



PROPOSTA DE ENUNCIADO

- ***O Art. 217, caput, do CPP deve ser interpretado conforme a Constituição para fins de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo-se ao magistrado a retirada do réu da sala de audiências, ainda que o ato seja no formato virtual ou híbrido, quando sua presença causar humilhação, temor, ou sério constrangimento às testemunhas ou à vítima.***

FUNDAMENTAÇÃO

A nova realidade do Sistema de Justiça imposta pela pandemia trouxe uma modificação da forma realização diversos atos processuais, a digitalização e virtualização do ambiente de trabalho evoluíram de maneira significativa a ponto causar a ruptura com modelo de processo físico e arcaico, há um cenário de utilização massiva de tecnologias e a maior democratização do Acesso à Justiça através de tais avanços tecnológicos.

É cediço, contudo, que a legislação não acompanhou na mesma velocidade as modificações diuturnas experimentadas, tornando necessário que antigos institutos jurídicos passem por uma mutação interpretativa e do seu alcance a fim de abarcar o dinamismo tecnológico. Neste contexto, insere-se a necessidade da adequação interpretativa do Art. 217 do Código Processo Penal, especialmente com a finalidade de se atender o espírito da norma, a vontade do legislador e o respeito a dignidade da pessoa humana.



O Art. 217 do Código de Processo Penal, em sua redação original, previa que o réu poderia ser retirado da sala de audiência caso o juiz constatasse que a presença dele comprometesse o ânimo da testemunha, colocando em risco a apuração da verdade¹. Entretanto, a tomada de depoimento ou declaração deveria ser feita na presença do defensor, garantindo a defesa técnica.

Essa solução tinha como objetivo priorizar os interesses persecutórios para a adequada reconstrução dos fatos. Porém, essa abordagem recebeu diversas críticas, principalmente quanto à forma de equilibrar os interesses em conflito. Dessa forma, consolidou-se a ideia de que um novo desenho procedimental deveria reconhecer a importância dos direitos garantidos pela ampla defesa. Em 2008, a Lei 11.690 (reforma do CPP) estabeleceu um novo padrão normativo de solução.

De acordo com a nova redação, o juiz deve proceder à inquirição por sistema de videoconferência caso a presença do réu possa causar temor, humilhação ou constrangimento à testemunha ou ao ofendido. Somente na impossibilidade de colher as declarações por esse meio é que o acusado deve ser retirado do recinto da audiência, mantendo a presença de seu defensor.

Assim, a retirada do réu passou a ser uma medida limite, adotada apenas em último caso, caso não seja possível a inquirição por videoconferência. O objetivo do legislador foi conferir efetividade ao exercício

¹ Art. 217: “Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Neste caso, deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram”.



da autodefesa, garantindo ao réu o direito de acompanhar a instrução e a imediação com seu defensor, juiz e prova produzida em audiência. Restrições a esse direito são consideradas excepcionais, e os critérios de ponderação foram estabelecidos pelo legislador, justificando a retirada do réu apenas em casos de temor, humilhação ou constrangimento. Veja-se:

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

O dispositivo em questão não foi originalmente concebido para uma realidade onde as audiências virtuais teriam uma proeminência tão grande. Na verdade, na época em que houve a alteração legislativa, a realização de videoconferências era considerada uma exceção e permaneceu assim por muitos anos. Como resultado, não se tinha uma compreensão completa do potencial dessa tecnologia. Como é sabido, o cenário mudou rapidamente e de forma radical. A imersão das atividades judiciárias no modo telepresencial



tornou-se obrigatória devido às medidas de isolamento impostas para lidar com a pandemia da Covid-19. Foi necessária uma nova realidade de realização de atos processuais para os quais não havia regulamentação processual adequada.

Uma interpretação literal do dispositivo sugere que a retirada do réu da sala de audiência só é admissível na impossibilidade de tomar o depoimento por videoconferência. No entanto, a realidade tem demonstrado que, mesmo quando a audiência é realizada por videoconferência, seja em formato virtual ou híbrido, ainda existe a possibilidade de ocorrer temor, humilhação ou constrangimento para testemunhas e vítimas durante o ato. Por exemplo, a vítima de abuso sexual pode se sentir constrangida ao prestar declarações, sabendo que o suposto autor está ouvindo e olhando. O mesmo pode ocorrer com quem foi vítima de atos extremamente violentos, como tortura, sequestro ou extorsão. Essas situações envolvem humilhação, medo e grave constrangimento, que parecem não ser totalmente eliminados pelo ambiente virtual.

A guinada para o ambiente virtual, que ocorreu há dois anos, forneceu uma imagem real do que antes era considerado virtual e distante. Ou seja, simplesmente transferir as audiências presenciais para o ambiente virtual não é suficiente para afastar os sentimentos de medo, constrangimento e humilhação. Portanto, é necessária uma ponderação judicial, cabendo ao juiz avaliar, em cada caso individualmente, a pertinência e a possibilidade de adoção de medidas para resguardar a imagem da vítima ou, se necessário, adotar a medida extrema de retirar o réu do ambiente da audiência virtual caso a primeira opção não seja suficiente.



Esta, note-se, parece ter sido a diretriz encampada pelo Conselho Nacional de Justiça quando da edição da Resolução nº 354, em 19 de novembro de 2020, responsável pela regulamentação das audiências e sessões por videoconferência e telepresenciais no âmbito da Justiça dos Estados, Federal, Trabalhista, Militar e Eleitoral, bem como dos Tribunais Superiores. De fato, no ponto específico sobre a composição dos direitos das testemunhas e das vítimas, de um lado, e do direito de presença, de outro, não se descartou a possibilidade de retirada do acusado mediante a transferência para o “lobby” ou “ambiente virtual similar”. Nesse sentido, dispôs o art. 7º da Resolução:

Art. 7º A audiência telepresencial e a participação por videoconferência em audiência ou sessão observará as seguintes regras:

I – as oitivas telepresenciais ou por videoconferência serão equiparadas às presenciais para todos os fins legais, assegurada a publicidade dos atos praticados e as prerrogativas processuais de advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos, partes e testemunhas;

II – as testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos umas das outras;

III – quando o ofendido ou testemunha manifestar desejo de depor sem a presença de uma das partes do processo, na forma da legislação pertinente, a imagem poderá ser desfocada, desviada ou inabilitada, sem prejuízo da possibilidade de transferência para lobby



ou ambiente virtual similar;

IV – as oitivas telepresenciais ou por videoconferência serão gravadas, devendo o arquivo audiovisual ser juntado aos autos ou disponibilizado em repositório oficial de mídias indicado pelo CNJ (PJe Mídia) ou pelo tribunal;

V – a publicidade será assegurada, ressalvados os casos de segredo de justiça, por transmissão em tempo real ou por meio hábil que possibilite o acompanhamento por terceiros estranhos ao feito, ainda que mediante a exigência de prévio cadastro;

VI – a participação em audiência telepresencial ou por videoconferência exige que as partes e demais participantes sigam a mesma liturgia dos atos processuais presenciais, inclusive quanto às vestimentas; e

VII – a critério do juiz e em decisão fundamentada, poderão ser repetidos os atos processuais dos quais as partes, as testemunhas ou os advogados não tenham conseguido participar em virtude de obstáculos de natureza técnica, desde que devidamente justificados.

