

O poder geral de cautela no processo penal

ROGÉRIO PACHECO ALVES (*)

1. Efetividade e processo cautelar.
2. Requisitos e características das providências cautelares.
3. As medidas cautelares típicas previstas no Código de Processo Penal e na legislação extravagante.
4. Da possibilidade de adoção de medidas cautelares atípicas no processo penal.
5. Do interesse de agir.
6. Limites ao poder geral de cautela.
7. Alguns aspectos pragmáticos.

1. Efetividade e processo cautelar

Soa contundente, ainda e sobretudo nos dias atuais, a assertiva de CHIOVENDA no sentido de que o processo deve proporcionar a quem tem um direito, individual ou coletivamente considerado, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele pode e deve obter, máxima aplicável ao processo civil e também, por evidente, ao processo penal.

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

Para tanto, na visão do Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, mestre da processualística contemporânea, cinco postulados devem ser considerados, quais sejam: a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) deve-se assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, permitindo que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto possível, à realidade; d) o resultado do processo há de ser tal que assegure ao vitorioso o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o

ordenamento; e) tal resultado deve ser alcançado como o mínimo de dispêndio de tempo e energias. ⁽¹⁾

Dentro de tal perspectiva, o processo cautelar vai desempenhar um importantíssimo papel principalmente na implementação dos postulados a (“instrumentos adequados”) e d (“utilidade do resultado do processo”), *supra*, garantindo, por meio de uma cognição sumária, a eficácia prática da sentença, ameaçada pela natural demora da prestação jurisdicional (*periculum in mora*), possibilitando, assim, que o processo alcance todos os escopos (jurídicos, sociais e políticos) para os quais foi concebido.

Como já se disse, as medidas cautelares “*representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinário*”. ⁽²⁾

É bem de ver que a chamada tutela de urgência, da qual o processo cautelar participa, vai buscar fundamento no princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal ⁽³⁾, o que desloca todas as discussões a seu respeito para um plano de considerável superioridade sistemática, permitindo ao operador o seu manejo, limitado pelo próprio sistema de garantias constitucionais, em busca da *tutela jurisdiccional adequada*. ⁽⁴⁾ Com efeito, uma interpretação mais operosa e útil do referido princípio constitucional nos permite afirmar que a garantia de acesso ao judiciário não se satisfaz, apenas, com a possibilidade de utilização do processo de conhecimento (cognição exauriente), exigindo, antes, a possibilidade de utilização de novas técnicas capazes de garantir, mesmo que reflexamente, a satisfação do bem da vida.

Buscaremos discutir, no presente trabalho, uma forma peculiar de garantia de efetividade da jurisdição penal, palco dos mais dramáticos conflitos sociais, no qual a indisponibilidade dos interesses e a sua intensa conflituosidade (pretensão punitiva estatal *versus* pretensão de liberdade), aliados ao caótico quadro de desagregação social proporcionado pelo aprimoramento da criminalidade organizada, da criminalidade estatal e da criminalidade de massas, exigem do operador do direito uma postura mais ativa e comprometida com os anseios da coletividade, sem que se desborde, por evidente, para posturas pouco

⁽¹⁾ “Notas sobre o problema da “efetividade” do processo”. In *Temas de Direito Processual - Terceira Série*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 27 e segs.

⁽²⁾ PIERO CALAMANDREI. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, Librería El Foro, 1996, pp. 43/44.

⁽³⁾ “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁽⁴⁾ Afirma LUIZ GUILHERME MARINONI que “No momento em que foi proibida a autotutela privada, o Estado assumiu a obrigação de tutelar de forma adequada toda e qualquer situação conflitiva concreta, razão pela qual o tempo despendido para a cognição da lide não pode impedir a efetividade da tutela dos direitos” (*Efetividade do processo e tutela de urgência*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, pp. 31/32).

afeiçoadas aos anseios democráticos e garantistas, fundamente inscritos em nosso atual diploma Constitucional.

2. Requisitos e características das providências cautelares

A concessão de toda e qualquer providência cautelar, típica ou atípica, pressupõe a presença de dois requisitos fundamentais, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.⁽⁵⁾

O primeiro (*fumus boni iuris*), expressamente previsto no art. 801, III, do Código de Processo Civil,^{(6) (7)} enseja análise judicial a partir de critérios de mera probabilidade, em cognição não exauriente, avaliando-se a plausibilidade do direito pleiteado pelo autor a partir dos elementos disponíveis no momento. Deve o juiz indagar, assim, se a pretensão veiculada, diante dos elementos apresentados pelo legitimado, o conduzirão, provavelmente, a um resultado favorável, cuja utilidade se busca preservar. Não se pode perder de vista, assim, que, quanto à investigação do direito “... la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal: en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea, para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad”.⁽⁸⁾

Quanto aos riscos representados pela natural demora da prestação jurisdicional dita principal (*periculum in mora*), de que cuida, dentre outros dispositivos, o art. 801, IV, do Código de Processo Civil,⁽⁹⁾ a presença de tal

⁽⁵⁾ A maioria da doutrina trabalha tais requisitos no campo das condições da ação cautelar. Para OVIDIO BATISTA DA SILVA, diversamente, a “fumaça de bom direito” e o “risco de demora” compõem “o mérito da ação cautelar”. GALENO LACERDA, adotando postura original, situa o *periculum in mora* no campo das condições da ação cautelar (interesse de agir) e o *fumus boni iuris* no campo do mérito, embora afaste a possibilidade da ação rescisória com vistas à desconstituição da respectiva sentença (*Comentários ao Código de Processo Civil* - v. VIII, t. I., Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 166).

⁽⁶⁾ “Art. 801 - O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará: (...) III - a lide e seu fundamento”.

⁽⁷⁾ A necessidade de fumaça de bom direito é indicada no Código de Processo Penal em vários momentos: art. 126, que cuida do seqüestro de bens adquiridos com os proventos da infração penal, exigindo o legislador a presença de “indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”; art. 134, que cuida da hipoteca legal e exige a presença de “indícios suficientes da autoria”; arts. 240 e 244, que tratam da busca e apreensão, aludindo o primeiro dispositivo (busca domiciliar) a “fundadas razões” e o segundo (busca pessoal), a “fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito ...”; art. 312, disciplinador da prisão preventiva, que fala em “prova da existência do crime e indícios suficiente de autoria” etc.

⁽⁸⁾ CALAMANDREI, obra e autor citados, p. 77.

⁽⁹⁾ “Art. 801 - O requerente pleiteará a medida cautelar em petição escrita, que indicará: (...) IV - a exposição sumária do direito ameaçado e o receio da lesão”.

requisito demanda a apreciação, a partir de dados reais, dos riscos que a delonga do accertamento do direito das partes poderá acarretar à utilidade da sentença futura. Não basta o perigo genérico, ténue, exigindo-se a demonstração de que, provavelmente, a alteração do *status quo*, razoavelmente demonstrada, esvaziará a atuação jurisdicional, tornando-a irremediavelmente imprestável.

Não se pode perder de vista, por outro lado, que “... a cautela importa em um sacrifício para o sujeito passivo dela, visto que a disponibilidade de pessoas e coisas também importa num custo, tornando-se necessário pesar esse custo, tendo em consideração o perigo e o risco deste decorrentes. Portanto, é importante examinar o grau de prejuízo, em proporção com o custo da própria cautela, custo esse que varia tendo em vista as diversas modalidades de cautela”.⁽¹⁰⁾ Daí o necessário influxo das regras de razoabilidade e proporcionalidade sobre o juízo de concessão, ou não, das medidas requeridas. Com vistas a obstar danos desarrazoados ao patrimônio jurídico do réu, deve o magistrado, sobretudo nas providências decretadas *inaudita altera pars*, buscar o justo equilíbrio entre a preservação dos interesses do autor, concedendo a cautela e, a um só tempo, o resguardo devido aos interesses titularizados pelo demandado, impondo contracautelas, se for o caso.
(11)

A busca de preservação dos “resultados úteis do processo principal” vai demandar, em hipóteses excepcionais, a concessão, pelo magistrado, de medidas cautelares independentemente da prévia oitiva do demandado, “... quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz” (art. 804 do Código de Processo Civil), sendo importante enfatizar que a vedação das decisões *inaudita altera pars* acabaria por desfigurar o próprio processo cautelar, não havendo que se falar, por óbvio, em qualquer violação da cláusula contida no art. 5º, LV, da Carta

O *periculum in mora* da prisão preventiva, conforme se extrai do art. 312 do Código de Processo Penal, é representado pelo risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal. Na prisão temporária, o perigo reside na necessidade de garantir a eficácia das investigações ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1º, I e II, da Lei nº 7.960/89). Já nas prisões por força de pronúncia e por força de sentença condenatória recorrível (arts. 408, § 2º e 594, respectivamente), o próprio legislador, partindo da vida pregressa do réu, presume o risco à aplicação da lei penal.

⁽¹⁰⁾ ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 42.

⁽¹¹⁾ Consoante bem acentuado por PESTANA DE AGUIAR, “com a contracautela o juiz estabelece um completo e equitativo regime de garantia ou prevenção de sorte a tutelar bilateralmente todos os interesses em risco” (apud LUIZ FUX, *Tutela de segurança e tutela de evidência (fundamentos da tutela antecipada)*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 127).

Política, uma vez que o contraditório, aqui, será exercido, só que em momento posterior à atuação acautelatória do juiz. ⁽¹²⁾ ⁽¹³⁾

Uma vez presentes os requisitos legais acima referidos, não dispõe o juiz de discricionariedade capaz de levá-lo a indeferir a providência cautelar, abdicando de seu relevante papel de tutela dos bens jurídicos postos sob seus cuidados, sob pena de esvaziamento, ao menos do ponto de vista prático, da própria garantia da inafastabilidade da jurisdição.

