

## ALGUMAS MEDIDAS PREVENTIVAS, MAS NÃO CAUTELARES, NO PROCESSO PENAL

MARCELLUS POLASTRI LIMA \*

SUMÁRIO: 1. Medidas cautelares e outras preventivas no Processo Penal. 2. A questão da natureza cautelar da liminar em *habeas corpus*. 3. A justificação. 4. A verdadeira natureza da restituição de coisas apreendidas. 5. A inscrição de hipoteca legal. 6. Conclusão.

### 1. MEDIDAS CAUTELARES E OUTRAS MEDIDAS PREVENTIVAS NO PROCESSO PENAL

Já muito se discutiu a respeito da existência ou não de um específico processo penal cautelar no processo penal<sup>1</sup>, ao lado do processo de conhecimento e de um processo de execução penal, mas hoje a grande maioria dos autores admite sua existência autônoma<sup>2</sup>, como é o caso de José Frederico Marques, que dedica todo um capítulo dos seus Elementos de Direito Processual Penal à matéria<sup>3</sup>.

Assim se manifestava FREDERICO MARQUES sobre esta celeuma:

“Todavia, afigura-se-nos indiscutível a existência do processo cautelar, ao lado do de conhecimento e do executivo. O fim da atividade jurisdicional nas providências preventivas ou cautelares é diverso daquele

---

\* Marcellus Polastri Lima é Mestre e Doutor em Ciências Penais, Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Professor em Cursos de Graduação e Pós-Graduação na área de Processo Penal, além de membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto de Ciências Penais.

1. Cf. Arturo Santoro. *Manuale de diritto processuale penale*. Torino, Unione Tip. Ed. Torinese, 1954, que negava a existência de um processo cautelar como *tertium genus* no Processo Penal.

2. Na doutrina alienígena temos Francesco Carnelutti. *Sistema del diritto processuale civile*. v. 1. Padova, Cedam, 1936, p. 355, Franco Cordero. *Procedura penale*. Terza ed. Milano, ed. Giuffrè, 1955, Enrico Liebman Tulio. *Unità del procedimento cautelare. Problemi del processo civili*, Napoli, Morano, 1962, p. 110, entre outros e, entre nós, Romeu Pires de Campos Barros. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro, Forense, 1982, e a esmagadora maioria dos modernos processualistas penais.

3. José Frederico Marques. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. I. Campinas, Bookseller, 2002, pp. 300-302.

que se verifica nas duas outras espécies de processo. E admitido, assim, o processo cautelar, inquestionável será a existência das ações de igual nome<sup>4</sup>.

Mas, mesmo não se admitindo a existência de um *processo cautelar*, ou *ação cautelar* propriamente dita no Código de Processo Penal, o certo é que “não obstante as controvérsias em torno da existência ou não de um processo cautelar distinto, jamais se poderá negar que o processo penal conta com uma série de *medidas cautelares*, que, em última análise, estão dispostas na lei processual penal para instrumentalizar, quando necessário, o exercício da jurisdição<sup>5</sup>”.

E nem poderia ser de forma diferente, uma vez que, para instrumentalizar a ação penal de conhecimento, e para garantir a execução penal, necessárias são medidas de cautela que, na verdade, nada mais são do que o meio e modo utilizados para se garantir o resultado útil da tutela jurisdicional a ser obtida pela ação principal, ou seja, o êxito do processo de conhecimento ou do processo de execução<sup>6</sup>.

Na verdade, quando se diz que existe no processo penal um “processo penal cautelar” quer se referir que existe uma tutela jurisdicional cautelar, mas *com a particularidade de que não há propriamente ação ou processo cautelar autônomo, pois a tutela jurisdicional cautelar se exerce através de medidas cautelares no bojo do processo principal, via de regra*.

De acordo com ADA PELLEGRINI GRINOVER, em obra compartilhada com outros autores:

“No processo Penal, freqüentemente, ocorrem situações em que tais providências urgentes se tornam imperiosas, sejam elas voltadas a assegurar a correta apuração do fato criminoso, a futura execução da sanção que se espera venha a ser aplicada, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito<sup>7</sup>”.

Assim, como conclui BADARÓ:

“No processo penal, a tutela cautelar é prestada independentemente do exercício de uma ação da mesma natureza (...) por meio de simples medidas cautelares, sem a necessidade de um processo cautelar autônomo, com base procedimental própria (...) é possível afirmar, portanto, que não há no campo penal um verdadeiro processo penal

---

4. *Id.*, *ib.*, v. I, p. 301.

5. Guilherme Calmon Nogueira da Gama *et al.* *Temas de Direito Penal e Processo Penal*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 322.

6. Cf. José Frederico Marques. *Op. cit.*, p. 302.

7. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho. *As nulidades no Processo Penal*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 1993, p. 225.

cautelar. O que existe são medidas cautelares que funcionam como incidentes de outro processo. Não há processo cautelar autônomo”<sup>8</sup>.

Porém, para que uma medida tenha a natureza cautelar, deverá preencher os requisitos inerentes à natureza cautelar, que são: 1) Acessorialidade; 2) Preventividade; 3) Instrumentalidade hipotética; 4) Provisoriedade; 5) Revogabilidade; 6) Não definitividade; 7) Referibilidade; e 8) Juris-dicionalidade.

Podemos ter, outrossim, outras medidas preventivas no processo penal que, por vezes, são confundidas com medidas cautelares, mas na verdade, não seriam, propriamente cautelares, sendo que neste breve estudo, procuraremos apontar algumas destas medidas, identificando sua real natureza.