(grifos)

A adoção de tais medidas, note-se, encontra aderência com a normativa internacional de proteção das vítimas. Com efeito, a Declaração dos princípios básicos de Justiça relativos às vítimas de criminalidade e abuso de poder, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985, estabelece critérios orientativos de tratamento das vítimas, destacando-se o dever imposto às autoridades



nacionais de tratamento com compaixão e respeito pelas suas dignidades (art. 4º do Anexo da Declaração).

No Brasil, a Lei nº 13.431 instituiu o depoimento especial como um procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária, expressamente prevê que a criança ou o adolescente será resguardado de qualquer contato, **ainda que visual**, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento (Art. 9º).

Igualmente, a Lei nº 14.245/2022, também conhecida como Lei Mariana Ferrer, trouxe importantes balizas e inseriu no Código de Processo Penal novos artigos prevendo que durante a audiência de instrução e julgamento ou a instrução em plenário, em especial nos crimes sexuais, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima e de testemunhas, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento de tais previsões legais.

Convém registrar, que o direito de presença do acusado em todos os atos da instrução processual, garantindo-se, pois, sua autodefesa não é ilimitado, encontrando na dignidade da pessoa humana da vítima e testemunhas um mitigador de estatura convencional e constitucional. Com efeito, a garantia constitucional do *due process of law*, em seu conteúdo material, permite ao acusado ter acesso integral ao depoimento, inclusive para opor questionamentos posteriores a testemunha ou vítima capazes de gerar a necessidade de nova inquirição em juízo para esclarecer pontos nebulosos ou



MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DA BAHIA

contraversos. O que há de fato é uma mitigação e não uma supressão do direito de presença e um exercício postergado da autodefesa.

CONCLUSÃO

Sendo assim, considerando que se trata de tema de interesse amplo e com repercussão na atuação criminal do Ministério Público como um todo, feitas tais considerações, submeto a presente proposta de enunciado ao Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado da Bahia (CAOCRIM) a fim de que o tema seja debatido a nível institucional.

Irecê/BA, 04 de maio de 2023.

Gustavo Pereira Silva

Promotor De Justiça

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DO CONSELHO DOS
PROCURADORES E PROMOTORES DE JUSTIÇA COM ATUAÇÃO NA
ÁREA CRIMINAL (CONCRIM)**

O CENTRO DE APOIO OPERACIONAL CRIMINAL - CAOCRIM, por seu Coordenador, vem, perante Vossa Excelência, nos termos do Ato nº 32/2020, com alteração dada pelo Ato nº 07/2023, considerando a exposição de motivos seguinte, sugerir as seguintes propostas de enunciados para deliberação do CONCRIM:

ENUNCIADO nº 36:

Por força do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e arts. 297 e 301 do CPC c/c o art. 3º do CPP, é aplicável o poder geral de cautela no âmbito do processo penal.

ENUNCIADO N. 37

É juridicamente possível que, no contexto do art. 366 do CPP, sejam adotadas pelo magistrado medidas cautelares atípicas, até a localização ou o comparecimento espontâneo do réu em juízo, a fim de assegurar a aplicação da lei penal e desde que se trate de medida necessária e proporcional ao caso concreto, demonstrada de forma específica e fundamentada e que vise a evitar a imposição de medida cautelar mais gravosa, como por exemplo, uma prisão preventiva.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS:

Nos dizeres de Cássio Roberto Conserino¹, Promotor de Justiça de São Paulo, “o poder geral de cautela é uma ferramenta posta à disposição do juízo para efetividade processual, para garantia do resultado útil e proveitoso do processo, civil ou penal.” Dissertando sobre o tema, Daniel Carnio Costa² define a tutela cautelar, como aquela que “não visa nem o reconhecimento de um direito material, tão pouco a

1 CONSERINO, C. R. [Poder geral de cautela, jurisdição preventiva e ativismo judicial](#). Revista de Direito Penal e Processo Penal, ISSN 2674-6093, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020

2 COSTA, D. C. [Considerações sobre o poder geral de cautela](#). Revista Científica Integrada – Unaerp Campus Guarujá – Ano 1 – Edição 1 – Março/2012

prática de um título já reconhecido. Sua finalidade é garantir a proteção e o resguardo de uma pretensão, que é ou será objeto de processo de conhecimento ou de execução”. Podemos compreender, portanto, que o poder geral de cautela do magistrado tem o alcance de permitir a determinação de medidas capazes de garantir a efetividade do processo judicial.

Neste sentido, a medida cautelar é a providência efetivamente tomada para proteção de um bem envolvido no processo e, nos termos do **Enunciado 31 do Fórum Permanente de Processualistas Civis**³, o poder geral de cautela está mantido no CPC através do art. 301, que, por si só, informa tratar-se de rol exemplificativo, uma vez que permite ao magistrado de adotar “*qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito*”.⁴ Ainda no âmbito do processo civil, “*o juiz poderá determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, para efetivação da tutela provisória*”⁵.

Seguindo a maioria da doutrina, nos ensinamentos de Galeno Lacerda⁶, trata-se de ato discricionário de ofício porque “*confia à consciência, à ponderação, à prudência do juiz o critério de, segundo seu justo arbítrio, motivado pela exigência e valoração dos fatos, determinar as medidas provisórias que julgar adequadas*”. Na lição de Theodoro Júnior⁷, *como jamais pode o juiz iniciar qualquer relação processual de ofício, a excepcional faculdade do exercício da função cautelar ex officio há de integrar, incidenter tantum, os próprios autos do processo de conhecimento ou de execução onde as medidas provisionais se tornaram necessárias*.

É de se ressaltar, no entanto, que o exercício do poder geral de cautela não corresponde a uma liberdade absoluta, não podendo ser, portanto, arbitrário e ilimitado e, neste sentido, ressalta Márcio Carpena⁸:

³ [Enunciado 31 do Fórum Permanente de Processualistas Civis \(FPPC\): “O poder geral de cautela está mantido no Código de Processo Civil”](#)

⁴ Código de Processo Civil. [Art. 301](#). A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito.

⁵ Código de Processo Civil, [Art. 297](#): O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

⁶ Comentários ao Código de Processo Civil: Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. vol VIII. tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 97

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo cautelar, p. 118.

⁸ CARPENA, Márcio Louzada. Do processo cautelar moderno, p. 181.

Não se está dizendo que pode o juiz agir ao seu bel-prazer, mas, sim, que, **em situações extremas e excepcionais, em que verifique que o processo pode ser prejudicado em razão de algum acontecimento, possa agir de ofício, visando a defender a prestação jurisdicional.**

O poder cautelar genérico não fica adstrito somente a casos expressamente previstos, podendo ser utilizado, em casos excepcionais, independentemente de previsão legal, sempre que houver necessidade de ordenamento capaz de resguardar a justa, boa e eficaz prestação jurisdicional. (grifos nossos).

Nesse sentido, segue apontamento feito por Baptista da Silva⁹:

Deve, contudo, o ato discricionário manter-se fiel à finalidade prevista em lei. Se o agente, sob pretexto de valer-se de seu poder discricionário, pratica algum ato aberrante dos propósitos visados pelo legislador, de tal modo que os próprios fins pretendidos pelo preceito legal se frustrem, então o ato será ilegítimo e portador de abuso de poder.