Quanto às características da atuação cautelar, ressalta a melhor doutrina pelo menos quatro fundamentais, que são a *accessoriedade*, no sentido de apontar a subordinação do processo cautelar ao processo dito principal; a *preventividade*, indicativa do escopo do processo cautelar como sendo o de evitar os danos que o tempo pode causar à sentença futura; a *instrumentalidade hipotética*, expressão cunhada por CALAMANDREI e que significa que a análise da qualidade do direito ou pretensão do autor, de sua probabilidade de êxito, se faz de forma meramente hipotética, em juízo não exauriente, não sendo as cautelares um fim em si; e, finalmente, a *provisoriidade*, no sentido de que a providência acautelatória não se vocaciona à estabilização, sobrevivendo apenas enquanto necessária à tutela do processo principal. ⁽¹⁴⁾

⁽¹²⁾ "... a urgência de certas situações (*periculum in mora*) exige a imposição de medidas igualmente urgentes, sem prévio contraditório (*inaudita altera parte*): é o que pode dar-se com as cautelas e se dá com as liminares em geral, em razão dos males do fluir do tempo (o tempo é um inimigo), sem que no entanto fique excluído o contraditório, mas tão somente postergado" (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 9ª edição, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 133). Não se deve desprezar, no entanto, a advertência de MARINONI no sentido de que: "Se a efetivação da medida cautelar *inaudita altera parte*, em algumas hipóteses, é absolutamente necessária para preservar a efetividade da tutela do direito afirmado pelo autor, a sua excepcionalidade decorre do fato de que esta posterga o contraditório. Em nome da efetividade do contraditório, ao réu deve ser permitido demonstrar, com a maior brevidade possível, a eventual inexistência dos fundamentos que autorizaram a concessão da medida" (*Efetividade do processo e tutela de urgência*, ob. cit., pp. 79/80).

⁽¹³⁾ *Concessa maxima venia*, soava absurda, por tal motivo, proposta da Comissão presidida pela Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, nomeada pela Portaria nº 61/2000 do Ministério da Justiça, e que consistia em dar ao art. 282, § 3º, do Código de Processo Penal a seguinte redação: "§ 3º. As medidas cautelares poderão ser decretadas, de ofício, ouvidas as partes, ou a requerimento destas, *ouvida a parte contrária*". Em boa hora, provavelmente em razão da enxurrada de críticas ao dispositivo sugerido, a Comissão retirou tal esdrúxula regra do Projeto encaminhado ao Congresso Nacional. Realmente, não se pode compreender que o magistrado tenha de ouvir as partes quando se predisponha a decretar uma medida de ofício. Ademais, a parte final do dispositivo acabaria com a cautelaridade *inaudita altera pars* no Processo Penal, em flagrante descompasso com a atual legislação processual civil. Imagine-se a seguinte hipótese: O Ministério Público, a partir de indícios de que o agente pretende fugir do "distrito da culpa", requer ao juiz a decretação da prisão preventiva. De acordo com a regra sugerida, em tal hipótese, pasmem os céus, deveria o requerido ser previamente ouvido pelo magistrado sobre o requerimento formulado pelo *Parquet*! É óbvio que, muito antes, já teria fugido. Ou esta outra situação: o titular da ação penal pretende a apreensão de documento imprescindível ou, mesmo, de armas ou qualquer instrumento utilizado na prática de crime. Requer a medida cautelar de busca e apreensão, e o juiz determinaria que se ouvisse o requerido... Ou ainda pior: O Ministério Público requer a interceptação telefônica, providência de inegável índole cautelar, e o juiz, previamente, ouviria o investigado!?

⁽¹⁴⁾ Cf. AFRÂNIO SILVA JARDIM, "Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal". In *Direito Processual Penal*, 6ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1997, pp. 256/257.

3. As medidas cautelares típicas previstas no Código de Processo Penal e na legislação extravagante.

Diferentemente do que se verifica no campo do processo civil, a legislação processual penal é bastante confusa no trato das medidas cautelares. A começar pelo próprio Código de Processo Penal, que traz em seu corpo diversas providências acautelatórias sem nenhum rigor sistemático, delas tratando em diferentes capítulos. ⁽¹⁵⁾

ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, após analisar a doutrina de CALAMANDREI, CARNELUTTI, PODETTI, FOSCHINI e de alguns de nossos melhores processualistas, classifica as medidas cautelares penais em: a) *cautelais pessoais*, que são as prisões provisórias (prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão por força de pronúncia e prisão em virtude de sentença condenatória recorrível) ⁽¹⁶⁾, as medidas de segurança e interdições de direito (previstas no Título XI do Livro I do Código de Processo Penal e que se viram esvaziadas pela reforma da parte geral do Código Penal, levada a efeito em 1984), as contracautelas (liberdade provisória, com ou sem fiança) ⁽¹⁷⁾ e as restrições processuais (Título X) ⁽¹⁸⁾; b) *cautelais patrimoniais*, disciplinadas nos arts. 6º (inquérito policial), 125 (seqüestro), 132 (arresto), 136 (hipoteca legal) e 240 (busca e apreensão) do Código; c) *cautelais referentes aos meios de prova* (depoimento *ad perpetuam rei memoriam* [art. 225], exame de corpo de delito [arts. 158/181], perícia complementar [art. 168, § 2º] e exame do local do crime [art. 169/173]). ⁽¹⁹⁾

Não é difícil perceber que, além de assistemática, a disciplina contida no Código de Processo Penal, do alto de seus mais de sessenta anos de vigência, é também bastante pobre, tendo sido concebida a partir de uma realidade social totalmente diferente da atual, época de costumes diversos, de criminalidade diversa, de diferentes práticas democráticas, igualmente. Deixa, assim, de contemplar inúmeras situações que hoje vêm demandando dos operadores do direito uma postura diferente.

Tal quadro veio a ser amenizado pelos novos diplomas legais.

⁽¹⁵⁾ Livro I ("Do processo em geral"), Título VI ("Das questões e processos incidentes"), Capítulo VI ("Das medidas assecuratórias"); Livro I, Título VII ("Da prova"), Capítulo XI ("Da busca e da apreensão"); Livro I, Título IX ("Da prisão e da liberdade provisória"), Capítulo III ("Da prisão preventiva") etc.

⁽¹⁶⁾ Arts. 302 e segs., 311/316, 408 e 393, I, do Código de Processo Penal.

⁽¹⁷⁾ Arts. 321/350 e 310.

⁽¹⁸⁾ Arts. 351/372.

⁽¹⁹⁾ Ob. cit., p. 36. Referido autor abandona, deliberadamente, a consagrada classificação de FOSCHINI, elaborada para o processo penal, em razão da maior amplitude da classificação apresentada pelos processualistas civis: "... a doutrina do processo civil é que vai iluminar o processo penal, visto que este além de mais apoucado no campo doutrinário, é servido, em nosso direito, por um código sem qualquer orientação técnica" (pp. 33/34).

Com efeito, regulamentando o art. 5º, XII, da Constituição da República, ⁽²⁰⁾ a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, veio cuidar da “interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal”, disponibilizando o legislador uma importantíssima ferramenta cautelar de combate à criminalidade organizada.

Pouco mais de um ano depois, em boa hora, o novo Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, em seu art. 294, *caput*, passou a admitir que “*Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção*”. ⁽²¹⁾

Também o Código de Propriedade Industrial, Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, permite, no art. 202, II, não só a busca e apreensão dos produtos contrafeitos como também a “*destruição de marca falsificada nos volumes ou produtos que a contiverem, antes de serem distribuídos, ainda que fiquem destruídos os envoltórios ou os próprios produtos*”.

Por último, sem a pretensão de esgotar todas as hipóteses previstas na legislação extravagante, tem-se, mais recentemente, a Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, cujo art. 2º busca disciplinar não só a chamada “*atuação de agente infiltrado*”, como também a “*captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise*”. Em ambas as hipóteses, condicionando tais medidas investigatórias a “*circunstanciada autorização judicial*”.

São exemplos eloqüentes da crescente preocupação do legislador com a ineficácia das regras previstas em nosso vetusto Código de Ritos, incapaz de atender à atual realidade social.

Tais reflexos foram plenamente captados pela Comissão instituída pela Portaria nº 61/2000 do Ministério da Justiça e encarregada da “*Reforma do Processo Penal*”, que, na parte relativa à prisão e à liberdade provisória (Livro I, Título IX, do Código de Processo Penal), cuida de ampliar, significativamente, o rol das medidas cautelares. ⁽²²⁾

⁽²⁰⁾ “XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

⁽²¹⁾ Para MARCELLUS POLASTRI LIMA, “*Tal medida cautelar é restritiva de direito, sendo sua previsão novidade em nosso sistema processual penal, que mais se ocupa de medidas cautelares privativas de liberdade, e novidade também é a possibilidade de decretação em caso de delito culposo, o que aqui se justifica em face da natureza dos delitos de trânsito, que atingem a segurança viária e a incolumidade pública, sendo necessária a cautela e prudência do motorista*” (“Aspectos processuais dos crimes de trânsito.” In *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 8, p. 252).

⁽²²⁾ É a seguinte a redação proposta ao art. 283 do Código:

“**Art. 283.** Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva.

4. Da possibilidade de adoção de medidas cautelares atípicas no processo penal.

O desalentador quadro de medidas cautelares apresentado por nosso Código, não obstante todos os esforços levados a efeito pelo legislador nos últimos anos, contribui para a inegável ineficácia do processo criminal, distanciando-o, realisticamente, dos cânones de efetividade que tão de perto vêm informando a atual legislação processual civil.

Tal realidade leva a que a prestabilidade da futura sentença de mérito se veja protegida por uma malha processual bastante pobre, conduzindo a que, em diversas hipóteses, os deletérios efeitos do tempo sobre o processo levem a um real esvaziamento da prestação jurisdicional, contribuindo, enfim, para o desprestígio do chamado "sistema de justiça".

A prova cabal do até aqui afirmado se verifica, de forma mais grave, no campo das ações penais condenatórias, no qual o principal instrumento garantidor da eficácia da prestação jurisdicional é a prisão cautelar, em suas diversas modalidades. Medida, no entanto, dada a gravidade de efeitos que decorrem do encarceramento durante o processo, bem assim em razão dos requisitos

§ 1º. O juiz poderá, nas situações previstas no art. 318, permitir que a prisão preventiva seja substituída pela domiciliar.

§ 2º. Quando não couber prisão preventiva, o juiz poderá decretar outras medidas cautelares (artigo 319).

§ 3º. As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 4º. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio".