## 2. A QUESTÃO DA NATUREZA CAUTELAR DA LIMINAR EM *HABEAS CORPUS*

Em primeiro lugar, necessário se indagar sobre a natureza da ordem de *habeas corpus*. Seria uma medida cautelar?

É sabido que, sob a ótica do Código de Processo Penal, o *habeas corpus* seria um recurso, mas com o tempo, a doutrina passou a ver no *habeas corpus* um remédio jurídico-constitucional, uma ação constitucional, para a proteção do direito de ir e vir<sup>9</sup>.

Porém, hoje se tem uma visão mais ampla deste remédio heróico, conforme demonstra José Barcelos de Souza:

“Modernamente, agora na área do direito processual penal, estamos assistindo à consolidação de uma nova concepção do instituto, tão importante e tão significativa como a da antiga e histórica doutrina brasileira do *habeas corpus*. Trata-se de sua utilização como um recurso de larga abrangência independentemente da existência de prisão ou de ameaça concreta à liberdade de locomoção. É o *habeas corpus* processual, como o tenho chamado (...) refiro-me a um outro lado do *habeas corpus*, à sua outra face, não a seu sentido constitucional de ‘ação pela qual se reivindica a liberdade de locomoção’, como o definiu João de Oliveira Filho no seu *Código de Processo Penal de Minas Gerais*, publicado em 1927, mas à sua face de remédio processual contra a ilegalidade e contra os constrangimentos sem justa causa no processo penal, para o que pode aí ser perfeitamente utilizado ainda que o réu não se ache preso nem concretamente

---

8. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. *Ônus da prova no Processo Penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 414 e 417.

9. Neste sentido, José Frederico Marques. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. IV, Campinas, Bookseller, 2002, p. 367.

ameaçado de prisão (...) Mas é bem de ver que nem por isso perdeu sua natureza também de ação, uma vez que com ele se instaura uma relação processual nova ainda quando impetrado contra decisão judicial. Tem, porém, o espírito de recurso. Repetindo Lopes da Costa a propósito da ação rescisória no ordenamento processual civil de 1939, pode-se dizer que 'é um recurso vestido de ação', em grande número de casos. Eis aí a natureza jurídica do *habeas corpus* processual: nem simplesmente ação, nem puramente recurso. Mas uma ação-recurso, ou recurso-ação"<sup>10</sup>.

FREDERICO MARQUES defendia, dependendo da hipótese, a natureza cautelar do *Habeas Corpus*:

"O pedido de *habeas corpus*, levado a juízo, pode ter por objeto imediato um pronunciamento declaratório, ou uma providência cautelar, ou uma decisão constitutiva, ou ato jurisdicional que imponha à autoridade coatora o restabelecimento da liberdade atingida e violada. Donde poder a ação de *habeas corpus* ter a natureza de ação declaratória, ou constitutiva, ou cautelar (...) quando o *writ* constitucional constitui antecipação da tutela à incoercibilidade que a sentença absolutória provavelmente tratará ao final, o pedido de *habeas corpus* tem objetivo genuinamente cautelar, visto destinar-se, precipuamente, a impedir efeitos danosos à liberdade de ir e vir resultantes do *periculum in mora*. É o que sucede quando o *habeas corpus*, fundado na falta de *justa causa*, tiver por objeto ou finalidade a cessação de medida cautelar contra a liberdade do réu (...) será cautelar o *habeas corpus*: a) quando , fundado no artigo 648, nº II, do Código de Processo Penal puser cobro à ação cautelar, por não se conter esta, nos limites temporais permitidos pela lei para a vulneração da incoercibilidade no âmbito do direito de ir e vir; b) quando, com base no artigo 648, nº III, do Código de Processo Penal, fizer cessar a coação , ou ameaça de coação, porque decretada por autoridade incompetente (...) c) quando, alicerçado no art. 648, nº V, do Código de Processo Penal, tiver por escopo permitir ao réu que se defenda solto, mediante fiança, ou por meio de liberdade provisória vinculada. Ainda caberá a providência cautelar do *habeas corpus* se este é pedido com fundamento em coação ilegal decorrente de *processo manifestamente nulo*, a fim de impedir o prosseguimento da instância e por fim, desse modo, à medida coercitivo-cautelar conexa com esse processo, ou à ameaça, deste oriunda, ao direito de locomoção"<sup>11</sup>.

Mas, na verdade, mesmo sendo a mais ampla medida protetiva de liberdade do indivíduo, não se caracteriza a sentença de *habeas corpus*, como uma medida cautelar ou de contracautela.

Consoante GARCEZ RAMOS:

10. José Barcelos de Souza. *Doutrina e prática do Habeas Corpus*. Belo Horizonte, Sigla, 1998, p. 11-19.

11. José Frederico Marques. *Elementos de direito Processual Penal*. Vol. IV, Campinas, Boockseller, 1997, p. 352/360.

“Há de fato uma situação de premência ante a ilegalidade, que reclama uma tutela rápida e eficaz. Nem sempre, porém, a urgência, ou mais propriamente, o *periculum in mora*, está presente (...) mas a urgência, enquanto tal, não é remediada pelo *habeas corpus*. Ou antes: o *habeas corpus* não é, *per se*, instrumento apto a atalhar uma situação de urgência. Isso porque ele, embora célere em comparação com outros processos judiciais, torna-se moroso se colocado diante de uma concreta situação de perigo de perecimento de algum direito”<sup>12</sup>.

