

## O requerimento abusivo de medidas cautelares típicas e atípicas no processo penal

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA (\*)

Sumário: 1. O abuso nos requerimentos de medidas cautelares. Generalidades. 2. Os requerimentos abusivos de medidas cautelares típicas. 3. Os requerimentos abusivos de medidas cautelares atípicas e o poder geral de cautela do Juiz.

1. **O abuso nos requerimentos de medidas cautelares. Generalidades.** Já se afirmou que em matéria processual penal as medidas cautelares têm igual ou até mesmo maior importância que no âmbito civil <sup>(1)</sup>. A assertiva se justifica, pois, naquele caso, pode estar em jogo o inestimável valor liberdade <sup>(2)</sup>. Em quaisquer dos ramos do direito processual, porém, os provimentos cautelares sem dúvida constituem um campo fértil para as condutas temerárias ou abusivas das partes <sup>(3)</sup>. No presente trabalho, apesar da escassez de fontes doutrinárias no

(1) A assertiva é de CASTILLO, Niceto Alcala-Zamora y; Hijo, Ricardo Levene. *Derecho procesal penal*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1945. p. 272.

(2) Bem afirma BARROS, Romeu Pires de Campos, referindo-se ao processo penal, que “grande parte das cautelares envolvem bens jurídicos de suma relevância, visto que estas operam no campo da liberdade individual, surgindo um verdadeiro conflito de interesses entre a pretensão do Estado em impor uma dessas medidas para assegurar o êxito do processo principal ou a sua profícua realização, e a do indivíduo que se esforça para não sofrer restrições em seu direito de *ir, vir, permanecer e estar*” (*Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 35).

(3) Assim, BILESIO, Juliana; GASPARI, Marisa G.. *Reflexiones sobre el abuso en materia procesal*. Abuso procesal (Org. Juan Alberto Rambaldo). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2001. p. 25. Como afirma CALAMANDREI, Piero, relativamente ao processo civil, “la providencia cautelar, que en la intención de la ley debería tener finalidades meramente conservativas de la situación de hecho (*nihil lite pendente innovetur*), sin perjuicio alguno de la decisión de mérito, viene a ser en realidad, en manos de un litigante astuto, una arma a veces irresistible para constreñir a su adversario a la rendición, y a obtener así en el mérito una victoria que, si el adversario hubiese podido defenderse, sería locura esperar” (*El proceso como juego. Instituciones de derecho procesal civil. Estudios sobre el proceso civil*. Volumen III. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Poró, 1996. p. 282). Na doutrina nacional, FUX, Luiz faz referência à “vulgarização do processo cautelar”, bem como à sua “utilização promiscua no afã de suprir o retardamento causado pela ordinarização do procedimento” (*Tutela de segurança e tutela da evidência. Fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 53).

cenário nacional, tentar-se-á delinear a possibilidade de as partes da relação processual penal agirem abusivamente quanto ao requerimento das providências acautelatórias <sup>(4)</sup>.

Preliminarmente, todavia, convém explicitar um dado relevante, qual seja, o de que no processo penal brasileiro, ao contrário do que se passa no processo civil, não há regulamentação acerca de um processo cautelar autônomo, destinado a assegurar, “na medida do possível, a eficácia prática de providências quer cognitivas, quer executivas” <sup>(5)</sup>. O Código de Processo Penal de 1941 traz em seu corpo diversas providências acautelatórias sem nenhum rigor sistemático, delas cuidando em diferentes capítulos. Tais providências recebem da doutrina o rótulo de *medidas* ou *provimentos cautelares* <sup>(6)</sup>, os quais podem ser efetivados na fase pré-processual, no processo penal de conhecimento ou mesmo no processo penal de execução, assumindo caráter de servilidade em relação a estas duas últimas espécies de processo <sup>(7)</sup>. O Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, que tramita no Congresso Nacional relativamente ao tema, também não traz um Título no qual se cuida de um possível *processo penal cautelar*, mas sim das *medidas cautelares* <sup>(8)</sup>.

Mas referidas medidas acautelatórias, independentemente de serem consideradas, ou não, como verdadeiras *ações penais cautelares*, se sujeitam ao manejo abusivo pelas partes da relação que se forma em juízo. Com efeito, a exemplo do que já se atestou na órbita processual civil <sup>(9)</sup>, os provimentos cautelares processuais penais também se prestam a postulações temerárias,

---

<sup>(4)</sup> Referindo-se ao abuso, deixou consignado BARROS, Romeu Pires de Campos: “Portanto, se está patente no processo cautelar penal o problema de garantir o exercício do direito de cautela, ocorre que, também nele é que se garante ao imputado contra o abuso do poder cautelar” (*Processo penal cautelar*. cit., p. 18).

<sup>(5)</sup> A conceituação é de MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 301.

<sup>(6)</sup> Neste sentido, JARDIM, Afranio Silva. *Reflexão teórica sobre o processo penal*. Direito processual penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. pp. 38/39; TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 195; HAMILTON, Sergio Demoro. “A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia”. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 12. jul./dez. de 2000. p. 138; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 413.

<sup>(7)</sup> Assim, AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001. p. 159.

<sup>(8)</sup> Resultante de anteprojeto elaborado por comissão de notáveis juristas, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei nº 4.208/2001, que visa a instituir um Título IX no Código de Processo Penal com a rubrica “*Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória*”. Mas a redação de tal rubrica traz dubiedade que não escapou à percepção de JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz: “Não se entende o motivo pelo qual o título é ‘Prisão, medidas cautelares e liberdade’, uma vez que a prisão é (ou deveria ser entendida, conforme a exposição de motivos) como medida cautelar” (*A crise no direito processual penal brasileiro*. Comentários aos projetos de reforma do Código de Processo Penal. Tratado temático de processo penal (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 214).

<sup>(9)</sup> É notoriamente mais rica no processo civil a literatura quanto ao abuso relativo às medidas cautelares. Assim, dentre nós, vide STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 109/111. Igualmente, na doutrina argentina, dentre muitos, BILESSIO, Juliana; GASPARINI, Marisa G. *Reflexiones sobre el abuso en materia procesal*. Abuso procesal (Org. Juan Alberto

desviadas de sua finalidade, inspiradas na má-fé, infundadas ou para as quais não concorram os requisitos legais. Atitudes desta monta não devem ser admitidas pelo órgão jurisdicional, o qual deve envidar esforços em coibi-las, ou mesmo em sancioná-las.

Aspecto peculiar relativo aos provimentos acautelatórios, que se relaciona diretamente com o abuso, se refere à questão acerca da possibilidade de decretação das cautelares processuais penais pelo órgão jurisdicional independente de provocação, ou, ao contrário, apenas mediante requerimento do legitimado. Isto porque a admissão de cautelas *ex officio* pelo Magistrado minimizaria a noção de atitude abusiva pelas partes da relação processual, pois aquele, ao assim agir, *não* estaria exercendo um *direito* de maneira irregular, com desvio de finalidade ou fora dos lindes da razoabilidade.

Na doutrina brasileira é grande a controvérsia sobre a possibilidade de as medidas cautelares processuais penais serem decretadas de ofício pelo órgão jurisdicional. Dúvidas não há que, em um sistema de índole acusatória, o Juiz se encontra aliado da decretação de medidas acautelatórias de ofício na fase pré-processual. Nesta etapa, *quando ausente* provocação de atividade jurisdicional, não há espaço para a atuação propulsiva do julgador, o qual deve remanescer na posição de juiz de garantias, sob pena de quebra de sua imparcialidade <sup>(10)</sup>. Desta maneira, não se encontram recepcionadas em face do que dispõe o art. 129, I, da Constituição da República, as normas que permitiam ao Magistrado requisitar à autoridade policial a instauração de inquérito policial ou a realização de diligências (arts. 5º, I, e 13, II, do Código de Processo Penal). A propósito, de forma coerente com o sistema acusatório instituído pelo constituinte de 1988, o legislador infraconstitucional brasileiro, ao instituir a prisão temporária, subordinou sua decretação a ato postulatório do Ministério Público ou à representação da autoridade policial; e, neste último caso, somente após a necessária oitiva do *Parquet* (art. 2º, *caput*, da Lei nº 7.960/89).

Quanto à fase processual propriamente dita, é respeitabilíssimo o entendimento que, uma vez deflagrada a ação penal, o provimento acautelatório poderia ser tomado pelo próprio julgador, independentemente de provocação, pois a cautela seria provida de maneira incidental, sem estabelecer relação

---

Rambaldo). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2001. p. 25; RAMBALDO, Juan Alberto. *El abuso procesal*. Abuso procesal (Org. Juan Alberto Rambaldo). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2001. pp. 232/233; CARBONE, Carlos A. *Abuso del proceso en las medidas cautelares y en los procesos diferenciados: sentencia anticipada y autosatisfactiva*. Abuso procesal (Org. Juan Alberto Rambaldo). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2001. pp. 353/354; FLUCK, Anna Inés. *La medida cautelar trabada abusivamente y los daños y perjuicios. ¿Preclusión o prescripción?* Abuso procesal (Org. Juan Alberto Rambaldo). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2001. pp. 383/390.