O âmbito de incidência das "outras medidas cautelares", referidas pelo § 2º, é explicitado pelo art. 319, que, na redação sugerida, assim dispõe:

"Art. 319. As medidas cautelares diversas da prisão serão aplicadas nas seguintes hipóteses:

I – comparecimento periódico em juízo, quando necessário para informar e justificar atividades;

II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares em qualquer crime, quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – proibição de ausentar-se do país em qualquer infração penal para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga nos crimes punidos com pena mínima superior a 2 (dois) anos, quando o acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando haja justo receio de sua utilização para a prática de novas infrações penais;

VII – internação provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 e parágrafo único do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento aos atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada a ordem judicial".

estabelecidos pelo Código de Processo Penal para a sua decretação, nem sempre cabível por falta de razoabilidade e proporcionalidade. ⁽²³⁾

Ou seja, diante dos exíguos mecanismos disponibilizados pela lei, o Juiz criminal, em muitas hipóteses, se vê diante da dicotomia do “prender” ou “não prender” ⁽²⁴⁾, o que, como conseqüência, ou o leva a decretar prisões cautelares desarrazoadas ou, ao contrário, a assistir, passivamente, o esvaziamento do processo, lavando as mãos qual Pilatos no credo, mesmo diante da premente necessidade de garantir a aplicação da lei penal, a instrução criminal ou mesmo a ordem pública.

Segundo pensamos, seja no crime, seja no cível, sempre que houver uma concreta possibilidade de esvaziamento do exercício da função soberana de julgar, deve o Magistrado servir-se de mecanismos que razoavelmente o habilitem a garantir a sua jurisdição. E tal possibilidade vai encontrar no poder geral de cautela um dos seus mais poderosos instrumentos também na seara processual penal.

Nem todos, contudo, pensam assim.

Com efeito, ao tratar do assunto especificamente no campo do processo penal, sustenta ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, indubitavelmente uma das maiores autoridades no tema, que *“A possibilidade jurídica na ação cautelar consiste em se verificar ‘prima facie’, se a medida cautelar pleiteada é admissível no estatuto processual ou em qualquer lei dessa natureza. Existe uma tipicidade processual não diferente da tipicidade de direito substancial. Portanto, importa verificar se o pedido do autor pode subsumir-se num dos modelos descritos nos preceitos normativos do direito vigente. Inexistindo no ordenamento jurídico a medida cautelar pleiteada, não há possibilidade jurídica para o pedido do autor”* ⁽²⁵⁾ (grifamos).

Noutra passagem, que esclarece a adoção da noção de “tipicidade processual” em assemelhação à noção de “tipicidade de direito substancial”, afirma o mesmo autor que *“... o processo, sendo uma luta contra o tempo, instaura-se tendo em vista uma situação inicial e tende a alcançar uma situação final, e a fim de preservar a*

Todos os anteprojetos apresentados pela “Comissão Ada Pellegrini Grinover” encontram-se publicados na Revista Brasileira de Ciências Criminais n° 33, p. 304 e segs.

⁽²³⁾ Com efeito, muito embora a constrição cautelar da liberdade vá encontrar respaldo no próprio texto constitucional (art. 5º, LXI), *“... o sacrifício de um bem jurídico há de ter em contrapartida a proteção de outro de maior relevância, devendo ser respeitados os estritos limites legais de modo a relegar ao mínimo o efeito gravoso da constrição”* (LUIZ CLÁUDIO CARVALHO DE ALMEIDA. “A prisão cautelar e o princípio da proporcionalidade”. In *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n° 09, p. 160).

⁽²⁴⁾ Já o seu “primo rico”, o Juiz cível, não vai encontrar nenhuma dificuldade em tutelar a eficácia do processo. Realmente, mesmo que não encontre na legislação processual civil nenhuma medida cautelar típica, poderá sempre se socorrer do poder geral de cautela, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil. Poderá, por exemplo, determinar a sustação de protesto de títulos cambiais, suspender deliberações assembleares, censurar a realização de ligações telefônicas etc (Cf. NERY e NERY, *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 5ª edição, São Paulo, RT 2001, p.1228).

⁽²⁵⁾ *Processo Penal Cautelar*, ob. cit., p. 58.

situação final dos eventos prejudiciais que possam obstacular a sua atuação, exige a antecipação da situação final. É o que ocorre com a prisão preventiva, que do lado estrutural, equipara-se a pena e que, por isso mesmo, somente poderá ser decretada quando ocorra uma infração punida com pena detentiva de liberdade, importando o exame de norma penal incriminadora para que essa medida seja imposta. Nisto consiste o aspecto material da norma cautelar". ⁽²⁶⁾

Não nos parece possível, *concessa maxima venia*, o confinamento das providências cautelares penais às hipóteses expressamente previstas em lei a partir do argumento da "tipicidade de direito substancial". E isto porque, a nosso juízo, as normas que tratam das providências cautelares têm natureza exclusivamente processual ⁽²⁷⁾ e, assim, ao teor do art. 3º da Lei de Ritos ("Art. 3º – *A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito*"), comportam a incidência dos princípios gerais do direito em busca da efetividade da atuação jurisdicional, tornando possível, desta forma, a aplicação, no campo do processo penal, da norma contida no art. 798 do Código de Processo Civil ("*Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação*"). ⁽²⁸⁾

É bem de ver que a noção de "tipicidade processual", posto em seu devido lugar, se presta a assegurar a observância ao devido processo legal (tipicidade procedimental) ⁽²⁹⁾, não a obstar a efetividade do processo, coartando os poderes

⁽²⁶⁾ Ob. cit., p. 9.

⁽²⁷⁾ Neste sentido, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal* – vol. I. Campinas: Bookseller, 1997, pp. 61/62. De TOURINHO, se extrai a seguinte lição: "*São normas penais todas aquelas que atribuem virtualmente ao Estado o poder punitivo, ou, também, aos órgãos do mesmo Estado ou a particulares o poder de disposição do conteúdo material do processo, vale dizer, da pretensão punitiva (representação, queixa, perdão, anistia, indulto, graça, livramento condicional etc.). Assim, as normas jurídicas, por exemplo, que estabelecem quais os crimes e contravenções e quais as causas que condicionam, excluem ou modificam a punibilidade, são genuinamente penais.*

São normas de Direito Processual Penal, de um modo geral, todas aquelas que regulam o início, o desenvolvimento e fim do processo, as que estabelecem as garantias jurisdicionais na execução das coisas julgadas, que indicam as formas com que os sujeitos processuais podem valer-se das suas faculdades e direitos processuais etc" (*Processo Penal* – v. 1. 19ª edição, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 113). Também o Supremo Tribunal Federal vem acolhendo tal ponto de vista. Com efeito, por ocasião do julgamento de *habeas corpus* impetrado contra decisão de Tribunal Estadual que havia revogado liberdade provisória concedida antes do advento da Lei nº 8.072/90, restou consignada a natureza processual das normas que cuidam de prisão e liberdade provisória (Jurisprudência do STF, Lex, v. 170, pp. 350/354).

⁽²⁸⁾ Admitindo a aplicabilidade subsidiária das normas do processo civil ao processo penal: JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Elementos de Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1961, pp. 42/43), FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, ob. cit., pp. 21/29 e AFRÂNIO SILVA JARDIM, que aponta um amplo rol de doutrinadores, nacionais e estrangeiros, favoráveis a um estudo unitário do direito processual ("*Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal*", ob. cit., pp. 252/253).

⁽²⁹⁾ Em obra já consagrada e de leitura indispensável, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO DINAMARCO afirmam que "*Compreende-se modernamente, na cláusula do*

do Magistrado e impedindo que as partes alcancem a sua máxima efetividade. A esse respeito, ressalte-se, mais uma vez, que o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) traz ínsito o direito à adequada tutela jurisdicional, o que só se tornará possível, em alguns casos, mediante a intervenção cautelar inominada do Poder Judiciário, observadas, evidentemente, as garantias processuais previstas na Constituição.⁽³⁰⁾

Entra pelos olhos, assim, que a razão que leva o legislador a conceber um *processo cautelar* não se coaduna, essencialmente, com a idéia de tipicidade, sob pena de esvaziamento do corolário do acesso à justiça acima referido. Aliás, não é demais lembrar que o processo cautelar nasceu justamente por intermédio da adoção de cautelas atípicas, vindo o legislador, ao depois, tratar de seu disciplinamento na lei, sempre ressalvando a possibilidade de decretação de cautelas inominadas.

Realmente, diante da impossibilidade prática de a lei prever todas as hipóteses de risco, não faria sentido que o juiz, identificando concretamente um dano à ordem jurídica não prevista pelo legislador, se visse impossibilitado de adotar outras soluções de garantia. Tal postura, que, inclusive, ignoraria o conceito de jurisdição como poder, resultaria para o autor numa “vitória de Pirro”, na qual se conferem “ao vencedor as batatas”.

Ressalte-se que no atual sistema brasileiro, com a nova redação dada ao art. 273 do Código de Processo Civil,⁽³¹⁾ não é mais possível conferir às providências

*devido processo legal, o direito ao procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório (v. infra, nn. 175-177), como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida” (Teoria Geral do Processo. 7ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, pp. 78/79). Mais recentemente, tratando das garantias procedimentais, afirma ANTÔNIO SCARANÇE FERNANDES que “Em duas linhas podem ser referidas as garantias procedimentais: a garantia ao procedimento integral e a garantia ao procedimento tipificado. São garantias não expressas, enquadráveis na garantia genérica do devido processo legal”, para depois explicitar que “Em virtude da garantia ao procedimento tipificado, não se admite a inversão da ordem processual ou a adoção de um procedimento por outro. Resultando prejuízo, deve ser declarada a nulidade” (Processo Penal Constitucional, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 105). Mesmo no estudo das nulidades, onde a idéia de *tipicidade processual* também é invocada, não se pode perder de vista que, a partir do princípio da instrumentalidade das formas, o excessivo formalismo acaba por sacrificar o objetivo maior de realização de justiça (cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO SCARANÇE FERNANDES e ANTÔNIO MACALHÃES GOMES FILHO, *Nulidades do Processo Penal*, 6ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 17).*

⁽³⁰⁾ “O poder cautelar geral do juiz atua como poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional. Se esta tem por finalidade declarar o direito de quem tem razão e satisfazer esse direito, deve ser dotada de instrumento para a garantia do direito enquanto não definitivamente julgado e satisfeito. O infinito número de hipóteses em que a demora pode gerar perigo torna impossível a previsão específica das medidas cautelares em número fechado, sendo, portanto, indispensável um poder cautelar geral que venha a abranger situações não previstas pelo legislador. Este disciplinou os procedimentos cautelares mais comuns ou mais encontrados, cabendo ao próprio juiz da causa adotar outras medidas protetivas quando houver, nos termos da lei, fundado receio de lesão grave e de difícil reparação” (VICENTE GRECO FILHO, *Direito Processual Civil Brasileiro* – v. 3, 9ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 154 e 155).