Por outro lado, não está presente no *habeas corpus* o requisito da provisoriedade, pois tem caráter definitivo, e também não está presente a acessorialidade, como bem demonstra BADARÓ:

“A tutela jurisdicional prestada por meio do *habeas corpus* é definitiva. Não há que se falar em provisoriedade da decisão. Muito menos o juiz exerce em tal processo uma cognição sumária. Há restrições quanto à realização de atividade instrutória no curso do processo de *habeas corpus*, mas isso não limita atividade cognitiva do julgador em sua profundidade. Justamente por isso, as decisões proferidas em *habeas corpus* são aptas a transitar em julgado materialmente. Também não há que se falar que o processo decorrente de um *habeas corpus* seria um processo acessório. Qual seria o processo principal?”<sup>13</sup>

Mas, se a sentença que concede o *habeas corpus* não tem natureza cautelar, em relação à medida liminar requerida eventualmente no remédio heróico, a conclusão já não é tranqüila.

ALBERTO SILVA FRANCO considera que “a liminar em *habeas corpus*, tem o mesmo caráter de medida de cautela, que lhe é atribuída no mandado de segurança (...) não há negar, no *habeas corpus*, igual providência cautelar, presentes os requisitos fundamentais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*”<sup>14</sup>.

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, por sua vez, lembrando ser a medida liminar em *habeas corpus* uma conquista e construção pretoriana, assevera:

“Poderá o juiz conceder uma liminar, se o caso comportar, à semelhança do que prevê a lei do mandado de segurança, invocada supletivamente nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal. Providência já plenamente aceitável e aplicada sem causar espécie, prevista em regimentos de muitos Tribunais, foi utilizada, há mais de trinta anos, no Superior Tribunal Militar e no Supremo Tribunal Federal, neste em favor de um ex-governador de Estado, com prisão decretada em Auditoria

12. João Gualberto Garcez Ramos. *A tutela de urgência no Processo Penal brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 250.

13. Gustavo Henrique Highi Ivahy Badaró. *Ônus da prova no Processo Penal*, ob. cit., p. 425-416.

14. Alberto Silva Franco. A liminar em “*habeas corpus*”, impetrado em segunda instância. In: *ADV-Advocacia Dinâmica*. São Paulo, COAD, 1985, p. 5-7.

Militar por crime político (...) é bom de ver que a liminar, na sua *função acauteladora da eficácia da ordem requerida*, pode compreender pedidos que não apenas o de salvo-conduto, como o da já mencionada sustação de indevida identificação criminal até o julgamento do pedido, o de que se suspenda a condução coercitiva até o julgamento final do h.c., o de sobrestamento de audiência ou julgamento, etc."<sup>15</sup> (destaques nossos).

Como já se vislumbra do ensinamento do Mestre das Alterosas, pode, sem sombra de dúvidas, ser identificada uma função acauteladora na medida liminar de *habeas corpus*, mas, nem sempre esta será uma medida cautelar em sentido estrito, e para distinguir esta função daquela outra de provimento antecipatório será necessário o exame da *finalidade e do fundamento da medida*.

Segundo GARCEZ RAMOS:

"O provimento cautelar tem finalidade de prevenir a ocorrência de um dano; o antecipatório, de evitar um dano através da antecipação dos efeitos da sentença. Quanto ao fundamento, o provimento cautelar se baseia na aparência do direito, enquanto o antecipatório, na evidência do direito afirmado e provado, que justifica a antecipação dos efeitos mesmos da sentença"<sup>16</sup>.

Destarte, para identificarmos se a medida liminar em *habeas corpus* pode, em caso concreto, ter a natureza cautelar, basta indagarmos sobre seu fim e fundamento, pois, o mais comum é que elas antecipem os efeitos da futura sentença, mas, às vezes, podem garantir a eficácia da decisão que será proferida e, neste último caso, é intuitivo, se tratará de uma medida de natureza cautelar, v.g., no caso de se evitar uma diligência em sede de inquérito ou a identificação criminal do paciente.

Tomemos emprestados os exemplos de GARCEZ RAMOS:

"Tome-se o exemplo do *habeas corpus* impetrado com a finalidade de trancar inquérito policial. Nesse caso, se o impetrante requerer, como medida liminar, que o paciente não seja submetido a uma determinada diligência policial, ao menos enquanto não definida a questão jurídica posta no *habeas corpus*, estará requerendo uma medida cautelar. Além desse exemplo, há o de *habeas corpus* que possua, além da pretensão mandamental, as de (des) constituição ou à declaração. As providências práticas anteriores à (des) constituição ou à declaração, quando servirem para garantir a eficácia desse provimento, também serão cautelares (...) há *urgência*, ou *periculum in mora*, pois o direito que *writ* pretende garantir corre o risco de perecer se se aguardar a prolatação da decisão final. Há *sumariedade formal*, pois a medida é concedida sem que a autoridade coatora

15. José Barcelos de Souza. *Doutrina e prática do habeas corpus*. Belo Horizonte, Sigla, 1998, p. 167.

16. João Gualberto Garcez Ramos. *A tutela de urgência no Processo Penal brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 254.

possa se manifestar. Essa supressão do direito de defesa – no caso, da autoridade coatora — justifica-se tendo em conta a urgência da situação apresentada. Há *sumariedade material*, pois nesse caso, a cognição é superficial. O juiz não define o fundo do direito afirmado, mas apenas garante, através de providências práticas, que haverá utilidade do provimento final. Decide, em outras palavras, com base na *aparência* do direito afirmado. Há, obviamente, *referibilidade* na medida liminar que prolata. Por fim, ela é *temporária e incapaz de gerar a coisa julgada material*<sup>17</sup>.

Assim, a conclusão a que se chega é que, se ação de *habeas corpus* não pode ser considerada uma ação cautelar, a medida liminar requerida em seu bojo, em algumas hipóteses, desde que não seja satisfativa, poderá se constituir em genuína medida cautelar. Mas, a regra é que, como ação de *habeas corpus*, a medida liminar ali requerida tem função satisfativa e, assim, carece de natureza cautelar.

