

Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz.

José Nilton Costa de Souza¹

RESUMO

O presente artigo busca a afirmação de que o Poder Geral de Cautela e a aplicação de medida cautelar inominada no processo penal é uma imposição constitucional, como forma de preservação da eficiência da tutela jurídica no estado democrático de direito. O método utilizado é o dialético, pois a partir de conceitos e definições de diversos doutrinadores e a efetiva leitura do Direito Constitucional busca-se reflexão crítica, sopesando-se prós e contras quanto à outorga dessa ferramenta ao juiz para a solução dos conflitos trazidos à colação. Princípios constitucionais de relevo permitem o resultado ao final alcançado.

Palavra-chave: Constituição. Princípios. Tutela. Jurídica. Processo. Penal. Poder. Geral. Cautela. Inominada.

ABSTRACT

This article aims to affirm that General Power of Caution and the application of innominate injunction in criminal procedures it's a constitutional imposition, as a system to preserve the efficiency of legal protection in the democratic state of law.

¹ Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público.

Based on concepts and definitions from several scholars and on the effective reading of Constitutional Law, the writer has chosen the dialectic method as the most adequate for the piece, since it seeks the critical reflection and it assesses the pros and cons regarding the granting of this instrument to the judge as a path toward solving conflicts that need to be addressed. Relevant constitutional principles allow the writer to reach such final results/conclusions.

Keywords: Constitution. Principles. Custody. Legal. Litigation. Criminal. Power. General. Caution. Innominate.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente muito se discute acerca dos ideários do Código de Processo Penal pátrio vigente, nascido em época em que a democracia não era sentida no Brasil, pois publicado para vigor a partir e sob a égide da Ditadura Vargas, no ano de 1941, portanto, dois anos após a edição do Código de Processo Civil brasileiro (1939), remoçado com o Código Alfredo Busaid, em 1973. O Código Busaid, sobre o tema ora debatido, traz novidades quanto aos poderes do julgador para a efetivação do direito material.

Sobre o Código de Processo Penal, pode-se afirmar que sofreu alterações de relevo pós 1988, através de leis esparsas, sendo pertinente referência às recentes Lei 11.689/2008, que deu nova redação aos artigos do Código de Processo Penal que tratam do rito dos crimes dolosos contra a vida e conexos; Lei 11.690/2008, com nova redação dada aos artigos acerca da prova, permitindo ao juiz determinação de medidas cautelares, seja para preservar a prova (caso do artigo 156, inciso I), seja para preservar direito do ofendido (caso do artigo 209, parágrafos quinto e sexto) e testemunhas (caso do artigo 217) e a Lei 11.719/2008, a tratar de procedimentos gerais e do procedimento nos crimes submetidos aos ritos comum, ordinário e sumário, como modo de adequação ao postulado constitucional.

Também em sede de direito adjetivo penal, de relevo a Lei 11.340/2006, alcunhada de Lei Maria da Penha, que a par de disciplinar proteção específica às

mulheres, traz a possibilidade de adoção de medidas cautelares, inclusive inominadas, com o objetivo de tutelar a efetividade do procedimento (artigos 12, III, 18, I, 19, 20, 22, 23 e 24).

Mais recente, ainda, surge a Lei 12.403, de 05 de maio de 2011, com termo inicial de vigência em 04 de julho de 2011, altera a redação do Título X do Código de Processo Penal, com o objetivo de disciplinar as medidas cautelares de natureza pessoal.

Ainda, no ano de 2009 surge o protocolo de projeto para edição de nova ordem processual penal, tal como a igualmente debatida no Código de Processo Civil, notadamente o Projeto de Lei do Senado 156, em tramitação no Congresso Nacional.

Adverte o professor Eugênio Pacelli de Oliveira:

A ciência do processo penal brasileiro inicia o século XXI com pelo menos uma grande tensão de certeza: a de que não é mais possível empreender qualquer pesquisa dogmática apartada do referencial constitucional (OLIVEIRA, 2004, p. 1).

Efetivamente, as alterações advindas com as leis susomencionadas e as alterações que pretende implementar o Projeto 156² colimam adequação constitucional por completo, de modo a garantir eficácia aos postulados humanitários a que se propôs o direito constitucional brasileiro, daí a necessidade de realizar uma leitura dos institutos processuais penais com a visão voltada aos princípios inspirados na Constituição Brasileira promulgada em 05 de outubro de 1988, vocacionada à tutela dos direitos fundamentais.

Resta clara a necessidade de reflexão quanto ao rumo do processo penal pós Constituição. Nesse ambiente é que se entende viável a provocação no sentido de avaliar as medidas cautelares, merecedoras de interpretação conforme o texto constitucional e legal, o que trouxe à pauta o temário *sub examen*, notadamente: Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz.

Esse o enfoque pretendido fomentar neste estudo.

² Este merecedor de análise criteriosa como adiante se adverte neste estudo.

2 CONSTITUIÇÃO E PROCESSO PENAL

Se há algum ponto de convergência na doutrina abalizada, tanto nacional como estrangeira, é que o significado normativo há que ser buscado na precisa leitura constitucional. Nesse sentido, tanto o legislador como o julgador, enquanto operadores do direito, devem voltar os olhos aos princípios e regras constitucionais na elaboração e aplicação das normas.

Ponto alto da indagação que se propõe é a constatação de que a função precípua dos direitos fundamentais esculpida na Constituição do Brasil não se limita à condição de direitos subjetivos de defesa do indivíduo pelo Estado, senão igualmente tutelador de agressões oriundas de particulares, aliás, como prefere Johanés Dietlein³. Nos dizeres de Sarlet (2008, p. 217), o Estado passa a função de amigo e guardião dos direitos fundamentais.

Moraes (2005, p. 27-28) revela que os direitos humanos fundamentais, aqui consagrados os direitos e garantias individuais e coletivos esculpida no artigo 5º da Constituição Federal brasileira, não devem servir para o que chama de “um verdadeiro escudo protetivo de atividades e práticas ilícitas”, bem como não deve servir de argumento à impunidade ante a prática de ilícitos civis e penais, o que resultaria em verdadeiro desrespeito ao Estado de Direito. Refere o autor que os direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que obedecem aos limites impostos por outros direitos igualmente tutelados pela mesma Carta, clamando o princípio da relatividade ou conveniência das liberdades públicas.

Aduz Moraes (2005, p. 27-28) que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo, desconhecem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito.

Aliás, é a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948, *on line*) que expressamente, no artigo 29, afirma que toda pessoa tem deveres com a sociedade, cujo escopo é afirmar os direitos e garantias de todos. *In verbis*:

³DIETLEIN, Johanés, *Die Lehre Von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin:Dunker & Hublot, 1992, *apud* SARLET (2008, p. 217).

Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdade dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposições com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo de pessoa, para empreender e desenvolver atividade ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração.