Também participa dessa opinião o autor Teixeira Filho¹⁰:

Em linhas transatas, empenhamo-nos em alertar que os conceitos jurídicos de discricionariedade e de arbitrariedade não se confundem. A renovação dessa advertência torna-se agora necessária para propiciar um exato entendimento acerca do perímetro legal em cujo interior o juiz exercita e desenvolve a discricionariedade inerente ao seu poder geral de acautelamento (...). A transposição desses limites converte a discricção em arbítrio e desnuda o divisor de águas entre o que é legal e o que é contrário à lei.

E finaliza Alexandre Câmara¹¹: *“Trata-se, aliás, de limite inerente à própria ideia de tutela jurisdicional que só pode ser prestada quando se fizer necessária. Não sendo a medida cautelar necessária, não deve ela ser deferida”*. Desse modo, o poder geral de cautela deve ser exercido dentro dos limites legais e dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de se tornar arbitrário e, destarte, ilegal.

Quanto à aplicação do **poder geral de cautela no processo penal**, há uma parcela da doutrina que entende que não poderá recair sobre o investigado, em razão da natureza taxativa do rol do [artigo 319 do CPP](#). Entretanto, verificamos uma expressiva corrente doutrinária que defende a aplicabilidade do referido instituto trazido pelo processo civil, no âmbito do processo penal, com base no art. [3º do CPP](#), que prevê que

9 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Comentários ao Código de Processo Civil. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda., 1985, vol. XI, p. 117.

10 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. As Ações Cautelares no Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 165.

11 FREITAS CÂMARA, Alexandre. Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, vol. III, p. 48.

“a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Em outras palavras, o processo penal terá suas lacunas preenchidas pelos princípios gerais do direito e pela interpretação ampla e aplicação analógica das leis que o compõem.

Represente dessa corrente, Mirabete¹² leciona que “***o Direito Processual Penal se relaciona com o Direito Processual Civil por serem ramos do mesmo tronco, de tal sorte que se fala em Teoria Geral do Processo como disciplina para estudo básico dos dois ramos.***” O doutrinador complementa que “há influências recíprocas nas ações e sentenças penais e civis, e que é efeito da condenação a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, tornando a sentença condenatória um título para a execução civil.”

Defende-se, portanto, que o CPC, reformado em 2015, ao suprimir os procedimentos cautelares específicos e tratar da tutela provisória em seu art. 294, fez surgir um poder geral de cautela e/ou urgência inerente a todo magistrado. Neste caso, não importa a nomenclatura a ser dada, podendo ser emprestado ao CPP, sempre com observância nos princípios da efetividade e eficiência processual, bem como o da inafastabilidade da jurisdição.

Esta é a lição de Alexandre Câmara¹³:

O poder geral de cautela é instituto considerado necessário **em todos os quadrantes do planeta**, e decorre da óbvia **impossibilidade de previsão abstrata de todas as situações de perigo para o processo que podem vir a ocorrer em concreto**. Por tal razão, tem-se considerado **necessário prever a possibilidade de o juiz conceder medidas outras que não apenas aquelas expressamente previstas pelas leis processuais**. (grifos nossos).

Ainda que não esteja explicitamente positivado no CPP, os que defendem a existência de um poder geral de cautela no âmbito do processo penal, apoiam-se, além do mencionado art. 3º do CPP, no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa apreciação deve se dar de maneira que garanta a efetividade da prestação

12 MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal, São Paulo, Atlas, 1992, pág. 32.

13 FREITAS CÂMARA, Alexandre. Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, vol. III, p. 43

jurisdicional utilizando, sempre que necessário e suficiente, medidas cautelares, típicas ou não.¹⁴

Sendo assim, doutrinadores como Nestor Távora e Rosmar Alencar¹⁵, defendem a ideia de que o juiz do processo penal detém sim um poder geral de cautela, de modo que o rol das medidas cautelares trazidas pelo art. 319 do CPP, é exemplificativo:

[...] com a previsão de um elenco de medidas cautelares no art. 319 do CPP, tem-se a vantagem de indicar ao juiz, **de forma exemplificativa**, a ampla possibilidade de aplicação de medidas diversas da prisão preventiva, sublinhando que esta só será decretada em último caso. Desse modo, embora exista um rol expresso de medidas cautelares, **nada impede que o juiz estabeleça outras tantas que sejam adequadas ao caso concreto**, desde que não exceda os limites autorizados pela legislação. Daí pode o magistrado valer-se do rol do art. 319 do CPP, **bem como de outras medidas menos restritivas**, mas não pode aplicar medida cautelar mais gravosa sem que haja autorizativo legal expresso. (grifos nossos)

Nessa mesma linha de entendimento, Marcellus Lima¹⁶ advoga que, mesmo que o legislador amplie o rol de medidas cautelares típicas, será impossível a previsão de todos os casos concretos que venham a surgir e, portanto, o poder geral de cautela no âmbito penal deve ser aplicado pelo juiz dentro dos parâmetros utilizados para a decretação de cautelares típicas, ou seja, buscando garantir o direito e a utilidade do processo e, ao mesmo tempo, resguardando ao máximo o *status libertatis* do réu. Desse modo, o autor ensina que a decretação de uma medida cautelar atípica tem caráter excepcional e só deve acontecer quando as demais medidas previstas no rol do art. 319 se mostrarem ineficazes, respeitando a proporcionalidade e a razoabilidade.

No que tange à jurisprudência, é possível encontrar precedentes recentes quanto à **aplicabilidade desse poder geral no processo penal**. Esse demonstra ser o entendimento dos Tribunais Superiores:

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

14 FERNANDES, Antônio S. **Processo Penal Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.257.

15 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. pp. 1037/1038

16 LIMA, Marcellus P. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009. p.126

PARCIALMENTE DEFERIDO. 1. Considerando o preenchimento dos requisitos ensejadores da tutela provisória, especialmente a urgência da medida, **e diante do poder geral de cautela**, o Tribunal Pleno, por maioria, referendou decisão do Relator no sentido do acolhimento parcial dos requerimentos formulados, sustando-se, até o julgamento definitivo desta Petição, os efeitos da decisão proferida em primeiro grau no que se refere à modificação do local de custódia do requerente. 2. Pedido parcialmente deferido. (STF [Pet 8312 MC, Relator\(a\): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2019](#)) (grifos nossos)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. **ART. 366 DO CPP**. FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. 1. Cabe ao Juiz da causa decidir sobre a necessidade da produção antecipada da prova testemunhal, podendo utilizar-se dessa faculdade quando a situação dos autos assim recomendar, como no caso em apreço, **especialmente por tratar-se de ato que decorre do poder geral de cautela do Magistrado** (art. 366 do CPP). 2. Habeas corpus denegado. (STF [HC 93157, Relator\(a\): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator\(a\) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 23/09/2008](#)). (grifos nossos)

