



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

GIOVANNA MARIA SILVA LEMOS DE SOUZA

**O PODER GERAL DE CAUTELA DO JUÍZO NO PROCESSO PENAL À LUZ DA  
JURISPRUDÊNCIA DO STF: uma análise da ADPF 444**

RECIFE

2022

GIOVANNA MARIA SILVA LEMOS DE SOUZA

**O PODER GERAL DE CAUTELA DO JUÍZO NO PROCESSO PENAL À LUZ DA  
JURISPRUDÊNCIA DO STF: uma análise da ADPF 444**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

**Área de concentração:** Direito Processual Penal.

**Orientador(a):** Maria de Fátima de Araújo Ferreira

Recife

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Souza, Giovanna Maria Silva Lemos de.

O poder geral de cautela do juízo no processo penal à luz da jurisprudência do STF: uma análise da ADPF 444. / Giovanna Maria Silva Lemos de Souza. - Recife, 2023.

38 f.

Orientador(a): Maria de Fátima de Araújo Ferreira  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2023.

1. Medidas cautelares. 2. Legalidade. 3. Processo penal . 4. Poder geral de cautela . 5. Direitos fundamentais . I. Ferreira, Maria de Fátima de Araújo. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

GIOVANNA MARIA SILVA LEMOS DE SOUZA

**O PODER GERAL DE CAUTELA DO JUÍZO NO PROCESSO PENAL À LUZ DA  
JURISPRUDÊNCIA DO STF: uma análise da ADPF 444**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharela em Direito.

Aprovado em: 04/11/22

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>ª</sup>. Maria de Fátima de Araújo Ferreira (Orientadora)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Sergio Torres Teixeira (Examinador Interno)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Prof<sup>º</sup>. Lucas Gondim (Examinador Externo)  
Universidade Federal de Pernambuco

## RESUMO

Este trabalho objetiva investigar a possibilidade de transposição do instituto do poder geral de cautela do juízo, típico do direito processual civil, ao contexto do processo penal, sobretudo a partir do entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 444. Para tanto, será apresentado um breve panorama doutrinário, com exposição do instituto, sua fundamentação legal e a construção argumentativa que legitima a sua existência. Além disso, far-se-á uma breve explanação acerca de questões importantes para a compreensão da controvérsia ora apresentada, como a temática do sistema acusatório, a distinção entre princípios e regras e as formas de solucionar os conflitos de normas. A relevância de se perquirir sobre a possibilidade de admitir, analogicamente, a aplicação do instituto do poder geral de cautela ao direito processual penal se extrai da existência de controvérsia sobre a matéria tanto no âmbito doutrinário quanto no jurisprudencial, de modo que se mostra necessário compreender como o Supremo Tribunal Federal vem entendendo sobre o tema, os parâmetros utilizados nas decisões e os paradigmas propostos. Para atender à finalidade do trabalho em tela, utilizou-se um procedimento metodológico indutivo e exploratório, composto por uma análise jurídica estruturada em pesquisa documental e bibliográfica a partir de artigos científicos, dissertações, teses de doutorado, acórdão do Supremo Tribunal Federal, livros correlacionados à proposta de pesquisa e legislação brasileira.

**Palavras-chave:** Medidas cautelares; Legalidade; Processo Penal; Poder Geral de cautela; Direitos Fundamentais.

## **ABSTRACT**

This paper aims to investigate the possibility of transposition of the institute of general power of precaution of the court, typical of civil procedural law, to the context of criminal procedure, especially from the understanding of the Supreme Court in the judgment of ADPF 444. To this end, a brief overview of the doctrine on the subject will be presented, with an exposition of the institute, its legal basis and the argumentative construction that legitimizes its existence. In addition, a brief explanation will be made about important issues for the understanding of the controversy presented here, such as the accusatorial system, the distinction between principles and rules and the ways of resolving conflicts of rules. The relevance of inquiring about the possibility of, analogically, admitting the application of the general power of precaution to criminal procedural law stems from the existence of controversy on the subject in both doctrine and jurisprudence. In a way that shows the necessity to understand how the Federal Supreme Court has been comprehending the issue, the parameters used in the decisions and the paradigms proposed. To meet the purpose of the work at hand, an inductive and exploratory methodological procedure was used, composed of a legal analysis structured in documentary and bibliographical research based on scientific articles, dissertations, doctoral theses, Federal Supreme Court decisions, books related to the research proposal and Brazilian legislation.

**Keywords:** Precautionary measures; Legality; Criminal Procedure; General Power of precaution; Fundamental Rights.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF – Constituição Federal

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

STF – Supremo Tribunal Federal

CPP – Código de Processo Penal

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>ASPECTOS DOUTRINÁRIOS.....</b>	<b>11</b>
2.1	O INSTITUTO.....	11
2.2	O SISTEMA ACUSATÓRIO.....	14
2.3	A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS SEGUNDO ALEXY .....	15
2.3.1	Antinomias entre regras.....	17
2.3.2	Colisões entre princípios .....	17
2.4	CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA.....	20
2.4.1	Posições desfavoráveis .....	20
2.4.2	Posições favoráveis.....	22
<b>3</b>	<b>ADPF 444.....</b>	<b>24</b>
3.1	CABIMENTO DA ADPF.....	24
3.2	DISCUSSÃO CENTRAL.....	24
3.3	VOTOS DESFAVORÁVEIS .....	25
3.4	VOTOS FAVORÁVEIS.....	29
<b>4</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>34</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>38</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O poder geral de cautela do juízo é instituto característico do direito processual civil e a possibilidade de sua transposição ao direito processual penal é alvo de intenso dissenso doutrinário e jurisprudencial. O tema em questão possui especial relevância no cenário jurídico atual, tendo em vista que, nas últimas décadas, tem-se buscado o abandono do sistema inquisitorial do processo penal por meio de reformas legislativas.

É certo que, diante de um processo penal inquisitorial, não há que se falar em controvérsia sobre a existência ou não de um poder geral de cautela do juízo no processo penal. No modelo inquisitorial, a figura do juiz aparece como órgão estatal destinado a aferir a culpabilidade do acusado, ao mesmo tempo que exerce a função de acusá-lo, de modo que o magistrado possui amplos poderes instrutórios e cautelares.

É evidente que, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, não há como persistir tal estrutura, sobretudo em face dos princípios do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, corolários de um processo penal acusatório, que existe para tutelar o *status libertatis* individual em face do poder punitivo estatal, de modo a evitar arbítrios e excessos.

Nessa perspectiva, com o intuito de superar o modelo inquisitorial de processo penal, incompatível com a Constituição Federal de 1988, o legislador aprovou, em 2011, uma reforma paradigmática no Código de Processo Penal brasileiro. Com isso, a prisão passou a ser exceção no direito brasileiro, somente se justificando, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, se presentes os requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*; aliados à constatação de que, à luz da proporcionalidade, nenhuma outra medida cautelar prevista em lei seria adequada e suficiente à tutela do resultado útil do processo.

Observa-se que, com a reforma levada a cabo em 2011 pela Lei nº 12.403<sup>1</sup>, uma série de medidas cautelares típicas foram previstas como alternativas à prisão processual, medidas estas que possuem a instrumentalidade e a proporcionalidade como fundamentos. Constata-se isso a partir das funções a que se destinam, uma vez que aparecem como opções menos restritivas à liberdade do acusado, se comparadas à prisão, e igualmente aptas a garantir a efetividade da persecução penal.

---

<sup>1</sup> Lei nº 11.403/11. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm). Acesso em 10 ago 2022.

Entretanto, a exemplo do que ocorre no processo civil, o legislador não é capaz de prever todas as situações fáticas ensejadoras da atuação cautelar estatal, assim como não possui aptidão a esgotar todas as medidas cautelares possíveis. Nesse contexto, surge a controvérsia acerca da possibilidade de se transladar o instituto do poder geral de cautela do juiz, previsto, sobretudo, no art. 297 do Código de Processo Civil, para o âmbito do processo penal, conferindo ao magistrado o poder de, analisando o caso concreto, determinar a imposição de medida cautelar inominada como alternativa à prisão processual.

A relevância de se perquirir sobre a possibilidade de admitir, analogicamente, a aplicação do instituto do poder geral de cautela ao direito processual penal se extrai, ainda, da existência de controvérsia sobre o tema também no âmbito jurisprudencial, de modo que se mostra necessário compreender, a partir de acórdão paradigmático, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, os parâmetros utilizados na decisão paradigmática e os fundamentos propostos pelos Ministros em seus votos.

Dividido em dois capítulos, o presente trabalho se propõe a analisar brevemente os fundamentos doutrinários que pautam a existência do instituto do poder geral de cautela do juiz, típico do direito processual civil, bem como explicitar o dissenso doutrinário existente acerca da possibilidade de aplicá-lo ao direito processual penal.

Tudo isso a fim de subsidiar a compreensão de como o assunto vem sendo tratado no âmbito do Supremo Tribunal Federal a partir da análise do acórdão proferido pela Corte Suprema no julgamento da ADPF 444<sup>2</sup>. Buscar-se-á elencar, sobretudo, os critérios utilizados para a aceitação – ou não – da possibilidade de se decretar medidas cautelares inominadas no processo penal.