Na expectativa de defesa dos direitos fundamentais, incumbe ao Estado a obrigação de adotar meios que permitam, com eficácia, proteção a tais direitos. E os direitos fundamentais tutelados pela Constituição são o direito à vida, à integridade física (saúde), à liberdade, à segurança, à propriedade, tal como averiguado no artigo 5º, *caput*.

De sorte que o processo penal, em geral, e o processo penal cautelar, para o estudo em especial, como instrumentos de efetividade do direito material, desafiam interpretação não só como direito subjetivo de defesa do indivíduo, mas igualmente como mecanismo necessário a alcançar a tutela efetiva do direito material, na defesa dos postulados constitucionais precitados, notadamente a vida, a saúde, a liberdade, a segurança, a propriedade.

A partir desse postulado de princípios e regras acolhidos pela Constituição brasileira, é possível compreender a extensão e adequação das medidas cautelares e, igualmente, do Poder Geral de Cautela concedido ao juiz para a efetivação de direitos fundamentais.

3 AÇÃO CAUTELAR PENAL OU MEDIDAS CAUTELARES

Lopes Junior (2010, p. 57) não aceita a existência de ação cautelar penal autônoma, aduzindo tratar-se de medidas cautelares, já que no processo penal inexistente um processo cautelar. Refere que o processo penal pode ser de conhecimento ou de execução, sendo que as medidas cautelares seriam tomadas no curso da investigação preliminar, no processo de conhecimento ou até mesmo no processo de execução.

Para Campos Barros (1982, p. 13-27), baseado em vasta doutrina que declina, é viável falar-se em ação cautelar autônoma no processo penal. Aduz constituir a ação cautelar penal um terceiro gênero, ao lado do processo de conhecimento e de execução.

Faz pensar a afirmação de Lopes Junior (2010, P. 57), no sentido da inexistência de ação cautelar autônoma, porque as medidas cautelares não são concedidas pelo juiz na investigação preliminar, mas sim fora dela, em auto específico (da ação cautelar), já que a investigação preliminar serve basicamente como fundamento ao oferecimento da representação ao juiz, pela autoridade investigante, para a concessão da medida cautelar.

Ao afastar a utilização da divisão quinária das ações, trazida por Pontes de Miranda⁴ - que divide as ações em condenatória, declaratória, executiva, mandamental, cautelar, e por consequência os provimentos judiciais - e reconhecer a existência somente do processo de conhecimento e do processo de execução, em sede de processo penal, Lopes Junior deixa de explicar a ação cautelar autônoma como reconhecida pela Lei Maria da Penha⁵, o hábeas-cópus⁶ e o mandado de segurança⁷. Forçoso reconhecer, todos procedimentos que são verdadeiras ações autônomas e, ainda quando mandamentais, com conteúdo de cautelares.

As medidas cautelares, embora o Código de Processo Penal e a legislação complementar não guardem uma forma ordenada nessa matéria, não obstante o reconhecimento de diversas medidas cautelares neles previstas podem ser agrupadas em cautelas de natureza pessoal, de natureza patrimonial e as cautelas referentes aos meios de provas.

Entre as cautelas de natureza pessoal, se tem as prisões provisórias (temporária, preventiva ou prisão em flagrante), as medidas de segurança e

⁴Pontes de Miranda, *apud*, SÁ, Fernando. As diversas eficácias e seu convívio no conteúdo da sentença: a tese de Pontes de Miranda, **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 18, p. 97, 2000.

⁵Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

[...]

III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

⁶Nos moldes do artigo 648, incisos V e VI, do Código de Processo Penal, hoje tão usado inclusive para atacar decisão judicial sujeita a recurso sem efeito devolutivo, quando inclusive tem sido objeto de concessões liminares no sentido de suspender a eficácia da decisão, por vezes com trânsito em julgado, tratando-se mais que cautelar de uma verdadeira antecipação de tutela.

⁷ Disciplinado pela Lei 12.016/2009.

interdição de direitos, as contracautelas e as restrições processuais (liberdade provisória).

Já entre as cautelas de natureza patrimonial tem-se a apreensão de coisas realizada de início pela autoridade policial, a busca e apreensão, o arresto, o sequestro, a hipoteca legal.

Nas cautelas referentes aos meios de provas, o depoimento *ad perpetuam rei memoriam*, o exame de corpo de delito, a perícia complementar, o exame de local de crime.

No direito brasileiro tínhamos medidas cautelares de natureza pessoal disciplinadas em legislação esparsa, e com a Lei 12.403/2011 foram ampliadas e incorporadas ao Código de Processo Penal⁸.

Tramita, ainda, no Congresso Nacional brasileiro o Projeto de Lei do Senado 156, que pretende o aumento do rol de medidas cautelares pessoais, repetindo algumas incorporadas pela Lei 12.403, reafirmando a figura do recolhimento domiciliar, monitoramento eletrônico, suspensão de direitos, afastamento do lar,

⁸ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar suas atividades;

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

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

IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência ou trabalho fixos;

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

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

VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem jurídica;

IX – monitoração eletrônica.

Art. 320 – A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

comparecimento periódico em juízo, proibição de aproximação ou manter contato com determinadas pessoas⁹.

Uma vez situado o processo cautelar penal no direito brasileiro, resta saber se o direito adjetivo conforta a existência de medidas cautelares atípicas ou inominadas, assim como se defere ao juiz, para a realização do direito material, o denominado Poder Geral de Cautela.

4 PODER GERAL DE CAUTELA

O questionamento que se posta em discussão é se há espaço no Estado democrático de direito, notadamente no modelo estatal atual, para as cautelares atípicas ou inominadas, e se o juiz tem o Poder Geral de Cautela em sede de direito processual penal.

Na doutrina contemporânea colhe-se posturas refratárias, que tendem à negativa de reconhecimento deste Poder Geral de Cautela ao juiz, no processo penal, assim como se pode encontrar abalizadas autoridades que reconhecem dito poder ao magistrado como forma de realizar o direito material, já que em sede de direito processual civil a autorização é expressa, consoante inteligência dos artigos 798 e seguintes da lei adjetiva pátria.

Crítico contumaz do reconhecimento do instituto, Lopes Junior (2010, p. 57-60) é peremptório ao afirmar que o direito processual penal brasileiro não reconhece legítimo um Poder Geral de Cautela, entendendo que a concessão de medidas

⁹ Art. 521. São medidas cautelares pessoais:

I – prisão provisória;

II – fiança;

III – recolhimento domiciliar;

IV – monitoramento eletrônico;

V – suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica;

VI – suspensão das atividades de pessoa jurídica;

VII – proibição de frequentar determinados lugares;

VIII – suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave;

IX – afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima;

X – proibição de ausentar-se da comarca ou do País;

XI – comparecimento periódico em juízo;

XII – proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada;

XIII – suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte;

XIV – suspensão do poder familiar;

cautelares atípicas ofende ao princípio da legalidade, referindo o festejado autor, ao criticar a regra de extensão utilizada na jurisprudência brasileira a partir de uma leitura do artigo 3º, do atual Código de Processo Penal, em combinação com o artigo 798 do Código de Processo Civil, que a “fenomenologia do processo penal cobra respeito a sua diferença, impedindo a inadequada importação das categorias do processo civil”.