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÂNSITO ABSORVIDOS PELOS CRIMES DE HOMICÍDIO SIMPLES CONSUMADO E TENTADO (POR SEIS VEZES). PRISÃO PREVENTIVA SUBSTITUÍDA POR MEDIDA CAUTELAR. PROIBIÇÃO DE CONDUZIR QUALQUER VEÍCULO AUTOMOTOR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE NA CONDUÇÃO DE VEÍCULOS. REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. 1. Entende esta Sexta Turma que, **"por força do poder geral de cautela, de forma excepcional e motivada, não há óbice ao magistrado impor ao investigado ou acusado medida cautelar atípica, a fim de evitar a prisão preventiva, isto é, mesmo que não conste literalmente do rol positivado no art. 319 do CPP, o alcance das hipóteses típicas pode ser ampliado para, observados os ditames do art. 282 do CPP, aplicar medida constritiva adequada e necessária à espécie ou, ainda, pode ser aplicada medida prevista em outra norma do ordenamento"** (HC n. 469.453/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/9/2019, DJe 1º/10/2019). 2. Dessa forma, ainda que o agente tenha sido denunciado por homicídio simples consumado e seis tentativas de homicídio, o fato é que todos os crimes foram praticados na condução de veículo automotor e sob influência de álcool, contexto que atrai a incidência concomitante do Código de Trânsito Brasileiro. 3. Assim, a despeito da absorção dos crimes de trânsito por crimes mais graves, é possível a aplicação da medida cautelar de proibição de dirigir veículo automotor, prevista na legislação específica. Precedentes. 4. No caso, para a manutenção da proibição foi ressaltado o efetivo risco de reiteração delitiva, porquanto, além das circunstâncias dos crimes de homicídios consumado e tentados praticados na condução de veículo automotor e sob influência de álcool, consignou-se haver histórico de irresponsabilidade ao conduzir veículos, notadamente porque envolvido em outros quatro graves acidentes de trânsito, já que "em 2013 o acusado

teria capotado o veículo que conduzia, em 2014 ele pilotava uma motocicleta quando teria colidido com veículo automotor e em 2016 ele teria colidido um veículo automotor em um poste" (e-STJ fl. 166). 5. É assente nesta Corte Superior que, "para a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, exige-se fundamentação específica que demonstre a necessidade e adequação da medida em relação ao caso concreto" (HC n. 399.099/SC, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe de 1º/12/2017). 6. Nesse cenário, entendo que há motivação específica quanto ao risco efetivo de se permitir, prematuramente, o direito de voltar a dirigir veículo automotor, o que justifica a imposição e a manutenção da medida cautelar, em clara observância ao disposto no art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro e no art. 282 do Código de Processo Penal, que condiciona a adequação da medida à gravidade do crime e às circunstâncias do fato. 7. Recurso ordinário desprovido (STJ [RHC 148.574/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021](#)) (grifos nossos).

RECURSO ESPECIAL. INTERCEPTAÇÃO DE DADOS. ASTREINTES. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE POR DECISÕES DO STF. **APLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO CPC AO PROCESSO PENAL.** MULTA DIÁRIA E **PODER GERAL DE CAUTELA.** **TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS.** MEDIDAS CONSTRITIVAS SOBRE O PATRIMÔNIO DE TERCEIROS. BACEN-JUD E INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRADITÓRIO POSTERGADO. ANÁLISE ESPECÍFICA DO CASO CONCRETO. CUMPRIMENTO INTEGRAL. NÃO OCORRÊNCIA. PROPORCIONALIDADE DA MULTA APLICADA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. [...] 3. **Conforme amplamente admitido pela doutrina e pela jurisprudência, aplica-se o Código de Processo Civil ao Estatuto processual repressor, quando este for omissivo sobre determinada matéria.** [...] 5. **Aplica-se o poder geral de cautela ao processo penal,** só havendo restrição a ele, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 444/DF, no que diz respeito às cautelares pessoais, que, de alguma forma restrinjam o direito de ir e vir da pessoa. (STJ [REsp 1.568.445-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Rel. Acd. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, por maioria, julgado em 24/06/2020, DJe 20/08/2020](#)) (grifos nossos).

Mandado de Segurança. Busca e apreensão. **Medida deferida para apurar a materialidade de eventual crime contra a propriedade industrial.** Não se há de identificar no ato do Magistrado, **a quem cabe o poder geral de cautela,** procedimento que viole direito líquido e certo. Recurso desprovido" (STJ - RMS 4.179/PR, 6ª Turma, Rel. Min. William Patterson, un., j. 03.12.96, DJU de 03.03.1997) (grifos nossos)

Verificada a aplicabilidade do poder geral de cautela no processo penal, tem-se, como consequência lógica, a admissão da **aplicação de medida cautelar atípica** nesse contexto. Ao visitar o tema, o STJ decidiu que, **por força do poder geral de cautela, pode o magistrado impor medidas atípicas no processo penal,**

ressaltando, porém, ser indispensável fundamentação específica que demonstre a necessidade e adequação da medida:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL NA CONDUÇÃO DE EMBARCAÇÃO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. MEDIDAS CAUTELARES. PROIBIÇÃO DE PILOTAR EMBARCAÇÃO E COMPARECIMENTO MENSAL EM JUÍZO. NÃO ADEQUAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. 1. Nos termos do art. 282, inciso I, do Código de Processo Penal, as medidas cautelares diversas da prisão deverão ser aplicadas observando-se a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais e, desse modo, proteger a própria sociedade (ordem pública). 2. Além do mais, **por força do poder geral de cautela, de forma excepcional e motivada, não há óbice ao magistrado impor ao investigado ou acusado medida cautelar atípica**, a fim de evitar a prisão preventiva, isto é, mesmo que não conste literalmente do rol positivado no art. 319 do CPP, **o alcance das hipóteses típicas pode ser ampliado para, observados os ditames do art. 282 do CPP, aplicar medida constritiva adequada e necessária à espécie ou, ainda, pode ser aplicada medida prevista em outra norma do ordenamento**. 3. Na hipótese em apreço, em que o réu foi denunciado pela prática de homicídio qualificado e lesão corporal em decorrência de atropelamento com embarcação, a título de dolo eventual, com base em "rumores" de que, após os fatos típicos, estaria a conduzir embarcações, mostram-se inadequadas as medidas cautelares impostas (proibição de pilotar embarcações e obrigação de comparecimento mensal). 4. Isso porque os fatos típicos ocorreram há mais de dois anos, sem ainda haver pronúncia, impedindo o réu (pescador profissional) de pilotar embarcações, muito embora o Estado, depois dos eventos (morte e lesão), o tenha considerado apto para tanto – diante da posterior Habilitação de Amador do Paciente (Arrais Amador e Motonauta) e da emissão de Caderneta de Inscrição e Registro (CIR), na categoria de pescador profissional –, tudo a evidenciar a inadequação das restrições parciais provisórias. 5. Ordem de habeas corpus concedida para revogar as medidas alternativas aplicadas ao Paciente, advertindo-o da necessidade de permanecer no distrito da culpa e atender aos chamamentos judiciais, sem prejuízo de decretação de novas medidas cautelares, se concretamente demonstrada a necessidade. ([STJ. HC 469453](#), [Rel. Min. Laurita Vaz. DJe 01/10/2019](#)) (grifos nossos)