A metodologia utilizada no trabalho foi, portanto, a revisão bibliográfica.

O capítulo inicial objetiva traçar um panorama geral acerca do instituto e demonstrar a intensa controvérsia doutrinária existente sobre a sua aplicabilidade ao direito penal instrumental. Aborda, ainda, a necessária distinção entre os conflitos entre normas e princípios, trazida por Robert Alexy, adentrando especificamente no que diz respeito aos conflitos entre princípios, em que se utiliza a técnica de ponderação. Ao final, demonstra-se a importância da análise dos fundamentos trazidos à discussão pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no acórdão analisado, a fim de melhor compreender a posição da Corte quanto a esse tema tão controverso.

Por fim, o último capítulo analisa de forma pormenorizada os fundamentos trazidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos votos proferidos no julgamento da ADPF 444,

---

2

Disponível em:  
[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20444%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvance d=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20444%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvance d=true). Acesso em: 04 out. 22.

em que se discutiu a constitucionalidade da condução coercitiva do investigado para interrogatório.

É certo que o poder geral de cautela do júízo não constitui o tema central discutido na ação, mas foi exaustivamente tratado nos votos de diversos Ministros, o que demonstra a relevância da análise do inteiro teor do acórdão para melhor entendimento do posicionamento da Suprema Corte quanto a essa controvérsia.

## 2 ASPECTOS DOUTRINÁRIOS

De início, antes de adentrar na análise da ADPF 444, mostra-se importante discorrer brevemente acerca do instituto objeto deste trabalho e da celeuma doutrinária existente quanto à sua aplicação em ao direito penal instrumental.

A par da existência de inúmeras posições doutrinárias acerca da possibilidade – ou não – do reconhecimento do poder geral de cautela ao juízo penal, é possível organizar os doutrinadores em dois grandes grupos: os que a admitem e os que a rejeitam.

Para além dessa divisão, dentro desses grupos percebe-se a similitude entre os fundamentos legitimadores das posições, que consistem em princípios norteadores da atuação estatal no âmbito processual penal. Assim, a fim de proporcionar uma melhor compreensão do leitor, decidiu-se por tratar neste capítulo acerca do instituto do poder geral de cautela e seus aspectos gerais, apontando de forma breve a divergência doutrinária existente sobre o tema.

Somente no capítulo seguinte os fundamentos utilizados pela doutrina para subsidiar os posicionamentos contrários ou favoráveis à adoção do poder geral de cautela do juízo no processo penal serão analisados de forma pormenorizada.

### 2.1 O INSTITUTO

O poder geral de cautela é um instituto originado no Direito Processual Civil e, de acordo com Fredie Didier Jr.<sup>3</sup>, encontra previsão no ordenamento pátrio nos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º do Código de Processo Civil (CPC)<sup>4</sup>, que dispõem o seguinte:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

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

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

---

<sup>3</sup> DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

<sup>4</sup> **Lei 11.305/15**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em 04 de outubro de 2022.

exequente.

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

À luz do magistério de Freddie Didier<sup>5</sup>, é tarefa da doutrina e dos tribunais fornecer critérios dogmáticos seguros para a aplicação desses dispositivos, que constituem cláusulas gerais. Ainda segundo o autor, a existência de cláusulas gerais contribui para uma maior criatividade na atividade jurisdicional, uma vez são textos normativos cujos antecedentes se constituem por termos vagos e os consequentes são indeterminados. Nesse sentido, resta ao órgão julgador o papel de concretizar a norma e solucionar o problema que se apresenta de forma ativa, realizando a justiça no caso concreto.

Trata-se de poder-dever atribuído ao Estado-juiz que autoriza a decretação de medidas cautelares atípicas, denominação dada àquelas que não possuem expressa previsão legal, sempre que nenhuma típica se mostrar adequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade da prestação jurisdicional. O exercício de tal poder pelo magistrado deve ser subsidiário, haja vista a finalidade de tutelar as situações carentes de proteção, para as quais o legislador não previu qualquer medida típica.

A existência do poder geral de cautela do juízo parte da seguinte premissa: por mais competente que seja o legislador, não é possível prever todas as possíveis situações ensejadoras da necessidade de proteção cautelar, de modo que se torna necessário conferir ao órgão julgador poder supletivo de determinar cautelares inominadas, adequadas e necessárias à garantia da tutela jurisdicional efetiva.

Há de se ter em mente, ainda, que a previsão de um poder geral de cautela não confere ao juízo um arbítrio absoluto, um poder incondicionado, uma liberdade extrema apta a cercear direitos de primeira geração do cidadão sem respeito a balizas legais. Na verdade, a utilização desta ferramenta processual acautelatória deve ser pautada em postulados, a fim de tornar legítima a atuação do Estado-juiz, haja vista estar-se diante de ingerências em liberdades individuais.

É nesse sentido o magistério de Didier<sup>6</sup>, para quem “a escolha da medida atípica a ser utilizada em cada caso concreto não é tarefa fácil”. Assim, a doutrina processual civil<sup>7</sup> aponta

---

<sup>5</sup> DIDIER JR., Freddie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

<sup>6</sup> DIDIER JR., Freddie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

<sup>7</sup> DIDIER JR., Freddie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017

postulados básicos aptos a nortear a atuação do magistrado na escolha das medidas atípicas adequadas à satisfação da pretensão: proporcionalidade, razoabilidade e proibição ao excesso.

O exame da proporcionalidade, de acordo com Humberto Ávila<sup>8</sup>, ocorre sempre que há uma relação de causalidade entre um meio e um fim e perpassa por três exames fundamentais: i. adequação; ii. necessidade; iii. proporcionalidade em sentido estrito. Para o autor, deve-se aferir a proporcionalidade sempre que, no caso concreto, houver uma medida destinada a realizar uma finalidade. Percebe-se, portanto, que o campo do poder geral de cautelado juízo é um campo fértil ao exame da proporcionalidade, uma vez que, como já discorrido acima, o juiz dispõe de amplo poder criativo para, de acordo com o caso concreto, determinar a medida que melhor atenda à finalidade processual que se apresente no momento.

É crível discorrer, ainda que de maneira muito breve, (uma vez que serão novamente abordados em tópico próprio) acerca dos caracteres componentes da proporcionalidade. O exame da adequação consiste em perquirir o seguinte questionamento: ‘o meio escolhido promove o fim pretendido?’

Superado o exame da adequação, passa-se ao exame da necessidade, em que se questiona, dentre os meios disponíveis e igualmente adequados à promoção do fim pretendido, se o meio escolhido é o menos invasivo aos direitos fundamentais afetados. Por fim, segue-se ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, em que há que se aferir se as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio.

Acerca do postulado da razoabilidade, que também deve pautar a atuação do magistrado quando da escolha da medida cautelar atípica no exercício do seu poder geral de cautela, é importante ressaltar que se revela de três formas, segundo Humberto Ávila<sup>9</sup>: i. dever de equidade, que impõe a harmonização da norma geral com o caso individual; ii. dever de congruência, que exige a correspondência das normas com a realidade em que foram editadas; e iii. dever de equivalência, que impõe uma correspondência entre a medida adotada e o critério que a fundamenta.

Por fim, à luz da proibição ao excesso, a implementação de uma norma constitucional, seja regra ou princípio, não pode conduzir à restrição de um direito fundamental de modo a reduzir de tal modo sua eficácia que não lhe reste um mínimo exigido. Observe que esse postulado incidirá sempre que o núcleo essencial de um direito fundamental for atingido a ponto de sofrer uma restrição excessiva que comprometa sua própria existência.

---

<sup>8</sup> AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 205.

<sup>9</sup> AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 205.

Do exposto, depreende-se que é vasta e densa a construção doutrinária acerca do poder geral de cautela do juízo no âmbito do direito processual civil, englobando, inclusive, aspectos não abordados pelo presente trabalho, que não possui a pretensão de esgotar esse ponto. Como já afirmado anteriormente, o objetivo central da exposição realizada centra-se em familiarizar o leitor com o instituto. É de se destacar, por oportuno, que a transposição do instituto típico do Direito Processual Civil para o âmbito do Processo Penal é objeto de ampla discussão e dissenso doutrinário.

## 2.2 O SISTEMA ACUSATÓRIO

É imprescindível discorrer, ainda que de forma breve e sem nenhuma pretensão de esgotamento, sobre o sistema processual penal adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil<sup>10</sup>: o modelo acusatório. É certo que a Carta Magna não instituiu de forma expressa o aludido sistema, mas a leitura sistemática dos princípios, direitos fundamentais e regras nela prescritos permitem que o intérprete chegue à incontestável conclusão de que o sistema acusatório é o único que se compatibiliza com a ordem constitucional vigente.