⁽³¹⁾ “Art. 273 - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

cautelares qualquer efeito de antecipação do mérito (antecipação da sanção, no processo penal), o que, se ocorrente, permitiria o deslocamento do tema para o campo do direito material e a conseqüente adoção do princípio da tipicidade cerrada. Hoje, voltam-se elas, única e exclusivamente, à garantia da relação processual, o que também se verifica no campo penal, uma vez que o exemplo de “cautelar antecipatória” geralmente apontado pela doutrina clássica, vale dizer, a *aplicação provisória de medida de segurança ou interdição de direitos*, não mais subsiste.⁽³²⁾ Ou seja, é possível, a partir da atual sistemática, recolocar o processo cautelar nos seus “trilhos” exclusivamente processuais, desvestindo-o de qualquer feição substancial, do papel de antecipação da pretensão principal, afigurando-se mesmo absurda a alusão à antecipação da sanção penal diante do que dispõe o art. 5º, LVII, da Constituição Federal.⁽³³⁾

De outro lado, não se pode dizer que o magistrado, ao conceder uma cautela inominada, esteja agindo ao largo da lei, uma vez que é o próprio ordenamento jurídico (art. 798 do Código de Processo Civil c. c. o art. 3º do Código de Processo Penal) que lhe possibilita, presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a adoção de outras providências adequadas a garantir a eficácia da prestação jurisdicional.⁽³⁴⁾

Esvaziado o processo cautelar, assim, de todo e qualquer conteúdo de direito material, não faz sentido, *rogata venia*, a invocação de uma “tipicidade processual” de modo a inviabilizar as medidas inominadas no campo do processo penal, uma vez que “... a norma de Direito Judiciário Penal tem que ver com os atos processuais, não com o ato delitivo”.⁽³⁵⁾

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º - Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º - A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º - A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º - Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento”.

⁽³²⁾ ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, na obra já tantas vezes citada, aponta a “aplicação provisória de medida de segurança ou interdição de direito, como um exemplo de providência cautelar que importa numa antecipação da situação definitiva, verdadeira tutela antecipatória (p. 44). Tal possibilidade, não obstante, diante da nova disciplina dada à matéria pelo atual Código Penal, não mais subsiste no direito brasileiro.

⁽³³⁾ “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁽³⁴⁾ A tese foi recentemente acolhida em encontro de trabalho promovido pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro: “É possível, por aplicação do art. 798 do Código de Processo Civil c.c. o art. 3º do Código de Processo Penal, a adoção de medidas cautelares inominadas no âmbito do processo penal, tais como a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica e a proibição de ausentar-se do país sem autorização judicial” (Enunciado nº 6 do Encontro de Trabalho do Ministério Público do Rio de Janeiro realizado em Petrópolis, nos dias 05 e 06 de julho de 2001 - unânime).

⁽³⁵⁾ HÉLIO TORNAGHI. *Instituições de Processo Penal* - v. I, 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 174.

De fato, soa ilógico que o juiz criminal, quando necessário ao resguardo da ordem pública, da instrução criminal e da própria aplicação da lei penal, possa decretar uma cautela restritiva da liberdade (prisão preventiva), bem individual maior, e não possa restringir o exercício de outros direitos de menor estatura constitucional, sendo aplicável, aqui, a máxima de que “quem pode o mais, pode o menos”.

Alguns exemplos podem melhor ilustrar o nosso desprezioso esforço teórico: imagine-se que determinado policial seja denunciado pela prática de tortura, figurando como vítimas presos sob a sua custódia. Imagine-se que tais vítimas e seus familiares estejam sendo ameaçados. À luz do art. 312 do Código de Processo Penal, pode o Juiz decretar a prisão preventiva com vistas à garantia da instrução criminal. Não se perca de vista, no entanto, que o caso concreto, por qualquer circunstância, pode apontar a desproporcionalidade de tal prisão. Por que não se admitir, então, o *afastamento provisório do servidor* como medida adequada a resguardar a coleta da prova? Prendê-lo poderia representar afronta ao princípio da razoabilidade. Não afastá-lo, por outro lado, significaria a abdicação de tutela a um interesse processual, que é o de garantir a veracidade da instrução.

Outro exemplo: imagine-se que determinado fiscal de rendas tenha sido preso em flagrante por “*exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar o seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida*” (art. 3º, II, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990). Verifica o Juiz, a um só tempo, a necessidade de resguardo da *ordem pública* e a desproporcionalidade da manutenção da prisão processual. *Quid inde?* Em hipótese tal, o meio termo é encontrado na medida inominada de *afastamento provisório do agente do exercício de suas funções*.

Ainda a título exemplificativo, pode-se imaginar a publicação, via *internet*, de cenas de sexo explícito ou pornográficas envolvendo crianças e/ou adolescentes (art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Interessará ao resguardo da *ordem pública* não só a prisão preventiva dos responsáveis por tão repugnante crime, se for o caso, como também a própria suspensão das atividades levadas a cabo pelo *site*, interrompendo, desta forma, a divulgação das chocantes figuras e fotografias a uma rede de informações de dimensão global.

Outra hipótese: verifica-se o risco de que determinado réu possa ausentar-se do País de modo a pôr em dúvida a aplicação da lei penal. Por qualquer razão, entende o magistrado que a prisão cautelar seria um exagero naquele caso concreto. Ou mesmo que o prazo da prisão preventiva anteriormente decretada já se tenha expirado. A apreensão do passaporte de tal pessoa pode revelar-se suficiente a coartar o risco de fuga, garantindo-se, deste modo, a eficácia da possível sentença condenatória. Tal medida, diga-se, é bastante comum no âmbito da Justiça Federal. ⁽³⁶⁾

⁽³⁶⁾ É de autoria dos Magistrados Federais GUILHERME CALMON NOGUEIRA e ABEL FERNANDES GOMES primoroso estudo sobre o poder geral de cautela no processo penal, com ênfase para a questão

Pode-se imaginar, ainda, a suspensão de atividade de clínicas de aborto ou que, em contrariedade aos ditames da Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, vendam órgãos de seres humanos.

Em todos os casos acima sugeridos, sobressaem dois aspectos da maior relevância, vale dizer: a necessidade de resguardo da ordem pública, da instrução criminal ou da aplicação da lei penal e, por qualquer motivo, a desproporcionalidade da medida constritiva da liberdade, o que leva à imperiosa adoção de medidas capazes de resguardar, a um só tempo, a eficácia do processo e a liberdade do indiciado ou réu.

Ressalte-se, mais uma vez, que não se trata de antecipar efeitos condenatórios, o que esbarraria na presunção constitucional de não-culpabilidade, mas, sim, de garantir a prestabilidade da sentença de mérito nas ações penais cognitivas e também no próprio processo de execução. ⁽³⁷⁾

específica do condicionamento à autorização judicial para ausentar-se da sede do Juízo (“O poder geral de cautela no processo penal e o condicionamento à autorização judicial para ausentar-se da sede do juízo”. In *Temas de Direito Penal e Processo Penal em especial na Justiça Federal*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 319 e segs).

⁽³⁷⁾ O Professor SERGIO DEMORO HAMILTON enfrentou, com a sua habitual originalidade, a possibilidade de adoção de cautelas inominadas no campo da execução penal, sustentando a viabilidade da chamada “regressão cautelar de regime prisional” (“O poder cautelar do juiz da execução penal”. In *Temas de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 169 e seguintes). Para o referido jurista, “Não se pode, pura e simplesmente, alijar do juiz da execução o poder geral de cautela, inerente ao exercício da jurisdição, pela simples razão de que a LEP não previu expressamente a regressão cautelar. A lei, como é curial, por mais detalhada que seja, não pode, evidentemente, ser abrangente de todas as situações jurídicas e fáticas que se possam apresentar ao aplicador do direito positivo no dia-a-dia do foro. Daí o socorro que lhe prestam a doutrina e a jurisprudência” (p. 174).

A tese vem sendo acolhida pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, merecendo transcrição a ementa do acórdão prolatado no *Habeas Corpus* nº 76.271-5, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 18.09.98, verbis: “Direito Penal e Processual Penal. Regime semi-aberto de cumprimento de pena. Fuga: quebra de dever disciplinar. Sanção de regressão ao regime fechado (arts. 50, inc. II, e 118, inciso I, e §§ 1º e 2º, da Lei de Execuções Penais). Direito de defesa do sentenciado. Cabimento, porém, da medida cautelar de regressão. ‘Habeas Corpus indeferido’.

Se até antes da condenação, pode o denunciado ser preso preventivamente, para assegurar a aplicação da lei penal, não é de se inferir que o sistema constitucional e processual penal impeça a adoção de providências, do Juiz da Execução, no sentido de prevenir novas fugas, de modo a se viabilizar o cumprimento da pena já imposta, definitivamente, com trânsito em julgado.

Essa providência cautelar não obsta a que o réu se defenda, quando vier a ser preso.

O que não se pode exigir do Juiz da Execução é que, diante da fuga, instaure a sindicância, intime o réu por edital, para se defender, alegando o que lhe parecer cabível para justificar a fuga, para só depois disso determinar a regressão ao regime anterior de cumprimento de pena.

Essa determinação pode ser provisória, de natureza cautelar, antes mesmo da recaptura do paciente, para que este, uma vez recapturado, permaneça efetivamente preso, enquanto justifica a grave quebra de dever disciplinar, como previsto no art. 50, inc. II, da Lei de Execuções Penais, qual seja, a fuga, no caso.

Tal medida não encontra obstáculo no art. 118, inc. I, §§ 1º e 2º da mesma Lei.

É que aí se trata da imposição definitiva da sanção de regressão. E não da simples providência cautelar, tendente a viabilizar o cumprimento da pena, até que aquela seja realmente imposta.