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÂNSITO ABSORVIDOS PELOS CRIMES DE HOMICÍDIO SIMPLES CONSUMADO E TENTADO (POR SEIS VEZES). PRISÃO PREVENTIVA SUBSTITUÍDA POR MEDIDA CAUTELAR. PROIBIÇÃO DE CONDUZIR QUALQUER VEÍCULO AUTOMOTOR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE NA CONDUÇÃO DE VEÍCULOS. REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. 1. Entende esta Sexta Turma que, **"por força do poder geral de cautela, de forma excepcional e motivada, não há óbice ao magistrado impor ao investigado ou acusado medida cautelar atípica, a fim de evitar a prisão**

preventiva, isto é, mesmo que não conste literalmente do rol positivado do art. 319 do CPP, o alcance das hipóteses típicas pode ser ampliado para, observados os ditames do art. 282 do CPP, aplicar medida constritiva adequada e necessária à espécie ou, ainda, pode ser aplicada medida prevista em outra norma do ordenamento" (HC n. 469.453/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/9/2019, DJe 1º/10/2019). 2. Dessa forma, ainda que o agente tenha sido denunciado por homicídio simples consumado e seis tentativas de homicídio, o fato é que todos os crimes foram praticados na condução de veículo automotor e sob influência de álcool, contexto que atrai a incidência concomitante do Código de Trânsito Brasileiro. 3. Assim, a despeito da absorção dos crimes de trânsito por crimes mais graves, é possível a aplicação da medida cautelar de proibição de dirigir veículo automotor, prevista na legislação específica. Precedentes. 4. No caso, para a manutenção da proibição foi ressaltado o efetivo risco de reiteração delitiva, porquanto, além das circunstâncias dos crimes de homicídios consumado e tentados praticados na condução de veículo automotor e sob influência de álcool, consignou-se haver histórico de irresponsabilidade ao conduzir veículos, notadamente porque envolvido em outros quatro graves acidentes de trânsito, já que "em 2013 o acusado teria capotado o veículo que conduzia, em 2014 ele pilotava uma motocicleta quando teria colidido com veículo automotor e em 2016 ele teria colidido um veículo automotor em um poste" (e-STJ fl. 166). **5. É assente nesta Corte Superior que, "para a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, exige-se fundamentação específica que demonstre a necessidade e adequação da medida em relação ao caso concreto"** (HC n. 399.099/SC, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe de 1º/12/2017). 6. Nesse cenário, entendo que há motivação específica quanto ao risco efetivo de se permitir, prematuramente, o direito de voltar a dirigir veículo automotor, o que justifica a imposição e a manutenção da medida cautelar, em clara observância ao disposto no art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro e no art. 282 do Código de Processo Penal, que condiciona a adequação da medida à gravidade do crime e às circunstâncias do fato. 7. Recurso ordinário desprovido. ([STJ - RHC: 148574 MG 2021/0174669-1, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 14/12/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/12/2021](#)) (grifos nossos).

Sendo assim, a doutrina e jurisprudência, de forma majoritária, **admitem a aplicabilidade do poder geral de cautela no âmbito do processo penal**, com fundamento o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e arts. 297 e 301 do CPC c/c o art. 3º do CPP. **Como desdobramento** dessa premissa, verifica-se, no âmbito do STJ, **a aceitação pela adoção de medidas cautelares atípicas pelo magistrado**, desde que se trate de medida necessária ao caso concreto, demonstrada de forma específica e fundamentada, e que vise a evitar a imposição de medida cautelar mais gravosa (como, por exemplo, a decretação de uma prisão preventiva).

Ocorre que, nos termos da proposta, ora, apresentada, dispõe o **art. 366 do CPP**:

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, **ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional**, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996) (grifos nossos)

Destaca-se que os tribunais superiores pacificaram entendimento de que “*o período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada*”¹⁷. Este enunciado, sumulado no âmbito do STJ, teve sua constitucionalidade consolidada pelo STF que, o julgamento do RE 600.851/DF, apreciado sob o regime de repercussão geral (Tema n. 438/STF)¹⁸, firmou a seguinte tese:

Em caso de inatividade processual decorrente de **citação por edital**, ressalvados os crimes previstos na Constituição Federal como imprescritíveis, é constitucional **limitar o período de suspensão do prazo prescricional ao tempo de prescrição da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a despeito de o processo permanecer suspenso**. (grifos nossos)

Aury Lopes Junior¹⁹ melhor resume a jurisprudência acima:

Adotando-se esse entendimento, não comparecendo o réu, após a citação editalícia, **deverá ser suspenso o processo e a prescrição, sendo essa última suspensa pelo período de tempo correspondente ao da prescrição pela pena em abstrato** (para tanto, deve-se verificar a pena máxima do tipo penal e buscar, no art. 109 do CP, o respectivo lapso prescricional). **Após esse período, a prescrição voltaria a correr de novo**. Ou seja, suspende primeiro por um período de tempo e, depois, **permanece suspenso o processo, mas volta a fluir a prescrição**. (grifos nossos)

Isso significa que, na hipótese prevista no art. 366 do CPP, em que o réu, citado por edital, não comparece, nem constitui advogado, a **suspensão do prazo prescricional não pode ultrapassar o lapso temporal previsto para a configuração da prescrição pela pena máxima abstratamente cominada ao delito**. Por outro lado, no que tange à **suspensão do processo**, o STF assentou que a eventual retomada da marcha processual até a localização ou comparecimento espontâneo do acusado afrontaria as

¹⁷ Súmula STJ nº 415

¹⁸ STF. Tema 438 – Rel. Min. Edson Fachin – [Leading Case RE 600851](#) – juntada de certidão de julgamento virtual em 21/12/2020.

¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 602/603.

garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal), concluindo-se pela constitucionalidade da **suspensão do processo sem prazo determinado**.

Nessas circunstâncias, a fim de que se possa alcançar o resultado útil e proveitoso do processo, sempre no sentido de se evitar medida mais gravosa, faz-se necessária a adoção de providências diversas, suficientes e necessárias, razoáveis e proporcionais, até a localização do réu ou o seu comparecimento espontâneo em juízo. Sendo assim, **no exercício do poder geral de cautela**, pode o magistrado aplicar medidas cautelares **atípicas**, ressaltando que, tão logo atingido o objetivo de trazer o réu aos autos, desnecessária a manutenção das medidas adotadas ²⁰. Importante ressaltar que o STJ já decidiu que a não localização do denunciado para responder ao processo judicial, **por si só**, não constitui razão apta, para seu **encarceramento provisório**:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. CITAÇÃO POR EDITAL. NÃO LOCALIZAÇÃO DO ACUSADO. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, do caráter abstrato do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP). **Além disso, a decisão judicial deve apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (arts. 312 e 315 do CPP). 2. **A ausência de localização do denunciado para responder ao chamamento judicial, vale dizer, a circunstância de ele se encontrar "em local incerto e não sabido" não constitui razão apta, por si só, ao seu encarceramento provisório.** 3. Na espécie, o Juízo de primeira instância decretou a prisão preventiva do paciente após determinar a suspensão do processo, nos termos do art. 366 do CPP, e mencionou apenas que a medida seria necessária para a conveniência da instrução penal e para assegurar a aplicação da lei penal. Não fundamentou, portanto, em fatos concretos e idôneos que justificassem a imposição da constrição ante tempus. 4. O acréscimo de fundamentos, pelo Tribunal local, não se presta a suprir a ausente motivação do Juízo natural, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato constritivo ao direito de locomoção do paciente. 5. Ordem concedida para revogar a custódia cautelar do acusado. (STJ - HC: 617685 GO 2020/0262941-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 06/04/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/04/2021) (grifos nossos)**

²⁰ TJ-MT - HC: 10121222120188110000 MT, Relator: LUIZ FERREIRA DA SILVA, Data de Julgamento: 28/11/2018, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/12/2018