Foi sob tal perspectiva que o Pacote Anticrime<sup>11</sup>, ao modificar o Código de Processo Penal<sup>12</sup>, inseriu no texto legal previsão expressa no sentido de que o processo penal brasileiro se rege pelo princípio acusatório:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

O grande marco trazido pelo sistema acusatório diz respeito à separação entre os órgãos de acusação, defesa e o órgão encarregado de julgar o feito. O avanço decorrente dessa característica é claro, porque é evidente e comprovado historicamente que a concentração das funções de acusar e julgar em um só órgão impede que o julgamento proferido seja imparcial, maculando os postulados da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, abalando de forma gravíssima a própria estrutura do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>10</sup> **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 out 22.

<sup>11</sup> **Lei nº 13.964/2019.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3). Acesso em: 05 out 22.

<sup>12</sup> **Del 3.689/41.** 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: 05 out 22.

À luz do magistério de Paulo Rangel<sup>13</sup>, é no sistema acusatório que se cria o *actum trium personarum* – o ato de três personagens – em que figuram nos vértices da relação triangular: o juiz, o autor e o réu. Nesse sentido, não cabe mais ao juiz iniciar, de ofício, a ação penal, função essa que cabe a órgão público criado por lei para tal fim: no panorama brasileiro, tem-se o Ministério Público.

É de se citar, ainda, a lição de Hélio Tornaghi, que traduz com fidelidade as diferenças entre os sistemas inquisitivo e acusatório:

O que distingue a forma acusatória da inquisitória é o seguinte: na primeira, as três funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a órgãos diferentes: acusador, defensor e juiz; na segunda, as três funções estão confiadas ao mesmo órgão. O inquisidor deve proceder espontaneamente e suprir as necessidades da defesa. O réu é tratado como objeto do processo e não como sujeito, isto é, como pessoa titular do direito de defesa; nada pode exigir (Instituições. 2. ed. São Paulo: Saraiva. v. II, p. 1-2).

Outras características relevantes do sistema acusatório podem ser apontadas, como o princípio da inércia da jurisdição; a publicidade dos atos processuais (o sigilo passa a ser admitido apenas em hipóteses excepcionais); a adoção dos princípios do contraditório e da ampla defesa, de modo que o réu deixa de ser objeto e adquire a qualidade de sujeito de direitos; o princípio do livre convencimento motivado e o princípio da imparcialidade.

É certo, como já afirmado na introdução deste trabalho, que só há que se debater acerca da existência – ou não – de um poder geral de cautela do juízo penal dentro de um contexto em que vige um direito processual penal de estrutura notadamente acusatória. Ora, diante de um modelo inquisitivo, esse questionamento não teria razão de ser, já que ao juiz eram outorgados poderes instrutórios quase que absolutos.

### **2.3 A DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS SEGUNDO ALEXY**

Mostra-se importante discorrer, ainda, no primeiro capítulo deste trabalho, sobre a problemática envolvendo a distinção entre princípios e regras, bem como a fundamentação doutrinária utilizada para solucionar os conflitos normativos envolvendo tais espécies. O conhecimento acerca da metodologia proposta por Robert Alexy, que considera a distinção entre regras e princípios tão importante que a designa como “a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”<sup>14</sup>, é de suma importância para a compreensão

---

<sup>13</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 29 ed. Barueri/SP: Atlas. 2021

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 81.

da discussão central deste trabalho.

O autor propôs uma distinção qualitativa entre regras e princípios, definindo estes como “mandamentos de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”<sup>15</sup>, de tal modo que, a depender das possibilidades concretas, podem ser satisfeitos em maior ou menor grau.

Observe que, nesse sentido, os princípios possuem mandamentos apenas *prima facie*, ou seja, apresentam fundamentos que podem ser afastados por fundamentos antagônicos, portanto “não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”<sup>16</sup>.

Disso decorre o seguinte: conhecer a abrangência total de um princípio, seu completo significado jurídico, depende não somente da leitura do que está expresso na norma, mas também de outros fatores, como seu cotejo com outros princípios e regras opostas (possibilidade jurídica) e consideração da realidade fática sobre a qual a norma operará (possibilidade real)<sup>17</sup>.

Regras, por outro lado, são normas que devem ser aplicadas segundo critérios de tudo ou nada, ou seja, devem ser cumpridas ou não cumpridas, satisfeitas ou não satisfeitas. É esse o magistério de Robert Alexy:

Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. (Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp 90-91)

Por serem normas que prescrevem de forma imperativa imposições, permissões ou proibições, a extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas é determinada de forma expressa, o que não ocorre com os princípios. É por isso que a distinção proposta por Alexy não é de grau, mas qualitativa, já que não se fundamenta no grau de abstração, de generalidade ou no caráter de fundamentalidade que uma norma possui, mas na estrutura normativa desta, ou, como melhor explicado por Rodrigo Capez<sup>18</sup>, “na estrutura dos direitos que essas normas garantem”.

Seguindo o raciocínio apresentado, em se tratando de regras, pode-se concluir que se garante direitos ou impõe-se deveres que necessariamente serão realizados completamente, caso

---

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 90-91.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 103-104.

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 74.

<sup>18</sup> CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. São Paulo, 2015.

seja aplicável a regra; ao passo que, no caso dos princípios, garantem-se direitos e impõem-se deveres apenas *prima facie*, de tal modo que serão realizados a depender das possibilidades fáticas e jurídicas concretamente verificadas.<sup>19</sup>

A distinção acima realizada se faz necessária sobretudo quando se está diante de colisões entre princípios ou casos de regras antinômicas.

### 2.3.1 Antinomias entre regras

De acordo com Luís Roberto Barroso, o Direito não tolera antinomias, uma vez que a ordem jurídica constitui um sistema lógico formado por elementos que interagem entre si de forma harmônica<sup>20</sup>. O princípio da coerência do ordenamento jurídico impede, portanto, a existência de normas que sejam incompatíveis entre si, ou seja, que se fossem aplicadas de forma isoladas resultariam em consequências absolutamente inconciliáveis, contraditórias.

A teoria cunhada por Robert Alexy<sup>21</sup> ensina que a solução para um conflito entre regras – que se dá no plano da validade – somente ocorre em dois casos: o primeiro, se uma delas possuir uma cláusula de exceção que exclua a antinomia existente; o segundo, se pelo menos uma das regras for invalidada. Assim, se houver conflito entre duas regras antinômicas que pretendam regular a mesma situação e que não possuam cláusulas de exceção, a única solução será utilizar-se de um dos critérios para a solução dos conflitos aparentes de normas (lei posterior derroga lei anterior; lei especial derroga lei geral; lei superior derroga lei inferior) a fim de extirpar a norma conflituosa do sistema jurídico.

### 2.3.1 Colisões entre princípios

Diferentemente das colisões entre regras, as colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso, não no plano da validade, de tal modo que exigem um tratamento diverso ao conferido àquelas. É que, de acordo com a teoria de Alexy, somente há que se falar em colisão de princípios válidos, e se dois princípios colidem, a solução desse conflito deverá levar em consideração uma ponderação a partir do caso concreto<sup>22</sup>.

Na colisão de princípios, portanto, a solução exigirá do intérprete a fixação de condições

---

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 1995, p. 203.

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9.

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 47-49.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 38-39.

segundo as quais um dos princípios terá precedência em relação ao outro. Essa precedência, ressalte-se, não é abstrata, absoluta, mas sim sopesada de acordo com o caso concreto, de modo a aferir qual dos princípios deverá prevalecer sob as condições dadas<sup>23</sup>. Deve-se fixar sob quais razões um princípio (A) deverá prevalecer sobre um princípio (B); sabendo que, se a situação fática apresentada for outra, (B) poderá vir a prevalecer sobre (A).

De acordo com Gilmar Mendes, a própria natureza jurídica dos princípios condiciona a solução dos conflitos entre eles:

Os princípios são determinações para que certo bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai. Dessa característica resulta que, num eventual confronto de princípios incidentes sobre uma situação concreta, a solução não haverá de ser aquela que acode aos casos de conflitos entre regras. **No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.** (Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 183.) Grifos acrescidos.

A solução dos conflitos entre os princípios relaciona-se, portanto, ao caráter *prima facie* que eles possuem, uma vez que a abrangência total de um princípio, seu significado jurídico, não resulta apenas da leitura da sua norma consagrada, mas pressupõe a complementação a partir da consideração de outros fatores. Destaca Gilmar Mendes que a normatividade dos princípios é, portanto, provisória, capaz de se adaptar ao caso concreto<sup>24</sup>. A título exemplificativo, é esclarecedora esta lição do autor:

Uma matéria jornalística, por exemplo, sobre a vida de alguém, pode pôr em linha de atrito o direito de liberdade de expressão e a pretensão à privacidade retratado. Considerados em abstrato, ambos os direitos são acolhidos pelo constituinte como direitos fundamentais. A incidência de ambos no caso cogitado, porém, leva a conclusões contraditórias entre si. Para solucionar o conflito, não se deve considerar as *circunstâncias do caso concreto*, pesando-se os interesses em conflito, no intuito de estabelecer que princípio há de prevalecer, naquelas condições específicas, segundo um critério de justiça prática. [...] Assim, o direito à informação, *prima facie*, impede que se divulguem dados não autorizados acerca de uma pessoa a terceiros. **Esse direito, porém, pode ceder, em certas ocasiões, a um valor, como a liberdade de expressão, que, no caso**

---

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 95-99

<sup>24</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 184.

