



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
CAMPUS DO SUL E SULDESTE DO PARÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

WENDEL DE CASTRO LOBATO

**PODER GERAL DE CAUTELA E SUA APLICABILIDADE NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**MARABÁ
2010**

WENDEL DE CASTRO LOBATO

**PODER GERAL DE CAUTELA E SUA APLICABILIDADE NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**Monografia apresentada a banca
examinadora da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do
Pará. – Campus de Marabá – como
requisito à obtenção do grau de
bacharel em Direito, sob a
orientação do Prof. Marco
Alexandre da Costa Pasáris**

Marabá

2010

**MONOGRAFIA/TÍTULO: PODER GERAL DE CAUTELA E SUA
APLICABILIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

DISCENTE: WENDEL DE CASTRO LOBATO

BANCA EXAMINADORA

1º EXAMINADOR: MARCO ALEXANDRE DA COSTA ROSÁRIO

Conceito: EXCELENTE

2º EXAMINADOR: FRANCIELLE PIRES DUARTE SOMMER

Conceito: EXCELENTE

Data da apresentação: 13 DE DEZEMBRO DE 2010

Conceito Final: EXCELENTE

Marabá

2010

DEDICATÓRIA

Dedico essa monografia a duas pessoas, Valter e Delma, que em nenhum momento mediram esforços para a realização dos meus sonhos, que me guiaram pelos caminhos corretos, me ensinaram a fazer as melhores escolhas, me mostraram que a honestidade e o respeito são essenciais à vida, e que devemos sempre lutar pelo que queremos. A eles devo a pessoa que me tornei, sou extremamente feliz e tenho muito orgulho por chamá-los de pai e mãe.

AMO VOCÊS!

“Pior que a maldade dos maus é a omissão dos justos”

AGRADECIMENTOS

A Deus, meu refúgio e força, em que sempre encontrei respostas para os meus problemas.

Aos meus irmãos Werison e Joelson, pelo carinho, pela ajuda e compreensão.

A Thaiz, por me entender, por me ajudar e me apoiar durante os cinco anos de faculdade, serás minha eterna amiga.

A Bruno, Denson, Edu, Tobias, por terem tornado os meus finais de semana mais alegres.

Aos meus amigos de faculdade, alguns mais próximo, outros nem tanto, mas que contribuíram para o meu desenvolvimento intelectual e, sobretudo, como ser humano.

Ao professor Marcos Alexandre, grande mestre e amigo, por ter me ajudado na elaboração desse trabalho.

A todos os professores, pelas horas de dedicação voltadas ao nosso aprendizado.

RESUMO

O seguinte trabalho de conclusão de curso possui como tema “**O poder geral de cautela e sua aplicabilidade no processo penal brasileiro**”. Este tema apresenta significativa relevância, pois tenta evitar a atual tendência de se aplicar a prisão cautelar como mecanismo de antecipação da pena, haja vista que tal prática desrespeita o princípio constitucional da presunção de inocência e atenta contra a dignidade da pessoa humana. Desse modo, o presente trabalho defende a adoção de medidas cautelares não previstas em lei (inominadas) quando as medidas cautelares típicas não forem suficientes para assegurar a eficácia do processo, de modo a se evitar uma medida mais gravosa (princípio da proporcionalidade). Assim, diante da bipolaridade do sistema cautelar do Código de Processo Penal, a aplicação subsidiária do dever geral de cautela no Processo Penal se faz necessária.

Palavras-chave: Prisão cautelar, dignidade da pessoa humana, poder geral de cautela.

ABSTRACT

The following completion of course work has the theme "Implementation of General Power Stealth on Criminal Procedure." This topic has significant relevance, as it tries to avoid the current trend of applying to prison as a precautionary mechanism anticipation of the penalty, considering that this practice violates the constitutional principle of presumption of innocence and undermines human dignity. Thus, this paper advocates the adoption of precautionary measures not provided for by law (unnamed) when the typical precautionary measures are not sufficient to ensure the effectiveness of the process in order to avoid a far more serious (proportionality principle), mainly bipolarity of the system before the injunction of the Code of Criminal Procedure, the subsidiary application of the general duty of care in the Criminal Procedure is necessary.

Keywords: Prison precaution, human dignity, the general power of caution.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. CONSIDERAÇÕES À RESPEITO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS	11
2.1.Diferenciação entre prisão-pena e prisão provisória	11
2.2. Evolução histórica das prisões.....	11
2.3.A prisão provisória no Estado Democrático de Direito.....	14
2.4. A Garantia do Devido Processo Penal.....	16
2.5 . Prisão Provisória e a Garantia da Presunção de Inocência.....	20
2.6. A Duração Máxima das Medidas Cautelares.....	22
2.7. Os Recursos Contra os Provimentos Cautelares.....	24
3. DAS ESPÉCIES DE PRISÕES CAUTELARES... ..	24
3.1. Prisão em Flagrante.....	24
3.2. Prisão Preventiva	27
3.2.1. Breve Esboço Histórico.....	27
3.2.2. Pressupostos da Prisão Preventiva.....	28
3.3 Prisão Temporária.....	35
3.3.1. Requisitos.....	36
4. O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL.....	39
4.1. Considerações Preliminares.....	39
4.2. Requisitos e características das providências cautelares.....	41
4.3. As medidas cautelares típicas previstas no Código de Processo Penal e na legislação extravagante.....	43
4.4. Da possibilidade de adoção de medidas cautelares atípicas no processo penal.....	44
4.5. Do interesse de agir	51
4.6. Limites ao poder geral de cautela	52
4.7. Alguns aspectos pragmáticos	56
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60

1. INTRODUÇÃO

Nosso atual Código de Processo Penal, de 1941, foi promulgado sob a égide da Constituição de 1937, em pleno “Estado Novo”, o qual foi implantado por meio de um golpe de Estado de Getúlio Vargas, ocasião em que foram dissolvidos o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, revogando-se, em seguida, a Constituição de 1934.

Dessa forma, nosso Código de Processo Penal, inspirado no Código de Processo Penal italiano, gerado durante o regime fascista capitaneado por Benito Mussolini, é reflexo direto do contexto histórico no qual o Brasil estava inserido, sendo assim elaborado em bases notoriamente autoritárias.

Assim sendo, hodiernamente, época de práticas democráticas diversas e de criminalidades diversas, igualmente, nosso estatuto processual criminal revela-se demasiadamente obsoleto, sobretudo diante de nosso novo regime constitucional, o qual confere à dignidade da pessoa humana o status de valor supremo.

Nesse diapasão, o dever geral de cautela consagrado no artigo 798 do Código de Processo Penal aparece como um importante mecanismo a ser aplicado pelo juiz criminal, subsidiariamente, quando sua decisão (de decretar a prisão provisória) se mostrar desproporcional (princípio da proporcionalidade), em face da bipolaridade do sistema cautelar brasileiro.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é demonstrar que a prisão provisória deve ser evitada ao máximo, devendo-se dar preferência, sempre que necessário à aplicação das medidas cautelares (aplicadas pelo juiz) menos severas. Esta é uma forma de se conferir um maior respeito à garantia da presunção de inocência e tornar concreta a dignidade da pessoa humana, princípios esses basilares e asseguradores de um Estado Democrático de Direito.

2. CONSIDERAÇÕES À RESPEITO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS

2.1. *Diferenciação entre Prisão-Pena e Prisão Provisória*

Antes de adentrarmos na abordagem sobre o tema do presente trabalho (medidas alternativas e substitutivas à prisão cautelar), devemos realizar algumas ponderações acerca do vocábulo prisão. Com efeito, essa terminologia deriva do latim “prehensio”, de “prerendere”, a qual possui conotação (entre outras) do ato de prender ou agarrar a coisa para si. Em seu aspecto jurídico, prisão é o ato pelo qual se priva uma pessoa de sua liberdade de locomoção.

Inobstante esse conceito genérico de prisão em seu aspecto jurídico, torna-se imperioso para o desenvolvimento do presente trabalho não confundir a prisão-pena com a prisão provisória. De fato, verifica-se que elas possuem finalidades diversas e são aplicadas em momentos processuais diversos. Assim, enquanto a prisão-pena é aquela que se aplica após uma sentença penal condenatória transitada em julgado, com finalidade repressiva imposta àquele que praticou crime ou contravenção, a prisão provisória é aplicada durante o curso do processo, mas antes da sentença penal condenatória definitiva, com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal.

Importa ressaltar que há autores que utilizam a nomenclatura prisão preventiva como sinônima de prisão provisória. Todavia, a doutrina majoritária classifica aquela como uma das espécies desta, ao lado da prisão em flagrante e da prisão temporária.

Assinale-se, ainda, que em face de nosso regime constitucional, o qual incorporou em seu texto (após a assinatura do Pacto de São José da Costa Rica) o princípio da presunção de inocência, a prisão provisória somente se admite se cautelar, e ainda desde que obedecidos os pressupostos legais para sua aplicação.

Mas, se de um lado a prisão-pena não se confunde com a prisão provisória, do outro lado em ambas não se pode negar a necessária relação de proporcionalidade.

2.2. *Evolução Histórica das Prisões*

A prisão, como já foi afirmado alhures, exprime o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, ou seja, da liberdade de ir e vir,

recolhendo-a em um lugar seguro e fechado, de onde não poderá sair. Esse instituto, embora antigo, não permaneceu inalterável quanto aos seus fins durante a história humana. Dessa forma, faz-se necessário analisarmos essa evolução histórica como forma de compreendermos a finalidade a que se destina a prisão cautelar hodiernamente.

De fato, desde as sociedades primitivas já era possível observar algumas manifestações de prisão. É claro, todavia, que naquela época esse instituto apresentava finalidades e justificativas bem diferentes das evocadas em nosso Estado Contemporâneo. Tanto é assim, que Charles Darwin em sua obra clássica, a *Origem das Espécies*, registra que a privação da liberdade era um mecanismo que os seres humanos adotavam para protegerem-se de seus desafetos;

(...) naquela época o homem sentia necessidade de se proteger dos invasores, de modo que o fazia, dentre outras opções de que dispunha, prendendo seus inimigos no interior de escavações subterrâneas das cavernas. (DARWIN, 2002, P. 42).

Avançando na história, verifica-se que na antiguidade a pena impunha sacrifícios e castigos desumanos ao condenado e, via de regra, não havia razoamento entre a conduta delitiva e a punição aplicada, prevalecendo sempre o interesse do mais forte. Tal situação foi atenuada, todavia, com a Lei de Tabela, registrada pelo código de Hamurabi, em 1680 a.C., pois, mesmo que de forma tímida e incipiente, estabeleceu-se relação de proporcionalidade entre a conduta do infrator e a punição, consagrando a disciplina de dar vida por vida, olho por olho e dente por dente.