Entende o autor gizado que no processo penal não existem medidas cautelares inominadas, assim como o juiz criminal não está autorizado pelo Poder Geral de Cautela, sendo sua tese sustentada em uma visão de que no processo penal forma é sinônimo de garantia, daí inadmitir uso de analogia e importação de figuras do processo civil.

Em sede de direito positivo, o atual Código de Processo Penal não traz proibição ao Poder Geral de Cautela em sede criminal, ao contrário, permite a partir de interpretação analógica, previsão expressa no art. 3º: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito” (BRASIL, 2007, p. 631).

Ainda em direito normativo, contrário à aplicação de cautelar inominada, o Projeto 156 avança no sentido de acrescentar medidas típicas para acautelar direito, e ao mesmo tempo retrocede ao vedar cautelares inominadas, quando aduz que as medidas cautelares dependem de expressa previsão legal:

Art. 514. As medidas cautelares dependem de expressa previsão legal e somente serão admitidas como meio absolutamente indispensável para assegurar os fins de persecução criminal e de reparação civil, ficando a respectiva duração condicionada à subsistência dos motivos que justificaram a sua aplicação (BRASIL, Projeto de Lei do Senado 156, 2009),

Ora, a doutrina crítica ao reconhecimento do Poder Geral de Cautela e o que pretende o Projeto 156 andam na contramão do Direito Constitucional e das regras internacionais tuteladoras dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

O autor referido acima e o projeto partem de premissa equivocada, qual seja a de que garantia fundamental é sinônimo de direito subjetivo do sujeito passivo da relação processual penal (réu) e não dos indivíduos de modo amplo.

É como se a Constituição Federal, ao tutelar direitos fundamentais (saúde, liberdade, vida, propriedade, segurança), no processo penal, o fizesse somente em

relação ao sujeito passivo da relação processual e não aos indivíduos como um todo.

Outro equívoco é o (pré) conceito de que o uso do Poder Geral de Cautela serviria tão-só para prejudicar o réu, olvidando que o fato social precede à norma, exatamente pela dificuldade de o legislador abarcar todas hipóteses, e por vezes haverá necessidade de tal instituto para tutelar também direito individual do próprio réu, seja liberdade, vida, saúde, propriedade ou até mesmo o exercício pleno de sua defesa.

É cediço, as leis do processo prevêm, de modo amplo, os procedimentos necessários à realização do direito material (direito objetivo). Entretanto, não raras vezes ocorrem situações de perigo e ameaças à atividade jurisdicional pretendida, submetendo-se ao risco de torná-la infrutífera ou insuficiente, emergindo a necessidade de proteção acautelatória para o assegurar da eficácia da tutela pretendida.

Em que pese a previsão de medidas cautelares nominadas, variadas a partir do rol trazido pelo Projeto 156 do Congresso brasileiro e pela Lei 12.403/2011, elas não contemplam todas as hipóteses oriundas da variedade infinita de situações que a vida social apresenta. Vale dizer, por mais pródigo que seja o legislador na tipificação de situações em que seja autorizado ao juiz acautelar direitos ameaçados, sempre haverá insuficiência da medida ante as situações singulares que o cotidiano reserva.

Aliás, a ampliação do rol das medidas cautelares nominadas no Projeto 156 e na nova redação dada ao Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011 tem origem nas situações concretas vividas na prática forense, onde a jurisprudência sedimentou aplicação na qualidade de medidas cautelares inominadas. Por certo, muitas medidas ainda serão aplicadas sem correspondência no novel rol, em nome de uma tutela eficaz, pois o Estado-juiz tem o dever de garantir a idoneidade da atividade jurisdicional, mormente quando se afiguram crescentes os conflitos sociais e a peculiar necessidade de segurança.

O próprio legislador acaba por confessar a sua impotência em prevenir todas as circunstâncias de fato quando aprova legislação, notadamente a Lei 12.403/2011, cujo projeto data do ano de 2001 (PL 4.208/2001 que dá origem a lei gizada), onde apresenta uma gama de medidas cautelares de natureza pessoal, e já delibera novo projeto, no caso o PL 156, onde inscreve novas medidas cautelares não

contempladas pela novel norma, como é o caso da suspensão da atividade de pessoa jurídica, da suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave, do afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima (aqui sem referir a violência doméstica), da suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte e a suspensão do poder familiar.

Marins (1996, p. 216-218) refere que no direito comparado o Poder Geral de Cautela é conferido ao juiz em modernas legislações processuais. Cita o direito processual civil francês, que não dispõe de tutela cautelar específica, mas tem formas de proteção a situações emergenciais. O provimento geral é previsto sob o título *Lês ordonnances de référé* (arts. 808–811). Também sob a epígrafe *Lês ordenances sur requetê* (arts. 812–813), medida que permite a disciplina urgente nos casos especificados na lei, podendo o Presidente do Tribunal ordenar medidas liminares sem audiência da parte contrária.

Nos artigos 808 e 809, o diploma processual civil francês estabelece que, em todos os casos urgentes, o Presidente do Tribunal de grande instância pode ordenar as medidas compatíveis, seja no sentido de conservação, seja para o restabelecimento de situação, ou para prevenir dano iminente, ou para fazer cessar perturbação manifestamente ilícita.

O autor cita, ainda, o direito norte-americano para apontar o *Contempt of Court* como instituto através do qual é exercido o Poder Geral de Cautela pelo juiz. Essa expressão se afigura como ato de desacato, desobediência ou menosprezo à Justiça e tem lugar quando conduta ofensiva de qualquer pessoa (partes, advogados, testemunhas), ao Tribunal, durante a tramitação de um processo, mas singularmente em face de desobediência a uma ordem judicial em virtude da qual se frustra ou prejudica o direito de algum litigante. De relevo a afirmação do autor no sentido de que a providência genérica é aplicável às situações de urgência em geral, não só na disciplina do processo civil como também no âmbito penal (MARINS, 1996, p. 217).

Ganha corpo a citação no direito comparado quando se pode afirmar, e isto a ninguém é dado o direito de duvidar, se está a falar de países tidos como berço da democracia e de tradição jurídica.

A jurisprudência pátria de há muito vem aceitando a aplicação de medidas cautelares inominadas com escopo no Poder Geral de Cautela do juiz também na

seara do direito processual penal. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já admitiu a medida cautelar inominada de retenção do passaporte quando, à luz do princípio da proporcionalidade, esta puder substituir a prisão provisória¹⁰. Decisões do mesmo porte são encontradas também no Superior Tribunal de Justiça¹¹.