**concreto, se revele preponderante, segundo um juízo de prudência.** (Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 183-184.) Grifos acrescentados.

É certo dizer que o juízo a ser exercido quando se está diante de um conflito de princípios é um juízo de ponderação, intimamente ligado ao princípio da proporcionalidade, segundo o qual o sacrifício de um direito deve superar três exames: o da necessidade, o da adequação e o da proporcionalidade em sentido estrito. É que o sacrifício deve ser útil à finalidade pretendida; ainda, não deve haver outro meio igualmente eficaz a atingir aquele fim; além disso, o ônus imposto ao sacrificado não deve ser maior ao benefício que se pretende atingir com a ação.

Nota-se que o juízo de ponderação diz respeito, especificamente, à proporcionalidade em sentido estrito, já que determina que os princípios em conflito devem ser suprimidos no menor grau possível, preservando-se ao máximo o seu núcleo essencial<sup>25</sup>. O intérprete não pode perder de vista o princípio da concordância prática, intimamente ligado à unidade da Constituição, que determina a harmonização entre os valores contidos na Carta Magna para que, diante de conflito aparente entre eles, se chegue a uma solução que melhor realize ambos.

Na ordem constitucional, embora possuam uma mesma hierarquia, os princípios podem possuir pesos abstratos diversos. É o que ocorre, por exemplo, com o direito à vida, se comparado com o direito à propriedade. Ora, ambos são direitos fundamentais, mas é evidente que o direito à vida possui um “peso” maior que o direito à propriedade na maioria das ocasiões. Não se nega, entretanto, que pode haver situações concretas em que o direito à propriedade venha a prevalecer face ao direito à vida humana.

Entretanto, o peso abstrato não é o único fator a ser ponderado, como bem leciona Gilmar Mendes, deve-se considerar o grau de interferência que a escolha do direito prevalecente irá ocasionar sobre o direito preterido; além de se aferir a confiabilidade das premissas empíricas sobre as quais se fundamentam os argumentos que baseiam a solução proposta para colisão de princípios: é o que Robert Alexy chama de primeira e segunda leis da ponderação.

Alexy fala, aqui, na *primeira lei da ponderação*, segundo a qual quanto maior grau de não satisfação de um direito ou princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o princípio conflitante. Essa avaliação desenvolve-se em três estádios. No primeiro, busca-se estabelecer o grau de não satisfação ou de detrimento ao princípio que tende a ser relegado no caso concreto. No momento seguinte, afere-se a importância de satisfazer o princípio que tende a prevalecer. No terceiro instante, **apura-se se a importância de satisfazer um dos princípios justifica o prejuízo a ser carregado ao outro princípio colidente** (Robert Alexy, On balancing and subsumption. A structural comparison, *Ratio*

---

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 184.

*Juris*, v. 16, n. 4, p. 436-437, dez. 2003) [...] Alexy se refere a uma segunda lei de ponderação ou à lei epistemológica da ponderação. Por ela, quanto mais intensa a interferência sobre um direito constitucional, maior deve ser o grau de certeza das premissas que a justificam (On balancing... *Ratio Juris*, cit., p. 446-447). Assim, a afirmação de que o fumo causa doenças graves, por exemplo, apresenta-se, em virtude do consenso científico a respeito, com maior grau de confiabilidade do que a assertiva de que telefones celulares podem causar danos cerebrais, assertiva que não reúne provas conclusivas de relevância científica análoga. **Essas diferenças de credibilidade das premissas empíricas acaso relevantes no caso concreto também devem participar do exercício da ponderação.** (Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 184-185) grifos acrescidos.

Como já afirmado, a prevalência de um princípio sobre outro somente pode ser determinada a partir de um caso concreto, de tal modo que, diferentemente do que ocorre nos conflitos de regras, não há que se falar em critérios de solução de conflitos de princípios no plano abstrato. Entretanto, Gilmar Mendes destaca que não há embargo em se eleger um precedente específico como viés para solução de conflitos futuros<sup>26</sup>. Assim, é possível afirmar que, presentes as mesmas condições fáticas, em uma situação futura, à luz do precedente específico, um dos direitos certamente prevalecerá sobre o outro.

## 2.3 CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA

### 2.3.1 Posições desfavoráveis

Parcela da doutrina, capitaneada por Gustavo Badaró<sup>27</sup>, Aury Lopes Jr.<sup>28</sup> e Guilherme Madeira Dezem<sup>29</sup>, entende que, no processo penal, não há que se falar na existência de medidas cautelares atípicas, na medida em que o juiz criminal não detém um poder geral de cautela. Na visão desses doutrinadores, conferir ao juiz a possibilidade de decretar cautelares inominadas no processo penal importaria, necessariamente, em afronta ao princípio da legalidade, notadamente no que diz respeito à taxatividade. Isso porque, à luz de tal princípio, só é lícito ao Estado limitar a liberdade do indivíduo com fulcro em permissivo legal.

Ainda de acordo com essa corrente, admitir a aplicação analógica do poder geral de cautela do juiz previsto no art. 297 do CPC ao processo penal não é possível, haja vista a função limitadora do *ius puniendi* estatal exercida pelo direito processual penal. Nessa perspectiva, não se pode admitir a decretação, pelo juiz, de medidas cautelares atípicas, por força do devido processo

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 185.

<sup>27</sup> BADARÓ, Gustavo. 2017. **Processo penal**. 5ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>28</sup> JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

<sup>29</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

legal e constitucional, uma vez que qualquer restrição à liberdade de locomoção do indivíduo deve ser prevista expressamente em lei, não se admitindo interpretação extensiva ou aplicação analógica de dispositivo próprio a outro ramo do Direito.

Rodrigo Capez, ao defender a necessidade de individualização das medidas cautelares no processo penal<sup>30</sup>, salienta que entende ser incompatível com a ordem constitucional vigente a ideia de um poder geral de cautela do juízo penal. Partindo da premissa de que o direito penal instrumental funciona como um instrumento limitador do *jus puniendi* estatal, de tal modo que qualquer restrição à liberdade individual exige uma estrita observância à legalidade estrita e à tipicidade, o que leva à conclusão necessária de que somente podem ser admitidas as medidas cautelares pessoais as que são legalmente previstas, nas hipóteses estritamente previstas em lei.

O autor sustenta, ainda, que no processo penal não há que se falar em possibilidade de recurso à analogia com o processo civil, assim como não é permitido recorrer à proporcionalidade. Explique-se: entende que a proporcionalidade surge como um meio de se resguardar os direitos fundamentais, não como uma forma de justificar violações a tais direitos. Nesse sentido, o intérprete não poderia, sob o pálio da proporcionalidade, afastar-se do princípio da legalidade para justificar ingerências em direitos individuais, como é o caso da decretação de medidas cautelares atípicas.

No processo penal, a ponderação de interesses em conflito não pode conduzir à quebra da legalidade, de modo que, por mais relevantes que sejam os interesses estatais, não encontra justificção a adoção de medidas legalmente inadmissíveis, ainda que o puro contrapeso dos valores envolvidos no caso concreto aconselhe ignorar o interesse individual em benefício da comunidade. (A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro. São Paulo, 2015. p 280)

Conclui o autor que, à luz do seu entendimento, as medidas cautelares pessoais estão sempre vinculadas à estrita legalidade, ainda que sejam determinadas com a intenção de favorecer o imputado. Nesse sentido, por força do princípio da taxatividade, o órgão julgador fica adstrito aos requisitos cautelares previstos em lei, de tal modo que não lhe é permitido justificar a aplicação de medida instrumental típica com fundamento em requisitos não previstos em norma legal, como o clamor público.

Nesse mesmo sentido é a posição de Aury Lopes Jr., que é enfático ao afirmar que o sistema processual penal é incompatível com a existência de medidas cautelares inominadas e, portanto, com o próprio poder geral de cautela. Considerando que todas as medidas cautelares,

---

<sup>30</sup> CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. São Paulo, 2015.

sejam elas pessoais ou patrimoniais, implicam, em maior ou menor medida, em restrições a direitos fundamentais, é certo que devem observar a estrita legalidade.

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. [...]E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas [...] A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. (JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020)

### 2.3.2 Posições favoráveis

Por outro lado, parcela da doutrina se posiciona de forma favorável à existência do poder geral de cautela do juiz no processo penal, consoante o magistério de Renato Brasileiro<sup>31</sup> de Lima e Gonzáles-Cuellar Serrano. Os doutrinadores que se filiam a essa corrente entendem que a legalidade, como garantia individual, apenas impede que seja imposta medida restritiva de direito fundamental atípica mais gravosa que as previstas expressamente em lei.

De acordo com Renato Brasileiro, em virtude da concreta possibilidade de esvaziamento do exercício da função jurisdicional, havendo situação de perigo apta a comprometer a eficácia e a utilidade do provimento definitivo, o magistrado possui o poder-dever de, no exercício do seu poder geral de cautela, utilizar-se de medidas cautelares inominadas<sup>32</sup>.