### 3. A JUSTIFICAÇÃO

É sabido que, no CPP, temos, como forma de aquisição cautelar da prova, em se tratando de corpo de delito ou resguardo dos vestígios do crime, a medida cautelar de “busca e apreensão”, que impropriamente está colocada dentre os meios de prova.

Temos, ainda, outra medida cautelar para assegurar a produção probatória que é a “produção antecipada de prova testemunhal”, na forma do art. 225 do CPP.

Fora destes casos, a previsão de coleta cautelar de prova fica por conta de previsões esparsas, como aquelas previstas nas hipóteses de suspensão de processo (arts. 92, 93 e 366 do CPP).

Ocorre que existem autores que sustentam que a *justificação* também tem natureza cautelar, como MÁRIO DEVIENNE FERRAZ:

“Na esfera criminal a *medida cautelar* de justificação é prevista somente de maneira geral e quando trata do processo de crimes da competência do Júri (art. 423 do Código de Processo penal), dizendo que ela será requerida pelas partes e determinada somente pelo Presidente do Tribunal ou pelo Juiz a quem couber o preparo do processo até o julgamento”<sup>18</sup> (grifo nosso).

17. João Gualberto Garcez Ramos. *A tutela de urgência no Processo Penal brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 254-255.

18. Mario Devienne Ferraz. Medida cautelar de justificação no juízo criminal. In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 26, n. 136, p. 31-33, maio/junho, 1992, p. 31.

Entretanto, a Justificação nada mais é do que meio de produção de prova requerida em petição avulsa, independente de sua utilização em futuro processo. É, assim, um procedimento preparatório que visa a colher prova de um fato que *ainda não é objeto de litígio, mas que justifica a sua produção ou coleta para, futuramente, e de forma eventual, vir a fazer prova, inclusive em processo penal*<sup>19</sup>.

Como bem distingue FREDERICO MARQUES:

“Ela não se confunde com a prova cautelar (*ad perpetuam rei memoriam*), nem tampouco se apresenta com o caráter de pedido declaratório. Trata-se de procedimento de *formação de prova*, e não para que se conserve a prova, ou para que se declare a existência de atos ou relações jurídicas”<sup>20</sup>.

Também JOSÉ BARCELOS DE SOUZA desmistifica a natureza cautelar da Justificação:

“(…) não se trata de medida cautelar de antecipação de prova, mas de procedimento de formação de documento probatório. Aparece bem nítida essa sua finalidade própria de formação de prova, na justificação para instruir queixa ou denúncia nos crimes de responsabilidade de funcionário público, a que faz alusão o art. 513 do Código de Processo Penal. Aí faz as vezes de inquérito policial e de outros documentos. Desse modo, a prova particularmente apurada não será instrumentalizada pelo próprio interessado, mas, então, em um procedimento judicial, com chamamento da parte interessada, com o que certamente terá uma melhor aceitação nesse caso especial de exigência de prova”<sup>21</sup>.

Já lecionava LOPES DA COSTA:

“A palavra “justificação” tem dois sentidos: a) o ato de tornar plausível um fato; b) o processo em que assume a prova testemunhal. No primeiro sentido, a justificação exprime o resultado da prova, o efeito da

---

19. O Tribunal de Justiça de São Paulo, recentemente reconheceu ser a justificação perfeitamente utilizável no processo penal, e que se de trata procedimento judicial *de formação de prova*, tanto assim que a inicial deve explicitar o fato sobre o qual se dará a inquirição, sob pena de inépcia, como se vê do voto do relator: “Uma vez que o Código de Processo Penal faz menção à justificação nos arts. 423 e 513, sem, contudo, regulamentá-los, nada dispondo a respeito do conceito, da natureza jurídica ou do procedimento adotável, incontroverso que, na hipótese, incidem analogicamente as disposições sobre justificação encontradas no Código de Processo Civil, aplicado de forma subsidiária (...) Justificar, na linguagem forense, significa ato de provar judicialmente algo, algum fato de alguma relação jurídica. Se a justificação criminal, procedimento judicial para formação de prova, busca a demonstração de fato controvertido, isto é, a produção de prova sobre fato determinado, indiscutível a necessidade de explicitação do fato na inicial que arrola as testemunhas que pretende sejam ouvidas” (TJSP-Ap 403.441-3/1-00-4ªCam. — Rel. Des. Ramos de Freitas-DOESP-29.04.2004)..

20. José Frederico Marques. *Elementos de direito Processual Penal*. Ob. cit., p. 293.

21. José Barcelos Souza. *Poderes de investigação da defesa*, palestra proferida nas IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal, Guarujá, São Paulo, 6/9 de novembro de 2004.



prova sobre o espírito do juiz. No outro sentido, *justificação é a inquirição avulsa de testemunhas, sem a finalidade de constituir prova em processo pendente ou futuro*. Essa finalidade é que faz a distinção entre a “justificação” e a “antecipação de prova” (depoimento, vistoria, exame judicial *ad perpetuam rei memoriam*)”<sup>22</sup>.

O que ocorre é que, por vezes (é o que se dá no processo penal), a justificação, que não tem ontologicamente a finalidade própria de preconstituir uma prova já visando a um processo, acaba sendo utilizada como tal, ou seja, como verdadeira antecipação de prova e, daí, o desvirtuamento de sua natureza na visão da doutrina, já que a medida, apesar de não ser cautelar é utilizada como tal, ficando aqui a crítica de Lopes da Costa, sob a ótica do processo civil: “se o processo da justificação serve para o mesmo fim que o da antecipação da prova, ninguém mais se servirá do segundo, pois neste a dificuldade é maior, pois o autor há de tornar plausíveis os fundamentos pelos quais quer que a prova seja antecipada”<sup>23</sup>.