‘H.C.’ indeferido”.

E a jurisprudência dos Tribunais, sensível a tais aspectos, vem admitindo as medidas cautelares inominadas na seara do processo penal.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, num caso de grande repercussão, relativo à suposta “venda de alvarás de soltura” por determinado integrante do Poder Judiciário do Estado do Amazonas, deixou assentado, *verbis*:

“Após afastar preliminares de cerceamento de defesa e incompetência desta Corte para aplicar o art. 29 da Loman (LC nº 35/79) ⁽³⁸⁾, recepcionado pela CF/88, conforme já assentado pelo STF, a Corte Especial determinou o afastamento do Magistrado de suas funções como Desembargador e Vice-Presidente de Tribunal de Justiça Estadual. Considerou-se que, dentro da amplitude conferida pelo ordenamento jurídico a este Superior Tribunal e recebidas as denúncias com elementos colhidos nesta instância, não seria pertinente devolver ao próprio TJ o exame do pedido do MP de afastamento preventivo. Destarte, sendo este Tribunal competente para receber a denúncia e processar os denunciados (art. 105, I, CF/88), incumbe-lhe, conseqüentemente, apreciar também as medidas acautelatórias e incidentais sobre o processo. Outrossim, ainda que inaplicável o art. 29 da Loman, o afastamento amolda-se ao poder de cautela do Juiz. Ademais, seria incoerente se este Tribunal pudesse tomar medidas restritivas de liberdade e não pudesse adotar o menos, o afastamento do acusado de suas funções, uma vez que há duas ações penais tramitando nesta corte e ambas com fatos graves imputados ao Magistrado no exercício do cargo. Precedente citado do STF: HC 77.784-MT, DJ 18/12/1998” ⁽³⁹⁾ (grifamos).

Noutra oportunidade, embora não tenha sido a matéria analisada com profundidade, o mesmo Tribunal Superior, através de sua 6ª Turma, entendeu pela admissibilidade de cautelas inominadas no campo processual penal:

A 2ª Turma do mesmo Tribunal, no entanto, vem rejeitando tal possibilidade de regressão cautelar de regime prisional ao argumento de que “No campo do processo penal, descabe cogitar, em detrimento da liberdade, do poder de cautela geral do órgão julgante. As medidas preventivas não de estar previstas de forma explícita em preceito legal” (Habeas Corpus nº 75.662-0/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 17.04.98).

⁽³⁸⁾ “Art. 29. Quando, pela natureza ou gravidade da infração penal, se torne aconselhável o recebimento de denúncia ou de queixa contra magistrado, o Tribunal, ou seu Órgão Especial, poderá, em decisão tomada pelo voto de dois terços de seus membros, determinar o afastamento do cargo do magistrado denunciado”.

⁽³⁹⁾ Inquérito nº 259-AM, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julgado em 21.03.2001. Ementa publicada no Informativo nº 89 do Superior Tribunal de Justiça.

“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”.⁽⁴⁰⁾

Especificamente sobre a viabilidade da apreensão de passaportes e do próprio condicionamento de viagens ao exterior a prévio consentimento judicial, o mesmo Superior Tribunal de Justiça já entendeu pela legalidade da determinação, *verbis*:

“Se o paciente continua solto, não faz sentido sua prisão só porque ele cuidava de regularizar proibição de seu ingresso em determinado País estrangeiro. Assim, sua prisão padece de justa causa. Retenção, todavia, do passaporte e manutenção da proibição de viajar para o exterior”.⁽⁴¹⁾

Sobre o mesmo tema, tem-se interessante decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, analisando o *Habeas Corpus* nº 698008018, assim o ementou:

“Habeas corpus. Retenção de passaportes e proibição de o paciente, de nacionalidade brasileira e norte-americana, pronunciado para julgamento pelo Tribunal do Júri, viajar aos Estados Unidos. Medida cautelar geral inserida no poder do Juiz para regular andamento do processo. Peculiaridades da espécie a justificar a medida restritiva. Ordem denegada” (1ª Câmara Criminal, unânime, Rel. **Ranolfo Vieira**, in *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul* nº 188, pp. 62/64).⁽⁴²⁾

⁽⁴⁰⁾ Recurso em Mandado de Segurança nº 4.179/PR, 6ª Turma, Rel. Min. **William Patterson**, un., j. 03.12.96, DJU de 03.03.1997. Cuidava-se de busca e apreensão de um estoque de calçados, supostamente contrafeitos, deferida pelo Juízo da Comarca de Colombo/PR. A alegação da empresa, objeto da busca e apreensão judicialmente determinada, foi a de que a medida inviabilizaria o desenvolvimento de suas atividades, argumento rejeitado pelo Tribunal de Justiça do Paraná e pelo Superior Tribunal de Justiça.

⁽⁴¹⁾ *Habeas Corpus* nº 2868-6/SP, Rel. Min. **Adhemar Maciel**, j. 13.02.95, maioria, DJU 24.03.97, p. 9.066.

⁽⁴²⁾ Do acórdão, se extrai que: *“A retenção de passaporte e a proibição de viajar ao exterior é medida cautelar geral inserida dentro do poder do Juiz para o regular andamento do processo. Não ofende o direito de ir e vir, que se sujeita às restrições impostas a quem responde a processo penal. Nem ao princípio da presunção de inocência”.*

Obviamente, os mesmos motivos que nos levam a sustentar o cabimento de cautelas inominadas no processo penal conduzem, *mutatis mutandis*, à aceitação da decretação de contracautelas atípicas pelo Magistrado, o que também vem sendo admitido pela jurisprudência. ⁽⁴³⁾

5. Do interesse de agir

Segundo a melhor doutrina, o interesse de agir, condição inafastável ao legítimo exercício do direito de ação, consiste na demonstração, pelo autor, não só da *utilidade* da medida por ele pleiteada, ou seja, a imprescindibilidade da intervenção jurisdicional para garantir o pleno gozo de seu direito, como também da adequação da via eleita para o alcance de tal desiderato. ⁽⁴⁴⁾

O deferimento das cautelas inominadas no campo do processo penal, igualmente, demandará a demonstração do binômio utilidade-adequação. Assim, se, por exemplo, o agente policial teve a sua prisão preventiva decretada, não haverá utilidade em requerer-se o seu afastamento cautelar, tendo em conta que a instrução criminal e a ordem pública já estarão devidamente resguardadas pela medida constritiva da liberdade. De igual modo, se a atividade industrial poluidora do meio ambiente já se viu interrompida pela definitiva decretação de falência da empresa, o deferimento de medida cautelar inominada pelo Juízo criminal (interrupção da atividade industrial) se mostraria flagrantemente desnecessária.

Veja-se que, em todos os exemplos aqui aventados (afastamento do agente público do exercício de suas funções; interrupção de atividade comercial ou industrial *etc*), as medidas inominadas podem ser também alcançadas nas esferas cível e/ou administrativa, o que, não obstante, não esvazia o interesse de sua decretação pelo Juízo criminal.

Neste particular, não se deve descurar de que o sistema adotado por nosso legislador é o da prevalência da jurisdição criminal sobre a cível, o que se vê confirmado pelos arts. 1525 do Código Civil ⁽⁴⁵⁾ e 65 e 66 do Código de Processo Penal, ⁽⁴⁶⁾ devendo, ainda, ser relembrado que: a) a condenação criminal torna certa a obrigação de reparar o dano (art. 91 do Código Penal), ostentando a

⁽⁴³⁾ Admitindo a prisão domiciliar: RT 624/342 (TJMT) e 647/285 (TJSP).

⁽⁴⁴⁾ Em seu clássico *O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito*, ao tratar das denominadas condição de ação - condições para o seu legítimo exercício, numa visão abstrativista - afirma ENRICO TULLIO LIEBMAN que existe o *interesse de agir* "... quando há para o autor utilidade e necessidade de conseguir o recebimento de seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material) que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa" (*Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo, José Bushastsky Editor, 1976, p. 125).

⁽⁴⁵⁾ "Art. 1.525 - A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime".

⁽⁴⁶⁾ "Art. 65 - Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito".

sentença criminal a qualidade de título executivo judicial (art. 584, II, do Código de Processo Civil), o que permite que a vítima, seus representantes legais ou sucessores promovam a ação de execução com vistas à efetiva reparação do dano, sendo desnecessário, quanto a este aspecto, o processo de conhecimento; ⁽⁴⁷⁾ b) a sentença absolutória criminal fundada no art. 386, I (*estar provada* a inexistência do fato) e V (existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena) ⁽⁴⁸⁾ do Código de Processo Penal vincula o Juízo cível ⁽⁴⁹⁾ e também a esfera administrativa; ⁽⁵⁰⁾ c) tal somente não ocorrerá quando a absolvição criminal vier fundada no incisos II (*falta de prova* da existência do fato), III (não constituir o fato infração penal), IV (*inexistência de prova* de ter o réu concorrido para o ilícito) e VI (*inexistência de prova suficiente* para a condenação) do mesmo diploma legal. ⁽⁵¹⁾

Tudo a demonstrar, desta forma, que, não obstante a hipótese possa demandar também a deflagração da jurisdição cível, inclusive com o manejo das ações concebidas pelo legislador para a tutela dos interesses metaindividuais (ação popular, ação civil pública e ação coletiva), *de lege lata*, o juízo formado sobre a hipótese na seara criminal é o prevalente, vinculativo do Juízo cível em diversos casos.

Em reforço ao que aqui se sustenta, ressalte-se que, ao teor do art. 110 do Código de Processo Civil, “*Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar o andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal*”, ⁽⁵²⁾ entendendo TOURINHO que a suspensão do processo cível não é uma mera faculdade.

“Art. 66 - Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

⁽⁴⁷⁾ Se a condenação criminal importar na aplicação de pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, o agente público, em se tratando dos chamados crimes funcionais (abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública), perderá o cargo, função pública ou mandato eletivo como efeito da condenação (art. 92, I, a, do Código Penal). Fora de tais hipóteses (crimes não-funcionais), a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo só se verificará se a condenação for a pena privativa de liberdade superior a quatro anos (art. 92, I, b, do Código Penal). Tanto num caso como noutro não haverá, por evidente, interesse processual em requerer-se a perda do cargo, função ou mandato na esfera cível (ação civil por improbidade administrativa – Lei n° 8.429, de 02 de junho de 1992) ou administrativa.

