobretudo, pelo magistrado. Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso sustenta que:

O Princípio da Supremacia da Constituição, que tem como premissa a rigidez constitucional, é a ideia central subjacente a todos os sistemas jurídicos modernos. Sua compreensão é singela. Na celebrada imagem de Kelsen, para ilustrar a hierarquia das normas jurídicas, a Constituição situa-se no vértice de todo o sistema legal, servindo fundamento de validade das demais disposições normativas. Toda Constituição escrita e rígida, como é o caso da brasileira, goza de superioridade jurídica em relação às leis, que não poderão ter existência legítima se com elas contrastarem (BARROSO, 2006, p. 67).

Ainda poderá ocorrer a declaração de incompatibilidade de determinados dispositivos do Código de Processo Penal quando não se encontrarem em conformidade com o sistema constitucional. Para Tavares (2002, p. 152): “toda norma que fosse incompatível com o novel Documento Supremo seria, imediatamente, eliminada, servindo a Constituição como uma espécie de filtro”.

Nesta senda e após o exposto, aqui se entende que não seria presunção afirmar que a interpretação extensiva do rol do art. 319 se coadunaria melhor com a lógica constitucional que a imposição de leitura restritiva sobre o disposto. A justificativa é singela e evidente, pois deixar aberta a possibilidade de aplicação das medidas cautelares abriria margem para que o magistrado adequasse a cautela ao caso concreto. Assim, haveria diminuição potencial da incidência de imposição de privação ao direito de liberdade por falta de previsão legal que supra satisfatoriamente a carência da conjuntura fática apresentada ao órgão jurisdicional. Sob este prisma, Rangel (2012, p. 46) afirma que “o sistema processual penal deve ser entendido como um conjunto de princípios e regras constitucionais e que, de acordo com o momento político de cada Estado, estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou demonstrar os conceitos principais que envolvem as medidas cautelares, o modo como funcionam e a que se destinam. Vislumbra-se que as medidas acautelatórias são, por vezes, estritamente essenciais para o alcance da tutela jurisdicional, posto ser instrumento que torna possível a consumação e efetivação do processo principal.

A questão problema recaiu sobre a necessidade de se aplicar interpretação extensiva ao art. 319 do CPP e, para tanto, é preciso que seja reconhecido, no âmbito penal, o poder geral de cautela do juízo. É impossível ao legislador elencar em lei medidas que supram todas as hipóteses advindas do plano fático. Outrossim, acatar as medidas cautelares inominadas é meio de dar ao magistrado a possibilidade de minguar o número de presos provisórios existentes no Brasil. Ocorre que, quando não há medida cautelar pessoal que seja suficiente para o resguardo do resultado útil do processo, o juiz precisará decretar a prisão preventiva.

Para além das questões puramente objetivas referentes ao direito material e processual, é preciso que se leve em consideração o contexto no qual se insere nosso ordenamento jurídico. Atualmente, o sistema prisional no Brasil se revela em crise: presos provisórios se encontram

no mesmo espaço de presos definitivos; há superlotação e abusos de toda monta. É incontestável e notória a constante violação de direitos humanos e fundamentais. Neste sentido, não é vista como razoável interpretação restritiva do art. 319 do CPP, pois esta embarçará a possibilidade de minorar um problema tão grave quanto o narrado.

Por não haver disposição expressa em nosso Código de Processo Penal, é preciso que seja realizada interpretação sob a óptica constitucional do dispositivo posto em tela. A regra é que, havendo dúvida sobre o significado de algum texto ou elemento normativo, deve-se realizar a leitura jurídica destes tendo como norte nossa Carta Maior. O Código de Processo Penal tem raízes inquisitivas e, por essa razão, é preciso maior zelo para adequá-lo ao texto constitucional. Nesta senda, objetivou-se demonstrar que considerar a não taxatividade do rol do art. 319 do CPP seria uma forma de adequá-lo à Constituição Federal.

Em suma, é imperioso asseverar que o poder geral de cautela é meio inseparável da tutela jurisdicional efetiva e deve ser reconhecido na esfera criminal. Salienta-se, por fim, que o rol do art. 319 do CPP deve ser considerado como exemplificativo para a potencialização da eficácia das medidas cautelares.

REFERÊNCIAS

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

BARROS, R. P. D. C. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm Acesso em: 10 Out. 2017.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm Acesso em: 12 Nov. 2017.

_____. **Lei n. 11.340, de 07 de Agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm Acesso em 03 Out. 2017.

_____. **Lei n. 11.343, de 23 de Agosto de 2006**. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm Acesso em: 11 Nov. 2017.

_____. **Projeto de Lei n. 156 de 2009**. Disponível em: www.ibraspp.com.br/wpcontent/uploads/2010/.../Redação-final-PLS-156-09PDF1.pdf Acesso em: 12 Nov. 2017.

_____. **Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm Acesso em: 03 Ago. 2011.

_____. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-doinfopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> Acesso em: 12 Nov. 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça** - HC: 193394 SP 2010/0229820-1, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 17/03/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/04/2011). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21816092/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1394595-sp-20110010708-7-stj> Acesso em: 25 Out. 2017.

CALAMANDREI, P. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Pádova: Cedam, 1936.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**: Parte geral, vol 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIP, A. No Brasil, 40% dos presos são provisórios. **Carta Capital**, 2015. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html>> Acesso em: 20 out. 2017.

ONU. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm Acesso em: 12 Nov. 2017.

LIMA, M. P. **A tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LIMA, R. B. **Manual de processo penal**. 2. ed. Niterói: Ímpetus, 2012.

LOPES JUNIOR, A. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO, A. A. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, J. F. **Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

RANGEL, P. **Direito Processual Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Direito Processual Penal**. 20. ed. Atualizada até 4 de julho de 2012. São Paulo: Atlas 2012.

SILVA, O. A. B. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

THEODORO JÚNIOR, H. **Processo Cautelar**. 20. ed. São Paulo: Leud, 2002.