<sup>(10)</sup> De acordo com o texto, PRADO, Geraldo: "Portanto, a coerência com os ditames do princípio acusatório, à vista da implicação de um devido processo penal cautelar, em fase anterior ao processo de conhecimento condenatório, exigirá a iniciativa dos encarregados da investigação ou do titular do direito de ação, até o que inerte deverá permanecer o juiz, sob pena de quebra da imparcialidade" *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 205). Também assim, NETTO, José Laurindo de Souza. *Processo penal. Sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 93.

processual autônoma<sup>(11)</sup>. Para os que assim entendem, não haveria afronta ao *ne procedat iudex ex officio*, pois a atividade jurisdicional já fora invocada pelo legitimado, quando do exercício da ação penal de conhecimento ou de execução. Este posicionamento, contudo, parece desconsiderar a existência de uma *ação cautelar* no processo penal, tema, aliás, por demais controvertido na doutrina nacional<sup>(12)</sup>. Neste passo, cumpre asseverar que o legislador infraconstitucional brasileiro, desde o advento do Código de Processo Penal (e.g., arts. 127, 225, 242, 311), insiste na possibilidade de decretação das mais diversas cautelares por iniciativa do próprio Juiz<sup>(13)</sup>. E isto se verifica também em relação a outras medidas cautelares, previstas em diplomas extravagantes, como, por exemplo, na decretação de interceptação telefônica (art. 3º da Lei nº 9.296/96) e da suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor (art. 294, *caput*, da Lei nº 9.503/97). E, ao que parece, mesmo o projeto de reforma do Código de Processo Penal que tramita no Congresso Nacional conserva esta índole no que diz respeito às medidas cautelares, possibilitando a adoção, pelo Magistrado, de providências acautelatórias independente de requerimento<sup>(14)</sup>.

Contudo, com as devidas vênias aos que esposam entendimento contrário, não parece possível a adoção de provimentos cautelares de ofício pelo órgão julgador, diante da separação de funções preconizada pelo processo penal de tipo acusatório, o qual foi inegavelmente adotado pela atual Constituição da

---

<sup>(11)</sup> Este o ensinamento do mestre da processualística contemporânea JARDIM, Afranio Silva: "Assim, no processo penal, exerce o Juiz atividade instrumental de natureza cautelar, seja em face de uma pretensão, seja sem qualquer provocação. Embora sem criar relação processual autônoma, mas de forma incidental, existe pretensão cautelar nos casos de requerimentos de prisão provisória, de aplicação provisória de interdição de direitos e medidas de segurança, de seqüestro dos bens adquiridos com o provento da infração penal, visando a assegurar efeito da sentença penal condenatória, e a antecipação de prova testemunhal prevista no art. 225 do Código de Processo Penal de 1941" (Reflexão teórica sobre o processo penal. *Direito processual penal*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 39). Em sentido aproximado, TORNAGHI, Hélio: "Na verdade, no Direito Processual Penal brasileiro, o 'processo cautelar' é possível sem que qualquer ação tenha sido exercida, pois o juiz pode agir de ofício. (...) Ao contrário do que acontece no processo civil, parece razoável considerar essas providências como incidentes do processo penal brasileiro" (*Curso de Processo Penal*. Volume 1. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995. p. 208).

<sup>(12)</sup> Negando a existência de uma ação cautelar autônoma no processo penal, dentre outros, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. cit., p. 413; TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. Volume 1. cit. p. 208; JARDIM, Afranio Silva. *Reflexão teórica sobre o processo penal* cit., p. 39; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulô: Saraiva, 1991. pp. 101/102; TUCCI, Rogério Lauria. "Processo e procedimentos penais". *Revista dos Tribunais*. Vol. 749. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 1998. pp. 496/497.

<sup>(13)</sup> Perspicaz a observação de HAMILTON, Sergio Demoro, quanto à medida de seqüestro: "No campo das cautelares, sejam elas pessoais, sejam elas reais, ignora-se, por completo, o sistema acusatório. Assim, à guisa de exemplo, no art. 127 permite-se ao juiz, de ofício, ordenar o seqüestro dos bens do indiciado no curso do processo ou antes dele, na fase do inquérito" ("A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia." *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 12. jul./dez. de 2000., p. 138).

<sup>(14)</sup> O já mencionado projeto de lei nº 4.208/2001, no tocante às medidas cautelares, pretende inserir no Código de Processo Penal um § 2º no art. 282, o qual contaria com a seguinte redação: "Serão decretadas de ofício, a requerimento das partes ou, quando cabível, por representação da autoridade policial".

República de 1988 (art. 129, I) <sup>(15)</sup>. A privatividade da ação penal conferida ao Ministério Público depurou a acusatoriedade proveniente do Estatuto Processual Penal, vedando a atuação *ex officio* do órgão encarregado de prestar jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*) <sup>(16)</sup>. Neste passo, vale citar como exemplo digno de nota o direito processual penal italiano, no qual se adotou inequivocamente o sistema acusatório com o advento do *Codice di Procedura Penale* de 1988. Por força do que dispõe o art. 291 do referido Estatuto <sup>(17)</sup>, as medidas cautelares são requeridas pelo Ministério Público, sendo indispensável um ato propulsivo deste dirigido ao Juiz para a sua decretação <sup>(18)</sup>. A única reserva que se defere ao Magistrado para agir de ofício no campo das cautelares se relaciona à revogação destas ou à sua substituição por outra medida (art. 299, 3, do *Codice di Procedura Penale*) <sup>(19)</sup>. Com a consciência dos perigos inerentes à importação acrítica de

<sup>(15)</sup> No sentido do texto, PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 206; ALVES, Rogério Pacheco. "O poder geral de cautela no processo penal." *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 15. jan./jun. 2002. p. 249; HAMILTON, Sergio Demoro. "A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia". *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 12. jul./dez. de 2000. p. 138; FERREIRA, Denis Aceti Brasil. "A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório." *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 08. jul./dez. 1998. p. 141; AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001. p. 170; BARROS, Antonio Milton. *Processo penal segundo o sistema acusatório. Os limites da atividade instrutória judicial*. São Paulo: LED Editora de Direito, 2002. pp. 186/187; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *A crise no direito processual penal brasileiro. Comentários aos projetos de reforma do Código de Processo Penal. Tratado temático de processo penal* (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 217.

<sup>(16)</sup> Como afirma MASSARI, Eduardo, "il principio 'ne procedat iudex ex officio' esprime il concetto che l'esercizio della giurisdizione non può verificarsi senza una domanda di un soggetto diverso dal giudice, ossia senza che l'intervento del giudice sia invocato da colui che è titolare dell'azione" (*Il processo penale nella nuova legislazione italiana*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 1934. p. 50).

<sup>(17)</sup> Estatui o dispositivo citado: "Art. 291. (Procedimento applicativo). Le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero (714, 715, 716, 745), che presenta al giudice competente (279, 391; art. 91) gli elementi su cui la richiesta si fonda, nonché tutti gli elementi a favore dell'imputato (60, 61) e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate".

<sup>(18)</sup> Neste sentido, asseveram LONGO, Piero; GHEDINI, Niccolò: "Il procedimento di applicazione delle misure cautelari delineato dal codice postula, infatti, come indefettibile antecedente, uno specifico atto propulsivo rappresentato dalla 'domanda' che il pubblico ministero rivolge al giudice: se, quindi, come precisa la Relazione al Progetto preliminare, deve essere da un lato esclusa 'una legittimazione ai provvedimenti cautelari in capo al pubblico ministero così è da escludersi l'adozione di misure cautelari che prescindano dalla iniziativa del pubblico ministero il quale è, sotto questo profilo, soggetto necessariamente richiedente senza legittimazione a disporre, mentre, per converso, il giudice è soggetto decidente, ma non *ex officio*" (*Commentario costituzionale al Codice di Procedura Penale*. Terza edizione. Padova: Cedam, 2003. p. 256). No mesmo sentido, dentre outros, TONINI, Paolo. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 189.

<sup>(19)</sup> Assim, CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. Segunda edição. Padova: Cedam, 2003. p. 392. O referido art. 299, comma 3, estatuiu: "Il pubblico ministero (50 ss.) e l'imputato (60, 61) richiedono la revoca o la sostituzione delle misure al giudice (279; art. 91), il quale provvede con ordinanza (125) entro cinque giorni dal deposito della richiesta. Il giudice provvede anche di ufficio quando assume l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare (294) o quando è richiesto della proroga del termine per le indagini preliminari (406) o dell'assunzione di incidente probatorio (393) ovvero quando procede all'udienza preliminare (416 ss.) o al giudizio (438 ss., 447, 465)".

modelos estrangeiros, pode afirmar-se ser esta a regulamentação desejável às cautelares no direito processo penal pátrio. Entretanto, como já afirmado, não parece ser este o ideário da reforma projetada para o Código de Processo Penal brasileiro <sup>(20)</sup>.

Mas a *via crucis* da questão acerca da admissão, ou não, da decretação de providimentos cautelares de ofício pelo órgão jurisdicional, no direito brasileiro, se relaciona ao reconhecimento de uma *ação cautelar* no direito processual penal. Costumeiramente, o legislador utiliza a denominação *medidas cautelares*, a qual poderia autorizar a crença de se cuidarem de medidas incidentes, e não de um verdadeiro direito de ação. Todavia, parece correto não se deva negar a existência de uma ação penal cautelar dotada de condições para seu exercício, bem como de requisitos próprios <sup>(21)</sup>, apesar de nem sempre se contar com um procedimento bem configurado ou que corra em autos apartados <sup>(22)</sup>. Decerto, a ação penal cautelar normalmente é exercida de maneira incidental, mas isto não lhe retira a essência. A propósito, a contraposição entre *ação cautelar* e *medida cautelar* leva ao risco de esvaziamento do conceito de cautelaridade penal. Afinal, se ao determinar uma prisão preventiva de ofício (assim como uma interceptação telefônica, uma busca e apreensão domiciliar *etc.*) entender-se que se está diante de uma ação penal de conhecimento com “medidas cautelares” a ela incidentes, “o que sobra efetivamente para o conceito de *ação cautelar* é muito pouco ou quase nada. E toda a idéia acusatória de repartição de funções no processo penal (que não se limita a uma mera repartição de legitimidade para a propositura da ação penal de conhecimento) se esvai” <sup>(23)</sup>.