Em suma: isto se dá, justamente por não se tratar de medida cautelar, e, assim, não é exigida pelo juiz a demonstração dos requisitos cautelares, o que facilita sua utilização.

Não obstante todo o dito, o atual Código de Processo Civil, a coloca como medida cautelar.

Mas, segundo Inocêncio Borges da Rosa, “a justificação genérica é um feito de jurisdição voluntária ou graciosa”. E complementava, não se tratar de jurisdição contenciosa, porque a outra parte tem sua atuação limitada à fiscalização da prova; – não lhe é permitido vir com exceções, oferecer impugnação à petição do justificante, apresentar prova em sentido contrário nem recorrer”<sup>24</sup>.

Aliás, consoante JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, não se deve estranhar esta opção do legislador processual civil, pois:

“(…) O legislador costuma fazer semelhantes confusões, incluindo entre as cautelares medidas que não são essencialmente preventivas, nem preparatórias, nem conservadoras. Assim é que inclui entre as cautelares, além da justificação, o protesto judicial, a interpelação e a notificação (arts. 867 e 873); a homologação do penhor legal (art. 874), o atentado (art. 879), o protesto de títulos e contas (art. 882), que não são cautelares, como bem ensina o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em anotação ao art. 813 de sua obra citada. O protesto, a interpelação e a notificação (arts. 867 e 873), por exemplo, são procedimentos meramente conservativos de direito. Se exigida como procedimento prévio para, por exemplo, a propositura de

22. Alfredo de Araújo Lopes da Costa. *A Administração Pública e a ordem jurídica privada* (jurisdição voluntária). Belo Horizonte, Editora Livraria Bernado Álvares Ltda, 1961, p. 333-334.

23. *Id.*, *ib.*, p. 335-336.

24. Inocêncio Borges da Rosa. *Processo penal brasileiro*. v. II. Porto Alegre, Globo- Barcelos, Bertaso e Cia., 1943, p. 546.

ação de despejo, a notificação terá função preparatória”<sup>25</sup>.

O que é certo é que, apesar da Justificação estar prevista no Código de Processo Civil (arts. 846 a 851), pode ser utilizada no Processo Penal, para, *v.g.*, casos de *restituição de coisas apreendidas, sendo de grande utilidade para a revisão criminal*, pois, na forma do art. 621, III, do CPP, admite-se a revisão quando descobertas novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que autorize diminuição especial de pena e, evidentemente, caso tais provas refiram-se a depoimentos de testemunhas, via de regra, poderão ser efetivamente produzidas via justificação.

De acordo FREDERICO MARQUES:

“(…) seria grave erro afirmar-se que as justificações como processo de *formação de prova*, estejam abolidas na Justiça Penal. Se no processo civil, dominado pelo sistema da oralidade com os conseqüências lógicos da imediatidade e identidade física do juiz, elas ainda são admitidas, razão não há para entendimento contrário no processo penal”<sup>26</sup>.

Tanto pode ser de utilidade a medida no processo penal que o art. 423 do CPP faz referência expressa à justificação ao tratar do Júri, e o art. 513 também a admite, como elemento para instruir a denúncia nos crimes de responsabilidade de funcionários públicos.

Consoante o art. 863 do Código de Processo Civil: “A justificação consistirá na inquirição de testemunhas sobre os fatos alegados, sendo facultado ao requerente juntar documentos”.

E, voltando ao Código de Processo Penal, este, como já dito, faz menção a ela em seu art. 423, *litteris*:

“As justificações e perícias requeridas pelas partes serão determinadas somente pelo presidente do tribunal, com intimação dos interessados, ou pelo juiz a quem couber o preparo do processo até o julgamento.”

Como bem detecta JOSÉ BARCELOS DE SOUZA, existe, aqui, uma “exceção expressa à regra da livre distribuição. A livre distribuição, todavia, deve prevalecer como regra geral para outros casos de justificação avulsa, como medida de jurisdição voluntária”<sup>27</sup>.

E acrescenta que esta norma ainda guarda sua utilidade:

“Suponha-se, por exemplo, que uma testemunha importantíssima venha, através de investigação da defesa, a ser descoberta só depois da fase da contrariedade do libelo, em que, por sinal, não se arrolou testemunha alguma. Como aqui há prazo certo para quase tudo, não

25. Palestra citada.

26. José Frederico Marques. *Elementos de Direito Processual Penal*. Ob. cit., p. 294.

27. José Barcelos Souza. *Poderes de investigação da defesa*, palestra proferida nas IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal, Guarujá, São Paulo, 6 a 9 de novembro de 2004.

podendo a testemunha ser apresentada na hora, a salvação vai correr por conta da prestimosa justificação”<sup>28</sup>.

E, no que se refere à *revisão criminal*, a justificação é de suma importância, pois, consoante JOSÉ FREDERICO MARQUES: “Se essas novas provas consistirem em depoimentos testemunhais, só através de justificação poderão ser produzidas”<sup>29</sup>.

Porém, de acordo com ADA PELLEGRINI GRINOVER, em obra conjunta com outros autores, não só através da Justificação isso pode ser feito, pois “a prova nova pode produzir-se em justificação prévia ou no próprio curso do processo da revisão”<sup>30</sup>.

E, consoante JOSÉ BARCELOS DE SOUZA:

“Em verdade, ainda que no silêncio da lei, não se poderá excluir a produção da prova diretamente nos autos da revisão, desde que explicitados os fatos justificandos no pedido revisional, com a indicação do rol de testemunhas. Então, ou o próprio relator procederá à inquirição das testemunhas, reduzindo-se a termo os depoimentos, ou expedirá carta de ordem para sua inquirição no primeiro grau jurisdicional”<sup>31</sup>.