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CITAÇÃO POR EDITAL. NÃO COMPARECIMENTO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA APÓS MAIS DE SETE ANOS. PLEITO DE REVOGAÇÃO DA CONSTRIÇÃO CAUTELAR INDEFERIDO PELO MAGISTRADO. RÉU PRESO NO ENDEREÇO FORNECIDO. HABEAS CORPUS. LIMINAR CONCEDIDA PELO TRIBUNAL A QUO. COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. ORDEM POSTERIORMENTE DENEGADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE PERICULUM IN MORA. RISCO DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL ELIDIDO PELO ATUAL COMPORTAMENTO DO RÉU. 1. Prisão preventiva decretada pelo não comparecimento do réu em juízo, após a sua citação por edital. 2. **Consoante decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, não se pode confundir evasão com não localização.** No primeiro caso, o que revela a necessidade da prisão provisória é o risco para a aplicação da lei penal, materializado no comportamento voluntário do acusado de subtrair-se à ação das instâncias formais de controle. **No caso de citação por edital, porém, o Estado sequer logrou comunicar ao réu a formal constituição da relação processual. Em tal situação, é temerário presumir a fuga** (HC n. 147.455/DF, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 8/6/2011). 3. Na hipótese, o réu, mais de sete anos após a sua citação por edital, por meio de advogado constituído, compareceu espontaneamente e forneceu ao Magistrado o seu endereço atualizado, mesmo ciente do decreto de prisão preventiva. Negado o pedido de revogação da constrição antecipada, foi preso no endereço informado. Deferida liminar em habeas corpus impetrado na origem, compareceu à audiência de instrução designada pelo Magistrado de 1º grau. Posterior denegação do habeas corpus. 4. Demonstrado o efetivo interesse do réu em colaborar com o bom andamento da instrução criminal, elidido se encontra o periculum in mora. 5. Necessidade da constrição cautelar pelo risco de aplicação da lei penal afastado pelo comportamento do réu. 6. Recurso ordinário provido a fim de revogar a prisão preventiva de Antônio Alexandre da Silva Filho, ressaltando a existência de prisão por outro motivo ou de fatos novos que autorizem a decretação da custódia cautelar, caso demonstrada a necessidade, bem como possibilitando ao Juízo de primeiro grau a imposição de medidas cautelares (Processo n. 0000043-93.2004.8.17.0600 – Vara da comarca de Ferreiros/PE) ([STJ RHC nº 49.989/PE. Relator Min. Sebastião Reis Junior. DJe 19/12/2016](#)) (grifos nossos).

Entretanto, considerando o cenário definido no art. 366 do CPP, no julgamento do HC 316.256, o STJ possibilitou a aplicação de medida cautelar alternativa à prisão, para réu citado por edital, em lugar incerto e não sabido.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CRIME CONTINUADO. **CITAÇÃO POR EDITAL. PRISÃO PREVENTIVA.** FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. **GRAVIDADE ABSTRATA. RISCO PARA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉU EM LUGAR**

INCERTO E NÃO SABIDO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade. 2. In casu, custódia provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea, pautando-se apenas na gravidade abstrata do delito e no perigo para a aplicação para lei penal, **que não deflui do simples fato de se encontrar o réu em lugar incerto e não sabido, não se confundindo evasão com não localização.** 3. Ordem concedida a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado do processo criminal, se por outro motivo não estiver preso, **sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11**, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade. ([STJ, HC 316.256, Rel. Min. Maria Thereza de Assis, DJe 15/05/2015](#)) (grifos nossos)

Da mesma forma o TJRO:

Habeas corpus. Uso de documento falso. Trancamento da ação penal. Prisão preventiva. **Art. 366 do CPP. Lugar incerto e não sabido. Citação por edital. Condições favoráveis. Medida diversa da prisão. Ordem. Concessão.** O trancamento da ação penal por meio de habeas corpus é medida excepcional, somente sendo admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. A não localização do paciente para citação por si só não constitui fundamento idôneo para a decretação da prisão preventiva, pois esta deve ser consubstanciada em elementos concretos que a justifiquem, não podendo limitar-se a determinar a expedição de mandado de prisão pelo não comparecimento do réu em juízo, após a citação por edital, sem mencionar nenhum dos requisitos do art. 312 do CPP ou qualquer situação concreta que justifique a manutenção da segregação cautelar. (Habeas Corpus, Processo nº 0003156-17.2017.822.0000, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Criminal, Relator (a) do Acórdão: Des. Valter de Oliveira, Data de julgamento: 13/07/2017) (TJRO - HC: 00031561720178220000 RO 0003156-17.2017.822.0000, Relator: Desembargador Valter de Oliveira, Data de Julgamento: 13/07/2017, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 19/07/2017.)

O TJMT também decidiu que é possível a aplicação de “*medidas cautelares alternativas recomendadas para assegurar a conveniência da instrução penal*”, nos casos de processos suspensos em razão da não localização do réu citado por edital (art. 366 do CPP).

HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO - PRISÃO PREVENTIVA - DECISÃO NÃO FUNDAMENTADA EM PRESSUPOSTOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR - AUSÊNCIA DE INTENÇÃO DE FUGIR OU SE OMITIR DAS SUAS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS - PEDIDO DE

REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - NÃO LOCALIZAÇÃO DO PACIENTE - **CITAÇÃO POR EDITAL** - INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS OU REGISTROS DE ATOS DE QUE O PACIENTE TENTOU SE FURTAR À APLICAÇÃO DA LEI PENAL - **CUSTÓDIA COMO CONSEQUÊNCIA DA APLICAÇÃO DO ART. 366 DO CPP** - **NECESSIDADE DE CONCORRÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO PROVISÓRIA** - INVIABILIDADE DA PRESUNÇÃO DE FUGA DIANTE DA NÃO LOCALIZAÇÃO DO RÉU - ENTENDIMENTO DO STJ - JULGADO DAS CÂMARAS CRIMINAIS DO TJMT - FUNDAMENTO IDÔNEO - **SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS RECOMENDADA PARA ASSEGURAR A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO PENAL** - ARESTO DO TJMT - ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. O c. STJ firmou entendimento no sentido de que não se deve confundir evasão com não localização. No primeiro caso, “o que revela a necessidade da prisão provisória é o risco para a aplicação da lei penal, materializado no comportamento voluntário do acusado de subtrair-se à ação das instâncias formais de controle”, ao passo que, “no caso de citação por edital, porém, o Estado sequer logrou comunicar ao réu a formal constituição da relação processual. Em tal situação, é temerário presumir a fuga” (RHC nº 49.989/PE). **“O não comparecimento do réu em juízo, após a sua citação por edital, não autoriza a decretação de sua prisão preventiva, sem que estejam presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.”** (TJMT, RSE nº 129337/2015) “Não se podendo inferir dos autos que a não localização do paciente foi em decorrência da sua intenção de furtar-se da aplicação da lei penal ou com o fim de atrapalhar a colheita de provas e a instrução criminal, [...] incabível a manutenção da restrição de sua liberdade de forma preventiva, **por mostrarem-se suficientes e adequadas as medidas cautelares do art. 319 do CPP, que são mais brandas e, da mesma forma, se prestam para os fins acautelatórios pretendidos**, respeitando-se, assim, o caráter excepcionalíssimo da prisão preventiva e a garantia constitucional da presunção de inocência” (TJMT, HC nº. 178052/2016) ([TJ-MT - HC: 10135451620188110000 MT, Relator: MARIA APARECIDA RIBEIRO, Data de Julgamento: 13/02/2019, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: 20/02/2019](#)) (grifos nossos)