Superando este momento histórico, verifica-se a migração do direito de punir da esfera eminentemente privada para o domínio estatal. O Estado como forma de garantir a segurança pública e velar os próprios fins para os quais foi criado, tomou para si a titularidade exclusiva do jus puniendi. Nesse contexto, a privação da liberdade começou a ser utilizada, para preservar os réus até os julgamentos definitivos, sem conotá-la como sanção penal autônoma, permanecendo a punição com intenso teor vingativo, impondo-se de maneira severa e capital ao acusado. Iniciava-se assim, mesmo que de modo rudimentar, a utilização da prisão com natureza cautelar.

Portanto, na origem, a prisão cautelar é anterior à existência da prisão-pena, a qual só veio configurar na história muito depois que a humanidade já

conhecia a privação da liberdade. Assim, antes da prisão passar a ser estritamente cumprimento de pena, ela se destinava a reter o condenado até a efetiva execução de sua punição, a qual era sempre corporal ou infamante.

No direito romano a custódia dos acusados se fazia por meio dos acorrentamentos ou pela segregação, podendo estas ocorrer em estabelecimentos estatais ou em casas particulares, destinando-se a assegurar a presença do réu no processo.

Posteriormente, a punição ganhou uma conotação de vingança e de castigo espiritual, acreditando-se que através dela poderia se reduzir a ira divina e regenerar ou purificar a alma do delinquente. Nessa época, toda sorte de atrocidades e violências foram cometidas em nome de Deus.

Na Idade Média, a custódia do acusado era a melhor forma de punição, nesse sentido, conforme já salientado, ela antecede até mesmo a pena privativa de liberdade. Diante disso, foram construídas prisões denominadas penitenciários, onde os acusados cumpririam penitência e esperariam o momento em que seriam guiados para a fogueira. Nesse período eclesiástico, assiste-se ao poder da igreja em punir, poder esse inspirado pelos Tribunais de Inquisição, período em que a pena ensejava o arrependimento do infrator.

Com a criação do Santo Ofício da Inquisição, a prisão cautelar adquire maior importância, na medida em que o processo inquisitório baseava-se na confissão como a “rainha das provas”, sendo imprescindível a tortura e a conseqüente restrição da liberdade.

Mesmo cometendo todas as atrocidades já ressaltadas os Tribunais Inquisitórios instituíram um processo sumário para proferir o julgamento, ou seja, nasce o processo penal moderno, embora não fossem respeitados, entre outros princípios, o contraditório e a ampla defesa.

Somente com o surgimento do Estado Moderno, a prisão cautelar, baseada no princípio do devido processo legal, começa a adquirir seus contornos atuais.

A prisão como pena surgiu apenas em 1595, quando a Holanda construiu um presídio masculino e depois, feminino, para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Mesmo assim, ainda subsiste a prisão cautelar como instrumento para a realização do processo.

No Brasil, a história da prisão registra aspectos muito divergentes

dos relatados, pois desde o descobrimento até os dias atuais, a legislação pátria é influenciada por estudos jurídicos de outros países, procurando adaptar as normas internas de Direito às tendências mundiais.

Durante a colonização, o Brasil submeteu-se, inicialmente, às legislações oriundas de Portugal, denominadas Ordenações Afonsinas, posteriormente as Manuelinas (1514) e por fim as Filipinas (1603). Nesse período, a prisão era tida somente como medida cautelar e não como sanção autônoma, exacerbando-se as sanções corporais e infamantes, notadamente a pena de morte.

Já nas Ordenações Filipinas, a regra era a prisão. Contudo o príncipe podia, por justos motivos, conceder a fiança ao réu, desde que este indicasse fiadores idôneos. Caso Contrário aguardaria o julgamento preso.

Com a proclamação da independência, em 1822, revogou-se as Ordenações Filipinas e alguns juristas brasileiros, inspirados pela filosofia iluminista e pela declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, começaram a agregar à legislação, os princípios da igualdade de todos os homens perante a lei, personificação da pena e utilidade pública da lei penal.

No entanto, a prisão cautelar é também da nossa tradição jurídica. Tanto o Código de Processo do Império, como a legislação da era republicana, permitiam a prisão do acusado sem culpa formada, quando da prática de delitos inafiançáveis.

Inicialmente, tal ordem deveria ser emanada por “autoridade legítima” e posteriormente, com o advento da Lei nº. 2.033 de setembro de 1871, utilizou-se pela primeira vez a expressão prisão preventiva, devendo ser ordenada por um Magistrado.

Atualmente ainda encontramos a figura da prisão cautelar na maioria dos Estados de Direito. Contudo, sua utilização ocorre (ou devia ocorrer) sempre dentro dos estreitos limites legais, de modo a não ofender as garantias individuais dos cidadãos.

2.3. A Prisão Provisória no Estado Democrático de Direito

O art. 1º, caput, da atual Constituição Federal brasileira é expressa ao prever que a república Federativa do Brasil se constituiu em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da

pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. A democracia vem expressa na mesma Carta Magna.

Importante destacar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, e a realização das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I a IV).

O princípio da prevalência dos direitos humanos, expressamente inserido na Constituição Federal brasileira no inciso II o art. 4º, é também de especial importância para a análise da prisão provisória no Brasil e a necessária busca de alternativas ao encarceramento provisório do acusado.

Justamente por o Brasil constituir um Estado Democrático de Direito, guiado pelos fundamentos, objetivos e princípios supramencionados, é que o art. 5º da Constituição Federal, incluído em seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), traz um extenso rol de direitos e garantias individuais, de suma importância para o Direito Penal e para o processo penal.

E o processo penal – tal como ocorre com o Direito Penal – não poderia deixar de ser obediente ao Texto Constitucional, e segundo Fernando Fernandes (2005, p.87), principalmente em virtude da: “estreita ligação entre o processo penal e o sistema político, assumindo o primeiro as primeiras características do modelo de Estado”. Assim, o processo penal brasileiro, cuja principal legislação em que se baseia é ainda de 1941, amolda-se – aos princípios, fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa, bem como às garantias processuais previstas na Constituição Federal.

O tema da prisão provisória, portanto, deve ser analisada sob o enfoque do Estado Democrático de Direito, com as garantias individuais previstas na Constituição Federal e nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil assumindo papel de fundamental importância.

2.4. ***A Garantia do Devido Processo Penal***

Outra questão que merece análise é a que envolve a prisão cautelar e o devido processo legal.

A Constituição Federal no seu art. 5.º, inciso LIV, estabeleceu que ninguém será privado de sua liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal.

Pelo devido processo legal, expressão tradicional que é do direito americano, traduz-se pela idéia do processo justo, o processo com garantias, o processo de partes, o processo em que o acusador e o acusado comparecem em termos de igualdade perante o Juiz, para assim assegurar com essa presença o contraditório, a assegurar a própria justiça, a própria imparcialidade da decisão. Este, contudo, não é o único posicionamento. Sustenta-se igualmente que o processo penal não é processo de partes, à luz da obediência às regras da oficialidade e da necessidade da ação penal pública, de forma que o órgão acusador oficial é obrigado a oferecer a denúncia em havendo elementos de probabilidade de autoria e prova mínima.

Diante desta premissa, vê-se que nosso direito pouco se atenta para a exigência do devido processo legal, mister para as medidas cautelares, em face de sua natureza de urgência frente a regra do contraditório. Isto porque, se no primeiro momento é possível que o juiz decida sem ouvir as partes, no momento imediatamente seguinte, o juiz deve fazer valer a regra do contraditório, até para que possa rever a sua decisão.

Nas legislações recentes da França e da Itália, assegura-se nestes casos plenamente a regra do contraditório. Há ainda situações em que se verifica o contraditório inibido, um contraditório postergado para o segundo momento, que é assegurado no momento em que o juiz vai decidir ou deve decidir sobre a imposição de uma prisão cautelar.

Na França, duas leis, a primeira de 1975 e a segunda de 1984, introduziram o contraditório no próprio juizado de instrução, justamente no momento em que se cogita de uma decisão sobre a prisão cautelar. Neste sistema, quando o juiz vai decidir sobre a prisão preventiva, ele deve ouvir o acusado e deve inclusive assegurar a assistência de um defensor para este acusado. Ainda neste sistema, o juiz convoca o acusado e seu defensor para se apresentar, e somente após a oitiva

destes é que ele decretará em seguida a prisão. Diante deste rito, será observada a regra do contraditório. Se réu e defensor entenderem ainda de apresentarem defesa, o juiz a possibilita, marcando prazo de 05 dias, certo que o acusado já estará detido, é como se fosse uma medida provisória dentro da prisão provisória, ou seja, uma medida que antecipa a medida que depois será tomada através de um debate contraditório.

Na Itália, a regra do contraditório, foi também sensivelmente ampliada e reforçada através da lei n. 332 de agosto de 1995, que deu nova redação ao art. 294. Lá, depois da execução da ordem da prisão preventiva, até ao décimo dia seguinte, o juiz realiza o chamado interrogatório de garantia, ou seja, o acusado é convocado, comparece perante o Juiz, podendo então deduzir suas razões, que serão examinadas pelo Juiz que decretou a cautelar. Se se convencer por estes argumentos, modificará então sua decisão. Se, contudo, foi o Ministério Público que cerceou a liberdade do agente, o interrogatório com a mesma prerrogativa deve ser feito no prazo de quarenta e oito horas.

Após o interrogatório, que a propósito permite a intervenção das partes, o juiz avalia se permanecem as condições de aplicabilidade e exigência cautelar. Se caso persistirem as razões, permanece o imputado custodiado, em caso contrário, ou o juiz substitui a medida cautelar por outra mais branda, ou a revoga.

Diante destas colocações, em se considerando as garantias postas na Constituição Federal e com a ratificação pelo Brasil das Convenções que trataram de direitos civis, é necessário modificar o sistema brasileiro, que a propósito, não permite a mínima participação da defesa do acusado.

Por estas idéias, uma vez imposta à prisão de natureza cautelar, mormente por necessidades processuais, ela deve ser comunicada ao acusado, que deverá ser ouvido pelo juiz imediatamente após, exatamente para que o juiz possa reexaminar agora à luz das alegações da defesa a necessidade da manutenção desta prisão.

Outro aspecto relevante é o que diz respeito à fundamentação de todas as decisões, mormente daquelas que decretar a prisão de natureza cautelar.

Embora tenhamos as regras de que todas as decisões judiciais serão fundamentadas e de que ninguém será preso sem uma ordem fundamentada de autoridade judiciária competente, vemos na prática sua desobediência, onde basicamente se vê a repetição dos termos legais ou a simples reiteração dos

motivos elencados pelo Ministério Público. Quanto aos motivos ensejadores do decreto, não podem os juízes usar de presunções, tal como de periculosidade, de fuga, seja de que solto o réu voltará a delinquir, em evidente desrespeito a garantia da presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade, tal como se verifica na praxis forense, porém devem indicar a ocorrência de fatos concretos que demonstrem a necessidade da medida.