---

<sup>(20)</sup> A respeito, comentando os projetos de reforma ao Código de Processo Penal, deixou consignado JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz: “A possibilidade de medida cautelar restritiva (processual penal) de ofício quebra a imparcialidade do magistrado, e ajuda a formar a cultura do inquisidor: não deveria causar estranheza que tal cultura ainda esteja tão presente, especialmente nos novos magistrados. A explicação está no vértice axiológico da legislação aplicada atualmente, e que talvez seja, infelizmente, ainda mais reforçada pela reforma proposta” (*A crise no direito processual penal brasileiro. Comentários aos projetos de reforma do Código de Processo Penal*. cit. p. 217).

<sup>(21)</sup> Reconhecendo a existência de uma ação cautelar no processo penal, BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 57; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volume I. 1ª ed., 2ª tir., Campinas: Bookseller, 1998. pp. 300/302; ALVES, Rogério Pacheco. “O poder geral de cautela no processo penal.” *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. n° 15. jan./jun. 2002. p. 249; FERREIRA, Denis Aceti Brasil. *A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório*. cit., pp. 140/141; AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001. p. 170.

<sup>(22)</sup> Assim, quanto ao processo civil, MORREIRA, José Carlos Barbosa: “Nem todas as providências ou medidas cautelares correspondem, na verdade, a procedimentos perfeitamente individualizados. Muitas delas se inserem como simples incidentes no curso de processo de conhecimento ou no de processo de execução, sem necessidade, repito, de que a lei regule expressamente um procedimento individualizado para que tais providências possam ser decretadas” (*O processo cautelar. Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974. pp. 231/232). No processo penal, exceção pode ser vista na medida cautelar de interceptação telefônica, segundo o que dispõem os arts. 4º a 8º da Lei nº 9.296/96, havendo um procedimento bem delineado e que ocorre necessariamente em autos apartados.

<sup>(23)</sup> A exposição segue, quase literalmente, AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*. cit., p. 169.

Em conformidade com as idéias expostas, arrisca-se à assertiva de que na ação penal de iniciativa pública somente o Ministério Público fica legitimado ao requerimento de providências acautelatórias, sob pena de se instaurar uma esdrúxula relação processual inquisitória entre juiz e aquele que sofre a constrição cautelar <sup>(24)</sup>. Por outro lado, não obstante a privatividade da ação penal pública atribuída ao *Parquet*, subsiste no ordenamento brasileiro a possibilidade de o ofendido deflagrá-la em caso de inércia do Ministério Público (art. 5º, LIX, da Constituição da República). De igual maneira, o ordenamento infraconstitucional defere àquele a oportunidade de exercer a ação de iniciativa privada em determinados crimes (art. 30 do Código de Processo Penal). Desta forma, também o ofendido, seja na queixa subsidiária ou na ação de iniciativa privada, ostentará legitimidade extraordinária para formular requerimento de medidas cautelares no processo penal <sup>(25)</sup>. Advirta-se, porém, que, na hipótese de ação subsidiária (não na ação de iniciativa privada exclusiva!), a referida legitimação para a postulação acautelatória somente sobrevém diante da inércia ministerial no tocante à propositura da ação penal de conhecimento, o que impede o ofendido de formular requerimento de medida cautelar na fase pré-processual <sup>(26)</sup>. Como corolário de tal quadro pode afirmar-se que, para a preservação do sistema acusatório, somente o legitimado ao exercício da ação penal de conhecimento pode exercer o direito de ação cautelar <sup>(27)</sup>.

<sup>(24)</sup> Soa oportuna, pela conformidade com o posicionamento adotado, a advertência de AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan: "Pois bem, se a 'medida' foi determinada *ex officio*, instaura-se uma relação dialética entre o juiz e o réu ou (pior) entre o magistrado e o investigado/indiciado/suspeito, na medida em que as 'medidas' são cabíveis mesmo na fase prévia à ação penal. Esta situação desbanca qualquer insinuação de inspiração acusatória, vez que o juiz provocador da 'medida' (na improvável, mas possível, hipótese em que julgue não haver 'urgência' ou 'perigo da ineficácia' da 'medida') mete-se numa relação jurídica processual com o pólo passivo e ainda irá decidir sobre a 'medida' que ele mesmo propugnou" (*A reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001. p. 170).

<sup>(25)</sup> Tal possibilidade de o ofendido formular requerimento de medidas cautelares não passou despercebida por ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 249.

<sup>(26)</sup> Inteiramente pertinente, a propósito, a observação de CHOUKR, Fauzi Hassan: "Cabe indagar quanto à legitimidade ativa extraordinária para a promoção de medidas ou ação cautelar, ante a inércia do organismo estatal. Nesse passo, é de ser admitida a provocação da tutela cautelar, seja de caráter pessoal, seja de caráter patrimonial ou probatório, apenas no exercício da relação processual penal. A observação assoma em importância dada a existência da cautela pessoal típica de investigação, que é a prisão temporária. Como sua existência antecede forçosamente o oferecimento da queixa subsidiária, não tem o legitimado extraordinário possibilidade de pleitear essa modalidade de tutela. O mesmo ocorre com a produção antecipada de provas e o seqüestro de bens antecedente ao exercício da ação penal, vez que a condição legitimadora extraordinária (inércia estatal) ainda não se verificou" (*Ação penal privada nos crimes de ação penal pública não intentada no prazo legal*. *Processo penal à luz da Constituição*. *Temas escolhidos*. Bauru: Edipro, 1999. p. 198).

<sup>(27)</sup> Precisas, no sentido do texto, as palavras de FERREIRA, Denis Aceti Brasil: "Assim, ao momento em que o direito processual já respira ares favoráveis a sua completa autonomia, pensamos ser despropositado afirmar não haver lugar para a ação penal cautelar, com todos os seus consectários lógicos, ou seja, observância ao contraditório, ampla defesa, imparcialidade do julgador, e, inclusive, - é nosso desejo repetir - **pretensão deduzida por quem efetivamente tenha legitimidade para tanto**" (*A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório*. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 08. jul./dez. 1998. p. 140/141).

Mas sob a perspectiva do imputado não se lhe pode deixar de reconhecer, em algumas hipóteses, a possibilidade de formular requerimentos de medidas cautelares no âmbito de sua atuação defensiva, ou mesmo contracautelas como a liberdade provisória<sup>(28)</sup>. Pelo fato de figurar como titular de direitos na relação processual, é legítimo ao acusado deduzir pretensão que vise a preservá-los, por intermédio de providências acautelatórias. Figure-se como exemplo o direito à prova de que desfruta, o qual pode encontrar-se em vias de periclitacão. Neste sentido, o Código de Processo Penal, em seu art. 225, permite a qualquer das partes (acusação ou defesa) formular o requerimento de produção antecipada de prova testemunhal.

Às partes da relação processual penal, portanto, será possível exercer o direito de ação penal cautelar. Não se pense, contudo, como já afirmado, que tal direito esteja isento de ser alvo de abusos, ou que seu exercício não possa ser inspirado na má-fé ou na temeridade. Mormente quando ausentes os pressupostos legais para a concessão da cautela, ou quando esta for direcionada a fins diversos dos que lhe destina o legislador, pode estar-se diante de abuso da tutela cautelar.

Sem pretender exaurir os postulados de uma teoria geral do processo cautelar, por não ser este o objetivo desta empreitada, passa-se à constatacão das características e dos pressupostos dos provimentos acautelatórios para, após, analisar algumas hipóteses nas quais se pode estar diante de abuso no seu requerimento. Ainda na mesma esteira, por se reconhecer a existêcia de uma ação penal cautelar, também ficará delineado o seu uso indevido ou abusivo quando não concorram as condições para que seja regularmente exercida.

Também no processo penal, a exemplo do que já se afirmou na doutrina processual civil, possuem os provimentos cautelares como características a *acessoriedade*, a *preventividade*, a *instrumentalidade hipotética* e a *provisoriedade*<sup>(29)</sup>. São acessórias as cautelas por se vincularem ao resultado do processo penal principal. A preventividade se relaciona à sua destinaçãõ de precaver ou evitar a ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil reparação, enquanto o processo principal não chega ao fim (v. g., prisãõ preventiva decretada com vistas a assegurar a regular instruçãõ criminal). Já a instrumentalidade hipotética significa não ser a tutela cautelar um fim em si mesmo, mas ressalta sua função de instrumento assecuratório da eficácia prática das atividades jurisdicionais

---

<sup>(28)</sup> No tocante à contracautela de liberdade provisória, que não possui os requisitos de autêntica *medida cautelar*, pois não visa a assegurar a eficácia de providências cognitivas ou executivas, oportuna a observação de PRADO, Geraldo, no sentido da possibilidade de o juiz concedê-la de ofício: "A exceção é pertinente à tutela da liberdade, mediante determinação, de ofício, da liberdade provisória, considerado o princípio do *favor rei*, a presunção de inocência e o papel garantista do princípio acusatório na sua harmonia com os demais princípios" (*Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. cit., p. 206).

<sup>(29)</sup> A identificação das características dos provimentos cautelares, bem como sua explanação, seguem a lição de JARDIM, Afrânio Silva. "A prisãõ em decorrência de sentença penal condenatória". *Revista de Processo*. n.º 51. julho-setembro 1988. p. 169.



cognitivas ou executivas <sup>(30)</sup>. No tocante à provisoriedade, esta impõe que a manutenção da cautela dependa da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo satisfativo (assim, no mesmo exemplo relativo à prisão preventiva, esta deve ser revogada quando não mais subsistam os motivos que ensejaram a sua decretação – art. 316 do Código de Processo Penal).