[...] parece-nos que a legalidade, na sua função de garantia, impede que se imponha uma medida restritiva de direito fundamental mais gravosa que não tenha previsão legal. Entretanto, considerando sua função precípua de garantiade direitos fundamentais, ela autoriza, para cumprir tal função, a alternatividade e a redutibilidade das medidas cautelares, objetivando uma medida alternativa menos gravosa. Ou seja, ao fazer uso do poder geral de cautela no processo penal, o juiz poderá ter uma alternativa não prevista em lei para se evitar uma desproporcional decretação da prisão cautelar que, assim, passa, inclusive, a ser uma opção de aplicação de hipótese cautelar maisbenéfica ao acusado. (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único – 8ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020. p.1158.*)

Nessa perspectiva, o poder geral de cautela pode ser utilizado no processo penal com fulcro na aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo a conferir a tutela mais adequada aos direitos fundamentais protegidos, por meio da imposição de medidas cautelares inominadas menos gravosas, sem que a legalidade seja maculada. O poder geral de cautela aparece, dessa forma, como uma alternativa extralegal para que se evite prisão cautelar desproporcional, caso a

---

<sup>31</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** – 8ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

<sup>32</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** – 8ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020. p. 1156.

medida cautelar alternativa não prevista em lei seja mais branda e possua idoneidade de assegurar a eficácia do processo.

É nesse sentido o magistério de Nestor Távora<sup>33</sup>, para quem o rol estabelecido pelo art.

319 do CPP é exemplificativo, já que o poder geral de cautela é inerente à atividade jurisdicional. Defende que o poder geral só pode ser exercido se a medida cautelar atípica implicar em restrição menor do que a que seria aplicada se persistisse a cautelar prevista em lei.

A par da intensa controvérsia doutrinária existente quanto ao tema, observa-se que, no âmbito dos tribunais superiores, a divergência persiste, de modo que há decisões que apontam para ambos os entendimentos. É dentro desse panorama que se insere o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444, em que o debate acerca da existência de um poder geral de cautela do juiz no processo penal foi intensamente travado pelos Ministros da Suprema Corte, a fim de subsidiar o julgamento do mérito da ação.

---

<sup>33</sup> TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 12ª ed. rev. e atual. – Salvador: ed. Juspodivm, 2017. p. 1038.

### 3 ADPF 444

Previamente à análise do mérito da ação, é imprescindível realizar um breve resumo acerca do que se tratou a discussão e da sua relevância para o estudo do tema objeto deste trabalho. Trata-se de duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental julgadas conjuntamente que gravitam em torno do sentido e do alcance do art. 260, do Código de Processo Penal, cuja redação será abaixo transcrita.

Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

#### 3.1 CABIMENTO DA ADPF

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é ação de controle abstrato de constitucionalidade regulamentada pela Lei nº 9.882/99, em que se analisa a norma em tese, desvinculada de casos concretos. O julgamento da ADPF é de competência exclusiva do STF<sup>3435</sup>e, conforme o art. 2º da Lei nº 9.882/99, os legitimados à sua propositura são aqueles previstos pela Constituição como legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

O objetivo dessa ação é a tutela dos preceitos fundamentais inscritos na Constituição, abrangendo, portanto, somente alguns dispositivos. Nesse sentido, entende-se que a expressão ‘preceito fundamental’ abarca as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como as que apontam para a autonomia dos Estados e do Distrito Federal e as que instituem direitos e garantias individuais.

Pode-se citar, exemplificativamente, os princípios fundamentais previstos nos arts. 1º ao 4º da CRFB, os direitos e garantias fundamentais, os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII) e as cláusulas pétreas.

É de se ressaltar, ainda, que o manejo da ADPF é subsidiário e supletivo, reservado para as situações de inexistência de outro meio apto a sanar a lesividade. Vige, portanto, o princípio da subsidiariedade, que deve ser compreendido, sobretudo, em face das demais ações de controle concentrado de constitucionalidade. Nesse sentido, caberá ADPF para atacar direito pré-constitucional, direito municipal, direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram e decisões judiciais.

#### 3.2 DISCUSSÃO CENTRAL

---

<sup>34</sup> Constituição Federal, art. 102, § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

<sup>35</sup> Lei 9.882/99, Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

A discussão central da ADPF 444, proposta em 2017 pelo Conselho Federal da OAB, centrou-se na verificação da possibilidade de decretação da condução coercitiva como medida cautelar autônoma, em substituição à prisão processual, ainda que na fase investigatória. Os preceitos fundamentais potencialmente violados – de acordo com a argumentação do autor – foram os seguintes: princípio da imparcialidade (art. 5º, § 2º, CF c/c art. 8, I, do Pacto de San José da Costa Rica); direito ao silêncio (art. 5º, inc. LXIII, da CF); princípio do *nemo tenetur se detegere*; princípio do sistema penal acusatório (art. 156, *caput*, do CPP); devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF); paridade de armas; ampla defesa e contraditório (art. 5º, inc. LV, da CF).

Sob tal panorama, fica evidente a relevância da discussão travada pelo STF quando do julgamento da ADPF 444. É que, ainda que a questão sobre a existência – ou não – de um poder geral de cautela do juízo penal não tenha sido o tema central da discussão travada, é certo que o debate acerca da viabilidade de determinação da condução coercitiva do investigado como medida cautelar autônoma somente tem razão de ser se o questionamento acerca desse poder geral for suscitado – e o foi.

Assim, é imprescindível a análise dos argumentos trazidos por cada Ministro em seus votos, a fim de melhor compreender o entendimento da Suprema Corte quanto a este tema, os fundamentos utilizados para a construção da argumentação e as conclusões apontadas.

### **3.3 VOTOS DESFAVORÁVEIS**

A fim de melhor sintetizar os argumentos trazidos pelos Ministros que votaram de forma contrária à admissibilidade do poder geral de cautela do juízo no processo penal, optou-se por condensar as posições em um só tópico. É que os fundamentos utilizados, de forma similar ao que ocorre com a doutrina, são, via de regra, muito semelhantes.

Não se pode afirmar, por óbvio, que os entendimentos dos Ministros podem ser resumidos a um só. Entretanto, foi realizado um trabalho de síntese, com o cuidado de sinalizaros pontos fulcrais de cada posição, a fim de facilitar a compreensão do tema e possibilitar uma melhor análise da posição da Suprema Corte quanto ao assunto.

De início, é de se ressaltar o importante destaque realizado pelo então decano da Corte, o Ministro Celso de Mello, no sentido de que o STF, por excelência, sempre exerceu – e isso historicamente – a função de salvaguardar e defender as liberdades fundamentais. Portanto, os julgamentos do Pretório Excelso, para que se mantenham imparciais, isentos e independentes, não podem ceder a pressões e clamores externos, sob pena de resultar em uma completa subversão

ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais e de aniquilação de prerrogativas asseguradas juridicamente a todo e qualquer indivíduo que se submete ao devido processo legal.

A legitimidade do Poder Judiciário não repousa na coincidência das decisões judiciais com a vontade de maiorias contingentes, mas na aplicação do direito sob critérios de correção jurídica, conforme as regras do discurso racional (Paulo Mário Canabarro T. Neto, juiz federal)

Nesse contexto, o Ministro Celso de Mello destaca que o devido processo legal possui um papel central no âmbito do processo penal, pois atua como garantia que condiciona a legitimidade jurídica dos atos e resoluções emanados pelo poder público, sobretudo pelo Poder Judiciário. E acrescenta que o respeito aos valores e princípios estruturantes da organização do Estado Democrático de Direito é fator que legitima todas as ações desenvolvidas pelos órgãos incumbidos das atividades de segurança pública e não compromete a eficácia das investigações e da persecução penal.

Da leitura dos votos contrários à viabilidade da decretação da condução coercitiva do investigado com fundamento no poder geral de cautela do juízo penal, percebe-se que todos estão alicerçados na seguinte premissa: a condução coercitiva está inserida no contexto de violação a direitos fundamentais dos investigados/acusados, seja por meio de exposição à execração pública de pessoas que gozam de presunção de inocência como se acusados fossem, seja por uma irrestrita desconsideração dos princípios da estrita legalidade em matéria penal, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

Em todos os votos, foi possível notar a profunda preocupação com a crescente espetacularização do processo penal e das investigações, evidenciada, sobretudo, pela Operação Lava Jato, em que as conduções coercitivas exerciam papel central. Pode-se citar como exemplo seguinte trecho do voto do Ministro Relator:

Para ficar no exemplo mais rumoroso, foram executadas 227 conduções coercitivas na Operação Lava Jato – até 1º.3.2018, de acordo com o site [lavajato.mpf.mp.br](http://lavajato.mpf.mp.br). Apenas para ilustrar, é igual à soma de todas as prisões no curso da investigação – 103 preventivas, 118 temporárias, 6 em flagrante.

[...] As conduções coercitivas são um novo capítulo na espetacularização da investigação, a qual ganhou força em nosso país no início deste século.