Não obstante esta premissa, vê-se igualmente no cotidiano forense, a decretação de prisão cautelar com amparo em fortes razões de moral à margem, portanto dos requisitos postos em lei. Neste sentido é a matéria publicada no órgão de imprensa do Eg. Superior Tribunal de Justiça (RHC 7925):

“STJ mantém preso professor acusado de vampirismo”.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou, por unanimidade, o recurso de habeas corpus do professor Péricles Fulgêncio Andrade, que se encontra preso devido às acusações de prática de sadismo e vampirismo contra adolescentes, na cidade de Araçuaí-MG.

Segundo a denúncia, o professor mantinha relacionamento homossexual com dois adolescentes, de 15 e 17 anos. Frequentemente, os rapazes eram convidados, em troca de dinheiro, para ir a matagais ou terrenos baldios onde praticavam sexo oral e atos de sadismo. O próprio professor teria registrado através de fitas de vídeo e fotografias, cenas dos adolescentes sendo perfurados nos braços, pernas, pênis e nádegas com agulhas hipodérmicas. Além disso, haveria registros dos adolescentes sendo mordidos pelo professor, que também retirava o sangue dos rapazes para fins até agora ignorados.

Péricles Fulgêncio alega que sua prisão preventiva teria sido decretada apenas pelo fato de fazer parte de uma família de renome, uma vez que ele é trabalhador, tem residência fixa e não possui antecedentes criminais. O professor também afirma que as “pretensas” vítimas são rapazes não mais influenciáveis, sendo que um deles, inclusive, teria título de eleitor, o que comprovaria sua capacidade de discernimento.

Para o ministro Fernando Gonçalves, relator do processo, a acusação que pesa sobre o professor é gravíssima, revelando perversão e insensibilidade moral, o que já fundamentaria o pedido de prisão. Além disso, os atos praticados provocaram grande comoção social na cidade, ameaçando a ordem

pública, principalmente em relação à integridade física do próprio acusado. Deste modo, estaria justificada a permanência do professor na cadeia pública de Araçuaí.

Também neste aspecto, as legislações estrangeiras têm evoluído muito, no sentido de estabelecer inclusive ao juiz, quais são os requisitos que devem constar expressamente da motivação.

A nova redação do art. 292, do Código de Processo Penal italiano, dado pela reforma ocorrida em 1995, exige que o juiz ao fundamentar sua decisão, atenda aos seguintes requisitos: qualificação do acusado; descrição sumária do fato, com indicação das normas legais que se entendem violadas; exposição das específicas exigências cautelares e dos indícios que justificam em concreto a medida disposta, com indicação dos elementos do fato, dos quais são deduzidos e dos motivos pelos quais ele está sob relevância.

Não basta, porém, que o juiz diga simplesmente que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública, para assegurar a instrução criminal, mas deve dizer claramente quais são os fatos e qual a relevância destes fatos para justificar esses fundamentos. Exige-se ainda, a exposição dos motivos pelos quais foram considerados não relevantes os elementos fornecidos pela defesa. Obriga-se assim ao juiz examinar também os argumentos da defesa e, inclusive, de fixar as razões pelas quais se pôs a prisão e não outra medida.

Destarte, imperioso igualmente afirmar que qualquer tipo de prisão obrigatória direta ou indireta é inconstitucional, tais como a prevista na Lei n. 8.072/90, art. 2.º, II, proibição de liberdade provisória; proibição de recorrer sem se recolher à prisão etc., fere a garantia do devido processo legal, na medida em que constitui antecipação de pena sem processo e sem julgamento, maculando a chamada presunção de inocência.

Com acerto afirma Maria Lúcia Karam: “a prisão processual por sua natureza necessariamente cautelar, não pode ser determinada pela espécie ou pela suposta gravidade do delito atribuído ao indiciado ou processado, até porque a efetiva ocorrência do delito, por maior que seja a probabilidade desta ocorrência, só poderá passar do terreno das hipóteses para o plano do concreto, quando da cognição definitiva do mérito”.

Ainda no escopo da regra do devido processo legal, constata-se a inexistência de um recurso contra as decisões em matéria de prisão cautelar, que está inclusive inserida na Convenção Americana, onde diz que toda pessoa privada

da liberdade, tem o direito a recorrer a um juízo ou tribunal competente, afim de que esse decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão e ordene sua soltura e ou manutenção se assim se exigir o caso concreto.

No Brasil, temos uma situação curiosa. Temos a previsão no CPP do recurso em sentido estrito contra a decisão que denega a prisão preventiva, mas não temos recurso contra a decisão que decreta a prisão preventiva na forma de restrição da legalidade individual. É verdade que temos o Habeas Corpus, que tem se mostrado ser um instrumento importante para a tutela do direito de liberdade. Contudo, restrições a este remédio são postas pela jurisprudência, de uma maneira quase que uniforme, que é da impossibilidade de ser examinada a prova.

Esta restrição, diga-se, que não é restrição que decorra da própria natureza do Habeas Corpus, como instrumento de garantia do direito à liberdade de locomoção. É verdade que no Habeas Corpus não há dilação probatória, mas isto não significa que o Tribunal não possa examinar as provas e concluir sobre a validade ou a invalidade, a justiça ou injustiça da decretação de uma prisão.

A própria Constituição Federal prevê contra as decisões denegatórias de Habeas Corpus, o recurso ordinário. Justamente pelo recurso ordinário, é que se examinam todas as questões suscitadas da decisão recorrida, isto é, tanto as questões de direito como as questões de fato.

Diante destas considerações, ou temos que instituir um recurso rápido, ágil, para as decisões sobre prisão cautelar, ou dá-se uma amplitude maior ao Habeas Corpus, amplitude esta que decorre da própria natureza desse remédio e do próprio texto constitucional.

Temos que ajustar as várias formas de prisão cautelar ao modelo de processo penal acusatório, que foi consagrado pela Constituição.

2.5. *Prisão Provisória e a Garantia da Presunção de Inocência*

O princípio da presunção de inocência ou do estado de inocência, desdobramento do princípio do devido processo legal, está previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que assim dispõe: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Consagrando-se um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal.

Tendo a nossa Lei Fundamental disposto acerca do princípio em comento, o ordenamento jurídico infraconstitucional, em especial o processual penal, está obrigado a absorver regras que permitam encontrar um equilíbrio saudável entre o interesse punitivo estatal e o direito de liberdade, dando-lhe efetividade.

Com efeito, o sistema normativo constitucional, através de seus preceitos, exerce notória influência sobre os demais ramos do Direito. Esta influência destaca-se no âmbito processual penal que trata do conflito existente entre o jus puniendi do Estado, que é o seu titular absoluto, e o jus libertatis do cidadão, bem intangível, não podendo ser considerado objeto da lide, reputado o maior de todos os bens jurídicos afetos à pessoa humana.

Efetivamente, o plano social prevê punição para aqueles indivíduos que desenvolve comportamento violador de normas de condutas socialmente predispostas a manter o imprescindível equilíbrio entre os membros da comunidade. Foi assim que o Estado criou mecanismos regulamentares da atuação estatal que propiciam na esfera criminal, a detecção da existência do ilícito penal, com a respectiva criação de limites à liberdade individual, com a aplicação de sanção que implicara no cerceamento do direito de locomoção. Agindo, assim, como guardião do interesse coletivo e do próprio indivíduo, já que o Direito existe, para dar ao homem garantias, sendo este a fonte e objetivo daquele.

A materialização do direito-dever estatal de punir, todavia, deve ser compatibilizada com os preceitos fundamentais que tutelam o direito de liberdade, vez que de suma relevância para a coletividade, constituindo-se em garantia para cada cidadão, o respeito aos preceitos oriundos do texto constitucional e que mantém pertinência com o processo penal. Ou seja, este direito-dever, não constitui uma prerrogativa que propicie utilização desmesurada, haja vista que o parâmetro a ser observado é a regra da legalidade: O Estado não pode atuar senão dentro dos limites fixados pelas normas legislativas.

O respeito ao vetor da legalidade assume particular relevo no âmbito criminal, posto que somente será possível testar a legalidade da pretensão estatal quando ocorrer lesão a regra de direito material previamente disposta ao cometimento do ilícito penal. A imposição de pena, por outro lado, exige que seja resguardado ao suposto autor da infração penal garantias mínimas que lhe permitam adequadamente resistir à pretensão estatal em comento, de modo a que a sua liberdade não seja cerceada abrupta e despoticamente.

Verifica-se, deste modo, que a indispensável processualização do poder punitivo estatal torna imperiosa a tutela da liberdade jurídica do autor da infração penal, e, dentro dessa ótica, será a Constituição Federal, o diploma básico a influenciar, de forma decisiva, o curso do processo penal, notadamente através do princípio objeto do presente estudo, segundo o qual, enquanto não condenado por uma sentença transitada em julgado, o acusado ostentará o estado de inocência. Pois todos se presumem inocentes, sendo dever do Estado comprovar a culpabilidade dos acusados.

2.6. A Duração Máxima das Medidas Cautelares

Observa-se que não há fixação de prazo de duração máxima da custódia cautelar nas Constituições da Espanha, de Portugal e da Itália, mas tais diplomas determinam que a lei estabeleça os limites máximos de duração da medida.

No ordenamento jurídico brasileiro, em princípio, essa prerrogativa do acusado preso ser julgado em prazo razoável não estava prevista nem mesmo em nossa Constituição social de 1988. Tal garantia só veio ser incorporada em nosso regime jurídico em 1992, com a aprovação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, 3, c) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art.7, 5). Mas, foi somente com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que a Constituição Federal brasileira passou a garantir expressamente o direito de duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação¹.

Nas leis infraconstitucionais não existia prazo global para o término do processo nas hipóteses de acusados presos provisoriamente, mas apenas prazos parciais para cada ato do procedimento. Dessa forma, a questão quanto ao prazo máximo era resolvida por intermédio da jurisprudência, a qual se consolidou em fixar nos processos por rito ordinário de competência da Justiça Estadual, o prazo de 81 dias até a prolação da sentença, e nos processos da Justiça Federal, o prazo de 101 dias até a decisão de mérito.

Nessa linha, a chamada “Lei do Crime Organizado” (Lei n. 9.034, de 03.5.1995) seguindo o critério jurisprudencial estabeleceu que “o prazo máximo da

¹ Art. 5º (...) LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

prisão processual, nos crimes previstos nessa Lei, será de 180 (cento e oitenta) dias”. Entretanto, a Lei 9.303/96 alterou a redação do referido dispositivo, passando a dispor que aquele prazo constitui o limite máximo de duração da instrução criminal e não mais limite máximo da custódia cautelar, situação esta que, sem dúvida era mais abrangente e vantajosa para o acusado².