⁽⁴⁸⁾ Legítima defesa, estado de necessidade *etc* (art. 65 do Código de Processo Penal).

⁽⁴⁹⁾ O Código de Processo Penal não disciplina a hipótese de *prova cabal* da não-concorrência do réu para a prática do ilícito. A situação, no entanto, equívale à disciplinada no inciso I do art. 386 (cf. VICENTE GRECO FILHO. *Manual de Processo Penal*, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 334).

⁽⁵⁰⁾ Tratando-se de conduta criminosa praticada por agente público mas que não configure ilícito administrativo (crimes não-funcionais), a sentença *absolutória criminal*, em qualquer hipótese, vinculará a esfera administrativa, uma vez que a competência para a valoração de tais condutas será do Poder Judiciário, com exclusividade.

⁽⁵¹⁾ O art. 67 do Código de Processo Penal estabelece que também não impedirão a propositura da ação civil o arquivamento do inquérito policial e a decisão que julgar extinta a punibilidade.

⁽⁵²⁾ Pelo prazo máximo de um ano (art. 265, § 5º, do Código de Processo Civil).

Deste modo, tem-se que a improcedência da ação cível, em hipótese alguma, vinculará o juízo criminal; o contrário (vinculação do juízo cível à sentença criminal) é que, a depender da hipótese, ocorrerá, como visto acima.⁽⁵³⁾

6. Limites ao poder geral de cautela

Por evidente, a cláusula constitucional do *devido processo legal*, leito onde vão repousar inúmeras outras garantias também consagradas pela atual Carta Política, representará uma importante limitação ao poder geral de cautela e, de forma mais ampla, a toda e qualquer atuação do Poder Judiciário. Assim, por exemplo, somente o Juiz cuja competência tenha sido previamente estabelecida pelo legislador poderá decretar as medidas inominadas requeridas, vedada a horrenda figura do Juiz *ad hoc*. Deve-se garantir, por outro lado, que também a perseguição seja promovida por Promotor de Justiça com atribuição (Promotor Natural ou Legal), garantia que se extrai dos arts. 127, § 1º, e 128, § 5º, I, da Constituição Federal e que já foi reconhecida pela Colenda Corte Suprema.⁽⁵⁴⁾ De igual forma, os atos processuais devem revestir-se da mais ampla publicidade, só admitida a sua restrição nos casos em que a Constituição Federal (art. 5º, LX, e art. 93, IX) e o Código de Processo Penal (art. 792, § 1º) permitem, fundamentando o Juiz todas as suas decisões.⁽⁵⁵⁾

Também o princípio da *presunção de não-culpabilidade* atuará como importante limite às cautelas atípicas, não no sentido de vedá-las, uma vez que a movimentação cautelar do magistrado não parte de uma presunção de culpa – limitada que é a resguardar a eficácia da prestação jurisdicional de mérito –⁽⁵⁶⁾ mas, isto sim, para dar o timbre de *excepcionalidade* que deve marcar o processo penal cautelar, informativo de que, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, toda e qualquer restrição de direitos do réu só será admitida em casos de extrema necessidade e na exata medida desta necessidade.⁽⁵⁷⁾

⁽⁵³⁾ Neste sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: RHC nº 54.376/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, RTJ nº 79/430; RHC nº 55.795/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Soares Muñoz, RTJ nº 85/783; HC nº 73.372/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 17.05.96, Ementário nº 1828-04.

⁽⁵⁴⁾ HC nº 67.759-2/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, maioria, j. 06.08.92.

⁽⁵⁵⁾ Art. 93, IX, da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

⁽⁵⁶⁾ Como não se ignora, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que as prisões processuais não ofendem a garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade, até porque estão elas agasalhadas no próprio texto constitucional (art. 5º, LXI), tendo sido editada, neste sentido, a Súmula nº 9 (“A exigência de prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”).

⁽⁵⁷⁾ Assim, por exemplo, o afastamento cautelar do agente público não poderá importar em prejuízo de sua remuneração. A restrição ao exercício de atividade industrial ou comercial se limitará àqueles setores que, concretamente, representam prejuízo à ordem pública etc.

Quanto à concessão de medidas cautelares *inaudita altera pars*, também aqui a nota deve ser a de excepcionalidade, não sendo vedada, no entanto, a sua adoção quando o contraditório prévio puder importar em esvaziamento da medida. Imagine-se, por exemplo, que determinado indiciado esteja prestes a viajar para o exterior, pondo em dúvida a aplicação da lei penal. Ou que determinada clínica de venda de órgãos esteja prestes a realizar uma série de cirurgias de extração *etc.* Em tais exemplos, como parece óbvio, a vedação das decisões *inaudita altera pars* acabaria por desfigurar o próprio processo cautelar, esvaziando-o de seu escopo conservativo de eficácia prática do processo. ⁽⁵⁸⁾ Em casos tais, é bom que se frise, conquanto desnecessário, não há propriamente o afastamento da cláusula do contraditório – o que não seria possível em razão do *status* constitucional do princípio – mas apenas um adiamento de seu exercício (contraditório diferido).

Não será possível a título de tutela cautelar geral, igualmente, a decretação de prisão fora dos casos, *numerus clausus*, previstos e disciplinados pelo legislador, ou seja, a decretação de *prisões atípicas*. Com efeito, sendo a liberdade um dos pilares do chamado Estado Democrático de Direito, compondo, ao lado do direito à vida, o campo mais significativo dos direitos do homem, a interpretação deve ser restritiva, não se admitindo, de maneira alguma, a criação de modalidade de restrição diversa das já disciplinadas pela lei. ⁽⁵⁹⁾

Na mesma linha e pelos mesmos motivos, também não caberá a decretação de interceptação telefônica, via cautela inominada, fora das hipóteses autorizadas pela Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 (arts. 1º e 2º).

É importante ressaltar que a inadequação da cautelar atípica, nestes exemplos, resultará da impossibilidade de afastamento dos requisitos de cautelares típicas já estabelecidos, restritivamente, pelo legislador. Realmente, a disciplina legal de tais medidas – que representam inegável limitação a direitos individuais constitucionalmente tutelados – seria reduzida a nada se se pudesse, ausentes

⁽⁵⁸⁾ GALENO LACERDA, ao comentar o art. 804 do Código de Processo Civil, afirma que “Se a função cautelar se justifica, exatamente, pela necessidade de pronta e eficaz segurança contra determinado risco, a tal ponto que constitui um de seus pressupostos fundamentais a existência do *periculum in mora*, a concessão de mandado liminar assecutorio se revela instrumento indispensável à consecução desse objetivo. Não teria sentido a preocupação em acudir à urgência do caso, se a lei não autorizasse o juiz a prover de imediato” (Comentários ao Código de Processo Civil – v. VIII, t. I, Rio de Janeiro, Forense, 1992, pp. 191/192), lição plenamente aplicável ao campo do processo penal.

⁽⁵⁹⁾ “Proclama a Constituição no art. 5º, LXI, ‘que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei’. Embora a Magna Carta silencie, é indubitado que a Autoridade Judiciária competente somente poderá expedir ordem de prisão – que deve ser fundamentada – nos casos previstos em lei, mesmo porque, ainda de acordo com o art. 5º, LIV, ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’, e, como o devido processo legal é garantia que compreende o direito preestabelecido, evidente que os casos de prisão são aqueles previstos no ordenamento jurídico. Cabe, pois, à lei, explicitar ‘as várias hipóteses em que é lícito decretar-se a privação da liberdade do cidadão’ (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal* – v. 3, ob. cit., p. 341). No mesmo sentido a lição de SERGIO DEMORO HAMILTON, para quem a prisão, seja ela qual for, se dará, em qualquer caso, *secundum legem*. (“Reflexões sobre o exercício da curadoria no processo penal”. In *Temas de Processo Penal*, Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 1998, p. 141).

os requisitos legais, chegar ao mesmo resultado, vedado por lei, por intermédio do poder geral de cautela. É possível afirmar, assim, que o poder cautelar genérico do magistrado atuará apenas naqueles campos não disciplinados, em específico, pelo legislador, não sendo possível a substituição de medidas cautelares típicas pelas inominadas. ⁽⁶⁰⁾

Ponto extremamente sensível diz respeito às chamadas *cautelares de ofício*, tema que não vem merecendo a devida atenção da doutrina processual penal. ⁽⁶¹⁾ O que se busca indagar, aqui, é sobre a compatibilidade dessa atuação jurisdicional não provocada com o princípio *ne procedat iudex ex officio* e, de forma mais ampla, com o próprio *sistema acusatório*.

Embora a matéria merecesse uma análise mais detida, o que desbordaria dos óbvios limites do presente trabalho, pensamos que a decretação de medidas cautelares de ofício, em qualquer fase (pré-processual ou processual), se mostra incompatível com a rígida separação de funções preconizada pelo processo penal tipo acusatório, inegavelmente adotado pela atual Constituição Federal, no art. 129, I. Com efeito, ao estabelecer que a ação penal pública é da titularidade privativa do Ministério Público, buscou-se afastar o Magistrado de toda e qualquer iniciativa no que se refere à persecução penal, garantindo, assim, a sua imparcialidade, sendo imperioso que se extraia do dispositivo constitucional toda a sua potencialidade de modo que se conclua que a referida *privatividade do exercício do direito de ação* não se refere apenas às ações de conhecimento de índole condenatória, mas também às ações cautelares e de execução. ⁽⁶²⁾ Temos, assim, que somente a partir de requerimento do Ministério Público ⁽⁶³⁾ poderá o Juiz

⁽⁶⁰⁾ Cf. VICENTE GRECO FILHO, *Direito Processual Civil Brasileiro* – v. 3, 9ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 155. Mesmo no campo do processo civil, onde se trabalha, no mais das vezes, com direitos disponíveis, também se vem entendendo pela impossibilidade de substituição de cautelares típicas por atípicas: “Um dos limites a adstringir o poder geral de cautela do magistrado está em que, havendo um dispositivo legal específico, prevendo determinada medida com feição cautelar para conter uma ameaçadora lesão a direito, não se há de deferir cautela inominada. Se for o caso de deferi-la, devem ser observadas todas as exigências contidas naquela medida específica” (RSTJ nº 53/155 in THEOTÔNIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 32ª edição, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 813).