Ainda, destaque-se recortes relevantes do voto do Ministro Dias Toffoli:

Relembro que a espetacularização das prisões cautelares e o uso abusivo de algemas como instrumento de execração pública do imputado, ao melhor estilo das medidas infamantes previstas nas Ordenações Filipinas, levaram este Supremo Tribunal Federal a editar a Súmula Vinculante nº 11:

“Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

De modo análogo, em minha compreensão, é chegado o momento de esta Suprema Corte, na tutela da liberdade de locomoção, zelar pela estrita observância dos limites legais para a imposição da condução coercitiva, sem dar margem para que se adotem interpretações criativas que atentem contra aquele direito fundamental.

Pela relevância do ponto tratado, trazem-se trechos de votos de mais dois Ministros: o primeiro, pertencente ao Ministro Ricardo Lewandowski; o segundo, ao Ministro Celso de Mello:

Dessa forma, por mais que se possa ceder ao clamor público, os operadores do direito e sobretudo os magistrados, os quais estão subordinados ao império da lei, devem evitar a adoção de atos que viraram rotina nos dias atuais, tais como o televisionamento de audiência sob sigilo, as interceptações telefônicas ininterruptas, o deferimento de condução coercitiva sem que tenha havido ao menos a intimação prévia do acusado, os vazamentos de conversas sigilosas e de delações não homologadas, as prisões provisórias alongadas, dentre outras violações inadmissíveis no Estado Democrático de Direito.

Os postulados constitucionais que consagram a presunção de inocência, de um lado, e a essencial dignidade da pessoa humana, de outro, repudiam, por ilegítimas, práticas estatais que convertem atos de prisão ou de condução coercitiva de meros suspeitos, investigados ou réus em inadmissíveis cerimônias públicas de arbitrária degradação moral.

É certo que a condução coercitiva possui caráter restritivo da liberdade, de tal modo que, à luz do entendimento trazido pela Ministra Rosa Weber em seu voto, é imprescindível que esteja em consonância com os parâmetros jurídicos – legais e constitucionais – vigentes, afim de encontrar legitimidade perante o ordenamento jurídico. É que essa medida suprime de forma absoluta – ainda que temporária – o direito à liberdade de locomoção. Veja o excerto do voto do Ministro Marco Aurélio de Melo:

Segue-se, no artigo 260, a previsão – por isso, digo que está no artigo 260 – da condução coercitiva. Ou seja, fica o acusado com a liberdade deir e vir cerceada.

Ontem, conversando com o ministro Celso de Mello, lembrou-me que o mestre da Nacional de Direito – e convivi com ele e muito aprendi – Hélio Tornaghi já dizia, no passado, que a condução coercitiva não deixade ser uma prisão. Poderíamos cogitar de prisão relâmpago. E geralmente, no Brasil, ocorre após o clarear do dia, após as seis horas, já que não se pode adentrar a residência, a não ser no caso de flagrante delito, antes das seis horas, com o acompanhamento da imprensa.

No processo penal, a atividade instrutória reveste-se de importância ímpar, uma vez que se destina a esclarecer a verdade dos fatos, o que traz à discussão a utilização da condução

coercitiva como meio de obtenção de provas. É de se ressaltar que a referida medida possui caráter instrumental, pois não se esgota em si mesma, mas objetiva a consecução de fins previstos em lei. Depreende-se das fundamentações dos votos lidos que o entendimento dos Ministros que se filiam a esta posição é no sentido de que a finalidade da condução coercitiva do investigado é, única e exclusivamente, a realização do interrogatório.

É relevante, nesse aspecto, o voto do Ministro Marco Aurélio, que considerou que o único objetivo da condução coercitiva é realizar o interrogatório do investigado ou réu. Entretanto, o ato não atende ao critério da utilidade, ao pragmatismo, uma vez que, na maioria das vezes, apenas retrata o desgaste da imagem do cidadão frente aos semelhantes.

Presidente, a resposta quanto à razão de ser da condução coercitiva está na Constituição Federal, a revelar que não existe – a não ser, repito, sob o ângulo do desgaste irreparável do conduzido. [...] Ora, revelado, a mais não poder, no artigo 260 do Código de Processo Penal, que o objetivo da condução coercitiva é o interrogatório, é ter-se ideia do contexto criminoso mediante a fala do acusado, e, se pode ficar calado, qual é a razão de ser desse ato de força?

É entendimento consoante de todos os Ministros que aderiam à posição ora veiculada que, no caso de restrição à liberdade de locomoção, deve vigorar o princípio da legalidade estrita. Assim, nessa seara específica, não há que se falar em um poder geral de cautela do juízo. Parte-se da premissa de que o processo penal funciona como instrumento limitador do poder punitivo estatal, de tal sorte que é imperativa a observância da estrita legalidade – e, conseqüentemente, da tipicidade – para qualquer restrição àquele direito fundamental.

É nesse sentido o entendimento exarado pelo Ministro Celso de Mello, para quem o processo penal só pode ser concebido como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu, não podendo se converter em instrumento de legitimação do arbítrio estatal:

O processo penal figura, desse modo, como exigência constitucional (“nulla poena sine iudicio”) destinada a limitar e a impor contenção à vontade do Estado, cuja atuação sofre, necessariamente, os condicionamentos que o ordenamento jurídico impõe aos organismos policiais, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

O princípio da legalidade no processo penal aparece, assim, como ‘legalidade de repressão’, exigindo que as medidas cautelares aplicadas estejam previstas na lei (institui, portanto, a tipicidade). É disso que decorre a taxatividade, que determina que as cautelares pessoais são apenas aquelas previstas em lei e somente incidem nas hipóteses estritamente autorizadas legalmente. Veja trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

Ausentes os requisitos da custódia cautelar, não se pode impor a condução coercitiva como medida alternativa à prisão preventiva, porquanto a observância da legalidade estrita e da tipicidade processual para qualquer restrição ao direito de liberdade são garantias fundamentais abrigadas no art.

5º, LIV, cujo enunciado é de clareza solar: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O recurso ao princípio da proporcionalidade, argumento muito utilizado pelos que entendem ser possível o reconhecimento de um poder geral de cautela ao juízo penal e, via de consequência, defendem a constitucionalidade da condução coercitiva do investigado decretada sob tal fundamento, é rechaçado pelos Ministros contrários a tal entendimento. Ressaltam que a proporcionalidade é destinada a proteger os direitos fundamentais, de modo que não pode servir como fundamento para sua violação, ainda que sob a alegação de que se está impondo uma medida mais favorável ao imputado do que a prisão processual.

Por fim, é de se destacar a mensagem final deixada pelo Ministro Marco Aurélio de Melo, que resume com maestria o entendimento por ele defendido “Paga-se um preço por viver-se em um Estado de Direito. É módico, estando ao alcance de todos: o respeito irrestrito ao arcabouço normativo, ao arcabouço constitucional. Vale lembrar Rui: com a lei, dentro da lei, porque fora da lei não há salvação”.

### **3.4 VOTOS FAVORÁVEIS**

Mais uma vez, conforme realizado no tópico anterior, optou-se por condensar os fundamentos dos votos proferidos pelos Ministros que votaram nesse sentido em um só tópico, em virtude da similitude verificada entre eles. Assim, a fim de possibilitar uma melhor análise das razões invocadas pelos Ministros, sem perder de vista as especificidades encontradas em cada voto, a análise conjunta se apresentou como a melhor opção.

Inicialmente, é importante trazer à discussão relevante ponto ressaltado pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto, que destacou os papéis desempenhados pelas cortes constitucionais em todo o mundo, quais sejam: i. proteger as regras do jogo democrático; e ii. salvaguardar os direitos fundamentais.

No âmbito da proteção aos direitos fundamentais, cabe aos tribunais constitucionais atuar de forma construtiva e criativa, de tal modo que a interpretação constitucional típica é aquela que protege os direitos das minorias e dos grupos vulneráveis a partir de um itinerário estabelecido: i. a decisão deverá ater-se aos limites e possibilidades semânticas oferecidos pela norma jurídica interpretada (dimensão normativa); ii. a decisão deve preservar, primordialmente, os direitos e os princípios fundamentais instituídos pela Constituição (dimensão deontológica); iii. por fim, deve-se proferir o melhor resultado possível para a sociedade (dimensão pragmática).

Feita essa explicação esclarecedora, o Ministro ressaltou que nada do que foi dito sobre interpretação constitucional pode ser aplicado à seara penal, uma vez que a interpretação penal

deve ser pautada pela estrita legalidade. Isso implica dizer que não há que se falar em construção ou criação proveniente de interpretação quando o resultado for contrário ao réu, uma vez que a reserva legal existe justamente para proteger os acusados.

Conforme as reflexões realizadas pelo Ministro Edson Fachin, o sistema de justiça criminal brasileiro possui a seletividade como uma de suas principais características, o que não impede o reconhecimento dos diversos avanços já conquistados.