O que mais de perto interessa ao presente estudo, porém, são os pressupostos fundamentais para a decretação da tutela cautelar, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Não obstante a inexistência de consenso na doutrina quanto à utilização desta nomenclatura (forjada na órbita civilista) para a identificação dos pressupostos das cautelas processuais penais, acredita-se serem as que ainda guardem maior coerência com uma teoria geral do processo penal cautelar <sup>(31)</sup>. Por exemplo, as expressões por vezes referidas como *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* teriam incidência válida às cautelas restritivas de liberdade <sup>(32)</sup>, mas não serviriam a determinadas cautelas patrimoniais, como o seqüestro, ou às relativas aos meios de prova (*v. g.*, a colheita antecipada de prova testemunhal).

Quanto ao pressuposto do *fumus boni iuris*, traduz-se pela probabilidade ou pela plausibilidade do direito que se pretende assegurar <sup>(33)</sup>. Neste passo, deve-se indagar se a pretensão formulada, diante dos elementos apresentados pelo legitimado, conduzirá, provavelmente, a um resultado favorável, cuja utilidade se pretende preservar. Por sua vez, o *periculum in mora* se relaciona aos riscos provenientes da natural demora da prestação jurisdicional dita principal

---

<sup>(30)</sup> Consoante NORES, José I. Cafferata, “la característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: os del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas) sino instrumental y cautelar: sólo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cerrirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva” (*Introducción al derecho procesal penal*. Córdoba: Marcos Lerner, 1994. p. 160).

<sup>(31)</sup> Utilizando a nomenclatura *fumus boni iuris* e *periculum in mora* em relação às cautelas processuais penais, *vide*, dentre outros, BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. cit., pp. 41/43; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volume IV. 1ª ed., 2ª tir. Campinas: Bookseller, 1998. p. 33; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 279; BATISTA, Weber Martins. *Liberdade provisória*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 07; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 6ª ed., 2ª tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 276. Igualmente, na doutrina argentina, NORES, José I. Cafferata. *Introducción al derecho procesal penal*. cit., p. 172.

<sup>(32)</sup> Assim, na doutrina italiana, utilizando-se das expressões *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* como pressupostos das medidas cautelares pessoais, CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. Seconda edizione. Padova: Cedam, 2003. p. 367. Por sua vez, CORDERO, Franco se refere a *fumus delicti* e a “bisogno cautelare”, como pressupostos das medidas cautelares (*Procedura Penale*. Sesta edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2002. pp. 470/474).

<sup>(33)</sup> CALAMANDREI, Piero, o incomparável mestre nesta e em outras temáticas, refere-se a um “giudizio di probabilità” (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Opere giuridiche. Volume IX. Napoli: Morano, 1983. p. 201).

<sup>(34)</sup>, vale dizer, do perigo concreto <sup>(35)</sup> que a delonga no acerto do direito pode acarretar à eficácia prática de futura sentença <sup>(36)</sup>.

A parte que requer a tutela jurisdicional cautelar, sob o risco de não obtê-la, tem de fazer a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* <sup>(37)</sup>. A este respeito, costuma afirmar-se que a cognição relativa à satisfação destes pressupostos é sumária, vale dizer, não se baseia em um juízo de certeza <sup>(38)</sup>. Assim, para a caracterização do *fumus boni iuris* basta a plausibilidade ou a verossimilhança do direito invocado. Também quanto ao *periculum in mora* também não se pode exigir prova plena de um risco de dano, ou de um dano potencial. Entretanto, a menor profundidade na atividade cognitiva jurisdicional não pode levar à conclusão de afrouxamento na caracterização dos pressupostos aludidos <sup>(39)</sup>; tampouco pode eximir o legitimado da demonstração destes, sob pena de se consagrar a utilização temerária do requerimento cautelar. A cautela não será prestada com base em um juízo de certeza, mas nem por isso quem a requereu fica isento de trazer ao conhecimento do juízo evidências que dêem suporte à postulação. Vale dizer: o ônus da prova quanto aos pressupostos em comento recai sobre o requerente do provimento acautelatório <sup>(40)</sup>.

---

<sup>(34)</sup> Neste sentido, ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 231. Igualmente, na doutrina argentina, afirma NORES, José I. Cafferata: "respecto a lo segundo (*periculum in mora*), los Códigos determinan en qué hipótesis habrá riegos para los fines del proceso, a la vez que regulan las medidas coercitivas enderezadas a neutralizarlas" (*Introducción al derecho procesal penal*. Córdoba: Marcos Lerner, 1994. p. 174).

<sup>(35)</sup> Como bem pondera ALVES, Rogério Pacheco, "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" (*O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 232).

<sup>(36)</sup> Sobre o *periculum in mora*, vale a transcrição das belas palavras de TORNAGHI, Hélio: "Ao chegar à cabeceira do cliente, o médico verifica que precisa examiná-lo para lhe dar o medicamento específico e decisivo. Mas o exame vai consumir algum tempo e é preciso evitar que o doente morra antes que ele, médico, chegue a uma conclusão e seja possível tomar uma providência definitiva. Para isso, dá-lhe uma injeção de óleo canforado, precaução, remédio provisório contra o perigo da demora. Pudessem o médico fazer logo o tratamento definitivo e não usaria o provisório. Para alcançar a certeza sobre a situação do doente tem de gastar tempo e contra o perigo da demora (*periculum in mora*) é preciso acautelá-lo. O ato provisório, para usar outro símile, grosseiro mas que bem ilumina o assunto, é o torniquete aplicado no sujeito que se esvai em sangue até que seja possível suturar os vasos" (*Curso de Processo Penal*. Volume 1. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995. p. 210).

<sup>(37)</sup> Assim, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. cit., pp. 421/422.

<sup>(38)</sup> Neste sentido, por todos, vide CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. cit., pp. 200/201.

<sup>(39)</sup> Tal preocupação não passou despercebida pela pena de BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy: "(...) a assertiva de que na tutela cautelar tem lugar uma *summária cognitio*, realizada em nível superficial, pode levar a interpretações perigosas. A menor profundidade na cognição, se mal compreendida, pode significar uma maior facilidade na obtenção da tutela cautelar, fazendo com que quase sempre se possa considerar que, com base em uma cognição não profunda, estão presentes os requisitos para a concessão da tutela cautelar" (*Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 420).

<sup>(40)</sup> Em conformidade com o texto, invoca-se, ainda uma vez, pela precisão das palavras, a lição de BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy: "Neste caso, o juiz somente poderá realizar o juízo sobre a probabilidade de dano de acordo com os fatos que estiverem provados nos autos. Para a concessão da medida cautelar deve haver prova dos fatos dos quais se infere o perigo de dano. Neste caso,

Finalmente, como se adota neste trabalho o entendimento que propugna o reconhecimento de uma ação penal cautelar, embora dotada de algumas peculiaridades, não se pode descurar das condições para o regular exercício deste direito. Sob pena de se transpor os lindes da utilização regular, adentrando no campo do abuso, fazem-se necessárias condições para o exercício do direito de ação penal cautelar, as quais não diferem das genericamente estabelecidas pela doutrina para as ações penais não condenatórias: legitimidade *ad causam*, interesse em agir, possibilidade jurídica do pedido e originalidade<sup>(41)</sup>. A falta de quaisquer das condições aludidas, a exemplo do que já restou assentado, implicará igualmente exercício abusivo do direito de ação cautelar.

2. *Os requerimentos abusivos de medidas cautelares típicas.* É desalentador o quadro de medidas cautelares apresentado pelo Código de Processo Penal brasileiro de 1941, o qual não conta, nesta temática, com nenhum rigor sistemático<sup>(42)</sup>. Há diferentes providências cautelares espalhadas pelo Estatuto Processual Penal, em diferentes Capítulos, além de outras previstas na legislação extravagante. De acordo com sistematização proposta pela doutrina, os proventos acautelatórios tipificados pelo legislador podem ser divididos, para efeitos didáticos, em cautelas *pessoais*, cautelas *relativas aos meios de prova* e cautelas *patrimoniais*<sup>(43)</sup>. As primeiras se concentram notadamente nas prisões provisórias e em algumas medidas de índole pessoal, como a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor (art. 294, *caput*, da Lei nº 9.503/97). Como cautelares relativas aos meios de prova, podem ser citadas, dentre outras, a busca e apreensão, a interceptação telefônica (art. 2º da Lei nº 9.296/96) e a colheita antecipada de prova testemunhal. No tocante às cautelares reais ou patrimoniais, servem como exemplos o seqüestro e a hipoteca legal (arts. 125 a 144 do Código de Processo Penal).

---

repita-se, não se exige a prova plena do perigo de dano, mas dos dados fáticos dos quais se infere tal perigo" (*Ônus da prova no processo penal. cit., p. 427*).

<sup>(41)</sup> Não se faz aqui referência à *justa causa* por se tratar de condição para o regular exercício da ação penal condenatória. No sentido da exigência de condições genéricas para o exercício do direito de ação penal cautelar, sem, no entanto, qualquer referência à *originalidade* como uma daquelas condições, confira-se a lição de BARROS, Romeu Pires de Campos: "As condições da ação cautelar, embora se revistam de certas peculiaridades, são as mesmas exigidas para as outras ações: possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade ativa e passiva para a causa. Assim, se o mérito na ação cautelar consiste no exame do '*fumus boni iuris*', embora se trate de um procedimento sumarríssimo, consoante ocorre com aqueles estabelecidos para a tutela cautelar, impõe-se o exame de tais condições, liminarmente, para que possa ser examinado o '*meritum causae*'" (*Processo penal cautelar. cit., p. 57*).

<sup>(42)</sup> A reforma projetada para o Código de Processo Penal pretende amenizar tal problema, pois o projeto de lei nº 4.208/2001 visa a instituir um Título IX no Código de Processo Penal, o qual regulamentaria as medidas cautelares em geral, juntamente com a contracautela denominada liberdade provisória.

<sup>(43)</sup> A classificação adotada segue BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar. cit., p. 70*. Seguindo a mesma classificação, FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pp. 280/281; ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal. cit., p. 234*.