⁽⁶¹⁾ Dentre as honrosas exceções, merecem destaque os trabalhos dos Professores SERGIO DEMORO HAMILTON (“A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, p. 191 e segs.), DENNIS ACETI BRASIL FERREIRA (“A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, v. 4, pp. 137/141) e GERALDO PRADO (*Sistema acusatório*. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 1999, pp. 159/160).

⁽⁶²⁾ No sentido de que as cautelares de ofício no processo penal não se afinam ao sistema acusatório, confirmam-se os trabalhos acima referidos. Quanto ao ponto de vista externado por GERALDO PRADO, discordamos, tão somente, da afirmação de que, nas ações penais de iniciativa pública, o Ministério Público e a Polícia seriam os legitimados a requererem as providências cautelares, uma vez que se a Polícia não detém a titularidade da pretensão punitiva “principal”, não pode, conseqüentemente, requerer a adoção de providência cautelar, necessariamente vinculada à pretensão punitiva da qual o *Parquet* é o titular privativo.

⁽⁶³⁾ Referimo-nos ao Ministério Público, mas nada impede que o ofendido, nas ações privadas exclusiva ou subsidiária, também formule requerimento de tal natureza. Com efeito, se pode ele requerer medida cautelar de maior gravidade (prisão preventiva, art. 312 do Código de Processo Penal), também poderá pleitear cautelares outras, não restritivas da liberdade ambulatória.

pronunciar-se sobre o cabimento, ou não, da cautela atípica. ⁽⁶⁴⁾

Nada impede, no entanto, que, requerida a prisão preventiva de determinado policial, por exemplo, o juiz, *considerando desproporcional* a medida, decrete o seu afastamento das funções, razoável e suficiente à preservação da ordem pública ou da instrução criminal. Neste passo, não custa lembrar que uma das mais marcantes características das medidas cautelares é a sua fungibilidade, ⁽⁶⁵⁾ não havendo que se falar em ferimento à imparcialidade do Magistrado uma vez que, de qualquer forma, a jurisdição cautelar foi provocada por intermédio de pedido apropriado formulado pelo titular do direito de ação.

Por último, deve também ser encarecida a impossibilidade de se obter através do processo cautelar mais do que se poderia almejar no processo principal.

De fato, soaria absurdo que, por intermédio de processo acessório, o titular da pretensão lograsse alcançar resultado que não comportaria acolhida em cognição principal, o que representaria, no final das contas, uma total subversão do papel destinado ao processo cautelar, mero "instrumento do instrumento", como se costuma doutrinariamente afirmar.

Sobre o tema, merece referência a lúcida lição de VICENTE GRECO FILHO, no sentido de que "*... a concessão da cautela, para que não seja abusiva, deve guardar relação lógica e de proximidade com a satisfação do direito pleiteado em caráter principal*" ⁽⁶⁶⁾, não se devendo descurar que, muito embora o processo cautelar persiga escopos puramente processuais, não se confundindo com o instituto da antecipação dos efeitos da tutela – vedada no processo penal –, ⁽⁶⁷⁾ o fato é que a decretação de medidas cautelares pelo magistrado importa, realisticamente, na privação do exercício de direitos, o que justifica, inclusive, o "abatimento" do período de prisão cautelar da pena definitivamente imposta ao réu.

Tal limitação pode ser inferida da própria legislação processual, bastando mencionar que o Código de Processo Penal não admite, por exemplo, a decretação

⁽⁶⁴⁾ O legislador processual penal prevê diversas hipóteses nas quais o Juiz pode adotar providências que, de um modo geral, preservam a produção da prova e a própria jurisdição. Nesta linha, poderá ele, de ofício, determinar a retirada do réu da sala de audiências sempre que verificar que a sua atitude influi no ânimo da testemunha (arts. 217 e 497, VI) bem como a retirada de qualquer pessoa que ponha em risco a ordem dos atos processuais (arts. 251, 497, I, 794 e 795). Poderá, outrossim, determinar a condução de testemunhas faltosas (art. 218), aplicando-lhe multa (art. 219). São casos, no entanto, de atuação administrativa do Magistrado, não se revestindo, propriamente, de natureza cautelar, o que justifica, aqui sim, a possibilidade de atuação de ofício, até porque tais providências em momento algum colocam em xeque a sua imparcialidade.

⁽⁶⁵⁾ Art. 805 do Código de Processo Civil: "A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente".

⁽⁶⁶⁾ Ob. cit., p. 155.

⁽⁶⁷⁾ "A antecipação da tutela serve para adiantar, no todo ou em parte, os efeitos pretendidos com a sentença de mérito a ser proferida ao final. Já a cautelar visa a garantir o resultado útil do processo principal" (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp. nº 60.607-SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. 4.9.97, não conheceram, v. u., DJU 6.10.97, p. 49.929).

de prisão preventiva nas contravenções (art. 313 do Código de Processo Penal interpretado *a contrario sensu*)⁽⁶⁸⁾ vedando-se, de igual forma, a constrição cautelar da liberdade quando houver a probabilidade de o agente ter atuado sob o amparo de uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade (art. 314).⁽⁶⁹⁾

É imperioso perceber, contudo, que a aludida correlação é de *mera proximidade*. Assim, só para tomarmos um exemplo, nada impede que no Juizado Especial Criminal se determine o afastamento do lar do marido que reiteradamente agride a sua esposa, não obstante a provável substituição da futura pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos. Neste caso, suficiente será a previsão abstrata da sanção penal restritiva de liberdade para que se possa decretar o afastamento.⁽⁷⁰⁾

7. Alguns aspectos pragmáticos

Decretada a cautela inominada antecipadamente pelo Juízo criminal, *de que prazo disporá o Ministério Público para o oferecimento de denúncia?* Tendo em vista que a medida, em qualquer hipótese, importará na restrição ao exercício de direitos e interesses juridicamente tutelados, representando um sacrifício, mesmo que legal, ao indiciado, cremos razoável a aplicação analógica do art. 46 do Código de Processo Penal, ou seja, o prazo para o oferecimento de denúncia será o de 5 dias, a contar da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, tomando ciência da decisão. Note-se que este é o prazo ordinário para o oferecimento de denúncia em se tratando de réu preso, não se devendo descurar que a legislação extravagante disciplina a matéria de forma diversa em muitas hipóteses.⁽⁷¹⁾

Uma vez decretada judicialmente a medida, não nos parece possível a devolução do inquérito à autoridade policial para a continuidade das

⁽⁶⁸⁾ Nesta linha, sustenta MARCELLUS POLASTRI LIMA que a medida cautelar disciplinada no art. 294 do Código de Trânsito ("suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou proibição de sua obtenção"), por importar em restrição de direitos, só será cabível "... quando já houver a previsão das penas de suspensão de dirigir ou proibição de obtenção de licença ou habilitação cominadas ao delito, como é o caso dos arts. 302 (homicídio culposo no trânsito), 303 (lesões corporais no trânsito), 306 (embriaguez), 307 (violação da suspensão ou da proibição de se obter a permissão ou habilitação) e 308 ('racha' no trânsito)" ("*Aspectos processuais dos crimes de trânsito*", *ob. cit.*, p. 252).

⁽⁶⁹⁾ É evidente que a correlação "medida cautelar-pretensão principal" não faz nenhum sentido nas cautelares probatórias. Nos crimes que admitem a interceptação telefônica, por exemplo, não constitui efeito da condenação a limitação da privacidade das conversações telefônicas do condenado, tendo em conta a regra do art. 41, XV, da Lei de Execuções Penais. Excluídas tais hipóteses (cautelares probatórias), a correlação mostra-se inafastável.

⁽⁷⁰⁾ A demonstrar a tese no campo das cautelares típicas, bastaria aludir que o furto qualificado admite, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Nada impede, no entanto, que o juiz decrete a prisão preventiva no curso do processo para evitar o risco de fuga do réu, ou mesmo que mantenha a prisão em flagrante, que também tem natureza cautelar, pelo mesmo motivo.

⁽⁷¹⁾ V.g., arts. 22 e 35 da Lei nº 6.368/76; art. 13 da Lei nº 4.898/65; art. 10, § 2º, da Lei nº 1521/51; art. 4º da Lei nº 9.613/98 etc.

investigações, tendo em conta que o *fumus boni iuris* que leva à decretação da cautela também permite, desde logo, o oferecimento de denúncia,⁽⁷²⁾ que requer, como é cediço, apenas a presença de indícios da existência do crime e de sua autoria (justa causa). Não oferecida a denúncia no prazo legal, cabe ao Magistrado revogá-la. Negando-se a fazê-lo, caberá ao interessado a impetração de *habeas corpus* ou de mandado de segurança, a depender da hipótese.

Qual deve ser o prazo de duração da medida inominada? A jurisprudência, cuidando do período máximo de duração da prisão cautelar, convencionou o prazo de 81 dias em se cuidando do procedimento comum ordinário,⁽⁷³⁾ o que nos parece bastante razoável, também, em se tratando das medidas cautelares inominadas. Ressalve-se, no entanto, que não há que se falar em excesso da instrução quando o extrapolar o prazo fixado pelo magistrado se der por atuação, mesmo que não dolosa, da defesa (v.g.: suscitação de incidente de falsidade documental ou de insanidade, indicação de testemunhas que devam ser ouvidas por precatória etc)⁽⁷⁴⁾ ou por motivo de força maior.⁽⁷⁵⁾ De igual forma, “*encerrada a instrução criminal, (76) fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo*” (Súmula nº 52 do Superior Tribunal de Justiça).

Se decretada como forma de garantir a *instrução criminal*, uma vez colhidos os elementos que deram ensejo à medida, deve o juiz revogá-la (art. 316 do Código

⁽⁷²⁾ “Se há elementos para a decretação da prisão preventiva, deve ser oferecida denúncia. Assim, não cabe ao juiz decretá-la e deferir pedido do Promotor de Justiça no sentido da devolução do inquérito à Polícia para diligências, a não ser que seja obedecido o primeiro prazo do *caput* do art. 46 deste Código. Nesse sentido: TJSP, HC 163.504, JTJ 160/340” (DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS. *Código de Processo Penal Anotado*, 12ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 15).