Dessa forma, com base na jurisprudência do STJ acerca da aplicação de medidas atípicas no processo penal, o TJSC **admitiu a adoção de medida atípica** de suspensão da habilitação de réu, cujo processo estava suspenso, por força do art. 366 do CPP. Vejamos:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME DE DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR COM A CAPACIDADE PSICOMOTORA ALTERADA (ART. 306 DOCTB). DECISÃO QUE INDEFERIU A APLICAÇÃO DE **MEDIDA CAUTELAR INOMINADA**, QUANDO DA DECISÃO DE **SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL NA FORMA DO ART. 366 DO CPP**. **INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO DE**

APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE RENOVAÇÃO DA CNH. RÉU QUE DESCUMPRIU AS CONDIÇÕES IMPOSTAS QUANDO DA SUA LIBERAÇÃO, MEDIANTE FIANÇA. MEDIDA CAUTELAR ATÍPICA MENOS GRAVOSA E RESTRITIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS APTA A ASSEGURAR A EFETIVIDADE DO PROCESSO. É cediço que o princípio da presunção de inocência decorre do postulado da dignidade da pessoa humana e pressupõe que qualquer restrição à liberdade individual seja, efetivamente, indispensável. Assim, utilizando-se do poder geral de cautela, pode o juiz, para evitar a imposição de providência mais grave e quando se revelarem desapropriadas/ineficazes as medidas alternativas positivadas, aplicar medida cautelar atípica, menos onerosa e restritiva de direitos fundamentais, desde que suficiente e idônea para assegurar a eficácia do processo. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "condição, porém, de legitimidade da medida atípica é que não seja mais gravosa do que as já dispostas em lei para a tutela da situação sob risco (sob a perspectiva de que 'quem pode o mais pode o menos')), haja vista que, na jurisdição criminal, onde vigora o princípio favor *libertatis*, cumpre ao aplicador da lei escolher sempre 'o meio menos invasivo à esfera da liberdade'" (HC n. 73.327/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. em 19/4/2018 – grifou-se). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. ([TJ-SC - RSE: 00118184520168240033 Itajaí 0011818-45.2016.8.24.0033, Relator: Sidney Eloy Dalabrida, Data de Julgamento: 11/10/2018, Quarta Câmara Criminal](#)) (grifos nossos).

De igual forma, o TJMT informa ter adotado **medida cautelar atípica** para

o caso:

HABEAS CORPUS – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PACIENTE NÃO ENCONTRADO – CITAÇÃO POR EDITAL – SUSPENSÃO DA CNH – 1. REQUERIDA NULIDADE DA CITAÇÃO – NÃO ACOLHIMENTO – FORAM ESGOTADOS TODOS OS RECURSOS PARA LOCALIZAR O PACIENTE - 2. SOLICITADO O DESBLOQUEIO DA CNH – PERTINÊNCIA DAS ALEGAÇÕES – RESTRIÇÃO FLAGRANTEMENTE DESNECESSÁRIA – PACIENTE APARECEU E INFORMOU NOVO ENDEREÇO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – 3. PLEITO PARCIALMENTE PROCEDENTE, ORDEM CONCEDIDA EM PARTE, LIMINAR CONFIRMADA. 1. Inexiste, na hipótese, nulidade na citação por edital pois o paciente não foi encontrado nos endereços indicados em diversas oportunidades dos autos. Além disso, é dever do acusado, ciente da ação penal ou qualquer outro procedimento, a manutenção de seus dados atualizados perante o juízo no qual responde ao processo. 2. Tendo o paciente se pronunciado nos autos e informado o atual endereço, **desnecessário, portanto, a manutenção do bloqueio da Carteira Nacional de Habilitação.** 3. Pedido parcialmente procedente. Ordem parcialmente concedida, liminar confirmada. ([TJ-MT - HC: 10121222120188110000 MT, Relator: LUIZ FERREIRA DA SILVA, Data de Julgamento: 28/11/2018, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/12/2018](#))

O TJCE também deliberou no sentido de admissão de aplicação de medidas atípicas, no contexto do art. 366 do CPP, no seguinte sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA MAIS DE 17 APÓS OS FATOS. MOTIVAÇÃO PARA A GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PACIENTE NÃO LOCALIZADO. CITADO POR EDITAL. PRESUNÇÃO DE FUGA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PACIENTE LOCALIZADO E CITADO POR PRECATÓRIA. ENDEREÇO CONHECIDO. DESNECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA COM CAUTELARES. 1. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. 2. A prisão cautelar do paciente foi decretada mais de 17 anos após os fatos, porque, determinada a citação, não foi ele encontrado. Demais disso, apesar do risco à ordem pública em razão dos antecedentes do réu bem como da gravidade do crime, infere-se que o único motivo da segregação cautelar, apontado pelo juiz de piso, como visto, foi a "provável evasão do réu do distrito da culpa". Ocorre que, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, o simples fato de não ter sido encontrado para citação não presume a condição de foragido do acusado, não se justificando a prisão preventiva pelo mero insucesso na localização do acusado, que não se confunde com evasão. 3. A presunção de fuga, decorrente do fato de o paciente não ser localizado para citação, não constitui fundamentação válida a autorizar a custódia cautelar, porquanto os conceitos de evasão e não localização não se confundem. Precedente. 4. No caso, a decisão impugnada destacou que o paciente não foi localizado, presumindo, assim, que estaria foragido. Todavia, posteriormente, o paciente compareceu aos autos, através de advogado constituído, indicando seu endereço na cidade de Manaus/Am, para onde mudou-se, sendo efetivamente citado por precatória, inexistindo nos autos, ademais informação concreta de que o paciente estaria tentando frustrar a aplicação da lei penal. 5. **Considerando que o acusado foi denunciado por crime grave e que registra outras ações penais em curso, entendo suficientes e cabíveis para assegurar a garantia da aplicação da lei penal e garantir a ordem pública a aplicação das medidas cautelares elencadas no art. 319, I, IV, V e IX do Código de Processo Penal, além de outras medidas que o magistrado a quo entender necessárias, devendo o acusado manter atualizado o endereço onde possa ser encontrado, a fim de que os atos processuais possam ser realizados sem prejuízo à ação penal.** 6. Ordem conhecida e concedida, com aplicação de cautelares. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de habeas corpus, ACORDAM os Desembargadores da 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade, em CONHECER da ordem impetrada, para CONCEDÊ-LA, com cautelares, tudo em conformidade com o voto do relator. Fortaleza, 06 de outubro de 2020 DESEMBARGADOR FRANCISCO CARNEIRO LIMA Relator ([TJ-CE -](#)

[HC: 06313848920208060000 CE 0631384-89.2020.8.06.0000, Relator: FRANCISCO CARNEIRO LIMA, Data de Julgamento: 06/10/2020, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 07/10/2020](#) (grifos nossos)

Inobstante o posicionamento assente nos Tribunais Superiores e em diversos tribunais estaduais, todavia, é mister ressaltar que, analisando-se o entendimento no âmbito do TJBA, percebemos que este tribunal não tem admitido sequer a aplicação do poder geral de cautela no processo penal, inadmitindo, portanto, a imposição de medida atípica.