De se acrescentar que se utilizada a Justificação para fins criminais, o juiz competente será o Juízo Criminal, pois, como bem argumenta MÁRIO DEVIENNE FERRAZ:

“Não se vê razão alguma para que a justificação seja processada e julgada pelo Juízo Cível...Na ausência de regulamentação pela Lei Processual Penal, o processamento das justificações no Juízo Criminal deve obedecer às normas procedimentais traçadas pelo Código de Processo Civil, que aplicará supletivamente. O Juízo Criminal é, portanto, o adequado para o processamento e julgamento da justificação, pois é nesse Juízo que os reflexos da medida irão se fazer presentes. (...)”<sup>32</sup>.

#### 4. A VERDADEIRA NATUREZA DA RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS

Já chegamos a defender que o procedimento incidental chamado *de restituição de coisas apreendidas* teria natureza cautelar, sendo verdadeira “contracautela”,

---

28. José Barcelos Souza. *Poderes de investigação da defesa*, palestra proferida nas IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal, Guarujá, São Paulo, 6 a 9 de novembro de 2004.

29. José Frederico Marques. Ob. cit., p. 294.

30. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Júnior, Antonio Scarance Fernandes. *Recursos no processo penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 321.

31. Palestra citada.

32. Mario Devienne Ferraz. Medida cautelar de justificação no juízo criminal. In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo, 1992, v. 26, n. 136, p. 31-33.

para fins de reaver objetos apreendidos na fase inquisitorial<sup>33</sup>.

Assim entendíamos com base no já antigo ensinamento de ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS:

“(…) a restituição das coisas apreendidas na fase investigatória cujas condições e procedimento a ser observado constam dos arts. 118/124, do CPP, importa num julgamento no qual o juiz exercita verdadeira jurisdição cautelar, embora *a posteriori* da apreensão da coisa pela polícia. Tanto assim, que o primeiro elemento a ser examinado no pedido restituitório é se as coisas não mais interessam ao processo (art. 118, do CPP)”<sup>34</sup>.

Mas, já acentuávamos que, na verdade, a anterior apreensão dos chamados objetos e produtos do crime não detinha uma estrita natureza de uma medida cautelar, mormente por lhe faltar o requisito da jurisdicionalidade e, assim tratava-se de uma medida assecuratória tomada pela autoridade policial ao proceder a investigação do crime, na forma do art. 5º II, do CPP, salvo, evidentemente, se o bem fosse objeto de *busca e apreensão* (arts. 240 e segs.), pois, neste passo, se traduzirá em modalidade de cautelar relativa ao ônus probatório estatal<sup>35</sup>.

Assim, já vislumbrávamos a dificuldade de inserir a restituição, como contracautela, até porque a própria apreensão no mais das vezes não detém a natureza cautelar.

Por outro lado, em se dando a apreensão judicialmente, e da mesma forma a restituição, chegávamos à conclusão que se prenderiam à utilidade para o *processo principal*, mormente quando requerida para vítima para fins de assegurar a restituição do produto do crime, o que demonstraria a instrumentalidade e, conseqüentemente, a natureza de medida cautelar, estando presente, ainda, segundo Mirabete, a acessorialidade, requisito cautelar, pois consoante o autor já citado, “devem ser devolvidas as coisas apreendidas quando a autoridade policial não encontra elementos nas investigações para prosseguir no inquérito por não se configurar na espécie qualquer infração penal”<sup>36</sup>.

Entretanto, após muito refletir, hoje estamos convencidos que a “restituição de coisas apreendidas”, prevista nos arts. 120 e segs. do CPP, na verdade, *não tem natureza cautelar*.

E, para que se faça justiça, em muito contribuiu para a revisão de nosso ponto de vista o firme posicionamento de GUSTAVO BADARÓ, que já havia semeado em nós a necessidade de maior reflexão ao discutirmos pessoalmente o tema, e acabou

---

33. Cf., Marcellus Polastri Lima. *A Tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, maio/junho/ 1992, p. 32.

34. Romeu Pires de Campos Barros. *Processo Penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 394.

35. Romeu Pires de Campos Barros, como visto, entende ser modalidade de cautelar patrimonial, Romeu Pires de Campos Barros. *Processo Penal cautelar*. Ob. cit., pp. 392-393.

36. Julio Fabbrini Mirabete. *Processo Penal*. São Paulo, Atlas, 2002, p. 231.

por nos convencer ao trazer a lume excelente artigo doutrinário a respeito do tema.

É que algumas formas de restituição não têm a necessária característica da instrumentalidade, traço fundamental para identificação da natureza cautelar, mormente quando a restituição é pedida em favor do acusado ou de terceiro de boa-fé.

Neste sentido BADARÓ:

“Conclui-se, pois, que a restituição de coisa apreendida não tem a finalidade exclusiva de assegurar a reparação do dano causado à vítima, visto que pode ser utilizada pelo próprio acusado, para reaver coisas de sua propriedade que foram apreendidas, bem como por terceiros estranhos ao processo penal. Quando o acusado ou um terceiro requer a restituição de coisa de sua propriedade que foi apreendida, não se pode ver em tal medida a finalidade de assegurar o resultado útil do processo penal condenatório. A restituição, neste caso, não estará assegurando a efetividade de uma futura condenação, e também não estará propiciando a reparação do dano que o delito causou a vítima. Sob o aspecto teleológico, portanto, é difícil caracterizar a restituição de coisa apreendida uma medida cautelar, ao menos quando ela for requerida pelo próprio acusado ou por terceiros. Em tais casos, não seria a restituição de coisa apreendida um instrumento para garantir a utilidade e a eficácia da condenação penal. Faltar-lhe-ia, pois, a instrumentalidade, característica essencial de toda medida cautelar”<sup>37</sup>.