⁽⁷³⁾ “O trabalho de DANTE BUSANA apresenta a forma de contagem dos 81 dias: inquérito: 10 dias (art. 10 do CPP); denúncia: 5 dias (art. 46); defesa prévia: 3 dias (art. 396); inquirição de testemunhas: 20 dias (art. 401); requerimento de diligências: 2 dias (art. 499); para despacho do requerimento: 10 dias (art. 499); alegações das partes: 6 dias (art. 500); diligências *ex officio*: 5 dias (art. 502); sentença: 20 dias (art. 800)” (DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, obra e autor citados, p. 274). O Supremo Tribunal Federal vem considerando que os prazos se contam separadamente, “... não sendo possível considerar-se que o constrangimento ilegal surja apenas quando se fizer excedido o total dos prazos, de modo que o excesso de uns possa ser compensado pela economia de outros” (RHC 48.900, DJU 24.9.71, p. 5133, Jurisprudência-Justitia, São Paulo, Associação Paulista do Ministério Público, 1975, I/231; RTJ 56/157; RHC 59.246, DJU 23.10.81, p. 10629; RT 555/454 e RTJ 99/647, *apud* DAMÁSIO, p. 274). Deve ser ressaltado, não obstante, que em diversas oportunidades o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que a contagem do prazo máximo da prisão processual não deve ser feita de forma rigorosa, aplicando-se o princípio da razoabilidade (HC nº 17418/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 06.09.01, un., DJU 04.02.02, p. 567; RHC nº 11520/CE, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Léal, j. 20.11.01, un., DJU 04.02.02, p. 549; HC nº 17669/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 18.09.01, un., DJU 29.10.01, p. 232; HC nº 16021/ES, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 08.05.01, un., DJU 25.06.01, p. 213).

⁽⁷⁴⁾ Aplicável, aqui, *mutatis mutandis*, a Súmula nº 64 do Superior Tribunal de Justiça: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.

⁽⁷⁵⁾ “Não se justifica a concessão de *habeas corpus*, por excesso de prazo razoável, quando provado por motivo de força maior” (STJ, RHC nº 2.159-0, Rel. José Cândido, DJU 21.09.92, p. 15.706). No mesmo sentido: RSTJ 29/95; RHC nº 4.346-6, Rel. Min. Fláquer Scartezini, DJU 13.05.95, p. 5.310.

⁽⁷⁶⁾ Tem-se por encerrada a instrução criminal, no procedimento comum ordinário, na chamada fase de “diligências” (art. 499 do Código).

de Processo Penal). A mesma providência deve ser tomada se, durante o processo, desaparecem o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pressupostos não só de decretação como também de manutenção de toda e qualquer medida cautelar. Quando se tratar do resguardo da *ordem pública*, na prática, dificilmente tal motivo desaparecerá no curso do processo, o que, no entanto, não se deve aprioristicamente excluir.

Por último, cabe analisar os *meios impugnativos* das decisões relativas ao poder geral de cautela no processo penal. Cabe distinguir.

Quanto à decisão *que defere a medida*, será possível o manejo do *habeas corpus* se houver restrição ilegal ou abusiva à liberdade de locomoção (ex.: autorização para viajar, apreensão de passaporte). Não sendo o caso (v.g.: interrupção de atividade comercial ou industrial; afastamento de cargo ou função pública etc), cabível será a impetração de mandado de segurança,⁽⁷⁷⁾ sempre que verificada, por óbvio, ilegalidade ou excesso da decretação.

No que respeita à decisão *que nega o requerimento*, cabível será a interposição do *apelo residual* previsto no art. 593, II, do Código de Processo Penal, por se tratar – adotando-se a, *data venia*, canhestra dicção legal – de uma *decisão com força de definitiva*.⁽⁷⁸⁾ A fim de que não se retarde ou prejudique o oferecimento de denúncia, deve o *apelo* subir por instrumento, aplicando-se o art. 601, § 1º, do Código por analogia.⁽⁷⁹⁾ ⁽⁸⁰⁾

⁽⁷⁷⁾ Referindo-se às condições para o legítimo exercício da ação de *habeas corpus*, asseveram ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES que “... deve ser negado o interesse de agir, por falta de adequação, sempre que se pedir o *habeas corpus* para remediar situações de ilegalidade contra outros direitos, mesmo aqueles que têm na liberdade de locomoção condição de seu exercício, como v.g., o direito de freqüentar templo religioso, de ingressar em determinados locais etc. Para tais hipóteses adequado, em tese, o Mandado de Segurança, previsto na Constituição justamente para a proteção de ‘direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*’ (art. 5º, LXIX)” (Recursos no processo penal, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 352 [os grifos são do original]). A tese vem sendo reiteradamente adotada pelo Supremo Tribunal Federal: dentre diversos, HC nº 69.926-0/DF, DJU 25.11.1992, p. 22.073; HC nº 80.112/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, Informativo STF nº 196.

⁽⁷⁸⁾ Na visão de ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*, as decisões com força de definitiva são aquelas que “... solucionam procedimentos e processos incidentais, as terminativas (que encerram o processo sem julgamento do mérito) e, ainda, como sucede agora com a Lei nº 9.099/95, as decisões que determinam de forma definitiva a suspensão condicional do processo” (ob. cit., p. 116), citando como exemplo as que resolvem definitivamente a respeito de medidas cautelares, que é o que se verifica no indeferimento da medida inominada.

⁽⁷⁹⁾ “Art. 601 - Findos os prazos para razões, os autos serão remetidos à instância superior, com as razões ou sem elas, no prazo de 5 (cinco) dias, salvo no caso do art. 603, segunda parte, em que o prazo será de 30 (trinta) dias.

§ 1º - Se houver mais de um réu, e não houverem todos sido julgados, ou não tiverem todos apelado, caberá ao apelante promover extração do traslado dos autos, o qual deverá ser remetido à instância superior no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da entrega das últimas razões de apelação, ou do vencimento do prazo para a apresentação das do apelado.

§ 2º - As despesas do traslado correrão por conta de quem o solicitar, salvo se o pedido for de réu pobre ou do Ministério Público”.

⁽⁸⁰⁾ Outra solução consistiria em fotocopiar todo o inquérito, material que atuaria como “peça de informação” de modo a lastrear a denúncia.

Ressalte-se, no entanto, que para aqueles que entendem pela não-taxatividade do rol do art. 581, possível será a interposição do *recurso em sentido estrito*, aplicando-se o art. 581, V, do Código de Processo Penal por interpretação extensiva, ⁽⁸¹⁾ cabendo referir que tanto o requerimento de prisão preventiva quanto o de cautelas inominadas se incluem no mesmo tipo de pretensão (cautelar), deflagrando jurisdição de igual natureza; o que justificaria a solução extensiva, autorizada, inclusive, pelo art. 3º do mesmo diploma. A vantagem de tal caminho consiste na possibilidade de retratação pelo Juízo *a quo* (art. 589), subindo a irresignação por instrumento (art. 583).

De qualquer modo, considerando o que dispõe o art. 579 do Código, ⁽⁸²⁾ bem como a identidade de prazos (5 dias) para a interposição tanto do apelo quanto do recurso em sentido estrito (arts. 593 e 586 da Lei de Ritos, respectivamente), é de se aplicar o princípio da fungibilidade dos recursos. ⁽⁸³⁾

Fevereiro de 2002.

⁽⁸¹⁾ A possibilidade de extensão do rol do art. 581 do Código de Processo Penal é matéria extremamente controvertida na doutrina. No sentido de sua impossibilidade: DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, *Código de Processo Penal Anotado*, ob. cit., p. 395; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal - v. 4*, 16ª edição, São Paulo, Saraiva, p. 272, citando as opiniões de FREDERICO MARQUES, TORNAGHI e FLORÊNCIO DE ABREU. *Contra*, admitindo-a: JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *Código de Processo Penal Interpretado*, 5ª edição, São Paulo, Atlas, 1997, pp. 725/726; ADA PELLEGRINI *et alii*, *Recurso no Processo Penal*, ob. cit., p. 168; VICENTE GRECO FILHO, *Manual de Processo Penal*, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 365. Este último autor, de forma bastante esclarecedora, assevera que a interpretação extensiva "... não amplia o rol legal; apenas admite que determinada situação se enquadra no dispositivo interpretado, a despeito de sua linguagem mais restritiva. A interpretação extensiva não amplia o conteúdo da norma; somente reconhece que determinada hipótese é por ela regida, ainda que sua expressão verbal não seja perfeita". É o que ocorre, por exemplo, quando se admite o recurso em sentido estrito, com fundamento no inciso I do art. 581, com relação à decisão que deixa de receber o aditamento à denúncia. Também quando se invoca o art. 581, V, para a hipótese de indeferimento de pedido de prisão temporária (TACrimSP, RSE 637.433, 10ª Câmara, Rel. Juiz Sérgio Pitombo, RJDTACrimSP 11/227, *apud* DAMÁSIO, ob. cit., p. 660). O Supremo Tribunal Federal vem admitindo a extensão do rol do art. 581 do Código de Processo Penal (RT 588/425, 592/441-2, 601/446, 607/410, 613/437, 626/404, 632/386, *apud* JÚLIO FABBRINI MIRABETE, ob. cit., p. 726).

⁽⁸²⁾ "Art. 579 - Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro.

Parágrafo único - Se o juiz, desde logo, reconhecer a impropriedade do recurso interposto pela parte, mandará processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível".

⁽⁸³⁾ "Pelo princípio da fungibilidade, previsto expressamente no CPP pelo art. 579, o recurso erroneamente interposto pode ser conhecido pelo outro, desde que não haja má-fé. Há, nesse caso, aproveitamento do recurso erroneamente interposto, mediante sua conversão no adequado, em homenagem ao princípio de que o processo não deve sacrificar o fundo pela forma" (ADA PELLEGRINI GRINOVER *et alii*, obra e autores citados, p. 39). Como não se ignora, o princípio da fungibilidade pressupõe que a interposição do recurso inadequado não caracterize um *erro grosseiro* e que o recorrente não esteja agindo de má-fé, servindo-se de recurso impróprio de prazo maior em razão de sua desídia em interpor o recurso correto, de prazo menor.

^(*) ROGÉRIO PACHECO ALVES é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.