De tal sorte, para melhor compreensão desse fenômeno (Poder Geral de Cautela) é mister trabalhar alguns princípios que orientam o direito processual penal, com ênfase as medidas cautelares, e que em última análise são a sua razão de ser. Não há como compreender as medidas cautelares, nominadas (ou típicas) ou inominadas (ou atípicas), sem entender a finalidade do processo penal e seus princípios reitores nesse aspecto.

Para tanto se tem de entender o processo (penal) como instrumento de realização do direito (penal).

Nos dizeres de Oliveira (2009, p. 703), as formas processuais e procedimentais existem no objetivo de benefício aos litigantes e magistrado, esperando-se deste a construção final acerca da matéria penal deduzida em juízo. Leciona, ainda, que na teoria do processo, processo é meio, e não fim.

Em que pese advertir, em se tratando de processo penal, estar ele na Constituição como garantia de direito fundamental, configurando verdadeiro direito material, não afasta - ao contrário, afirma - que o ato processual é merecedor de preservação e não a forma.

A partir desse sistema de garantias acolhidas pela Constituição Federal do Brasil de 1988, o temário que ocupa os juristas é qual o sistema processual adotado, se acusatório, inquisitório ou misto, assim como, em sendo o modelo escolhido o acusatório, se afastaria ele viabilidade de convivência com o Poder Geral de Cautela do juiz.

4.1 Poder Geral de Cautela e o Sistema Acusatório

¹⁰HC 86758. HC 93134. HC 94147. Nesses o STF tornou sem efeito a ordem de prisão preventiva, a partir, contudo, da data em que depositassem os respectivos passaportes no juízo do processo a que respondiam, tudo com base no Poder Geral de Cautela e na ponderação de interesses.

¹¹HC 113.563 - RS - 27 de novembro de 2008 (Data do Julgamento).

Para responder ao questionamento acerca da viabilidade do exercício do Poder Geral de Cautela no processo penal brasileiro, o primeiro questionamento é, no atual momento, qual o sistema adotado pelo Brasil em sede de processo penal.

A discussão ganha corpo a partir da promulgação da Constituição Federal promulgada em 1988, onde passa a se instalar no Brasil uma corrente significativa, da qual grande parcela dos idealizadores dos integrantes da comissão que deu origem ao Projeto de Lei do Senado 156 professa, referindo que o modelo pátrio escolhido pelo constituinte foi o acusatório.

Não se tem, aqui, a pretensão de aprofundar neste momento o estudo sobre os sistemas processuais; contudo, alguns aspectos faz necessário ser enfrentado. Principalmente há que se definir se o Brasil adotou mesmo o modelo acusatório e se há incompatibilidade deste modelo com a medida cautelar atípica com supedâneo no Poder Geral de Cautela.

Na exposição de motivos do então anteprojeto de Código de Processo Penal que deu gênese ao Projeto 156, idealizado por comissão de juristas, tendo, como relator, o professor Eugênio Pacelli de Oliveira, e sob a coordenação do Ministro Hamilton Carvalhido, há expressa manifestação da adoção do sistema acusatório, asseverando os mentores do projeto que esta a tendência a partir de suas leituras dos princípios escolhidos pela Constituição Federal, o que, segundo ditos notáveis, afasta a viabilidade de um Poder Geral de Cautela ao juiz, e veda medidas cautelares atípicas.

Nesse aspecto, referem:

[...]

III) A segunda deixa claro que o processo cautelar deve ser compreendido na estrutura básica do modelo acusatório [...].

[...] Consciente da ampliação do espectro das medidas cautelares, estabeleceu-se a vinculação ao princípio da legalidade, vedando as conhecidas cautelares inominadas [...]

A afirmação, porém, não obstante o porte dos autores, tem espaço para crítica, quando a Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988 em nenhum momento expressa que sistema ou modelo pretende seja implantado no Brasil, se acusatório, inquisitório ou misto. Não se pode desconhecer que inúmeros dos princípios destacados pelos juristas que pretendem dar essa visão ao processo penal brasileiro tinham correspondência à anterior ordem constitucional brasileira.

Andrade (2009, p. 449-) questiona tal assertiva, aduzindo que a Constituição atual, em momento algum apontou o sistema de processo penal adotado no país, e muito menos o modo como o julgador deveria se portar na fase probatória. Revela gizado autor que o constituinte apenas quis fornecer um sistema de garantias. Conclui que a maior argumentação da doutrina que enxerga o modelo acusatório como sendo o adotado estaria na idéia da titularidade da ação penal ao Ministério Público, a partir de leitura do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, e que então a norma constitucional teria tratado de excluir a titularidade da ação a qualquer outra autoridade pública, *in casu*, o juiz, o que encerraria, historicamente, o modelo acusatório.

Outro argumento de relevo seria o de que a adoção do regime democrático conduziria, obrigatoriamente, à adoção do sistema acusatório, seja em razão *do* sistema político fundado na constituição¹², seja em vista de que esse regime necessariamente estabelece um rol de garantias aos acusados¹³.

Todavia, adverte Andrade (2009, p. 449-) que quanto à concessão da titularidade da ação penal ao Ministério Público, esta nunca foi, historicamente, modelo exclusivo do sistema acusatório, quando se pode encontrar tal postura no modelo francês, em 1808, quando quedava o sistema inquisitório, razão por que passou a ser chamado de um sistema misto.

Igualmente, mesmo no sistema inquisitivo, exemplo disso a Inquisição Espanhola, bem pode ser apontado como a origem da titularidade da ação penal ao Ministério Público.

De tal modo, não há como dizer-se que a titularidade da ação penal sirva de argumento poderoso para definir o sistema acusatório.

Quanto ao segundo argumento, o de que o sistema acusatório é o que encerra um modelo de garantias, entre elas a existência do tribunal do júri, o princípio da publicidade, o princípio do contraditório, o princípio da igualdade, da liberdade do acusado como regra¹⁴, vale ressaltar que tais garantias não nasceram na Carta Constitucional de 1988, pois já eram encontrados em âmbito nacional na

¹²THUMS, Gilberto. Sistemas Processuais Penais, *apud*, ANDRADE, 2009, 449-.

¹³PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. Da Ilegalidade da Investigação Criminal Exercida Exclusivamente pelo Ministério Público no Brasil, *apud*, ANDRADE, 2009, 449-.

Em âmbito jurisprudencial, TJ/RS – Ap. 70004496725 – 5ª Câmara Criminal – Rel. Dês. Amilton Bueno de Carvalho – j. 07.08.2002 – Ap. 70005352283 – 5ª Câmara Criminal – Rel. Dês. Amilton Bueno de Carvalho – j. 04.12.2002.

¹⁴A par da doutrina tais sistemas de garantias estão destacados no anteprojeto, hoje projeto 156.