Quanto ao abuso no requerimento de cautelares tipificadas pelo legislador, algumas premissas podem ser estabelecidas. Primeiramente, em quaisquer hipóteses, estar-se-á diante de requerimento abusivo quando não concorram os pressupostos indispensáveis às cautelas em geral, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Mas não é só. Como já afirmado, haverá igualmente abuso quando não se fizerem presentes as condições para o regular exercício do direito de ação penal cautelar. O mesmo pode ser dito quando as medidas acautelatórias forem utilizadas com finalidades diversas das que lhe foram destinadas pelo ordenamento jurídico, ou ainda quando o legitimado incorra em erro grosseiro.

Sem o intuito de esgotar o trato de todas as medidas cautelares tipificadas em lei, passa-se ao exame de algumas delas, tentando identificar hipóteses em que seu requerimento se revele abusivo ou temerário. Para tanto, servirão como bússola as premissas apontadas acima.

No tocante às cautelas pessoais, que importam restrição da liberdade, serão destacadas, pela sua importância, as prisões provisórias. Interessarão ao presente estudo a prisão preventiva<sup>(44)</sup> e a prisão temporária<sup>(45)</sup>, as quais necessariamente têm de ser requeridas pelo legitimado à ação penal condenatória. A prisão em flagrante, a despeito de sua cautelaridade (advinda da necessária jurisdicionalização e que visa a avaliar a necessidade da clausura)<sup>(46)</sup>, não conta, logicamente, com um requerimento, não se vislumbrando, assim, possibilidade de abuso por parte da acusação. Na mesma situação, e independentemente da controvérsia acerca de sua efetiva cautelaridade, se encontram a prisão decorrente de decisão de pronúncia e a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, por serem provenientes de um ato jurisdicional<sup>(47)</sup>.

---

<sup>(44)</sup> É inconteste a natureza cautelar da prisão preventiva. Neste sentido, dentre outros, *vide* BONILHA, José Carlos Mascari. *Prisão preventiva. Tratado temático de processo penal* (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 256; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. cit., p. 283; FERREIRA, Denis Aceti Brasil. *A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório*. cit., p. 141.

<sup>(45)</sup> Afirmando a cautelaridade da prisão temporária, *vide*, dentre muitos, FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. cit., p. 290; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Limites constitucionais à prisão temporária. O processo em evolução*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 88; PEIXOTO, Nelson; KAUFFMANN, Carlos. *Breves considerações sobre a prisão temporária. Tratado temático de processo penal* (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. pp. 55/56; TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 311; PEREIRA, Cláudio José. *Prisões extrapenais. Tratado temático de processo penal* (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 86; GOMES, Marcus Alan de Melo. *A prisão provisória: aspectos constitucionais e infraconstitucionais. Tratado temático de processo penal* (Org. Marco Antonio Marques da Silva). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 356.

<sup>(46)</sup> Consoante a lição de JARDIM, Afranio Silva, sobre a prisão em flagrante, “podemos firmar que, após a reforma da Lei nº 6.416/77, passou ela a depender do efetivo *periculum in mora*. Em outras palavras, a sua manutenção ficará condicionada a um criterioso juízo de necessidade, tornando visível a sua condição de verdadeira medida cautelar” (*Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal. Direito processual penal*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 260).

<sup>(47)</sup> Correta a percepção de TUCCI, Rogério Lauria: “As outras duas – decorrente de decisão de pronúncia e resultante de sentença condenatória recorrível –, tendo como pressuposto o proferimento de ato decisório, assumem natureza marcadamente processual: enquanto as tipicamente cautelares firmam-

Como regra, deve reputar-se abusiva, importando responsabilização, a atitude do órgão do Ministério Público ou do querelante que formular requerimento de prisão preventiva ou temporária sem a presença dos aludidos pressupostos *fumus boni iuris e periculum in mora* <sup>(48)</sup>, ou que se revele arbitrário, infundado, com desvio de finalidade ou fora das hipóteses legais. Se deduzida a pretensão cautelar nestes moldes, visando à constrição indevida da liberdade, está-se diante de abuso do direito, que não deve encontrar respaldo no ordenamento jurídico. Na Constituição do Império de 1824, já havia a previsão de punição não só ao juiz que houvesse decretado uma prisão arbitrária, mas também àquele que a tivesse requerido. O art. 179, 10, daquela Carta já dispunha: “*À exceção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada senão por ordem escripta da autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o juiz que a deu e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a lei determinar*”. Embora tal sanção não tenha sido reiterada nas Cartas Constitucionais subseqüentes, tampouco implantada a nível infraconstitucional, já se podia antever com a edição daquele preceito a preocupação em prevenir e reprimir abusos por parte dos legitimados à postulação das prisões cautelares.

Com efeito, a providência cautelar restritiva de liberdade deve ser encarada de maneira *excepcional*, como medida extrema <sup>(49)</sup>, somente devendo ser manejada quando não se dispuser de outros meios neutralizadores dos riscos ao processo dito principal <sup>(50)</sup>. A concepção de que tais prisões não podem converter-se em penas antecipadas é antiga, tendo-se intensificado com o advento dos ideais iluministas <sup>(51)</sup>. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência hodiernas não têm dado a devida ênfase ao aspecto da postulação abusiva ou indevida das

---

se em fatos *extra e metaprocessuais*, elas ocorrem no âmbito de processo em curso, sendo necessariamente *vinculadas a ato processual*, de que derivam” (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. cit., pp. 382/383).

<sup>(48)</sup> Como assevera JARDIM, Afranio Silva, referindo-se aos pressupostos mencionados, “ao se aplicar uma prisão cautelar, não se está partindo de uma presunção de culpa, mas tutelando os fins e os meios do processo penal, tendo em vista a probabilidade de condenação e o risco de dano irreparável na demora da entrega definitiva da prestação jurisdicional” (“A prisão no curso do processo em face da nova Constituição”. *Revista de Processo*. n.º 54. abril-junho 1989. p. 256).

<sup>(49)</sup> CRISTIANI, Antonio concebe a custodia cautelar “come ‘l’immorale’ (‘aggettivo è di Francesco Carrara) misura estrema, che solo specifiche e motivate ragioni di necessità possono giustificare” (*Manuale del nuovo Processo Penale*. Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 1991. p. 242).

<sup>(50)</sup> Neste sentido, NORES, José I. Cafferata: “Es que sólo *excepcionalmente*, cuando el imputado intente abusar de su libertad para frustrar el propósito de afianzar la justicia que persigue el juicio previo, nacerá el derecho del Estado de limitar o restringir su libre locomoción, siempre que tales riesgos no puedan neutralizarse por otros medios menos cruentos” (*Introducción al derecho procesal penal*. Córdoba: Marcos Lerner, 1994. pp. 176/177).

<sup>(51)</sup> Durante a reação iluminista, bradava BECCARIA, Cesare: “La privazione della libertà, essendo una pena, essa non può precedere la sentenza, se non quanto la necessità lo chiede. La carcere è dunque la semplice custodia di un cittadino, finchè sia giudicato reo; e questa custodia, essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile e deve esser men dura che si possa. Il minor tempo deve essere misurato e dalla necessaria durazione del processo e dall’anzianità di chi prima ha un diritto di essere giudicato. La strettezza della carcere non può essere che la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti” (*Dei delitti e delle pene*. Milano: Giuffrè Editore, 1973. p. 69).

cautelares pessoais. Exceção digna de nota pode ser encontrada em diplomas processuais penais modernos, como o *Código Orgánico Procesal Penal* venezuelano de 1998, que em seu *artículo 102*, embora sem estabelecer nenhuma sanção, estatuiu: “Buena Fe. Las partes deben litigar con buena fe, evitando los planteamientos dilatorios, meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este Código les concede. Se evitará, en forma especial, solicitar la privación preventiva de libertad del imputado cuando ella no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del proceso”.

Neste trabalho, porém, arrisca-se afirmar que o exercício do direito à cautela, inspirado na má-fé, em erro grosseiro, em capricho ou mesmo no espírito emulativo do acusador, mormente quando tenha por objeto a constrição da liberdade, deve levar à sua responsabilização. Alguns exemplos podem servir a elucidar a assertiva. Vislumbre-se requerimento de prisão preventiva formulado pelo Ministério Público sem qualquer amparo em prova acerca da existência do fato criminoso ou em indícios no sentido de o acusado tê-lo praticado; tal postulação deve ter-se por temerária e abusiva, por ausência de demonstração do *fumus boni iuris*. Diga-se o mesmo de requerimento de prisão temporária sem que se evidencie o *periculum in mora* resultante da necessidade de garantir a eficácia das investigações, 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). Imagine-se ainda prisão preventiva requerida em decorrência de manifesto erro grosseiro por parte do acusador, como na hipótese de imputação por crime culposo, em contrariedade ao que dispõe o art. 313 do Código de Processo Penal. Ou, de maneira semelhante, prisão temporária postulada em relação a crime não constante da relação prevista no art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89. Em todos esses exemplos, e em outras hipóteses nas quais fique delineada a postulação temerária ou abusiva, a acusação não deve ficar imune à reparação do dano porventura causado.

Ainda sobre o prisma da abusividade, remarque-se que as prisões cautelares não devem ser postuladas com finalidades diversas das instituídas pelo legislador. Nesse sentido, por exemplo, inadmissíveis requerimentos de prisão preventiva ou temporária, formulados de maneira infundada, com o único intuito de intimidar ou pressionar o indiciado ou o acusado a confessar a autoria do crime, ou mesmo a colaborar com a acusação<sup>(52)</sup>. A responsabilização do acusador também nestas hipóteses deve fazer-se presente.