Assim, embora nossa Carta Magna e os tratados internacionais já mencionados garantam a duração razoável do processo, a lei ordinária não estipulou prazos máximos de duração da custódia cautelar, mas apenas prazos máximos de duração da prisão até o encerramento da instrução criminal. Nesse sentido Fábio Machado Delmanto assevera:

(...) Note-se assim, que, uma vez encerrada a instrução criminal, não existe no Brasil atualmente prazo para a manutenção do acusado no caráter preventivo, e ele pode ficar preso até ser absolvido, em primeira ou segunda instância, ou condenado definitivamente. Tal situação mostra-se insustentável em face dos princípios da dignidade humana e do devido processo legal, constitucionalmente consagrados. (Delmanto, 2008, p.45)

Ademais, verifica-se que a expressão “instrução criminal” é interpretada de diversas formas, sendo praticamente pacífico na jurisprudência que essa fase conclui-se com a oitiva das testemunhas de acusação. Todavia, segundo Delmanto essa não é a melhor interpretação visto que (2008, p.45): “(...) as testemunhas de defesa, bem como eventual diligência na fase do art. 499 do Código de Processo Penal, integram a instrução criminal”.

No que tange aos processos de competência do Tribunal do Júri, concluída a fase de pronúncia, entende-se que não pode haver excesso de prazo na prisão provisória, havendo, no entanto, decisão recente do STF em sentido contrário³.

Destarte, em função dessa omissão legislativa, tem-se recorrido aos

² Art. 8º O prazo para o encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto.

³ Sensível à problemática o STF recentemente decidiu pela concessão de *habeas corpus*, em razão do excesso de prazo na prisão após a pronúncia, não tendo o acusado contribuído para os incidentes processuais (dentre os quais o desaforamento) que atrasaram o julgamento pelo Tribunal do Júri (HC 84.673/PE, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Veloso, j.14.6.2005, DJU 1.7.2005,v.u., Boletim IBCCrim, set. 2005, p. 925).

princípios da proporcionalidade e da razoabilidade o que, no entanto, não consegue resolver todas as problemáticas, muito em função da subjetividade do que vem a ser prazo razoável ou um prazo proporcional, o que gera insegurança jurídica para o acusado.

A solução para esse imbróglio jurídico seria a criação de uma legislação que previsse de maneira clara e taxativa prazos fixos de duração máxima da prisão provisória para a finalização do processo.

2.7. Os Recursos Contra os Provimentos Cautelares

Ao contrário do que sucede em outros países, no Brasil não há recurso contra a decisão que decreta a prisão ou que indefere pedido de relaxamento ou de liberdade provisória. Recurso há somente contra a decisão que indefere requerimento de prisão preventiva ou que a revoga, que concede liberdade provisória ou que relaxa à prisão em flagrante (CPP, ART. 581), o que reflete bem a visão autoritária e nada garantista do legislador de 1941, responsável pela elaboração do Código de Processo Penal brasileiro, ainda vigente.

O único remédio cabível contra as decisões ou medidas ilegais que afetem o direito de locomoção é o habeas corpus, o qual, se por um lado apresenta vantagens (como a celeridade e a informalidade), por outro, traz desvantagens (como proibição de desvantagens profundas da prova). A esse respeito, aliás, acredita-se que a prova voltada à demonstração da ilegalidade da prisão há sempre que ser analisada, ainda que de forma profunda, sob pena de se esvaziar a garantia constitucional do habeas corpus.

3. DAS ESPÉCIES DE PRISÕES CAUTELARES

3.1. Prisão em Flagrante:

Flagrante deriva do latim *flagrans* e significa ardente, ou seja, que está em chamas, significando a prisão em flagrante que o crime está sendo cometido ou acabou de ser cometido.

Via de regra, a lei processual penal exige ordem escrita de autoridade judiciária para a efetivação de qualquer prisão, nos termos do art. 5º, LXI, da CF: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão

militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

A única exceção à necessidade de ordem de autoridade judiciária, é no caso da prisão em flagrante delito e nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar. A ressalva constitucional pode ser bem compreendida, atendendo-se ao fato que a prisão cautelar, é uma medida extrema e de ordem processual, pois visa resguardar o processo diante de um comportamento inadequado do acusado. Todavia, se fosse exigida sempre a ordem judicial, mesmo nas hipóteses de flagrante, estas seriam pura ficção diante da premência de imediatidade da tutela a ser realizada no momento da prisão.

Nestas situações, portanto, o ordenamento jurídico cria uma exceção e estabelece a possibilidade da prisão em flagrante acontecer sem um prévio controle judicial, o qual ocorre, a posteriori.

Todavia, isso não a transforma em prisão-pena ou em antecipação da pena, apesar de haver, no consenso popular aquele que é surpreendido em flagrante merece uma represália pelo que fez sentimento este presente até mesmo em juízes, os quais se esquecem de que a natureza de prisão em flagrante é a de uma medida cautelar, e não a de uma prisão pena antecipada.⁴

É por essa razão que a Constituição Federal exige a imediata comunicação do crime ao juiz, nos termos do art. 5º, LXII, para que se proceda ao controle de legalidade da medida cautelar flagrancial, pois o fato de ser prisão em flagrante não afasta o fato de se verificar os requisitos da prisão preventiva, pois o art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, exige a soltura do preso, quando a lei prever a concessão da liberdade provisória, o que restou confirmado pelo art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Do contrário, criar-se-ia a inusitada situação de que criminosos acusados da prática do mesmo crime teriam sorte diferente durante o processo, sendo que o solto assim permaneceria, salvo se verificada alguma situação que exigisse sua prisão preventiva. Consoante Romeu Pires de Campos (1960, p.25): “A lei entra encara com benignidade, como povos da antiga civilização clássica o faziam, a habilidade na prática do ilícito penal!”

A verificação judicial da prisão-captura e que a transformará ou não em prisão-custódia não pode ser meramente formal, mas ao contrário, deve atentar para a necessidade e conveniência da medida restritiva.

Giovane Leone alude inclusive ao fato de ser prisão em flagrante, de

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. V.3º. São Paulo: Saraiva, 1990, p.380.

início, administrativa, mas que se transforma em prisão processual.⁵

Entre o risco que corre a Justiça Penal e o resguardo do direito de liberdade, a opção deu-se por aquela, estabelecendo-se o encarceramento provisório, nos casos estritamente necessários, sujeitos a rígido controle judicial.⁶

Na situação de flagrante, há uma forte contundência probatória quanto ao fato típico e sua autoria, justificando-se a prisão até que a autoridade competente possa constatar a realidade, verificando-se a presença ou não dos requisitos que transformarão a prisão-captura em prisão-custódia.

O art. 302, do CPP, trata das espécies de flagrante. A rigor, apenas o flagrante em sentido próprio poderia ser tratado como flagrante propriamente dito, visto que as demais hipóteses tratam de situações de flagrante delito equiparadas pela lei, o que é perfeitamente possível, visto que essas outras situações também prefiguram hipóteses em que ocorre o perigo de evasão do criminoso e das evidências do crime.

Existem, assim, três espécies de prisão em flagrante: a) flagrante em sentido próprio; b) flagrante em sentido impróprio, também conhecido como quase flagrante; c) flagrante presumido.

Há flagrante próprio, quando o agente é surpreendido no memento em que pratica o crime, ou, então, quando acabou de praticá-lo.

A figura do flagrante próprio dispensa comentários diante da evidência da situação, já a figura do flagrante impróprio comporta algumas considerações. Entende-se que o flagrante exige imediatidade, sendo que a legislação equipara algumas situações, como no caso do agente ser perseguido logo após a prática do fato criminoso em situação que faça presumir ser ele o autor da infração e que quando o agente é encontrado, logo depois, com instrumentos armas, armas, objetos, ou papeis que façam presumir ser ele o autor da infração. Esta última hipótese é a do flagrante presumido.

Poder-se-ia tratar ainda de outras características da prisão em flagrante, mas isso foge ao nosso objetivo no presente trabalho, pois o que interessa é verificar quais as situações em que a aplicação da prisão em flagrante pode redundar em ofensa à dignidade humana.

⁵ LEONE, Giovanni. Estudo de direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p.25.

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. V.3º. São Paulo: Saraiva, 1990, p.379.

3.2. **Prisão Preventiva**

A prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência, pois seus requisitos é que informam todos os sistemas de prisão cautelar, à vista do disposto no art. 310, parágrafo único, do Código de processo Penal: “Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I,II e III, do Código Penal, poderá depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu a liberdade ao réu a liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312)”.

Embora afaste segundo critérios legais a liberdade (um dos bens mais caros do homem), justifica-se a prisão preventiva, como, a princípio, todas as prisões cautelares, para salvaguardar a plena aplicação das normas punitivas e a paz social, os quais são valores tão relevantes quanto à liberdade individual. Daí não se ver, previsto no art. 5º, inciso LVII, do Código Penal; “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A prisão preventiva sempre foi vista, por boa parte da doutrina, como odiosa, como, por exemplo, a crítica de CARRARA, quando afirma que a prisão preventiva deprime e abate o sentimento de dignidade pessoal de quem é ferido por uma mancha imerecida, depois de ter levado uma vida honesta e inocente.⁷

3.2.1. **Breve Esboço Histórico**

Existiu no Direito brasileiro a prisão preventiva obrigatória, aplicável nas hipóteses em que a pena cominada ao crime fosse de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 anos, sendo que o juiz era obrigado a decretar a medida, prisão esta que fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

Um estudo sobre a prisão provisória em nosso país revelará que nunca foi da tradição de nosso direito a instituição da instituição da prisão preventiva compulsória.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 03.10.1989, no seu art. 9º, segundo o qual “todo homem, sendo presumido inocente até que seja declarado culpado, se for decidido que é indispensável prendê-lo, todo rigor que seja

⁷ CARRARA. Opusculi. V4, p.299, apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 3º volume, 12ª ed. São Paulo, Saraiva, 1990, p.416.

necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei”, já indicava, nesta época, a necessidade de respeitar a presunção de inocência e de resguardar um tratamento digno à pessoa do acusado, inerente à sua condição de preso provisório.

O tratamento outorgado aos presos provisórios, na época de nossa independência, era bastante garantista, como se vê no art. 179, parágrafos 8 e 10, da Constituição Imperial, segundo o qual “ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei. À exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o juiz que a deu, e a quem tiver requerido, serão punidos com as penas que a lei determinar”, vez que inspirados nos ideais da Revolução Francesa, configurando-se os contornos que seriam definidos em nosso direito processual penal.

Abolida a prisão preventiva, obrigatória, com a introdução da Lei de Crimes Hediondos – Lei n. 8.072/90 – estabeleceu-se que os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes, e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de graça fiança e liberdade provisória (art.2º, II), o que suscitou debates a respeito de um eventual ressurgimento da prisão preventiva compulsória em nosso direito. Ainda que tenha configurado desrespeito aos princípios básicos constitucionais da prisão de inocência e do devido processo legal,⁸ a jurisprudência vem aplicando a lei normalmente, mas admite que, em situações específicas, possa o juiz conceder liberdade provisória obrigatória. Nesses termos, o STF posicionou-se:

(...) liberdade provisória é instrumento de contra-cautela, que pressupõe anterior prisão processual lícita; por isso, não tendo havido prisão em flagrante, a vedação legal da liberdade provisória, quando se cuide de acusado dos chamados crimes hediondos, não serve para suprir a fundamentação legal da prisão preventiva obrigatória, o que se teria, na hipótese, seria o ressurgimento da prisão preventiva obrigatória, retrocesso, a que o terrorismo penal em moda ainda não ousou chegar (HC 80.168/GO, 1ªT., STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence)..