Constituição do Brasil de 1967, bastando uma leitura do artigo 153, cujo pórtico dos direitos e garantias individuais estava no Capítulo IV, ali encontrado o princípio da igualdade (§ 1º), a ampla defesa e possibilidade de recurso (§ 15), o princípio do contraditório (§ 16), a previsão do tribunal do júri (§ 18). Tais garantias também foram acatadas na Emenda Constitucional n. 1, de 1969, para muitos uma nova constituinte sob o jugo do governo militar, que as repetiu em similares dispositivos.

Com efeito, a ninguém é dado desconhecer, como afirmado por Andrade (2009, p. 449-), que as Constituições do Brasil de 1967 e 1969 eram não-democráticas, e, no entanto, encerravam os mesmos princípios, pelo que, usando o mesmo raciocínio, chegaria-se à conclusão de que também em regime ditatorial o sistema processual penal era também o acusatório, ou então que tais princípios igualmente são encontrados no sistema inquisitório, o que remete à idéia de que o constituinte não revelou o modelo pretendido.

Para sedimentar a afirmação de que o constituinte não definiu o modelo, e que o regime democrático também não é incompatível com o sistema inquisitório, Andrade lembra que vários países tidos como democráticos atualmente adotam o sistema inquisitivo, caso da Alemanha, da Itália e da Espanha.

E, rememorando, o autor lembra ainda que em Atenas, tida como o berço da democracia, Plutarco, Filóstrato e o próprio Aristóteles informam sobre a existência de crimes punidos sem abertura de processo algum, sem acusação e sem defesa, a caracterizar um sistema inquisitivo em pleno período democrático¹⁵.

Quanto ao argumento da titularidade da ação penal ser distinta do julgador, cita o autor Roma, no período republicano, auge da democracia romana, o orador Cícero¹⁶ narrava situações em que pessoas eram acusadas por ordem de quem iria julgar, sendo o acusador um *longa manus* do juiz, fazendo tudo que era mandado, fato provocador de nítida confusão entre juiz e acusação.

Em suma, é vedado ao jurista atento afirmar que o legislador constitucional tenha feito referência à adoção deste ou daquele sistema processual em sede penal. Os argumentos apontados em doutrina e jurisprudência, a favor de um ou outro modelo (acusatório, inquisitório ou misto) não se sustentam em uma análise histórica dos institutos.

¹⁵PLUTARCO, Sólon. XXVIII, p. 120. FILÓSTRATO. Vida de los Sofistas. Livro I, 508., p. 102-103. ARISTÓTELES. La Constitucion de Atenas. 40,2. 55,2, p. 147 e 185, *apud* ANDRADE (2009, p. 61)

De outra banda, afastada a afirmação peremptória de que o Brasil adotou o sistema acusatório, ainda que assim se entendesse isso não afastaria a viabilidade do Poder Geral de Cautela conferido ao juiz, pois a história demonstra que mesmo diante do modelo acusatório encontra-se previsão do uso de cautelares pelo julgador.

Há que se citar, mais uma vez, do minucioso estudo elaborado por Andrade (2009, 449-), para encontrar-se tal postura no direito ateniense, democrático por excelência e inspirador do sistema acusatório. Narra o autor, citando Aristóteles, após descrever procedimentos da época:

[...]

h) Naquela época, havia a possibilidade de se adotar o que conhecemos atualmente como medidas cautelares. Por esse motivo, os acusados poderiam ser presos antes da condenação, tal como ocorre hoje em dia com a prisão preventiva. Também se admitia a busca e apreensão domiciliar, necessitando, para sua realização, aprovação popular.

[...]

j) Apesar de o emprego da tortura não ser encarado positivamente, ela era um instrumento utilizado e muito praticado no processo acusatório ateniense. Assim o demonstra a literatura clássica, quando narra a tortura aplicada aos cidadãos que atuavam como parte, e aos escravos quando participavam dos processos como testemunha.

A partir desse postulado de princípios e regras, acolhidos pela Constituição Federal, é possível compreender a extensão e adequação do Poder Geral de Cautela concedido ao juiz para a efetivação de direitos fundamentais, assim como sua harmoniosa convivência com o modelo acusatório, a partir do exemplo histórico acima narrado, trazido pelo direito processual de Atenas, bem como a partir de modelos acusatórios contemporâneos, como citado alhures.

Notadamente, o sistema processual utilizado pelos Estados Unidos da América, onde o *Contempt of Court*,¹⁶ permite o exercício do Poder Geral de Cautela pelo juiz, cuja expressão se afigura como ato de desacato, desobediência ou menosprezo à justiça e tem lugar quando conduta ofensiva de qualquer pessoa (partes, advogados, testemunhas) ao tribunal durante a tramitação de um processo, mas singularmente em face de desobediência a uma ordem judicial em virtude da qual se frustra ou prejudica o direito de algum litigante, tratando de providência

¹⁶CÍCERON, Marco Túlio. Verrinas – La Pretura de Sicília. Segunda Sesión, Discurso Segundo, 45, 110, *apud* ANDRADE, 2009, p. 245.

genérica, aplicável às situações de urgência em geral não só na disciplina do processo civil como também no âmbito penal.

Na mesma esteira, no direito adjetivo civil francês, antes mencionado, o *Lês ordonnances de référé*. Também sob a epígrafe *Lês ordenances sur requêtê*, medida que permite a disciplina urgente nos casos especificados na lei, podendo o Presidente do Tribunal ordenar adoção de medidas liminares sem audiência da parte contrária, seja no sentido de conservação, seja para o restabelecimento de situação, ou para prevenir dano iminente, ou para fazer cessar perturbação manifestamente ilícita.

Daí que a utilização pelo juiz do Poder Geral de Cautela encerra preocupação na preservação de garantias fundamentais.

4.2 Poder Geral de Cautela. Instrumento de defesa das Garantias Fundamentais

Como citado alhures, é através do processo penal que o Estado-juiz realiza o direito material penal posto em disputa e legitima a atuação estatal, já que, com escassas exceções, o direito brasileiro, como de resto o direito comparado, não admite a autotutela.

E traçando uma leitura do direito a partir do princípio da proporcionalidade, vê-se que a jurisprudência pátria, mormente nos tribunais superiores como acima citado, tem adotado postura de aceitação na adoção de medidas cautelares atípicas e de viabilidade do Poder Geral de Cautela ao juiz.

Adverte Sarlet (2008, p. 208) que a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, pois vinculada, igualmente, a um dever de proteção por parte do Estado contra agressões a direitos fundamentais provenientes de terceiros, pelo que a proporcionalidade também é compatível com a ausência de uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais. Em vista disso, doutrina e jurisprudência passam a advogar a existência de uma dupla dimensão do direito às garantias, operando-se tanto enquanto proibição de excesso como proibição de insuficiência.

Luciano Feldens e Lênio Streck¹⁷, citados por Sarlet (2008, p. 208), denominam o fenômeno como a dupla face do princípio da proporcionalidade.