Assim, somente quanto à restituição pedida pela vítima que poderíamos falar em instrumentalidade, mas, ocorre que, faltaria, ainda, outro requisito inerente às medidas cautelares e, neste caso, a carência se dá, também, em relação à restituição pretendida pela vítima, ou seja, o requisito da provisoriedade, uma vez que, uma vez deferida, a restituição, esta será, via de regra, definitiva.

Segundo BADARÓ:

“O ato decisório proferido no incidente de restituição de coisa apreendida, seja ela requerida pela vítima, pelo acusado ou por terceiros, será sempre definitivo. Restituída a coisa, já houve satisfação, em caráter definitivo, do direito pleiteado. Não será necessário que a vítima requeira qualquer outra medida jurisdicional, em caráter principal, para que o dano seja reparado ou a coisa que lhe pertence volte a estar sob sua disponibilidade”<sup>38</sup>.

---

37. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. A tutela cautelar no processo penal e a restituição de coisa apreendida. in Revista Brasileira de Ciências Criminais. IBCCrim. São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 59, março-abril de 2006, pp. 273/274.

38. Ob. cit., p. 276.

Tal se dará também em relação ao acusado ou ao terceiro de boa-fé. No primeiro caso, não sendo o bem passível de confisco ou perdimento para o Estado, a restituição será definitiva e, no segundo caso, quando o terceiro prova que ser o bem de sua propriedade ou ter a posse legítima, igualmente se dará a restituição definitiva. Em suma: como a restituição é sempre definitiva<sup>39</sup>, fica difícil a defesa de sua natureza cautelar, pois as cautelares sempre têm o requisito da provisoriedade ou temporariedade.

Mas, como já não bastassem estes empecilhos, falta ainda na restituição outro requisito sempre presente nas cautelares: a *cognição sumária*, pois enquanto nas cautelares o juiz decide com base no *fumus boni iuris*, ou, com base na mera probabilidade de existência do direito, na medida de restituição de coisas apreendidas o juiz examina o direito do reclamante, como se vê dos arts. 120 e §§ 1º e 2º e 4º do CPP, chegando ao ponto de, quando o juiz não consegue atingir a certeza do direito do reclamante ao bem, dever remeter “as partes ao juízo cível”, mais apto a investigar o mérito em uma cognição exauriente, não possível de existir no juízo criminal.

Consoante demonstra BADARÓ:

“(…) na restituição de coisa apreendida, a cognição desenvolvida pelo juiz nunca será sumária... a decisão proferida no incidente de restituição de coisa apreendida jamais será baseada em uma cognição sumária. Ou as provas permitem uma cognição plena (quanto à extensão) e exauriente (quanto à profundidade) ou, não sendo suficientes os dados probatórios, o juiz remete a questão para as vias cíveis. Em suma, trata-se de cognição plena e exauriente *secundo eventum probationis* e não de cognição sumária. E, sem a sumariedade da cognição, não se pode falar em medida de natureza cautelar”<sup>40</sup>.

Como se vê, resulta evidente que, apesar de ser o incidente de restituição de coisa apreendida uma medida preventiva ou assecuratória, não detém a natureza de medida cautelar, pois, como já visto, para isto é necessária a coexistência de todos os requisitos inerentes, faltando à esta medida os requisitos da provisoriedade, da cognição sumária e, em alguns casos, até da instrumentalidade.

## 5. A INSCRIÇÃO DE HIPOTECA LEGAL

Como o arresto, a hipoteca legal visa a assegurar a futura reparação civil *ex delicto*, em favor do lesado ou seus sucessores.

---

39. É certo que, por vezes, não estando demonstrado o direito suficientemente ou havendo interesse no processo, poderá o juiz deixar, de forma provisória, o bem em depósito com o interessado, mas afastado o obstáculo será a devolução definitiva, sem uma dependência com o resultado de mérito do processo principal, ou seja: a final absolvição ou condenação não terá influência direta sobre o incidente.

40. Ob. cit., pp. 281/283.

De acordo com ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, a "hipoteca consiste em direito real criado para assegurar a eficácia de um direito pessoal. Como, todo direito real, tem ela um caráter absoluto, vigorando contra todos (*erga omnes*) e acompanhando a coisa pelas mutações por que passa. Sua significação exata é dar em garantia"<sup>41</sup>.

E, consoante PITOMBO:

"Hipoteca consiste em direito real sobre a coisa alheia que sujeita em princípio, bens imóveis, mas, ainda, móveis, indicados estes em lei, no escopo de garantir o pagamento de obrigação, assumida pelo proprietário, ou por terceiro, sem que passe ao credor, titular do referido direito a posse dos bens garantidores (...) Só incide a hipoteca sobre o bem, que se possa alienar (art. 756, segunda parte, do Cód. Civil), em geral, sendo imóvel (...) Hipoteca legal é instrumento protetivo. Emerge como favor legal, outorgado a certas pessoas, em dada situação jurídica, merecedoras do amparo na lei, pois, lhes nasce o direito de garantia"<sup>42</sup>.

A questão é se saber se, em se tratando de medida assecuratória, seria de natureza cautelar.

Entendemos que não, pois como visto supra, apesar de sempre ser colocada como medida cautelar real, a doutrina a identifica como *direito real de garantia*, e é justamente esta a sua verdadeira natureza.