Ressalte-se, porém, que somente se começou a perseguir criminalmente e efetivamente punir a criminalidade de alto escalão – ou os crimes de colarinho branco – há poucos anos. Até 1998, o crime de lavagem de capitais sequer era tipificado no território nacional. Sobre tal aspecto, o Ministro Fachin realiza uma reflexão relevante:

Tem-se a impressão que, quanto mais coletivo o prejuízo causado pelo crime, quanto maior o número de vítimas que suportam difusamente esse prejuízo, menor é a compreensão social a respeito do caráter criminoso dessa conduta.

A ordem constitucional vigente contribuiu sobremaneira para o aumento da investigação e punição dos crimes praticados pelos detentores de poder político e econômico, já que conferiu independência funcional ao Ministério Público, além de conferir estabilidade aos servidores públicos, o que minimizou as influências políticas sobre os agentes policiais. Além disso, constituiu-se a base jurídica para que tipos penais prevendo condutas danosas a bens jurídicos supraindividuais fossem instituídos, como os crimes contra a ordem econômica, tributária e financeira, meio ambiente e relações de consumo.

Mas qual seria o papel do poder judiciário no combate à criminalidade? De fato, não se pode dizer que é o de protagonismo, já que a função de combater o crime foi outorgada às agências de repressão, quais sejam: a polícia e o Ministério Público. Entretanto, destaca o Ministro, que o Poder Judiciário tem o papel primordial de fazer valer a lei penal de forma igualitária para todos. Nesse sentido, o combate à criminalidade de alto escalão só avança se o judiciário não se furta a esse papel fulcral, de tal modo que o poder judiciário se mostra como um dos pilares para a construção de um sistema de justiça criminal mais igualitário.

Um alerta relevante é feito pelo Ministro Fachin: todo processo histórico de superação de desigualdades está sujeito a avanços e retrocessos. Assim, há quem se empenhe ferrenhamente para a manutenção do status quo.

Jamais dirão que o que desejam é realmente manter a seletividade do sistema penal e a intocabilidade de poderosos. Até porque muitos sequer têm a consciência de que agem impregnados pela identificação que mantêm com uma parcela mais abastada da população, a quem é difícil conceber legítimo o emprego da violência estatal institucionalizada. O discurso continuísta vem

sempre escamoteado. Ergue-se a bandeira da defesa da democracia e dos direitos e garantias individuais. Para isso, tomam algumas falhas ou desencontros e, por meio de hipérboles, tentam fazer crer que uma nova ordem que está se instaurando é perigosa para as garantias individuais. Sem desconsiderar e renunciar ao dever que incumbe ao Poder Judiciário de coartar abusos, creio que devemos estar atentos para não nos deixar seduzir por argumentos “*ad terrorem*”.

Os abusos eventualmente verificados, como a inexistência de motivação da medida judicial e a espetacularização do cumprimento da medida – dentre outros – devem ser sanados com os remédios previstos na legislação vigente. Não possuem, assim, o condão de macular e exterminar todo o instituto. É nesse sentido o recorte do voto da Ministra Carmen Lúcia:

Concordo - e tenho para mim - que todos os Ministros estão de acordo quanto a não ser, minimamente aceitável, qualquer forma de abuso que venha a ocorrer em caso de condução coercitiva, de prisão ou de qualquer ato praticado por juiz, muito mais em matéria penal. A espetacularização de práticas - que foi citada desde o voto do Ministro-Relator e que foi, inclusive, demonstrada por exemplos citados - é um mal gravíssimo que precisa ser impedido, e é certo que todo abuso não é direito.

Da análise da prática corrente de se utilizar a condução coercitiva como medida cautelar diversa da prisão, tema que interessa de fato ao trabalho, o entendimento unânime dos Ministros que votaram nesse sentido foi o de considerar a prática perfeitamente alinhada à Constituição da República. Nas hipóteses em que o juízo pode decretar alguma prisão processual, seja temporária ou preventiva, caso o magistrado se convença da idoneidade da condução coercitiva para a produção do resultado desejado, é cabível a sua utilização como medida cautelar autônoma.

Argumentam que rol de medidas cautelares diversas da prisão trazido pelo art. 319, do CPP é meramente exemplificativo, de tal modo que não há óbice para que o juízo, no exercício do seu poder geral de cautela, estabeleça outras medidas necessárias à consecução dos fins estatais legítimos, desde que proporcionais e menos gravosas que a prisão processual, sendo imprescindível a fundamentação da decisão.

Ainda, que o poder geral de cautela no processo penal é extraído da conjugação do art. 3º do CPP, que permite a interpretação analógica, com o art. 297 do CPC, que estabelece a possibilidade de concessão de medidas adequadas à efetividade do processo. Destaca que a condução coercitiva aplicada com fundamento em tal poder geralmente possui o fulcro de impedir que os autores do delito combinem versão sobre o que lhes é imputado ou para impossibilitar destruição de provas, de modo a concretizar o direito constitucional à segurança.

Assim, decreta-se a condução coercitiva a fim de evitar medida mais gravosa, ou seja, nas hipóteses em que seria cabível prisão cautelar, seja preventiva ou temporária, de tal modo que a restrição à liberdade individual se dê de forma menos grave. O direito à segurança está

previsto na Constituição como direito individual, coletivo e social das pessoas, sendo dever do Estado assegurar a sua efetividade – não raro, para a concretização de tal direito, faz-se necessário que o estado realize ingerências nas liberdades individuais, desde que amparadas no devido processo legal.

Por fim, ressalte-se que é imprescindível a fundamentação da decisão judicial que decreta a medida, devendo ela ser clara, objetiva e suficiente. Isso porque as medidas cautelares, em maior ou menor medida, carregam sempre consigo restrições à liberdade individual do investigado/acusado. Nesse sentido, sempre haverá a prevalência do direito da sociedade sobre o interesse individual, considerando que o direito penal não pode ceder ao interesse do acusado, o que significaria, em último caso, uma ausência de resposta estatal às infrações penais.

O exame da proporcionalidade é de suma importância para a decisão acerca da utilização – ou não – da condução coercitiva do investigado como medida cautelar. É que ela deve-se mostrar adequada ao fim proposto, necessária e, por fim, proporcional em sentido estrito. E é na análise da proporcionalidade em sentido estrito que se encontra o cerne da questão: ora, se há duas medidas (a prisão e a condução coercitiva) igualmente adequadas e necessárias à satisfação do fim almejado, mas uma delas – a condução coercitiva – mostra-se menos agressiva ao direito sacrificado, é evidente que o juízo deverá optar por decretar aquela que se apresenta como menos danosa. É o que se extrai da fundamentação do voto do Ministro Barroso.

Portanto, penso que aqui o mandamento constitucional da proporcionalidade, na modalidade vedação do excesso, é plenamente aplicável. Se há um modo menos severo de eu atender a demanda da Justiça, menos restritivo a um direito fundamental, que é a liberdade de ir e vir, por qual razão haveríamos de impor a prisão cautelar, que é um meio mais gravoso?

E o Ministro destaca, ainda, que não há que se falar em afronta à legalidade estrita, porque esta, em matéria penal, milita a favor do réu. Nesse sentido, se há medida alternativa, ainda que não expressa, mas que se mostra mais benéfica ao réu, não há óbice a utilizá-la. E mais, da teoria dos poderes implícitos se extrai que ‘quem pode o mais, pode o menos’, de modo que facilmente se chega à seguinte conclusão: o poder de conduzir coercitivamente está implícito no poder de prender.

É também conforme esse entendimento que o Ministro Edson Fachin explica que o princípio da taxatividade das medidas cautelares penais deve ser compreendido a partir de sua dimensão teleológica, ou seja, com fulcro no devido processo legal aplicável à seara processual penal. Impõe-se, assim, interpretação que privilegie a proteção individual em face do Estado.

Nesse sentido, embora se entenda que, em regra, é inadmissível no campo processual penal a imposição de medidas cautelares atípicas gravosas, é completamente cabível tal proceder

quando empregado em favor do acusado ou investigado, sobretudo quando possibilite a substituição de medida cautelar típica que traduza maior gravame ao cidadão.

Conclui-se, portanto, que, cabível prisão temporária ou preventiva, o juízo poderá, fundamentadamente e após demonstrar o cabimento das medidas mais gravosas, substituí-las pela condução coercitiva.

Extrai-se das razões invocadas pelos Ministros que, em se tratando da existência do poder geral de cautela do juízo, está-se diante de conflito de princípios que se dá entre o princípio da legalidade, que cede, e o princípio da proporcionalidade - que prevalece - para permitir a imposição de medida cautelar atípica mais branda sempre que ela for adequada e idônea à satisfação dos fins perseguidos.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou averiguar a possibilidade de transposição do instituto do poder geral de cautela do juízo – típico do direito processual civil – para o âmbito do direito processual a partir da compreensão de aspectos doutrinários e da análise do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 444. O cerne da controvérsia consiste em perquirir se, existe compatibilidade entre o Estado Democrático de Direito e o sistema processual penal acusatório com a atribuição de um poder geral de restringir a liberdade individual ao juízo penal.