Prossegue Sarlet (2008, p. 208) afirmando convicção de que a necessária defesa de uma concepção garantidora dos direitos fundamentais, única compatível com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, mormente quando tratar de Estado Constitucional, somente se revela como legítima quando amiga do princípio da proporcionalidade na sua dupla acepção.

Ora, é imperativa uma leitura adequada ao momento histórico vivenciado. O Brasil, hoje, respira ares democráticos. E o jugo a que foi submetida a sociedade nos chamados anos de chumbo, notadamente no período revolucionário (1964-1982), faz com que emerja preocupação em tutelar excessos praticados pelo Estado contra o indivíduo, deixando a descoberto quando a agressão parte do indivíduo contra o indivíduo. Assim, é mister, nos dizeres de Sarlet (2008, p. 208) o combate tanto à intolerável 'tolerância zero' como ao abolicionismo irresponsável em matéria criminal.

E a função dos direitos fundamentais, e sua defesa pelo Estado, trazem o dever deste zelar pela proteção contra o indivíduo também quando a agressão tiver origem em outro indivíduo.

Sarlet (2008, p. 218-219) refere a distinção entre uma dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais, lembrando que na sua função como direito de defesa, os direitos fundamentais constituem limites (negativos) à função do Poder Público, impedindo ingerências indevidas na esfera de bens jurídicos fundamentais, ao passo que quando atuando na sua função de proteção (imperativos de tutela), as normas de direitos fundamentais implicam em deveres de atuação positiva deste mesmo Estado, ainda quando a agressão parta de outros particulares. Referido dever de proteção partiria do pressuposto que o Estado mantém o monopólio da jurisdição e como tal não pode deixar a descoberto direitos ameaçados.

Do estudo do autor, emerge inequívoca vinculação entre os deveres de proteção, tanto na proibição de excesso como na vedação de insuficiência, e a função dos direitos fundamentais, assim como a necessária aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição.

¹⁷ *Apud* SARLET (2008, p. 208)

Daí que não pode o legislador proibir o Poder Geral de Cautela, como pretende o Projeto 156, apresentando um rol de medidas cautelares de natureza taxativa, quando se sabe da impossibilidade de o legislador antever todas as hipóteses de agressão ao direito individual.

Não é demais reafirmar que a Lei 12.403/2011 tipificou medidas cautelares que vêm sendo adotadas pelos juízes, à título de Poder Geral de Cautela, caso da nova redação dada ao artigo 320 do Código de Processo Penal, determinando a entrega do passaporte em casos específicos para preservar a aplicação da lei penal. É o reconhecimento pelo legislador da correção da postura jurisprudencial. Por tais motivos é que não se compreende como possa o legislador pretender, no Projeto 156, a taxatividade do rol de medidas cautelares, ferindo de morte princípios constitucionais, mormente o princípio da proporcionalidade e o dever de proteção integral, enquanto vedação de proteção insuficiente.

A par da flagrante inconstitucionalidade do artigo 514 do Projeto de Código de Processo Penal - por ofender o princípio da proporcionalidade e o princípio da indeclinabilidade da jurisdição (que será tratado mais adiante), o dispositivo trará frontal conflito com a lei especial, notadamente a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) que não será revogada pelo novel Código de Processo e onde está prevista, expressamente, a possibilidade de adoção de medida cautelar inominada. Refere a Lei Maria da Penha:

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§ 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

§ 2º **As medidas protetivas de urgência** serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e **poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia**, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§ 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público.

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, **o juiz poderá aplicar, de imediato**, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, **entre outras**:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

- a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
 - b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
 - c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
 - IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
 - V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.
- § 1º **As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor**, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público. Grifou-se.

De tal sorte, forçoso reconhecer, o projeto 156, que vem com a pretensão de escoimar dúvidas e garantir segurança jurídica, já nos apresenta um lastimável retrocesso e está a promover a própria insegurança jurídica que diz combater.

E agora, com a Lei 12.403, de 05 de maio de 2011, o legislador veio reafirmar a viabilidade do uso do Poder Geral de Cautela, quando expressamente acolhe no nosso ordenamento positivo o princípio da proporcionalidade, seja vedando o excesso, seja proibindo a tutela deficiente.

Veja-se que falando de juízo de suficiência e necessidade, a nova regra exige valoração para a imposição das restrições contidas nas cautelares, exigindo adequação ao caso concreto. Assim, acolhe expressamente a novel legislação o princípio da proporcionalidade, proibindo o excesso e a proteção ineficiente da tutela.

Nessas condições, são requisitos para a aplicação das medidas cautelares, a partir da vigência da novel lei:

Artigo 282, incisos I e II, do CPP.

a) a necessidade da medida cautelar: *periculum in mora* - risco decorrente da não intervenção imediata para preservar a aplicação da lei, a investigação ou instrução criminal ou, nos casos expressamente previstos, evitar a reiteração delitiva;

b) a adequação da medida cautelar: eficácia abstrata da medida para afastar o risco existente - *adequação* das medidas em relação à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Artigo 283, parágrafo primeiro.

c) pena aplicada ao crime ser privativa de liberdade: As medidas cautelares não são cabíveis quando não for, isolada ou cumulativamente, cominada pena privativa de liberdade.

Ao estabelecer que a medida cautelar exige *necessidade* para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais, e quando houver *adequação* das medidas em relação à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, pretendeu o legislador assentar a noção de congruência na relação entre meios e fins, consagrando, assim, o princípio da proporcionalidade (tanto com proibição de excesso como com proibição de proteção deficiente).

Destarte, as medidas cautelares (meios) sempre deverão se mostrar necessárias e adequadas para a consecução dos fins almejados.

Feitoza (2008, p. 775) leciona que a Constituição da República estabeleceu a legalidade como garantia fundamental, o que se denota do artigo 5º, II, XXXIX, LIV. Questiona se a legalidade é uma garantia fundamental, e pode ser flexibilizada para favorecer direitos fundamentais que pretende garantir. Responde afirmativamente, dizendo que a legalidade referida às leis infraconstitucionais não está cumprindo a função de garantia fundamental, mas de obstar a efetividade dos direitos fundamentais, o que se apresenta inadmissível, em razão do princípio da supremacia constitucional, ou seja, as normas constitucionais de direitos fundamentais devem impor a sua força normativa às normas infraconstitucionais.

O autor traz um argumento de difícil embate àqueles que não aceitam o Poder Geral de Cautela em sede de processo penal, qual seja, o de que o direito processual civil autoriza o Poder Geral de Cautela, além das medidas cautelares específicas (artigos 798 e seguintes do Código de Processo Civil), sempre que estiver diante de lesão ou ameaça a direito.