3.2.2. Pressupostos da Prisão Preventiva

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antonio Magalhães Filho. As nulidades no processo pena. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2001, p.291.

Da mesma forma que se procedeu com o estudo da prisão em flagrante, serão analisados os aspectos da prisão preventiva relacionados com o princípio da dignidade da pessoa humana, atendendo para as hipóteses em que possa a aplicação da primeira ferir o segundo.

Os pressupostos da prisão preventiva encontram-se previstos no art. 312, do CPP, quais sejam: prova da existência do crime e existência do crime de autoria e indícios suficientes de autoria.

Dessa forma, só haverá a possibilidade de se decretar a prisão preventiva, no caso concreto, se estiverem presentes tais pressupostos. Assim, não basta mera suspeita, mas sim a prova da materialidade, ou seja, a certeza visual do crime, não mera suposição ou suspeita.

Interessante questão que se coloca, neste aspecto, é a da possibilidade de se decretar a prisão preventiva ainda que o Ministério Público não tenha oferecido a denúncia.

Vê-se que, nos termos do art. 41, do CPP, a denúncia só poderá ser recebida pelo juiz, se houver indícios de autoria e prova da materialidade dá-se pelo exame de corpo de delito direto ou indireto, que é obrigatório nos crimes que deixam vestígios, nos termos do art. 158, do CPP. Assim, se o Promotor de Justiça entende que se encontram presentes os pressupostos para a decretação da prisão preventiva, devem também estar presentes os requisitos para o oferecimento da denúncia, visto que se confundem, não podendo o juiz decretar a prisão preventiva sem intimidar o Promotor a apresentar a denúncia, no prazo legal, não se justificando a devolução dos autos à autoridade policial para a complementação das diligências.

O indiciado não é mero objeto de investigação, mas também titular de direitos subjetivos constitucionais a resguardar seus direitos fundamentais, dentre eles o de ser respeitado minimamente como ser humano o direito a uma vida digna, o que não coincide com a permissão de prisão preventiva, quando já existe a possibilidade de propositura da ação penal, e, decretando-a, deve o juiz determinar a abertura de vistas dos autos do inquérito ao Ministério Público, para aquele fim.

Nesse sentido, confira-se o entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho:

Se existem elementos para a decretação da preventiva, melhor será para a propositura da ação penal, e, decretando-a, deve o juiz determinar a

abertura de vista dos autos do inquérito ao Ministério Público, para aquele fim (1990, p.425).

As circunstâncias que autorizam a prisão preventiva e que revelam, evidentemente seus requisitos legais encontram-se previstas no art. 312, do CPP, a saber: a) garantia da ordem pública; b) conveniência da instrução criminal; e c) assecuração de eventual pena a ser imposta.

O juiz deverá analisar, em cada caso concreto, a existência de provas das circunstâncias acima indicadas.

Das circunstâncias que autorizam a prisão preventiva, a que causa maiores problemas é a “garantia de ordem pública”, que, por este motivo, ficará para ser analisada ao final.

A conveniência da instrução criminal é a circunstância que revela a necessidade de se decretar a prisão preventiva, quando o indiciado ou acusado estiver afugentando testemunhas que contrariar sua defesa, se ocorrer suborno de pessoas para não prestarem determinados ou formularem laudos periciais em determinado sentido, ameaçar a vítima, hipóteses estas que impedem o juiz de formar seu convencimento de forma adequada e equilibrada.

Esta modalidade de prisão preventiva exige para preservar a responsabilidade da prestação jurisdicional que se opera mediante o processo penal, não sendo admissível que interesses privados e contrários à ética prevaleçam sobre interesses públicos do Estado em processar e responsabilizar, se o caso, autores de fatos delituosos.

Apenas essas situações que revelam desrespeito à respeitabilidade da prestação jurisdicional é que podem fundamentar a prisão preventiva por este motivo, sendo inadmissíveis situações em que se verifica que a prisão preventiva tem por objetivo, sob o fundamento da convergência da instrução criminal, prender indiciado ou acusado que pode ser, por exemplo, homem de negócio, pode viajar, deixando o distrito da culpa, ou porque, o que é pior, por se rico, poderá deixar o país a passeio, possuindo melhores condições de se ausentar do distrito da culpa.

Esses fundamentos são odiosos, visto que além de desrespeitarem as mínimas noções de igualdade material e processual, que exigem a impossibilidade de discriminação em razão da condição econômica de quem quer seja, tanto para melhora como para piorar sua condição processual, demonstram um

total desprezo pela natureza da prisão cautelar, a qual, como já assinalamos, não é a de uma pena definitiva antecipada.

Esta situação fere a dignidade da pessoa humana, pois utiliza a prisão preventiva como meio de antecipação de pena, a qual muitas vezes na foi objeto de um segundo juízo de probabilidade concreta de sua aplicação. A necessidade de se garantir um número de dignidade humana não se coaduna com isso, devendo eventual prisão decretada, segundo esses motivos, ser imediatamente rechaçada.

Diferentemente ocorrerá, à evidência, se o indiciado ou acusado já ostentar um comportamento, que deverá ser analisado cuidadosamente no caso concreto, que revele o propósito de escapar ou de dificultar a instrução criminal por algum outro motivo.

O que é certo, todavia, é que a lei processual não concedeu uma autorização absoluta ao juiz para decretar a prisão preventiva em quaisquer situações.

A prisão preventiva também poderá ocorrer como segurança para a aplicação de lei penal. Tal circunstância, como a precedente, dependerá da análise cuidadosa do juiz, verificando a situação do caso concreto, não podendo o simples fato do indiciado ou acusado ser desempregado, por exemplo, e sem endereço fixo, pois eventualmente fere a dignidade da pessoa humana, na medida em que discrimina o desempregado ou aquele que se encontre em situação econômica desvantajosa.

Agora, se o indiciado ou acusado não for radicado no distrito da culpa, se estiver se desfazendo de seus bens, a medida cautelar poderá ser deprecada por esses motivos, desde que fundamentada adequadamente sua aplicação.

A última circunstância permissiva da decretação da prisão preventiva é a garantia da ordem pública. Da mesma forma existe agora a previsão da prisão preventiva para garantia da ordem econômica.⁹

Esta é a circunstância que mais problemas tem causado em matéria de prisão cautelar e que demonstra o grau de desvirtuamento que pode ser alcançado no sistema pelo emprego errôneo de tão importante de instituição

⁹ Introduzida no art. 312, do CPP, pela Lei n.8.884, de 11.06.1994, expressão esta que, por sua vagueza, segue a mesma sorte das críticas da expressão "ordem pública".

processual.

Ordem pública é a paz, tranqüilidade, no meio social. Assim, se o indiciado ou acusado estiver demonstrando que praticará novas infrações penais, se estiver procedendo à apologia do crime, reunindo-se em quadrilha ou bando ou organização criminosa, haverá evidente perturbação da ordem pública.¹⁰

Entretanto, como ordem pública é tipo de conceito jurídico indeterminado, compete ao juiz o papel de colmatá-lo de modo a adequá-lo aos direitos e garantias fundamentais, dentre elas a presunção de inocência, a proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana, sendo que esta última não é tão somente direito e garantia fundamental, como também princípio fundamental da república Federativa do Brasil, nos termos do art.1º, da Constituição Federal.

Uma primeira situação que sobreleva notar como ofensiva a dignidade da pessoa humana é a corriqueira decretação de prisão preventiva para evitar que o indiciado ou o acusado seja agredido ou morto por populares ou pela própria vítima ou familiares desta. Nestas situações, ao invés de prender o indiciado ou acusado, cabe ao Estado dar garantias efetivas a ele e não prendê-lo para evitar eventuais atos de vingança.

A necessidade de motivação adequada é que servirá como controle do poder estatal de decretar a prisão preventiva, evitando-se os chamados fundamentos apócrifos da prisão preventiva como sustenta Odone Sanguiné¹¹, ou das chamadas aporias teóricas, conforme a expressão de Luigi Ferrajoli¹².

Cumprido ao juiz explicitar os motivos que demonstram que a ordem pública encontra-se em perigo diante do crime, não bastando que o juiz limite-se ao dizer que ‘considerando-se que a prisão é necessária para a ordem pública (...)’ pois isso é repetir o que já se encontra na lei, o que é inadmissível.

A sumariedade da cognição não afasta a necessidade de motivação, pois não pode ser confundida com arbítrio o automatismo dos provimentos cautelares.

O chamado “clamor público” como motivo da decretação da prisão preventiva, visto que inserido na expressão “ordem pública”, pois evidentemente o clamor público pode resultar no comprometimento da ordem pública, merece

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. Cit., p. 427.

¹¹ SANGUINÉ, Odone. Inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. P. 257-295.

¹² FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão, Teoria do Garantismo Penal. RT, p. 442.

algumas considerações, visto que não poucas têm sido as oportunidades de violação aos direitos fundamentais dos indiciados e acusados.

Vicente Greco Filho ressalta que:

Para que haja clamor público exige-se uma repulsa social indicativa de violação da ordem pública e não simples manifestação popular que pode ser induzida por terceiros, significando até revolta da massa ou interesses legítimos contrariados, situações estas que devem ser devidamente distinguidas pelo juiz (Greco, 1999, p.293).

Clamor público pode ainda ser conceituado, segundo Oliveira Rocha (2000, p.260), como: “a grande indignação que crimes perpetrados em circunstâncias extraordinárias causam na sociedade, gerando considerável repercussão no meio social”.

Note-se, todavia, a indiscriminada utilização do clamor público pela jurisprudência, a denotar uma injustificável ampliação deste conceito jurídico indeterminado para alcançar situações que fogem ao âmbito das prisões cautelares.

Tal situação fere o princípio da dignidade da pessoa humana, pois tal como em outras hipóteses já tratadas, repugna que alguém, ainda que indiciado ou acusado, seja instrumento de opiniões muitas vezes distorcidas, veiculadas pela mídia ou por um determinado grupo, não representativo da sociedade, nem capaz de traduzir o real significado do que seja clamor público.

A confusão que se estabelece, neste ponto, como, aliás, em todo o âmbito das prisões cautelares, é o fato de se confundir as medidas processuais penais cautelares como instrumento eficaz de combate à criminalidade e até como antecipação da pena, quando, na realidade, as causas da criminalidade e os meios de combatê-la deitam suas raízes em fatores socioeconômicos e reclamam reformas estruturais não apenas no aparelho repressivo do Estado, mas na própria base material da sociedade, nas relações de produção e na distribuição desigual dos resultados, não sendo a preservação da imagem da justiça pretexto para a prisão preventiva.