Quanto às cautelares relativas aos meios de prova no processo penal tem-se, exemplificativamente, as produções antecipadas de prova<sup>(53)</sup>. No direito

---

<sup>(52)</sup> No direito italiano, tal desvirtuamento não escapou à pena ilustre de FERRAJOLI, Luigi: “E il processo nuovamente s’abassa a rapporto di forza tra l’imputato, indotto alla confessione o alla delazione dal timore del carcere e dalla speranza della libertà, e la pubblica accusa, che autoriflessivamente sperimenta in corpore vili, come nell’antica tortura, le sue ipotesi accusatorie” (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Ottava edizione. Roma-Bari: Editori Laterza, 2004. p. 810).

<sup>(53)</sup> Assim, CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y; Hijo, Ricardo Levene. *Derecho procesal penal*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1945. pp. 299/300.

brasileiro, a colheita antecipada de prova testemunhal vem regulamentada no art. 225 do Código de Processo Penal, sendo inquestionável a sua natureza de cautela<sup>(54)</sup>. À luz do que dispõe o art. 366 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.271/96, ostenta idêntica essência a “produção antecipada das provas consideradas urgentes”. Na primeira hipótese mencionada, deve ser considerado abusivo o requerimento formulado pela parte sem a demonstração do *periculum* de a testemunha “ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista”. Porém, no caso do art. 366 do Código de Processo Penal há respeitável entendimento<sup>(55)</sup> (inclusive já acolhido jurisprudencialmente)<sup>(56)</sup> que, como se está diante de revelia, todas as provas possíveis devem ser produzidas, sob pena de seu irremediável perecimento. Desse modo, o pressuposto da “urgência” para a decretação da cautela remanesce atenuado, mas não eliminado, como deflagrador de atitude abusiva ou temerária.

Outra medida que pode assumir inegável natureza cautelar, em algumas das hipóteses em que disciplinada pelo legislador brasileiro (arts. 240 e 244 do Código de Processo Penal), é a busca e apreensão, notadamente no tocante à obtenção de meios de prova<sup>(57)</sup>. Assim, não deve ser admitida postulação de tal providência acautelatória sem que o legitimado demonstre haver “fundadas razões” para a busca domiciliar (art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal), ou “fundada suspeita” de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos criminosos (art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal). Em ambos os casos,

<sup>(54)</sup> No sentido do texto, JARDIM, Afranio Silva. *Reflexão teórica sobre o processo penal. Direito processual penal*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 39.

<sup>(55)</sup> Como afirma HAMILTON, Sergio Demoro, “o juiz deve, desde logo, ignorando a advertência da lei, colher todas as provas que entender cabíveis pois **todas assumem caráter de urgência sob pena de perecimento**. Não se pode premiar ainda mais a revelia, suspendendo, por completo, o curso do processo, pondo a perder as provas até então amealhadas” (A revelia premiada e o sentido da expressão ‘prova urgente’. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. nº 27. 2004. p. 103). Em sentido contrário, FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 274.

<sup>(56)</sup> Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, com relação à produção antecipada de prova testemunhal em caso de revelia: “PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. REVELIA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA ORAL. NECESSIDADE. CPP, ARTS. 92 E 366. Na hipótese de suspensão do processo em face da revelia do réu, a memória testemunhal deve ser colhida no tempo mais próximo do fato, em face do fenômeno humano do esquecimento, sendo de rigor a sua produção antecipada. Exegese dos arts. 92 e 366, do Código de Processo Penal” (STJ, 6ª Turma, ROMS 10494/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 06.11.2000, p. 232).

<sup>(57)</sup> PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos, apartando a busca da apreensão, assevera que aquela “consiste, na verdade, em *medida instrumental*, com restrição a certos direitos fundamentais, no escopo de achar, encontrar, pessoas, semoventes, coisas ou vestígios, que, de modo direto ou indireto, se relacionem com o fato, pretensamente, ilícito e típico, investigado ou perquirido. A apreensão, por seu turno, pode consistir em meio cautelar de obtenção de provas, quando visa a assegurar elementos indispensáveis à comprovação da verdade criminal pesquisada. A busca, contudo, não se dirige, tão só, para ela” (*Da busca e apreensão no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pp. 103/104). Asseverando que em quaisquer hipóteses a busca e apreensão se revestem de natureza cautelar, TORRES, Ana Maria Campos. *A busca e apreensão e o devido processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 103.

tanto as “fundadas razões” quanto a “fundada suspeita” consubstanciam o *fumus boni iuris* <sup>(58)</sup>, o qual, se não evidenciado pelo requerente da medida acautelatória, conduz à abusividade no seu requerimento.

A propósito, no tocante à busca e apreensão relacionada a crimes contra a propriedade industrial, o legislador foi expresso em reconhecer a possibilidade de o requerimento cautelar se apoiar na má-fé, no espírito emulativo ou em erro inescusável de quem o postula, consoante ficou estatuído no art. 204 da Lei nº 9.279/96: “Realizada a diligência de busca e apreensão, responderá por perdas e danos a parte que a tiver requerido de má-fé, por mero capricho ou erro grosseiro”. Esta norma consagra hipótese na qual se sanciona o abuso na utilização da referida medida cautelar, por intermédio da reparação, imposta ao requerente, do dano causado ao requerido.

Uma observação final se faz importante, no que diz respeito à possibilidade de abuso quanto às providências cautelares típicas. Também no processo penal, se o legitimado (Ministério Público ou querelante) houver logrado a obtenção de um provimento jurisdicional cautelar na fase pré-processual, fica obrigado a propor a ação penal no prazo legal, sob pena de sua responsabilização e de a medida decretada perder a sua eficácia. A exemplo do que ocorre no direito processual civil <sup>(59)</sup>, onde o requerente de medida cautelar responde perante o requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida, se não propuser a ação principal no prazo de trinta dias previsto em lei (arts. 811, III, e 808, I, do Código de Processo Civil), deve prevalecer a mesma *ratio* para o direito processual penal.

Sem dúvida, tendo em vista a provisoriedade inerente aos provimentos cautelares, não se deve admitir que sua duração se prolongue indefinidamente, principalmente nos casos em que o provimento acautelatório seja determinado na fase inquisitorial. O legislador brasileiro não ficou desatento a esta necessidade, estabelecendo, por vezes, prazos diferenciados para o exercício da ação penal de conhecimento, quando decretada uma medida cautelar na fase pré-processual. Assim, por exemplo, decorrido o prazo máximo de duração da prisão temporária, o acusador deve exercer a ação penal condenatória principal ao final do prazo para a conclusão das investigações, sob pena de perda da eficácia da medida prisional decretada, – ressaltando-se a possibilidade de requerimento e

---

<sup>(58)</sup> Neste sentido, ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 231.

<sup>(59)</sup> Vale a citação, neste particular, da lição de direito processual civil comparado trazida por MOREIRA, José Carlos Barbosa: “Se la misura cautelare è stata concessa prima della pendenza della cosiddetta ‘causa di merito’ l’istante ha l’onore di proporre la domanda entro un termine perentorio, altrimenti il provvedimento cautelare perde la sua efficacia. Questo termine è di un mese nella Costa Rica (Código Procesal Civil, artt. 243; 244, 1), di 30 giorni in Brasile (artt. 806, 808, I) e in Uruguay (art. 311.2), di 20 giorni nel Codice-modello (art. 274, comma 2°), di 10 giorni in Argentina (art. 207, comma 1°), nel Paraguay (art. 700) e nel Peru (art. 636), di 6 giorni nel Panama (art. 521, 11, a), di 5 giorni nella Bolivia (art. 177, I). La ragion d’essere di tale disposizione è ovvia: si vuole evitare che l’istante, soddisfatto dal vantaggio che ha ottenuto, ritardi l’accertamento definitivo del rapporto giuridico tra le parti, per timore di un risultato sfavorevole, e così rechi un pregiudizio ingiusto alla persona che subisce gli effetti della misura cautelare” (Le misure cautelari nel processo latino-americano. *Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997. pp. 177/178).



decretação da prisão preventiva, uma vez oferecida a denúncia ou a queixa (art. 2º, § 7º, da Lei nº 7.960/89). Já o art. 45 da Lei nº 10.409/02 dispôs que “as medidas de seqüestro e de indisponibilidade de bens ou valores serão suspensas, se a ação penal não for iniciada no prazo de 180 (cento e oitenta) dias”. Em sentido assemelhado, estatuiu o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.613/98: “As medidas assecuratórias previstas neste artigo serão levantadas se a ação penal não for iniciada no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da data em que ficar concluída a diligência”. Não havendo prazo especificado em lei para o exercício da ação penal principal, por se tratar a cautela antecipada de restrição a direito fundamental do investigado, crê-se razoável a aplicação analógica dos prazos estabelecidos genericamente no art. 46 do Código de Processo Penal, vale dizer, cinco ou quinze dias<sup>(60)</sup>, consoante se trate, respectivamente, de cautelar restritiva de liberdade pessoal, ou de outra medida acautelatória patrimonial ou relativa aos meios de prova.

Ressalve-se, porém, que, em quaisquer das hipóteses mencionadas, não se deve excluir a responsabilização pelo retardo levado a efeito pelo acusador, não obstante este porventura venha a sair vitorioso na ação penal de conhecimento tardiamente iniciada<sup>(61)</sup>.

**3. Os requerimentos abusivos de medidas cautelares atípicas e o poder geral de cautela do Juiz.** Os estudos sobre a cautelaridade no processo penal brasileiro têm sido realizados com os subsídios da dogmática já consolidada no direito processual civil. Ainda assim, não são poucas as dificuldades encontradas. Uma delas se refere à possibilidade do reconhecimento de um poder geral de cautela ao juízo criminal, a exemplo do que se passa no âmbito cível, diante da autorização constante do art. 798 do Código de Processo Civil<sup>(62)</sup>. Há quem entenda, pelo fato de existir uma tipicidade processual “não diferente da tipicidade de direito substancial”, ser juridicamente impossível a adoção de cautelas atípicas no direito processual penal<sup>(63)</sup>. Este posicionamento já chegou

<sup>(60)</sup> Com relação às cautelas inominadas decretadas antecipadamente, pronuncia-se no mesmo sentido ALVES, Rogério Pacheco: “Decretada a cautela inominada antecipadamente pelo Juízo criminal, de que prazo disporá o Ministério Público para o oferecimento da 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” (*O poder geral de cautela no processo penal*, cit., p. 251).