Há uma contradição em ser aceito que o juiz cível - que lida, de regra, com direitos disponíveis e patrimoniais - tenha flexibilidade de substituir uma medida cautelar por outra garantia, mesmo que esta medida alternativa não esteja prevista expressamente na lei (Poder Geral de Cautela), enquanto o juiz criminal - lidando com o direito fundamental, indisponível por natureza - não possa adotar medida cautelar atípica. Essa negativa do Poder Geral de Cautela é interpretação que não se coaduna com a efetividade dos direitos fundamentais.

A título de ilustração, para afirmar a viabilidade de cautelar inominada e o Poder Geral de Cautela, imagine-se a seguinte hipótese. A Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006 prevê a adoção de medidas protetivas de urgência em favor da

mulher (cautelares), entre elas a proibição de o agressor manter contato com a ofendida ou testemunhas (art. 22, III, a).

No caso da Lei 11.340, há previsão de prisão provisória quando recalitra o agressor e descumpra a ordem (art. 20).

Imagine-se que o varão e a ofendida tenham filhos em comum e que estes estejam sob a guarda daquele, em razão de prévio acordo judicial, já que o casal há pouco se separara e as agressões que originaram a medida protetiva em favor da mulher teriam ocorrido quando tentavam a reconciliação. Não poderia o juiz, com base no Poder Geral de Cautela, para evitar o decretar de prisão ao agressor que teria de ter contato com a ofendida para cumprir ordem no sentido de direito de visitas da mãe outorgados pelo juiz que homologou o acordo da guarda, e ainda como forma de tutelar a integridade física da ofendida, suspender o direito de visita desta aos filhos enquanto não resolvida a contenda? Ou então determinar que a entrega das crianças para o cumprimento da ordem quanto ao direito de visita se dê a partir de intervenção de terceira pessoa, familiar do agressor, amigo, familiar da ofendida, por exemplo? Com base no mesmo pressuposto, ordenar que também ela mantenha distância do investigado ou réu?

Aos que respondem afirmativamente estarão aceitando a vigência de medida cautelar inominada com suporte no Poder Geral de Cautela. Não é admissível imaginar que o juiz de família (cível) poderia determinar tal restrição cautelar, com origem no mesmo suporte fático, qual seja a inviolabilidade à integridade física e o direito à liberdade, enquanto ao juiz criminal tal poder fosse defeso.

Tanto na legislação atual como no Projeto 156, não há hipótese de aplicação tal medida (limitação ao direito de visita), esta-se, nos dizeres de Sarlet (2008, p. 225), diante de uma omissão inconstitucional, mas por certo o princípio da proporcionalidade, na modalidade de proibição de insuficiência, autorizaria interpretação conforme a Constituição, para aplicar a cautela com base no Poder Geral de Cautela.

Com efeito, não é lógico que fatos análogos possam, em determinadas situações obter tutela jurídica cautelar e em outras não. Veja-se o seguinte exemplo: a indiciado ou acusado de crime de ameaça (artigo 147 do Código Penal), praticado com uso de arma de fogo por quem possua registro e autorização para porte, caso tenha origem em relação doméstica poderá o juiz aplicar medida cautelar de

suspensão da autorização ao porte, nos termos da Lei 11.340, artigo 22, inciso IV, no caso de ter origem em relação de vizinhança não há hipótese de tutela nessa cautelar, mesmo com a vigência da lei 12.403 não há previsão expressa.

É lógico que pode o juiz decidir pela suspensão da autorização, usando de inteligência do Poder Geral de Cautela, acolhendo interpretação extensiva do artigo 3º do Código de Processo Penal, combinado com o artigo 798 do Código de Processo Civil e artigo 22, IV, da Lei 11.340/06. Ainda mais quando o legislador cogita da aplicação no PL 158 (art. 521, XII).

Feitoza (2008, p. 781) apresenta outro exemplo no qual o juiz pode usar do Poder Geral de Cautela, flexibilizando dispositivo de lei. Relata caso onde a autoridade policial representa ao juiz pela prisão preventiva do indiciado, com fundamento na segurança da aplicação da lei penal, por haver perigo de fuga, uma vez que o indiciado teria obtido visto no passaporte e adquirido passagem para viagem ao exterior. O juiz verifica que os pressupostos legais (art. 312, 1ª parte, CPP, prova da existência de materialidade e indícios suficientes de autoria), o fundamento (art. 312, 2ª parte, segurança da aplicação da lei penal) e a condição de admissibilidade (art. 313, I, CPP, crime doloso apenado com reclusão) para a decretação da prisão preventiva aparentemente estão presentes.

Porém, laqueado na prova produzida até então, o juiz conclui, a partir de um juízo de adequação e de necessidade, que a evitação da fuga poderia ser obtida de outra forma; decide pela alternatividade da medida cautelar, fundado no Poder Geral de Cautela garantista de direitos fundamentais (art. 3º do CPP, c/c arts. 798, 799 e 805 do CPC), determinando busca e apreensão cautelares do passaporte, da passagem aérea e da carteira de identidade civil (esta em razão de acordos internacionais que permitem viagem no Mercosul sem passaporte), e ainda condução coercitiva cautelar da pessoa à delegacia de polícia, para prestar esclarecimento a respeito, alertada de que tem o direito constitucional de permanecer em silêncio; mais, requisição à Polícia Federal para evitar a saída do país, nos controles de aeroportos e de fronteira sob sua responsabilidade; requisição ao instituto de identificação que expediu a carteira de identidade civil, bem como àquele da localidade do domicílio, para que não emitam, provisoriamente, nova carteira de identidade; proibição de viagem ao exterior sem autorização judicial.

Todas essas medidas alternativas objetivam tutelar a aplicação do direito material, preservando o *status libertatis* do indiciado, em interpretação sistemática

do direito constitucional e do direito infraconstitucional, com proporcionalidade, evitando o excesso e a insuficiência.

Com efeito, o cotidiano é pródigo em descrever situações de fato não previstas na lei processual vigente e porvir que demandam ordem do juiz para a preservação de direitos fundamentais, não podendo o Estado escudar-se na ausência de norma para negar o direito. O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal prega que nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída de apreciação pelo Poder Judiciário.

Moraes (2005, p. 71) refere que o princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver violação de direito, mediante lesão ou ameaça. Chamado a intervir, o Poder Judiciário deve aplicar o direito ao caso concreto. O Estado-juiz é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito corresponde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.

No mesmo sentido o ministério de Nery Júnior (2009, p. 280), para quem o objetivo precípuo da jurisdição é a solução de conflitos e o retorno à paz social, e o juiz não se exime de sentenciar alegando obscuridade ou lacuna da lei, devendo usar dos costumes, princípios gerais do direito e da analogia.

Não é outro o entendimento de Silva (1994, p. 377), para quem o monopólio judiciário do controle jurisdicional consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha direito individual lesado ou simplesmente ameaçado.