Parte da doutrina estabelece uma conexão entre a finalidade de preservação de novos crimes para acalmar a opinião pública, sendo que o juiz, influenciado pela necessidade de satisfazer a opinião pública, é levado a encarcerar preventivamente uma pessoa que ele não hesitaria em deixar em liberdade em

outras circunstâncias.

Isto ocorre, muitas vezes, como aliás já mencionado, quando da análise da prisão em flagrante, muitas vezes em razão da repercussão do crime da imprensa. O juiz não pode misturar interesse social, ordem pública e clamor público, com estardalhaços na imprensa, pois são coisas diferentes. Podem coincidir sim, como podem não coincidir, sendo fruto de mera manipulação mercadológica ou ideológica, servindo a outros interesses que não os interesses da justiça como um todo.

É lamentável que não poucas vezes, no Brasil, indiciados ou acusados sejam vítimas de verdadeiros processos, sem o respeito as regras do devido processo legal, pela imprensa, que investiga, acusa e condena as pessoas. Não se pode duvidar do processo de imprensa no Judiciário, pois a figura do juiz imparcial não é apenas afetada pela política do governo ou através da legislação, mas especialmente pelos meios de comunicação, pela chamada massa media, denominada, por alguns, como quarto poder.

Outro ponto que parece escapar ao entendimento de boa parte do Poder Judiciário nacional é que o juiz não é instrumento de finalidades de caráter material tendentes a suprir as carências dos outros poderes estatais na busca da solução da criminalidade. Em outras palavras, o Judiciário não pode fazer eco das idéias mutáveis do Executivo e da mídia para a solução da criminalidade, pois cada vez mais se percebe que o direito penal e o processo penal são usados como instrumento de uma eficácia meramente simbólica.

O clamor público que justifica a adoção da prisão preventiva é o espontâneo e imediato, nos termos em que se tem posicionado o Superior Tribunal de Justiça.

É claro que a solução não passa pela supressão do direito à informação e pela divulgação pela imprensa, mas sim por um equilíbrio entre esses direitos e a necessidade de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão e o direito a dar e receber informação veraz, cujos contrapontos se encontram na possível violação do devido processo legal e na ofensa à intimidade, à dignidade e a honra que tem o imputado, assim como seu direito à tutela judicial efetiva.

O que não pode ser admitido é o papel autoritário do juiz no curso do processo, que assume o ego da coletividade e o desejo de vingança pública,

transformando-se o *nulla poena sine praevio iudicio* em pena antecipada no curso do processo ou a influência indevida dos meios de comunicação, em relação aos quais não existe nenhuma garantia dos direitos fundamentais.

Odone Sanguiné (1996, p. 288) sugere “a necessidade de separar o juiz que decreta a prisão preventiva daquele que julgará o mérito.

Por fim, cabe tratar de entendimento jurisprudencial, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, que admite o emprego, por analogia, do art. 323, V, do CPP, que trata de circunstância impeditiva do clamor público para a concessão da liberdade provisória mediante fiança, aplicando-a às hipóteses de decretação da prisão preventiva por ofensa à ordem pública.

Esse entendimento, todavia, não se coaduna com a moderna visão que vê necessário aplicar também no campo processual penal a vedação do emprego da analogia prejudicial do acusado, vigente no Direito Penal. Isso não significa olvidar o disposto no art. 3º, do CPP, mas interpretá-lo conforme a Constituição Federal. Isso porque o princípio da legalidade, sólida garantia democrática contra o arbítrio, exige plena aplicação tanto no campo penal como no processual penal, não se fazendo diferenciações para prejudicar o acusado, pois as normas processuais podem pôr em grande risco a liberdade das pessoas; já quando a analogia for *in bona parte*, não haverá lugar para se reconhecer o emprego da analogia.

3.3. ***Prisão Temporária***

A prisão temporária, dentre as medidas cautelares, é certamente a mais controvertida, em razão do fato de que atinge o indiciado quando ainda não iniciada a ação penal, em fase inicial das investigações, tratando-se de tema dos mais difíceis no processo penal. Ao lado da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. É a que mais tem sido objeto de indevida utilização.

Instituída pela Lei n. 7.960/89, veio para substituir a famigerada, mas tão costumeira, prisão para averiguações, que existe no Brasil e era efetuada sem o mínimo de controle legal e ao largo do devido processo legal. A Lei n. 7960/89 foi fruto da conversão da Medida Provisória n. 111, de 14.11.1989, tendo sido atacada, desde o início, em razão de sua origem, pois para alguns não seria possível criar-se nova modalidade de prisão temporária por meio de Medida Provisória. Conquanto

muitos tenham sido as controvérsias, o fato é que a questão sedimentou-se, não sendo mais objeto de discussões na doutrina e na jurisprudência, até diante do entendimento do Supremo Tribunal Federal em emprestar às Medidas Provisórias um campo bastante amplo de atuação.

3.3.1. **Requisitos**

A principal controvérsia em torno da prisão temporária relaciona-se ao art. 1º, da Lei n. 7.960/89, que trata dos requisitos da prisão:

Art. 1º. Caberá Prisão temporária:

I – Quando imprescindível para as investigações do Inquérito Policial;

II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 121, caput, e seu § 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986).

A divergência situa-se em quatro posições nítidas: a) a prisão temporária é cabível em qualquer das três hipóteses do art. 1º; b) só é cabível se ocorrerem as três situações do art. 1º; c) basta a combinação de dois dos requisitos; d) as hipóteses do art. 1º devem ser interpretadas de acordo com a prisão preventiva, prevista no art. 312, do CPP.

A primeira corrente é representada, por exemplo, por Torinho Filho, para quem (2002, p.345): “se o legislador não restringiu a prisão temporária apenas nas hipóteses do inciso II, do art. 1º, da Lei n. 7.960/89, não caberia ao intérprete fazê-lo”.

Este pensamento, pela largueza que empresta ao instituto, a qual deve ter aplicação restritiva diante da excepcionalidade da medida, não coaduna com sua natureza cautelar e, além disso, fere a razoabilidade e proporcionalidade de sua aplicação, na medida em que admitiria inclusive para delitos de menor gravidade em que não haveria sequer a aplicação de pena privativa de liberdade, quando da decisão final.

Neste sentido, é o pensamento de Antonio Scarange (1992, p.85), para quem “não se pode perder de vista o caráter cautelar da medida”.

Para a segunda corrente, só seria possível a decretação da prisão temporária se concorressem as três hipóteses previstas no art. 1º, da Lei 7.960/89. Se admitida essa concepção, teríamos a aplicação da prisão temporária reduzida à situação raríssima, visto que sempre teria que haver a acumulação da imprescindibilidade da medida para as investigações com o desconhecimento da identidade do indiciado ou seu domicílio incerto, além do requisito da limitação para os crimes previstos no inciso III.

Já a corrente que vê a necessidade de interpretar a prisão temporária juntamente com a prisão preventiva, prevista no art. 312, do CPP, representada por Rui Cascardi, também não pode ser admitida, pois as hipóteses são diversas e criaria o paradoxo de admitir-se a decretação da prisão preventiva em momento pré-processual em que ainda não haja provas efetivas para o oferecimento da denúncia, porque ausentes ainda os indícios de autoria e a prova da materialidade. A decretação da prisão preventiva obriga o oferecimento da denúncia, visto que tanto para uma quanto para outra, são necessários os indícios de autoria e a prova da materialidade.

Também não é razoável o entendimento, esposado por Patrícia dos Santos André e por Ada Pellegrini Grinover, que vêem a necessidade de incidência alternada ou cumulativa dos requisitos previstos nos incisos I e II, do art. 1º, da Lei n. 7.960/89.

Referida concepção encontra-se no meio termo entre a concepção menos garantista, que vê tão somente a necessidade de presença de um dos

incisos, e a mais garantista, que exige a cumulação das hipóteses previstas nos três incisos, mas ainda não oferece adequado posicionamento em termos de interpretação da lei. Para isso, é importante assinalar algumas idéias.

Primeiro, entendemos que o critério da imprescindibilidade para a investigação é obrigatório para todas as hipóteses, pois não seria admissível uma prisão temporária sem que a medida fosse necessária para a investigação. Portanto, é hipótese obrigatória para todos os casos, tal como a hipótese do inciso III, que trata do *fumus boni iuris*.

Segundo, a admissão da alternância entre os incisos I e II, admitindo a obrigatoriedade apenas do inciso III, traz grave insegurança na aplicação da lei, na medida em que a falta de identidade ou o domicílio incerto, por si só, não devem servir para decretar a medida, se, por exemplo, o indiciado manifestar interesse em colaborar com processo. Não é possível, pois a lei não se inclina neste sentido, ver no inciso II a imprescindibilidade cunhada de forma implícita. Se este fosse o propósito do legislador, tê-lo-ia dito de forma expressa, repetindo, por exemplo, o inciso I no inciso II.

O entendimento pela cumulação de apenas dois dos incisos (doutrina e jurisprudência majoritária) esquece que muitas prisões temporárias são decretadas se presentes as circunstâncias do inciso II do art. 1º, da Lei n. 7.960/89, sem indagar da real imprescindibilidade para as investigações. Sustenta-se, em razão disso, que o inciso I e o inciso III (*fumus boni iuris*) são sempre obrigatórios e, portanto, cumulativos, sendo que o inciso II é que poderá ou não ocorrer no caso concreto.

Este é o posicionamento que melhor se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana que se reveste também na necessidade de só aplicar-se medida cautelar penal, quando efetivamente houver necessidade, pois o que acontece atualmente é uma mistura entre prisão preventiva e prisão temporária, transformando-se esta em um prolongamento das investigações policiais.

Por fim cabe ainda mencionar os partidários do entendimento de que é preciso combinar as hipóteses de prisão temporária com as de prisão preventiva, ainda que em sentido inverso, somente para excluir a decretação. Veja-se nesse sentido o interessante posicionamento de Vicente Greco Filho:

Não tem cabimento a decretação da prisão temporária sempre que o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao

esclarecimento de sua identidade sustentando que poderia ser decretada, mas desde que imprescindível para as investigações ou necessária para a ordem pública ou a aplicação da lei penal (Greco filho, 1999, p.273).

Correto em parte, o referido entendimento, pois a imprescindibilidade da medida deve sempre que questionada, mas não se pode confundir a prisão temporária com a prisão preventiva, pois são situações diversas, consoante já analisado. Vale ainda frisar que o legislador, ao elencar no inciso III, do art. 1º, da Lei n. 7.960/91, os crimes que podem ser objeto da medida, fazendo-se através de *numerus clausus*, já definiu a gravidade dos crimes suscetíveis de prisão temporária.

Não há no inciso III, que só se refere a crimes graves e com penas, evidentemente, elevadas, uma vez aliado sempre ao inciso I, facultando-se a aplicação do inciso II, qualquer mácula dos princípios reveladores da prisão cautelar, pois o critério da imprescindibilidade para as investigações há de ser sempre o vetor a guiar o intérprete na tarefa de sopesar valores extremamente relevantes.