Senão observe-se:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME PREVISTO NO ART. 306, § 1º, II, DO CTB. INSURGÊNCIA MINISTERIAL CONTRA A DECISÃO QUE INDEFERIU OS PLEITOS DE ANTECIPAÇÃO DE PROVAS E DE **SUSPENSÃO DO CPF E CNH DE ACUSADO REVEL, ATÉ O SEU COMPARECIMENTO EM JUÍZO**. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. EXCEPCIONALIDADE. PLEITO FUNDAMENTADO NO MERO DECURSO DO TEMPO. INSUFICIÊNCIA. ENUNCIADO Nº 455 DA SÚMULA DO STJ. **SUSPENSÃO CAUTELAR DE CPF E CNH DO ACUSADO. INVIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. De acordo com o Enunciado nº 455 da Súmula do STJ, o mero decurso do tempo não configura motivo hábil para justificar o deferimento de produção antecipada de provas. **Por implicarem em limitações na esfera dos direitos fundamentais do acusado, as medidas cautelares exigem a observância estrita do Princípio da Legalidade, sendo incabível a restrição de direitos atípica ou fora dos limites legais.** Precedentes do STJ. ([TJ-BA - RSE: 05113554320188050150, Relator: INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, SEGUNDA CAMARA CRIMINAL - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 30/06/2022](#))

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INSURGÊNCIA MINISTERIAL CONTRA A DECISÃO QUE INDEFERIU OS PLEITOS DE ANTECIPAÇÃO DE PROVAS E **IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES INOMINADAS (SUSPENSÃO DO CPF E CNH)**. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS POSSUI NATUREZA EXCEPCIONAL, NÃO PODENDO SER JUSTIFICADA PELO MERO DECURSO DO TEMPO. NÃO FORAM EXPOSTOS ELEMENTOS CONCRETOS PELO PARQUET, RAZÃO PELA QUAL DEVE SER APLICADO O ENTENDIMENTO CONSOLIDADO ATRAVÉS DA SÚMULA 455 DO STJ. **SUSPENSÃO CAUTELAR DA CNH E CPF NÃO ESTÃO PREVISTAS NO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, NÃO SENDO POSSÍVEL APLICÁ-LAS EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO PROCESSO PENAL**. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. ([TJBA - RSE: 05005011920208050150, Relator: MARIO ALBERTO SIMOES HIRS,](#)

SEGUNDA CAMARA CRIMINAL - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 10/12/2021 (grifos nossos)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. CRIMES DE AMEAÇA E LESÃO CORPORAL EM CONTEXTO DOMÉSTICO. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA PRODUÇÃO DE PROVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. **SUSPENSÃO/BLOQUEIO DE CPF E CNH DO ACUSADO. INVIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.** PRECEDENTES DO STJ. REFORMA PARCIAL DA DECISÃO HOSTILIZADA QUE SE IMPÕE. 1. Na hipótese, o Acusado foi citado por edital, contudo, não compareceu ao processo, tampouco constituiu advogado para representá-lo, **havendo o Juízo de origem determinado a suspensão do processo, nos termos do art. 366, do CPP.** 2. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. Malgrado o decurso do tempo não seja motivo hábil para justificar o deferimento de produção antecipada de provas, conforme entendimento sumulado (enunciado 455 do STJ), o excesso desse elastério temporal pode justificar o seu deferimento diante da necessidade da oitiva de testemunhas, como ocorreu no caso. Ademais, tratando-se de fato ocorrido no ano 2015, não apenas em razão do tempo decorrido mas, também, pelo fato de três das quatro testemunhas arroladas serem Policiais Militares, que vivenciam situações semelhantes e podem esquecer dos fatos, ficando impedidos de contribuir na busca da verdade real. Além disso, sendo impreciso o tempo em que se dará a retomada do curso normal do processo - que poderá perdurar até data longínqua -, fácil é representar na mente tal diluição. O deferimento da medida não trará prejuízo alguma ao Recorrido, pois a defesa técnica estará presente na audiência, para garantir os seus interesses, não afastando a colheita de outras provas, eventualmente necessárias quando for localizado. **3. BLOQUEIO/SUSPENSÃO DE CPF E CNH. Em matéria penal vige o Princípio da Legalidade, que, dentre outras formas, exterioriza-se pela taxatividade, regulamentando situações que implicam na afetação de direitos fundamentais do indivíduo, restando inviável a aplicação do poder geral de cautela, no caso.** Precedentes do STJ. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. ([TJ-BA - RSE: 03022494620158050150](#), Relator: [ARACY LIMA BORGES, PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 16/11/2021](#)) (grifos nossos)

Este entendimento, todavia, inobstante oriundo do primeiro Tribunal das Américas, não é, no entender deste Centro de Apoio, o que melhor se coaduna com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e arts. 297 e 301 do CPC c/c o art. 3º do CPP, que, no nosso sentir, tornam plenamente possível a aplicação de medidas cautelares atípicas também no processo penal, como forma de salvaguardar o resultado útil do provimento jurisdicional almejado e conferir eficiência à persecução penal estatal.

Sendo assim, **considerando** que o **poder geral de cautela no processo penal** constitui uma ferramenta posta à disposição do juízo para a **efetividade processual e garantia do resultado útil e proveitoso do processo em sua dupla finalidade: repressiva e preventiva**²¹; **considerando** recente entendimento assentado no STF, em harmonia com a [Súmula 415 do STJ](#), segundo a qual “*o período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada*”, de modo que findo o tal, o prazo da prescrição voltará ao seu curso regular, não obstante o processo permaneça suspenso, e que, diante deste cenário, é preciso que se busque o **resultado útil ao processo** e, por derradeiro, **considerando** precedentes no âmbito de outros tribunais no que tange à **adoção de medida cautelar atípica, no contexto do art. 366 do CPP**, este CAOCRIM submete à consulta para deliberação deste respeitável Conselho de Procuradores e Promotores de Justiça com Atuação na Área Criminal - CONCRIM as seguintes propostas de enunciado:

ENUNCIADO nº XX:

Por força do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e arts. 297 e 301 do CPC c/c o art. 3º do CPP, é aplicável o poder geral de cautela no âmbito do processo penal.

ENUNCIADO N. XX

É juridicamente possível que, no contexto do art. 366 do CPP, sejam adotadas pelo magistrado medidas cautelares atípicas, até a localização ou o comparecimento espontâneo do réu em juízo, a fim de assegurar a aplicação da lei penal e desde que se trate de medida necessária e proporcional ao caso concreto, demonstrada de forma específica e fundamentada e que vise a evitar a imposição de medida cautelar mais gravosa, como por exemplo, uma prisão preventiva.

Sendo o que se apresenta para o momento, fico à disposição para qualquer esclarecimento adicional, ao tempo em que renovo os votos de elevada estima e especial consideração.

Salvador, 16 de maio de 2023.

André Luís Lavigne Mota
Coordenador do CAOCRIM
Secretário Executivo do CONCRIM

21 CONSERINO, C. R. [Poder geral de cautela, jurisdição preventiva e ativismo judicial](#). Revista de Direito Penal e Processo Penal, ISSN 2674-6093, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020