<sup>(61)</sup> Este é o posicionamento, segundo a sistemática estabelecida pelo direito processual civil, de MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Medida cautelar liminarmente concedida e omissão do requerente em propor a tempo a ação principal”. *Temas de Direito Processual*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 296.

<sup>(62)</sup> Dispõe o art. 798 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973: “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”.

<sup>(63)</sup> É o que afirma BARROS, Romeu Pires de Campos: “Existe uma tipicidade processual não diferente da tipicidade de direito substancial. Portanto, importa verificar se o pedido do autor pode subsumir-

inclusive a ser acolhido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal <sup>(64)</sup>. Existe ainda quem asseverar ser descabido um poder geral de cautela concedido ao juiz criminal, diante da impossibilidade de este adotar provimentos cautelares de ofício <sup>(65)</sup>.

Entretanto, não parece acertado o entendimento que inadmite por completo a adoção de provimentos acautelatórios com fulcro em um poder genérico atribuído ao Juiz criminal <sup>(66)</sup>. Com efeito, não parece razoável o confinamento das providências cautelares penais às hipóteses expressamente previstas em lei, a partir do fundamento da *tipicidade processual*. Apesar de reconhecida esta doutrinariamente <sup>(67)</sup>, não faz sentido invocá-la de modo a inviabilizar as cautelas inominadas no direito processual penal, pois se presta a tipicidade a assegurar a observância do devido processo legal, não a obstar a efetividade do processo. Assim, seja no âmbito criminal, seja no âmbito civil, “sempre que houver uma concreta possibilidade de esvaziamento do exercício

---

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” (*Processo penal cautelar*. cit., p. 58).

<sup>(64)</sup> Assim já chegou a decidir a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, consoante se pode constatar da transcrição das ementas que seguem: “PROCESSO PENAL. PODER DE CAUTELA GERAL. MEDIDA PREVENTIVA. LIBERDADE. SILÊNCIO DA LEI. No campo do processo penal, descabe cogitar, em detrimento da liberdade, do poder de cautela geral do órgão judicante. As medidas preventivas não de estar previstas de forma explícita em preceito legal” (STF, 2ª Turma, HC 75662/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 17.04.1998, p. 03); “MEDIDA CAUTELAR. LIBERDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. Ao contrário do que ocorre no âmbito instrumental civil, o poder de cautela, no campo penal, em jogo a liberdade do cidadão, há de estar previsto em lei. Descabe implementá-lo, tendo em conta a regressão a regime de cumprimento mais rigoroso, prevista no inciso I do art. 118 da Lei de Execução Penal, no período que antecede a audição do condenado, formalidade essencial imposta pelo § 2º do aludido artigo. Precedente: *Habeas-corpus* nº 75662-0/SP, por mim relatado, perante a Segunda Turma, e julgado na sessão de 3 de março de 1998” (STF, 2ª Turma, HC 76270/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 30.04.1998, p. 09).

<sup>(65)</sup> Assim, é o que expõe PRADO, Geraldo: “Não se diga que o juiz penal dispõe de um poder geral de cautela, que o autoriza, *ex officio*, promover as providências cautelares que entenda pertinentes, pois tal poder, como no processo civil, não se exercita sem provocação da parte no feito cautelar, compreendendo-se como especial permissão para promover, na tutela dos processos principais, atuais ou potenciais, medidas a rigor não previstas na casuística típica das cautelares” (PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. pp. 205/206).

<sup>(66)</sup> Reconhecendo um poder geral de cautela ao juiz criminal, na doutrina nacional, *vide*, dentre outros, ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., pp. 236/254; NOGUEIRA, Guilherme Calmon; GOMES, Abel Fernandes. “O poder geral de cautela no processo penal e o condicionamento à autorização judicial para ausentar-se da sede do juízo.” *Temas de direito penal e processo penal em especial na Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 319 e segs; HAMILTON, Sergio Demoro. “O poder cautelar do juiz da execução penal.” *Temas de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 173.

<sup>(67)</sup> Consoante os ensinamentos de GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, “afirma-se que o processo exige uma atividade típica, composta de atos cujos traços essenciais são definidos pelo legislador. Assim, os participantes da relação processual devem pautar o seu comportamento segundo o modelo legal, sem o que essa atividade correria o risco de perder-se em providências inúteis ou desviadas do objetivo maior, que é a preparação de um provimento final justo” (*As nulidades no Processo Penal*. 6ª ed., 2ª tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 17).

da função soberana de julgar, deve o Magistrado servir-se de mecanismos que razoavelmente o habilitem a garantir a sua jurisdição”<sup>(68)</sup>. Decerto, soaria ilógico que o Juiz criminal, quando devidamente instado a resguardar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, por haver prova do crime, possa decretar uma cautela restritiva da liberdade como a prisão preventiva (que restringe o bem individual maior), e não lhe seja lícito, em idêntica situação, tutelar a eficácia processual por intermédio de outra medida que limite outros direitos individuais de menor envergadura. Além disso, e de maneira decisiva, revela-se invocável, consoante o autorizativo previsto no art. 3º do Estatuto Processual Penal, a aplicação analógica do art. 798 do Código de Processo Civil ao direito processual penal.

Por outro lado, afigura-se correta a assertiva que o poder geral de cautela não pode decorrer de ato propulsor do próprio órgão jurisdicional<sup>(69)</sup>. Mas isto não impede o reconhecimento de um poder geral de cautela ao Juiz penal, pois a este deve ser lícito exercê-lo diante de requerimento de medida inominada pelo legitimado à ação penal de conhecimento, ou em substituição à providência típica por este requerida. Neste último caso, a autorização decorreria da própria *fungibilidade* inerente aos provimentos cautelares, a qual, prevista em sede processual civil (art. 805 do Código de Processo Civil)<sup>(70)</sup>, encontra também aplicação no direito processo penal<sup>(71)</sup>. Neste particular, exerce importante papel o princípio da *adequação*, segundo o qual se outro provimento cautelar puder satisfazer as exigências de preservação do processo principal, não deve ser decretada a medida mais gravosa requerida<sup>(72)</sup>. À adequação na escolha das cautelares se correlaciona, de maneira integrativa, o princípio da

<sup>(68)</sup> ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 237.

<sup>(69)</sup> Assim, PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. cit., pp. 205/206.

<sup>(70)</sup> Dispõe o art. 805 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973: “Art. 805. 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”. A doutrina processual civil, diante desta norma, é assente no reconhecimento da fungibilidade das medidas cautelares. Assim, por todos, *vide* Fux, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência (Fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 139.

<sup>(71)</sup> No sentido do texto, ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 250. A propósito, a reforma projetada para o Código de Processo Penal que tramita atualmente no Congresso Nacional consagra a fungibilidade dos provimentos cautelares. A redação sugerida pelo projeto de lei nº 4.208/2001, ao art. 282, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Penal é a seguinte: “§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. Já quanto ao art. 283, § 2º, do Código de Processo Penal, similar é a proposta de redação: “§ 2º Quando não couber prisão preventiva, o juiz poderá decretar outras medidas cautelares (art. 319)”. Neste último caso, porém, tendo em vista a remissão feita ao art. 319, parece que o projeto refuta a possibilidade de substituição da cautela típica da prisão preventiva por cautela inominada.

<sup>(72)</sup> Consoante leciona CRISTIANI, Antonio, fala-se em “*adeguatezza*, nel senso che se altre misure cautelari possono soddisfare le esigenze del processo, non si possa procedere a quella più grave della custodia

proporcionalidade<sup>(73)</sup>, que veda seja a restrição cautelar imposta além do estritamente necessário<sup>(74)</sup>.

Alguns exemplos podem servir à elucidação da tese adotada. Imagine-se que determinado agente policial seja denunciado pela prática de tortura, figurando como vítimas e testemunhas pessoas sob a sua custódia. Caso estas porventura fossem ameaçadas, com fulcro no art. 312 do Código de Processo Penal, poderia ser decretada a prisão preventiva do acusado, por conveniência da instrução criminal. A hipótese concreta, todavia, por qualquer circunstância, poderia deixar delineado que a decretação de prisão preventiva representaria afronta ao princípio da proporcionalidade. “Por que não se admitir, então, o afastamento provisório do servidor como medida adequada a resguardar a coleta da prova?”<sup>(75)</sup>. Tal provimento poderia ser postulado inicialmente pelo Ministério Público, ou poderia ser decretado por substituição a requerimento de prisão preventiva.

Em outro exemplo, pode-se conceber que haja risco de determinado réu fugir para o exterior, criando empecilho à aplicação da lei penal, o que, em tese, também ensejaria a decretação da prisão preventiva. Se, por qualquer razão, concluir-se que esta é um exagero para o caso concreto, o condicionamento à autorização judicial para ausentar-se da sede do juízo, com a conseqüente apreensão do passaporte do denunciado, poderia revelar-se suficiente a garantir a eficácia de possível sentença condenatória<sup>(76)</sup>. Advirta-se, apenas a título ilustrativo, que tal medida, atípica no ordenamento brasileiro, encontra previsão no *Codice di procedura penale* italiano (art. 281)<sup>(77)</sup>.

---

in carcere” (*Manuale del nuovo Processo Penale*. Seconda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 1991. p. 243).

<sup>(73)</sup> A este respeito, com referência ao disposto no art. 275, 2, do *Codice di Procedura Penale italiano* de 1988, afirmam CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio: “Al principio di adeguatezza, così enunciato in termini generali, si raccorda poi, con funzione integrativa, il principio di proporzionalità, stando al quale ogni misura ‘deve essere proporzionata all’entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata” (*Compendio di procedura penale*. Seconda edizione. Padova: Cedam, 2003. p. 373).