4. O PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

4.1. *Considerações Preliminares*

Como visto no capítulo anterior, o objetivo primordial do Estado Democrático de Direito é tornar viável e satisfatória a vida dos cidadãos, buscando sempre a consecução do bem comum. Por essa razão, dentre as inúmeras funções que possui, de especial destaque é a função jurisdicional, entendida como,

Poder-dever de realizar a justiça estatal, ou a atividade dos juízes e tribunais no exercício da função de garantir o respeito à ordem jurídica e, quando violada, resguardá-la, para, assim assegurar a paz social mediante a pacificação de conflitos e a assecuração da liberdade do ser humano, tudo em prol do bem comum (Delmanto Junior, 2004, p.111).

Assim, soa contundente, ainda e sobretudo nos dias atuais, a assertiva de Chiovenda¹³ no sentido de que o processo deve proporcionar a quem tem um direito, individual ou coletivamente considerado, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele pode e deve obter, máxima aplicável ao processo civil e também, por evidente, ao processo penal.

Pensar em efetividade do processo significa não só garantir a

¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. In, "Instituições de Direito Processual Civil", Bookseller, Campinas, 1998, vol. I, pg. 67

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

Para tanto, na visão do Professor José Carlos Barbosa Moreira, mestre da processualística contemporânea, cinco postulados devem ser considerados,

a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) deve-se assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, permitindo que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto possível, à realidade; d) o resultado do processo há de ser tal que assegure ao vitorioso o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) tal resultado deve ser alcançado como o mínimo de dispêndio de tempo e energias (São Paulo: Saraiva, 1982, p. 203).

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

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

Assim, imperiosa se faz a discussão de uma forma peculiar de garantia de efetividade da jurisdição penal, palco dos mais dramáticos conflitos sociais, no qual a indisponibilidade dos interesses e a sua intensa conflituosidade (pretensão punitiva estatal versus pretensão de liberdade), aliados ao caótico quadro de desagregação social proporcionado pelo aprimoramento da criminalidade organizada, da criminalidade estatal e da criminalidade de massas, exigem do operador do direito uma postura mais ativa e comprometida com os anseios da coletividade, sem que se desborde, por evidente, para posturas pouco afeiçoadas aos anseios democráticos e garantistas, fundamente inscritos em nosso atual diploma Constitucional.

4.2. *Requisitos e características das providências cautelares*

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

O “fumus boni iuris”, expressamente previsto no art. 801, III, do Código de Processo Civil, enseja análise judicial a partir de critérios de mera probabilidade, em cognição não exauriente, avaliando-se a plausibilidade do direito pleiteado pelo autor a partir dos elementos disponíveis no momento. Deve o juiz indagar, assim, se a pretensão veiculada, diante dos elementos apresentados pelo legitimado, o conduzirão, provavelmente, a um resultado favorável, cuja utilidade se busca preservar.

Quanto aos riscos representados pela natural demora da prestação jurisdicional dita principal (periculum in mora), de que cuida, dentre outros dispositivos, o art. 801, IV, do Código de Processo Civil, a presença de tal requisito demanda a apreciação, a partir de dados reais, dos riscos que a delonga do acertamento do direito das partes poderá acarretar à utilidade da sentença futura. Não basta o perigo genérico, tênue, exigindo-se a demonstração de que, provavelmente, a alteração do status quo, razoavelmente demonstrada, esvaziará a atuação jurisdicional, tornando-a irremediavelmente imprestável.

Não se pode perder de vista, por outro lado, que "... a cautela importa em um sacrifício para o sujeito passivo dela, visto que a disponibilidade de pessoas e coisas também importa num custo, tornando-se necessário pesar esse custo, tendo em consideração o perigo e o risco deste decorrentes. Portanto, é

importante examinar o grau de prejuízo, em proporção com o custo da própria cautela, custo esse que varia tendo em vista as diversas modalidades de cautela". Daí o necessário influxo das regras de razoabilidade e proporcionalidade sobre o juízo de concessão, ou não, das medidas requeridas. Com vistas a obstar danos desarrazoados ao patrimônio do réu, deve o magistrado, sobretudo nas providências decretadas *inaudita altera pars*, buscar o justo equilíbrio entre a preservação dos interesses do autor, concedendo a cautela, e, a um só tempo, o resguardo devido aos interesses titularizados pelo demandado, impondo contracautelas, se for o caso.

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

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

Quanto às características da atuação cautelar, ressalta a melhor doutrina pelo menos quatro fundamentais, que são a acessoriedade, no sentido de apontar a subordinação do processo cautelar ao processo dito principal; a preventividade, indicativa do escopo do processo cautelar como sendo o de evitar os danos que o tempo pode causar à sentença futura; a instrumentalidade hipotética, expressão cunhada por Calamandrei¹⁴ e que significa que a análise da qualidade do direito ou pretensão do autor, de sua probabilidade de êxito, se faz de forma meramente hipotética, em juízo não exauriente, não sendo as cautelares um fim em si; e, finalmente, a provisoriedade, no sentido de que a providência acautelatória não se vocaciona à estabilização, sobrevivendo apenas enquanto necessária à tutela do processo principal.

¹⁴ CALAMANDREI, De Piero. Tutela de Urgência. São Paulo: Verbo Jurídico, 2009, p. 250.

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

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

Romeu Pires de Campos Barros¹⁵, após analisar a doutrina de Calamandrei, Carnelutti, Podetti, Foschini e de alguns de nossos melhores processualistas, classifica as medidas cautelares penais em: a) cautelas pessoais, que são as prisões provisórias (prisão em flagrante, prisão preventiva), as medidas de segurança e interdições de direito (previstas no Título XI do Livro I do Código de Processo Penal e que se viram esvaziadas pela reforma da parte geral do Código Penal, levada a efeito em 1984), as contracautelas (liberdade provisória, com ou sem fiança) e as restrições processual (Título X); b) cautelas patrimoniais, disciplinadas nos arts. 6º (inquérito policial), 125 (seqüestro), 132 (arresto), 136 (hipoteca legal) e 240 (busca e apreensão) do Código; c) cautelas referentes aos meios de prova (depoimento ad perpetuam rei memoriam [art.225], exame de corpo de delito [arts. 158/181], perícia complementar [art. 168, § 2º] e exame do local do crime [art.169/173]).

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

Tal quadro veio a ser amenizado pelos novos diplomas legais.

Com efeito, regulamentando o art. 5º, XII, da Constituição da República, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, veio cuidar da "interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação

¹⁵ BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo Penal Cautelar. Processo Penal Cautelar. São Paulo: Forense, 1982, p. 200.

criminal e em instrução processual penal", disponibilizando o legislador uma importantíssima ferramenta cautelar de combate à criminalidade organizada.

Pouco mais de um ano depois, em boa hora, o novo Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, em seu art. 294, *caput*, passou a admitir que

Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção (art. 294, *caput*, Lei 9.503).

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

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

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

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

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

O desalentador quadro de medidas cautelares apresentado por nosso Código, não obstante todos os esforços levados a efeito pelo legislador nos

últimos anos, contribui para a inegável ineficácia do processo criminal, distanciando-o, realisticamente, dos cânones de efetividade que tão de perto vêm informando a atual legislação processual civil.

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

A prova cabal do até aqui afirmado se verifica, de forma mais grave, no campo das ações penais condenatórias, no qual o principal instrumento garantidor da eficácia da prestação jurisdicional é a prisão cautelar, em suas diversas modalidades. Medida, no entanto, dada a gravidade de efeitos que decorrem do encarceramento durante o processo, bem assim em razão dos requisitos estabelecidos pelo Código de Processo Penal para a sua decretação, nem sempre cabível por falta de razoabilidade e proporcionalidade.

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

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

Nem todos, contudo, pensam assim.

Com efeito, ao tratar do assunto especificamente no campo do processo penal, sustenta Romeu Pires de Campos Barros, indubitavelmente uma das maiores autoridades no tema, que

A possibilidade jurídica na ação cautelar consiste em se verificar 'prima facie', se a medida cautelar pleiteada é admissível no estatuto processual ou em qualquer lei dessa natureza. Existe uma tipicidade processual não

diferente da tipicidade de direito substancial. Portanto, importa verificar se o pedido do autor pode subsumir-se num dos modelos descritos nos preceitos normativos do direito vigente. Inexistindo no ordenamento jurídico a medida cautelar pleiteada, não há possibilidade jurídica para o pedido do autor (BARROS, Romeu Pires, 1982, p. 311).

Noutra passagem, que esclarece a adoção da noção de "tipicidade processual" em assemelhação à noção de "tipicidade de direito substancial", afirma o mesmo autor que

(...) o processo, sendo uma luta contra o tempo, instaura-se tendo em vista uma situação inicial e tende a alcançar uma situação final, e a fim de preservar a situação final dos eventos prejudiciais que possam obstacular a sua atuação, exige a antecipação da situação final. É o que ocorre com a prisão preventiva, que do lado estrutural, equipara-se a pena e que, por isso mesmo, somente poderá ser decretada quando ocorra uma infração punida com pena detentiva de liberdade, importando o exame de norma penal incriminadora para que essa medida seja imposta. Nisto consiste o aspecto material da norma cautelar. (BARROS, Romeu Pires, 1982, p. 313).

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

É bem de ver que a noção de "tipicidade processual", posto em seu devido lugar, se presta a assegurar a observância ao devido processo legal (tipicidade procedimental), não a obstar a efetividade do processo, coartando os poderes do Magistrado e impedindo que as partes alcancem a sua máxima efetividade. A esse respeito, ressalte-se, mais uma vez, que o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) traz ínsito o direito à adequada tutela jurisdicional, o que só se tornará possível, em alguns casos, mediante a intervenção cautelar inominada do Poder Judiciário, observadas,

evidentemente, as garantias processuais previstas na Constituição.

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

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

Ressalte-se que no atual sistema brasileiro, com a nova redação dada ao art. 273 do Código de Processo Civil, não é mais possível conferir às providências cautelares qualquer efeito de antecipação do mérito (antecipação da sanção, no processo penal), o que, se ocorrente, permitiria o deslocamento do tema para o campo do direito material e a conseqüente adoção do princípio da tipicidade cerrada. Hoje, voltam-se elas, única e exclusivamente, à garantia da relação processual, o que também se verifica no campo penal, uma vez que o exemplo de "cautelar antecipatória" geralmente apontado pela doutrina clássica, vale dizer, a aplicação provisória de medida de segurança ou interdição de direitos, não mais subsiste. Ou seja, é possível, a partir da atual sistemática, recolocar o processo cautelar nos seus "trilhos" exclusivamente processuais, desvestindo-o de qualquer feição substancial, do papel de antecipação da pretensão principal, afigurando-se mesmo absurda a alusão à antecipação da sanção penal diante do que dispõe o art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

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

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

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

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

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

Ainda a título exemplificativo, pode-se imaginar a publicação, via internet, de cenas de sexo explícito ou pornográficas envolvendo crianças e/ou adolescentes (art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Interessará ao resguardo da ordem pública não só a prisão preventiva dos responsáveis por tão

repugnante crime, se for o caso, como também a própria suspensão das atividades levadas a cabo pelo site, interrompendo, desta forma, a divulgação das chocantes figuras e fotografias a uma rede de informações de dimensão global.