Para tanto, definiu-se o instituto e suas características primordiais, à luz do direito processual civil, bem como seu alcance e aplicabilidade àquele ramo do direito, para o qual foi originalmente pensado. A premissa que fundamenta a existência do poder geral de cautela do juízo é a seguinte: por mais competente que o legislador seja, não é razoável admitir que ele possa prever todas as situações possíveis ensejadoras da necessidade de proteção cautelar, de tal modo que se torna necessário conferir ao órgão julgador o poder supletivo de determinar cautelares inominadas, adequadas e necessárias à garantia da tutela jurisdicional efetiva.

Ademais, destacou-se que a previsão do poder geral de cautela não implica conferir ao juízo um arbítrio absoluto, um poder incondicionado. Na realidade, a utilização desta ferramenta acautelatória rege-se sempre por postulados, a fim de legitimar a atuação do juízo na limitação das liberdades individuais. É nesse sentido que a doutrina processual civil aponta como postulados básicos norteadores da atuação do magistrado na escolha das medidas atípicas adequadas à satisfação do fim perseguido os seguintes: proporcionalidade, razoabilidade e proibição ao excesso.

O campo do poder geral de cautela é um campo fértil ao exame da proporcionalidade, uma vez que se confere ao juízo um amplo poder criativo para, de acordo com o caso concreto, determinar a medida que melhor atenda à finalidade processual que se apresente no momento.

Deve-se perquirir, portanto, se o meio escolhido promove o fim pretendido – trata-se do exame da adequação. Além disso, no âmbito da necessidade, busca-se questionar se, dentre os meios disponíveis e igualmente adequados à promoção do fim pretendido, se o meio escolhido é o mais invasivo aos direitos fundamentais afetados. Ao final, no tocante à proporcionalidade em sentido estrito, é o caso de se averiguar se as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio.

Por se tratar de trabalho limitado em extensão, não se pretendeu exaurir o tema relacionado aos aspectos doutrinários concernentes ao instituto do poder geral de cautela do juízo. Buscou-se, na realidade, traçar um panorama geral, como já afirmado.

Para além disso, preocupou-se com outro tema de importância central na discussão acerca da existência de um poder geral de cautela do juízo no processo penal: o sistema acusatório. Salientou-se que, embora a Constituição da República não tenha realizado a opção pelo aludido sistema de forma expressa, a leitura sistemática dos princípios, direitos fundamentais e regras nela contidos permitem que o intérprete, sem esforço, chegue à conclusão de que este é o único que se compatibiliza com a ordem constitucional vigente.

Pode-se citar como grande marco trazido pelo sistema acusatório a separação entre os órgãos de acusação, defesa e o órgão encarregado de julgar o feito. Assim, um avanço claro decorrente dessa característica é o incremento na imparcialidade do juiz, já que a concentração das funções em um só órgão impede que o julgamento proferido se revesta dessa qualidade.

O afastamento de um modelo acusatório de processo penal macula irremediavelmente os postulados da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, abalando de forma gravíssima a própria estrutura do Estado Democrático de Direito.

Mais adiante, buscou-se discorrer brevemente acerca da distinção entre princípios e regras proposta por Robert Alexy, bem como sobre a fundamentação doutrinária utilizada para solucionar os conflitos envolvendo tais espécies normativas. A distinção proposta por Alexy caracteriza-se como qualitativa, definindo como princípios os “mandamentos de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”<sup>36</sup>. Assim, a depender das possibilidades concretas, os princípios podem ser satisfeitos em maior ou menor grau.

Por outro lado, as regras são normas que devem ser aplicadas a partir de critérios de tudo ou nada. Nesse sentido, é possível concluir que se garante direitos ou impõe-se deveres que deverão ser realizados completamente, caso a regra seja aplicável.

Acerca da temática envolvendo o conflito entre princípios, destacou-se que a prevalência de um princípio sobre o outro somente pode ser determinada a partir de um caso concreto. Assim, diferentemente do que ocorre no caso de conflito entre regras, não há que se falar em critérios abstratos de solução de conflitos entre princípios.

---

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo:Malheiros, 2011, pp. 90-91.

No entanto, Gilmar Mendes destaca que não há embargo em se eleger um precedente específico como viés para solução de conflitos futuros<sup>37</sup>. Assim, é possível afirmar que, presentes as mesmas condições fáticas, em uma situação futura, à luz do precedente específico, um dos direitos certamente prevalecerá sobre o outro.

Buscou-se retratar, ainda, a intensa controvérsia doutrinária existente acerca da possibilidade de adoção do instituto do poder geral de cautela do juízo no âmbito processual penal. Para tanto, elencou-se algumas posições desfavoráveis, como a defendida por Rodrigo Capez, para quem as medidas cautelares pessoais estão sempre vinculadas à estrita legalidade, ainda que sejam determinadas com a intenção de favorecer o imputado.

É essa também a posição defendida por Aury Lopes Jr., que defende a incompatibilidade do sistema processual penal com a existência de medidas cautelares inominadas e, portanto, com o próprio poder geral de cautela.

Entretanto, parcela da doutrina se posiciona de forma favorável à admissibilidade do poder geral de cautela do juízo no processo penal, como é o caso de Renato Brasileiro de Lima. Entende-se que a legalidade, como garantia individual, apenas impede que seja imposta medida restritiva de direito fundamental atípica mais gravosa que as previstas expressamente em lei.

Findo o capítulo destinado à discussão doutrinária que gravita ao redor do tema central deste trabalho, passou-se, no segundo capítulo, à análise específica do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 444. Para tanto, realizou-se breve introdução acerca do cabimento da referida ação de controle de constitucionalidade e seus requisitos, bem como sucinta explanação sobre a discussão central travada na arguição.

Após, passou-se à análise dos votos proferidos pelos Ministros, em que se realizou a opção por abordá-los em dois grandes grupos: os votos favoráveis e os desfavoráveis à existência do poder geral de cautela do juízo no processo penal. Na análise, elencaram-se os principais fundamentos utilizados pelos Ministros para a construção de suas posições, ressaltando que, via de regra, aqueles que votavam no mesmo sentido elegiam argumentos semelhantes, de modo que a análise conjunta dos votos se mostrou eficiente.

Da leitura dos votos desfavoráveis, percebeu-se uma preocupação acentuada com a proteção aos direitos fundamentais, sobretudo porque se entende o processo penal como instrumento limitador do direito de punir estatal. Destaca-se, ainda, o argumento no sentido de que, em matéria de restrição da liberdade, vigora a legalidade estrita.

---

<sup>37</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 185.

Já no que diz respeito aos votos em sentido diverso, ou seja, favoráveis à existência do poder geral de cautela do juízo criminal, percebe-se a argumentação fundamentada, sobretudo, no princípio da proporcionalidade. É que, nas situações em que seria cabível medida cautelar típica mais gravosa, entende-se que seria possível ao juízo valer-se do seu poder geral para determinar medida atípica menos lesiva aos direitos fundamentais do investigado.

Conclui-se, portanto, que a discussão acerca da existência – ou não – de um poder geral de cautela do juízo no processo penal ainda está longe de ser considerada uma questão pacífica. Note que, olhando apenas para as posições do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 444, analisada neste trabalho, é perceptível o enorme dissenso existente: dos onze Ministros, quatro votaram a favor da admissibilidade e sete votaram contra. Assim, na falta de norma legal específica que discipline a matéria, é papel da jurista atentar-se aos rumos traçados pela doutrina e pela jurisprudência a fim de concluir por uma ou outra posição.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BADARÓ, Gustavo. 2017. **Processo penal**. 5ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BADARÓ, G. **As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas**. [s. l.], 2011. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/gustavo-badaro-as-novas-medidas-cautelares-alternativas-a-prisao-e-o-alegado-poder-geral-de-cautela-no-processo-penal-a-impossibilidade-de-decretacao-de-medidas-atipicas-ano-2011.html>. Acesso em: 29 ago. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 de junho de 2018. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20444%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20444%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. [Constituição de (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 out 22.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em: 05 out. 22.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 05 out. 22.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 05 out. 22.

BRASIL. Lei nº 13.964/2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3). Acesso em: 05 out 22.

CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. São Paulo, 2015.

CAPEZ, R. **No processo penal não existe o poder geral de cautela.** [s. l.], 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-06/rodrigo-capez-processo-penal-nao-existe-poder-geral-cautela>. Acesso em: 29 ago. 2021.

DEZEM, G. M. **A flexibilização no processo penal .** 2013. [s. l.], 2013. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-18112016-093228/publico/Tese\\_Final\\_Versao\\_Completa\\_Guilherme\\_Madeira\\_Dezem.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-18112016-093228/publico/Tese_Final_Versao_Completa_Guilherme_Madeira_Dezem.pdf). Acesso em: 29 ago. 2021.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: execução.** 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** – 8ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. 2018. **Direito processual penal.** 15ª. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JR., A., DA ROSA, A. M. **Três temas da paradigmática decisão do ministro Celso de Mello no HC 186.421.** [s. l.], 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-24/limite-penal-paradigmatica-decisao-celso-mello-hc-186421>. Acesso em: 29 ago. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 29 ed. Barueri/SP: Atlas. 2021

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal.** 12ª ed. rev. e atual. – Salvador: ed. Juspodivm, 2017.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal.** v. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1977.