<sup>(74)</sup> No sentido do texto, quanto ao ordenamento jurídico italiano, TONINI, Paolo. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 2003. p. 187.

<sup>(75)</sup> O exemplo é retirado de ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal* cit., p. 241.

<sup>(76)</sup> Admitindo tal cautela inominada, na doutrina, NOGUEIRA, Guilherme Calmon; GOMES, Abel Fernandes. “O poder geral de cautela no processo penal e o condicionamento à autorização judicial para ausentar-se da sede do juízo.” *Temas de direito penal e processo penal em especial na Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 319 e segs; ALVES, Rogério Pacheco. “O poder geral de cautela no processo penal”. cit., p. 241. O projeto de lei nº 4.208/2001, na redação sugerida ao art. 320 do Código de Processo Penal, consagra expressamente a possibilidade de retenção de passaporte do indiciado ou denunciado, vinculada à medida cautelar de proibição de ausentar-se do país. Confira-se a redação proposta: “Art. 320. A proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de vinte e quatro horas”.

<sup>(77)</sup> Estatuíu o art. 281 do *Codice di procedura penale* italiano de 1988: “(Divieto di espatrio). 1. Con il provimento che dispone il divieto di espatrio, il giudice (279; att. 91) prescrive all’imputato (60, 61) di non uscire dal territorio nazionale senza l’autorizzazione del giudice che procede (276, 308; coord.

A seu turno, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem reconhecendo ser lícito ao Magistrado criminal exercer um poder geral de cautela, diante de determinadas situações fáticas. O Supremo Tribunal Federal, não sem controvérsia entre as Turmas que o compõe, já decidiu no sentido de ser possível, não obstante ausência de previsão legal expressa, a adoção da providência cautelar de regressão, no Juízo das Execuções Penais, no caso de fuga do condenado <sup>(78)</sup>. Já no seio do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento da possibilidade de exercício do referido poder pelo juízo criminal não enfrenta grandes controvérsias <sup>(79)</sup>. Em rumoroso caso envolvendo suposta “venda de alvarás de soltura” por integrante do Poder Judiciário, a Corte Especial desse Tribunal julgou ser possível o requerimento do Ministério Público no sentido de afastamento preventivo do denunciado das funções públicas <sup>(80)</sup>. Em outras

215). 2. Il giudice dà le disposizioni necessarie per assicurare l'esecuzione del provvedimento, anche al fine di impedire l'utilizzazione del passaporto e degli altri documenti di identità validi per l'espatrio. 2 bis. Con l'ordinanza che applica una delle altre misure coercitive previste dal presente capo, il giudice dispone in ogni caso il divieto di espatrio”.

<sup>(78)</sup> Confira-se a ementa do seguinte acórdão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal: “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. 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. II, §§ 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. HC indeferido” (STF, 1ª Turma, HC 76271/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 18.09.1998, p. 03). Em sentido contrário, entretanto, já havia decidido a Segunda Turma do mesmo Tribunal: “MEDIDA CAUTELAR. LIBERDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. Ao contrário do que ocorre no âmbito instrumental civil, o poder de cautela, no campo penal, em jogo a liberdade do cidadão, há de estar previsto em lei. Descabe implementá-lo, tendo em conta a regressão a regime de cumprimento mais rigoroso, prevista no inciso I do art. 118 da Lei de Execução Penal, no período que antecede a audição do condenado, formalidade essencial imposta pelo § 2º do aludido artigo. Precedente: Habeas-corpus nº 75662-0/SP, por mim relatado, perante a Segunda Turma, e julgado na sessão de 3 de março de 1998” (STF, 2ª Turma, HC 76270/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 30.04.1998, p. 09).

<sup>(79)</sup> Ficou consignado em ementa de acórdão da Sexta Turma 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 há de se identificar no ato do Magistrado, a quem cabe o poder geral de cautela, procedimento que viole direito líquido e certo. Recurso desprovido” (STJ, 6ª Turma, RMS 4179/PR, Rel. Min. William Patterson, DJU de 03.03.1997, p. 4707).

<sup>(80)</sup> O caso noticiado foi colhido do *Informativo nº 89* do Superior Tribunal de Justiça: “Após afastar as preliminares de cerceamento de defesa e incompetência desta Corte para aplicar o art. 29 da LOMAN

oportunidades, o mesmo Tribunal vem prestigiando a admissibilidade da retenção de passaporte como cautela inominada <sup>(81)</sup>.

Entretanto, para que se estabeleça um equilíbrio entre as exigências de acautelar a eficácia prática do processo e o interesse do indivíduo em não suportar restrições em seus direitos individuais <sup>(82)</sup>, devem ser fixados limites específicos ao poder geral de cautela. A finalidade destes limites consiste precisamente em empecer requerimentos abusivos de provimentos acautelatórios inominados, bem como o uso indevido do poder cautelar genérico por parte do Magistrado <sup>(83)</sup>, em substituição à postulação de cautelas tipificadas em lei. Dentre outras, uma das limitações referidas se consubstancia na impossibilidade de utilização do poder genérico cautelar quando o legislador tenha determinado de maneira taxativa as hipóteses que ensejam providências típicas <sup>(84)</sup>. Neste particular, por exemplo,

(LC nº 35/79), 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 (STJ, Corte Especial, Inq. 259/AM, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 21.03.2001).

<sup>(81)</sup> A título exemplificativo, transcreve-se ementa de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Processo penal. Habeas corpus. Embargos infringentes ou de nulidade a serem interpostos. Competência do relator do recurso em sentido estrito para o exame do juízo de admissibilidade. Prisão preventiva decretada sem nenhuma demonstração de sua necessidade. Nulidade. Manutenção, porém, da proibição de viajar para o exterior e retenção de passaporte. 'Writ' concedido para que o paciente fique em liberdade até que o Tribunal de Justiça decida o mérito. (...) 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" (STJ, 6ª Turma, HC 2868/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 24.03.1997, p. 9066).

<sup>(82)</sup> Com razão, BARROS, Romeu Pires de Campos se refere ao contraste entre "os interesses do Estado em impor a medida cautelar e o interesse do indivíduo em não suportá-la". Conclui o citado autor: "Portanto, se está patente no processo cautelar penal o problema de garantir o exercício do direito de cautela, ocorre que, também nele é que se garante ao imputado contra o abuso do poder cautelar" (*Processo penal cautelar*. cit., p. 18).

<sup>(83)</sup> Perfeita a advertência de MOREIRA, José Carlos Barbosa, quanto à utilização de cautelares atípicas no direito processual civil brasileiro: "In Brasile si vengono utilizzando negli ultimi anni con molta frequenza misure cautelari 'atipiche'. Non pare spropositato parlare al riguardo di una vera e propria inflazione, forse non meno impressionante di quell'altra che da tanto tempo devasta il paese nel campo economico... Da un certo punto di vista ci si potrebbe rallegrare alla constatazione che i giudici non esitano tanto in questo caso quanto in altri ad esercitare i poteri conferiti loro dalla legge. Ma forse proprio qui sarebbe consigliabile una maggior dose di autocontrollo per prevenire alcuni eccessi" ("*Tendenze evolutive del processo civile*." *Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 41).

<sup>(84)</sup> Precisa, neste particular, a observação de ALVES, Rogério Pacheco: "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 (...) Na mesma linha de motivos,

não seria lícito ao Ministério Público formular requerimento de prisão temporária fora dos casos previstos no art. 1º da Lei nº 7.960/89, ao fundamento de ser possível ao Magistrado a utilização de poder cautelar genérico para a decretação. De igual maneira, seria incabível a decretação de interceptação telefônica, via cautela inominada, fora das hipóteses autorizativas constantes dos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.296/96. Nestes exemplos, a inadequação da cautelar atípica resulta da impossibilidade de afastamento dos pressupostos das providências acautelatórias típicas já estabelecidos restritivamente pelo ordenamento jurídico <sup>(85)</sup>.

Não obstante todas essas considerações, cabe advertir que o projeto de reforma do Código de Processo Penal que tramita no Congresso Nacional parece tender a minimizar (mas não excluir!) o poder geral de cautela do juízo criminal para a adoção de provimentos acautelatórios inominados, ao fazer a previsão de várias medidas cautelares até então não tipificadas <sup>(86)</sup>. A propósito, no tocante à prisão preventiva, o projeto referido parece somente autorizar sua substituição, pelo Juiz, por outra cautela tipificada <sup>(87)</sup>. A diminuição a que se alude decorria do fato de o poder cautelar genérico do Magistrado somente poder atuar nos campos não disciplinados, em específico, pelo legislador <sup>(88)</sup>.

---

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)" (*O poder geral de cautela no processo penal. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 15. jan./jun. 2002. p. 248).

<sup>(85)</sup> Assim, ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 248.

<sup>(86)</sup> O projeto de lei nº 4.208/2001 pretende dar a seguinte redação ao art. 319 do Código de Processo Penal: "Art. 319. As medidas cautelares diversas da prisão serão as seguintes: 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 acusado ou indiciado 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 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 - interdição provisória do acusado em crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26, 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".

<sup>(87)</sup> Esta é a proposta de redação dada pelo projeto de lei nº 4.208/2001 ao art. 283, § 2º, do Código de Processo Penal: "§ 2º Quando não couber prisão preventiva, o juiz poderá decretar outras medidas cautelares (art. 319)".

<sup>(88)</sup> Neste sentido, quanto à última assertiva, ALVES, Rogério Pacheco. *O poder geral de cautela no processo penal*. cit., p. 249.

---

<sup>(\*)</sup>ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA é Promotor de Justiça no Rio de Janeiro. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).