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

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

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

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

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

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

Após afastar preliminares de cerceamento de defesa e incompetência desta Corte para aplicar o art. 29 da Loman (LC nº 35/79), 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).

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

Não se há de identificar no ato do Magistrado, a quem cabe o poder geral de cautela, procedimento que viole direito líquido e certo.

Recurso desprovido.

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

Se o paciente continua solto, não faz sentido sua prisão só porque ele cuidava de regularizar proibição de seu ingresso em determinado País estrangeiro. Assim, sua prisão padece de justa causa. Retenção, todavia, do passaporte e manutenção da proibição de viajar para o exterior (Mandado de Segurança. Busca e Apreensão. Medida deferida para apurar a materialidade de eventual crime contra a propriedade industrial).

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

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

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

4.5. Do interesse de agir

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

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

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

Neste particular, não se deve descurar de que o sistema adotado por nosso legislador é o da prevalência da jurisdição criminal sobre a cível, o que se vê confirmado pelos arts. 1525 do Código Civil e 65 e 66 do Código de Processo Penal, devendo ainda ser lembrado que: a) a condenação criminal torna certa a obrigação de reparar o dano (art. 91 do Código Penal), ostentando a sentença criminal a qualidade de título executivo judicial (art. 584, II, do Código de Processo Civil), o que permite que a vítima, seus representantes legais ou sucessores promovam a ação de execução com vistas à efetiva reparação do dano, sendo desnecessário, quanto a este aspecto, o processo de conhecimento; b) a sentença absolutória criminal fundada no art. 386, I (estar provada a inexistência do fato) e V (existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena) do Código de Processo Penal vincula o Juízo cível e também a esfera administrativa; c) tal

somente não ocorrerá quando a absolvição criminal vier fundada no incisos II (falta de prova da existência do fato), III (não constituir o fato infração penal), IV (inexistência de prova de ter o réu concorrido para o ilícito) e VI (inexistência de prova suficiente para a condenação) do mesmo diploma legal.

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

Em reforço ao que aqui se sustenta, ressalte-se que, ao teor do art. 110 do Código de Processo Civil, "Se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal", entendendo Tourinho que a suspensão do processo cível não é uma mera faculdade.

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

4.6. Limites ao poder geral de cautela

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

Juiz todas as suas decisões.

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

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

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

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

É importante ressaltar que a inadequação da cautelar atípica, nestes exemplos, resultará da impossibilidade de afastamento dos requisitos de cautelares

típicas já estabelecidos, restritivamente, pelo legislador. Realmente, a disciplina legal de tais medidas - que representam inegável limitação a direitos individuais constitucionalmente tutelados - seria reduzida a nada se se pudesse, ausentes os requisitos legais, chegar ao mesmo resultado, vedado por lei, por intermédio do poder geral de cautela. Seria possível afirmar, assim, que o poder cautelar genérico do magistrado atuará apenas naqueles campos não disciplinados, em específico, pelo legislador, não sendo possível a substituição de medidas cautelares típicas pelas inominadas.

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

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

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

apropriado formulado pelo titular do direito de ação.

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

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

(...) a concessão da cautela, para que não seja abusiva, deve guardar relação lógica e de proximidade com a satisfação do direito pleiteado em caráter principal, não se devendo descurar de que, muito embora o processo cautelar persiga escopos puramente processuais, não se confundindo com o instituto da antecipação dos efeitos da tutela – vedada no processo penal –, o fato é que a decretação de medidas cautelares pelo magistrado importa, realisticamente, na privação do exercício de direitos, o que justifica, inclusive, o "abatimento" do período de prisão cautelar da pena definitivamente imposta ao réu. (GRECO FILHO, Vicente, 1991, p.115)

Tal limitação pode ser inferida da própria legislação processual, bastando mencionar que o Código de Processo Penal não admite, por exemplo, a decretação de prisão preventiva nas contravenções (art. 313 do Código de Processo Penal interpretado a contrario sensu), vedando-se, de igual forma, a constrição cautelar da liberdade quando houver a probabilidade de o agente ter atuado sob o amparo de uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade (art. 314).

É imperioso perceber, contudo, que a aludida correlação é de mera proximidade. Assim, um exemplo bem interessante era o da violência doméstica praticado contra a mulher, antes da criação da Lei 11.340/06, visto que nada impedia que no Juizado Especial Criminal determinasse o afastamento do lar do marido que reiteradamente agredisse a sua esposa, não obstante a provável substituição da futura pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos. Neste caso, bastava a previsão abstrata da sanção penal restritiva de liberdade para que se pudesse decretar o afastamento. Todavia, após a criação da "Lei Maria da Penha" essa medida (o afastamento do lar do marido) passou a ser uma cautelar

típica.

4.7. Alguns aspectos pragmáticos

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

Uma vez decretada judicialmente a medida, não nos parece possível a devolução do inquérito à autoridade policial para a continuidade das investigações, tendo em conta que o "fumus boni iuris" que leva à decretação da cautela também permite, desde logo, o oferecimento de denúncia, que requer, como é cediço, apenas a presença de indícios da existência do crime e de sua autoria (justa causa). Não oferecida a denúncia no prazo legal, cabe ao Magistrado revogá-la. Negando-se a fazê-lo, caberá ao interessado a impetração de habeas corpus ou de mandado de segurança, a depender da hipótese.

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

Se decretada como forma de garantir a instrução criminal, uma vez

colhidos os elementos que deram ensejo à medida, deve o juiz revogá-la (art. 316 do Código de Processo Penal). A mesma providência deve ser tomada se, durante o processo, desaparecem o “fumus boni iuris” e o “periculum in mora”, pressupostos não só de decretação como também de manutenção de toda e qualquer medida cautelar. Quando se tratar do resguardo da ordem pública, na prática, dificilmente tal motivo desaparecerá no curso do processo, o que, no entanto, não se deve aprioristicamente excluir.

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

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

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

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

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

CONCLUSÃO

Não obstante a pena de prisão ainda continue sendo prevista como sanção na grande maioria dos tipos penais, sua aplicação vem sendo prevista como sanção na grande maioria dos tipos penais, sua aplicação tem sido já de há muito evitada pelo legislador brasileiro, em prol da aplicação de penas não privativas de liberdade. Exemplos disso são os institutos do sursis e das chamadas “penas alternativas”, estas últimas voltadas a substituir condenações a penas de até quatro anos, desde que observadas os requisitos legais, conforme alteração feita ao Código Penal pela Lei 9.714/98.

No entanto, o sistema de prisão e liberdade provisória do Código de Processo Penal não acompanhou a evolução do Direito Penal, sendo o encarceramento prévio do acusado ainda medida bastante empregada no Brasil, muitas vezes em flagrante ofensa à garantia da presunção de inocência.

O instituto da liberdade provisória, sobretudo após o advento da Lei n. 6.416/77, encontra-se hoje limitado a um só vínculo, qual seja, o de o acusado comparecer a todos os atos do processo. Já a fiança; que impunha vínculos a mais ao acusado que dela se beneficiasse, encontra-se praticamente em desuso, em face do advento da referida lei que introduziu o parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal brasileiro.

A legislação brasileira não prevê outros vínculos que pudessem ser aplicados pelo juiz ao acusado que obtém a liberdade provisória, o que torna o instituto pouco confiável e de utilização ainda limitada. Ao contrário do que alguns defendem, não se pode admitir, em face do princípio da legalidade que vigora no Direito Penal e no Direito Processual Penal, a aplicação pelo juiz do chamado “poder geral de cautela”, sendo-lhes vedado aplicar medidas cautelares que não estejam previstas em lei. Neste ponto, a aplicação da retenção do passaporte ou mesmo a proibição de viajar do país apresenta-se como medida ilegal.

Surge, aqui, a necessidade de se inserir no sistema outras medidas substitutivas da prisão provisória, a fim de se admitir ao juiz aplicar uma ou mais medidas cautelares aptas a substituir a prisão provisória já efetivada (prisão em flagrante) ou decretada (prisão preventiva, por exemplo).

O que se conclui, nesse ponto, é pela necessidade urgente de reforma do Código de Processo Penal a fim de se instituir, para os crimes em geral –

e não apenas para determinados crimes previstos em lei especiais recentemente aprovados (Código de Trânsito Brasileiro, Lei Antidrogas e Lei “Maria da Penha”) – medidas substitutivas ou mesmo alternativas à prisão cautelar, a fim de se diminuir drasticamente o emprego do cárcere provisório no Brasil.

Por fim, foi possível concluir, ainda, pela necessidade de instituírem medidas cautelares autônomas à prisão, isto é, medidas que não buscam substituir, nem evitar a prisão. Explica-se: há situações em que, pelo montante ou qualidade da pena ou mesmo pelo crime perseguido, a prisão preventiva não se mostra cabível, nem mesmo em tese. É o caso, por exemplo, do crime culposo ou mesmo do crime apenado com detenção fora das hipóteses do art. 313 do Código de Processo Penal. Nesses casos, mesmo que haja necessidade de o juiz acautelar o processo por algum motivo, ele não pode decretar a prisão nem mesmo aplicar outra medida cautelar, por falta de previsão legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. **Processo criminal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Typografia Baptista de Souza, 1920, v.1.

ANDRÉ, Patrícia dos Santos. **Prisão Temporária: medida cautelar para crimes leves?** *Revistas dos Tribunais*. São Paulo, ano 82, v. 691, 1993.

ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Método, 2007.

BARROS, José Manuel de Araújo. **Critérios da prisão preventiva**. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 10, n.3, Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BATISTA, Weber Martins. **Liberdade Provisória**. Forense, 2001.

CARRARA. *Opusculi*. V4, p.299, apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º volume, 12ª ed. São Paulo, Saraiva, 1990.

CHIOVENDA, Giuseppe. In, **Instituições de Direito Processual Civil**, Bookseller, Campinas, 1998.

DALIA, Andrade Antônio, **Manuale di diritto processuale penale**. Padova: Cedam, 2001.

DARWIN, Charles. **A Origem das Espécies**. ed. São Paulo: Itatiaia, 2002.

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Medidas Alternativas e Substitutivas à Prisão Cautelar**. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentabilidade do processo**. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1987.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. **Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002.

GEMAQUE, Sílvio César Arouck, **Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar**. São Paulo: RCS, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo pena**. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2001.

LEONE, Giovanni. **Estudo de direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. Ed. Revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000, v. IV.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. São Paulo: Leud, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V.3º. São Paulo: Saraiva, 1990.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000.