Segundo GARCEZ RAMOS:

"É quase desnecessário salientar que o procedimento de especialização de hipoteca penal nada tem a ver com o do seqüestro dos bens imóveis que sejam provento da infração penal. Daí porque não de ser especializados mesmo os bens imóveis do imputado que hajam sido adquiridos antes da prática da infração penal. Nenhum liame com o fato criminoso precisa ser buscado, eis que o fundamento do procedimento de especialização da *hipoteca penal* é diverso do que vale para a disciplina legal do seqüestro dos bens que sejam proventos do crime. No seqüestro dos proventos do crime se busca o ressarcimento do dano causado pelo crime, bem como o retorno do *status quo ante* (...) No caso da *hipoteca penal*, o que se busca é apenas o ressarcimento do dano. Daí a maior simplicidade da atividade instrutória respectiva"<sup>43</sup>.

Acontece que a hipoteca legal penal não tem a característica da provisoriedade ou mesmo da temporariedade, pois se trata de um direito real de garantia, e, sobretudo, tem marcante característica satisfativa.

De acordo, ainda, com GARCEZ RAMOS:

---

41. Romeu Pires de Campos Barros. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 425.

42. Sérgio M. de Moraes Pitombo. *Do seqüestro no processo penal brasileiro*. São Paulo, José Bushatsky, 1973, pp. 37-38 e 42.

43. João Gualberto Garcez Ramos. *A tutela de urgência no Processo Penal brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 300.

"A hipoteca penal é um direito material. É um direito material de garantia, é verdade, mas não perde a característica de direito material. Logo, sua instituição não atende mandamento de ordem processual mas, isto sim, a mandamento de ordem material (...) não é marcada pela temporariedade. Isso porque, na medida em que é um *direito real de garantia* — que pode, em todo o caso, ser cancelado no caso da absolvição ou da extinção da punibilidade—tende a se estabilizar e não nasce com a finalidade de ser, depois, substituído por uma outra medida (...) a ausência de alguns requisitos acima leva à conclusão de que a especialização de hipoteca penal por parte de Juiz criminal não é uma *medida cautelar*. Confere um *direito real de garantia* ao ofendido pela infração penal, direito esse que goza de autonomia e lhe dá preferência na satisfação de seu débito e segue o imóvel, quem quer que seja o seu proprietário (...) A concessão da hipoteca é, *per se*, satisfativa, na medida em que sua exequibilidade é potencial e pode ser promovida pelo titular do direito a qualquer tempo, dentro do prazo prescricional (...) tanto é satisfativa que pode ser cancelada pelo cumprimento da obrigação mesma. Uma vez paga a dívida referente ao prejuízo causado ao ofendido pela infração penal, a hipoteca desaparece; *accessorium sequitur principale*. O importante é que a hipoteca é um direito real e, enquanto tal, tem natureza material e não processual.(...) Assim, a conclusão mais correta é entender que a hipoteca penal é *uma forma de tutela antecipatória no processo penal condenatório*, tutela essa preordenada à garantia do direito do ofendido ao ressarcimento do dano causado pelo fato criminoso"<sup>44</sup>.

Assim, à toda evidência, apesar de ser uma medida preventiva ou assecuratória, a hipoteca legal não é medida cautelar.

## 6. CONCLUSÃO

Como visto não é por serem assecuratórias ou preventivas que se deve reconhecer a natureza de medida cautelar a certas providências no processo penal, pois, para que assim seja, será necessária a presença de todos os requisitos inerentes à medida cautelar, ou seja, acessorialidade; preventividade; instrumentalidade hipotética; provisoriedade; revogabilidade; não definitividade; referibilidade e jurisdicionalidade.

Assim, justamente por faltar algum ou alguns de tais requisitos é procu-ramos apontar algumas medidas comumente indicadas pela doutrina como medidas

---

44. João Gualberto Garcez Ramos. *A tutela de urgência no Processo Penal brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998, pp. 306-307.



cautelares, mas que, na verdade não têm essa natureza, obviamente, sem a pretensão de exaurir todas as hipóteses acaso existentes.

INTRODUÇÃO

MARCELO LUIS BASTOS  
MARTINUS FERRELLI

RESUMO: 1. Introdução. 2. Exame de mérito de fato e aplicação do contrato-tipo. 3. Quest. 114 do CC/02 de Responsabilidade e promoção da prova sob o domínio do juiz. 4. Exame de mérito de fato do Juiz. Exceção e regras estruturais e sequenciais. 5. São as regras sobre a condução da prova. 6. Quest. 115 do CC/02 que trata da prova e art. 373, VIII do CPC/02 que trata da prova e a possibilidade de suspensão da produção da prova. 7. Conclusão. 8. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

— O modo de prova de qual o juiz vai a prova e por qual o modo de prova, desde que não haja uma prova de fato e a sua produção, grau de culpa, etc. no caso do comprometimento de juiz, por exemplo, de prova técnica, etc. como prova, declara.

Resumo: Este artigo trata da prova, de que prova técnica, formalmente de qual o juiz vai a prova e por qual o modo de prova, desde que não haja uma prova de fato e a sua produção, grau de culpa, etc. no caso do comprometimento de juiz, por exemplo, de prova técnica, etc. como prova, declara.

Por se tratar de prova técnica, de modo de prova, e por se tratar de prova de fato e a sua produção, grau de culpa, etc. no caso do comprometimento de juiz, por exemplo, de prova técnica, etc. como prova, declara.

<sup>1</sup> Professor de Direito de Processo Civil, do Instituto Brasileiro de Direito, pela Faculdade de Direito de Campos. Doutor em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Pós-graduação em Direito de Processo Civil pela Faculdade de Direito de Campos.  
<sup>2</sup> Advogado do Ministério Público do Rio de Janeiro.