Rocha (2007, 41-43) leciona que a Constituição Federal de 1988, com o objetivo de aparelhar a função primordial de efetivação de direitos, assegurou certas garantias relacionadas com a jurisdição e o processo, tal como a garantia do acesso à Justiça, fundamental à manutenção do Estado democrático de direito. O poder estatal, ao vedar a autotutela, avocou para si o poder de dirimir contendas surgidas entre os indivíduos, podendo qualquer cidadão provocar o Estado com tal finalidade, preventiva ou repressivamente. Refere o autor que o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal menciona que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. Adverte que o princípio não deve ser dirigido somente à lei, mas também à administração pública, como os atos judiciais e

até mesmo os atos dos particulares que impeçam a prestação jurisdicional. Aduz que as garantias constitucionais devem ser compreendidas de forma ampla, para que tenham a máxima efetividade.

Forçoso reconhecer, a inafastabilidade do controle do Poder Judiciário assume, como garantia e princípio constitucional, proporções concretas, não admitindo que nenhuma norma venha a impedir que aquele Poder analise determinada lesão ou ameaça a direito.

Viana (2005, p. 55) assevera que o texto constitucional anterior, no tocante à cláusula de acesso à jurisdição, era de amplitude inferior ao correspondente ao texto da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXV), embora mesmo naquela época a boa doutrina já respondesse que havia espaço para a tutela cautelar, alcançada mediante interpretação teleológica e extensiva. Como refere, de nada adiantaria assegurar o acesso à jurisdição e, ao mesmo tempo, não garantir que o processo deflagrado fosse útil e eficaz.

Não há como negar, infelizmente, que o Brasil é pródigo em exemplos em que o Estado pecou na tutela de direitos e garantias individuais. Calha o momento para argumentar com o paradigmático caso de Damião Ximenes Lopes, morto no município do Sobral, no Ceará, no dia 04 de outubro de 1999.

Feldens (2008, p. 412 e seguintes) narra a história de Damião¹⁸, portador de acentuada deficiência mental, que foi torturado até a morte em estabelecimento destinado a tratamento psiquiátrico, notadamente a Casa de Repouso de Guararapes, um centro de atendimento privado que operava no Sistema Único de Saúde. Três dias após sua internação, Damião foi encontrado pela mãe, agonizando na referida clínica. Não adiantou o socorro pretendido pela genitora ao médico, que descurou do apedido. Morto, seu corpo apresentava sinais visíveis de tortura, punhos dilacerados, mãos perfuradas, parcela do nariz danificado.

Em que pese os traumas descritos, a morte foi atestada como sendo proveniente de causa natural. Levado a Fortaleza, o legista certificou em auto de necropsia como se tratando de “morte indeterminada”.

Não obstante ter sido o fato registrado em delegacia de polícia tão logo ocorrido o óbito, a autoridade policial da 7ª Delegacia de Polícia de Sobral, CE, não se interessou muito pelo caso. Passados cinco anos sem solução, o fato foi

¹⁸A partir de referência constante da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na parte em que sintetiza o depoimento da irmã do ofendido, Irene Ximenes Lopes Miranda.

denunciado perante a Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Ceará, sem resultado.

A inércia das autoridades fez com que a família recorresse à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, após ampla investigação, indicou ter havido falta de efetividade do processo interno de apuração de responsabilidade, decorrente da omissão de autoridades, que deixaram de realizar ações e investigações fundamentais para coletar provas no sentido de determinar a verdade dos fatos.

O caso de Damião Ximenes Lopes foi, ao final, levado a julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), para que decidisse se o Estado era responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana, tudo como relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) do mesmo instrumento, em detrimento de Damião, ante as condições desumanas e degradantes da sua hospitalização, pelos golpes e ataques contra a integridade pessoal de que fora vítima por parte dos funcionários da Casa de Repouso Guararapes, por sua morte enquanto se encontrava ali submetido a tratamento psiquiátrico, bem como pela falta de adequada investigação e garantias judiciais que caracterizam seu caso e o mantem na impunidade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos acabou por condenar o Brasil por violação a direitos fundamentais, asseverando nas razões de decidir que “[...] os Estados têm o dever de investigar as afetações aos direitos à vida e à integridade pessoal como condição para garantir esses direitos”.

A importância de tal relato é o reconhecimento da Corte, no sentido de que os princípios e regras que garantem direitos fundamentais são merecedores de análise em razão de todos os indivíduos, sem distinção de tratar-se de sujeito passivo da relação processual ou de terceiro prejudicado, assim como traz reflexão acerca da obrigação do Estado em prestar jurisdição efetiva, com proibição de excesso e também com proibição de proteção deficiente.

A proibição de proteção deficiente é fundamental ao intérprete para determinar se um ato estatal retratado em uma omissão, total ou parcial, vulnera um direito fundamental. Nessa perspectiva, como acentua Feldens (2008, p. 423), opera como ferramenta dogmática extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa

condição predispõe-se a funcionar como um parâmetro de controle da constitucionalidade dos atos estatais que eliminem ou deixem de concretizar a proteção necessária ao adequado e eficaz desenvolvimento do direito fundamental. Como assevera o autor, naquilo que diz com o presente estudo, que é de direito adjetivo: “A proibição de insuficiência tematiza o *como* essa proteção deve efetivar-se de modo a permitir a realização do direito fundamental” (FELDENS, 2008).

Nessa senda, é imperativo reafirmar, a inconstitucionalidade do Projeto de Lei do Senado 156 ao pretender, em seu artigo 514, impedir a tutela de direitos, tutela esta reservada somente aos parâmetros que normatiza, afronta o princípio da efetividade da jurisdição e o princípio da proporcionalidade, quando se mostra deficiente na proteção aos direitos fundamentais do indivíduo, ante às inúmeras ameaças a direito fundamental cuja proteção não encontra tipicidade no atual direito adjetivo pátrio, e continuará sem referência no Código de Processo Penal, a vingar o malsinado artigo 514 do Projeto 156.

Não há como negar, o Poder Geral de Cautela conferido ao juiz e as medidas cautelares atípicas são iminentes aos princípios da eficiência, da efetividade e da inafastabilidade da jurisdição.

5 CONCLUSÃO

Por mais criativo e previdente que seja o legislador, não há como conseguir prever todas as medidas cautelares necessárias ao exercício da ação penal e à realização do direito penal, bem como essenciais à defesa dos atores do processo penal, dentre eles o próprio réu. É certo que situações do cotidiano exigem uma atuação cautelar do Poder Judiciário e não se encontra adequação em qualquer das medidas cautelares que o atual Código de Processo especifica e nem mesmo no novel rol apresentado pelo Projeto de Lei do Senado 156 que tramita no Congresso Nacional e que pretende o título de novo Código de Processo Penal.

A tutela cautelar atípica e o exercício do Poder Geral de Cautela do juiz soam como essenciais para o sistema processual penal constitucional, sendo corolário lógico deste, na medida em que necessário ao preenchimento dos

princípios da proporcionalidade, na modalidade da proibição de proteção deficiente, princípio da efetividade, princípio da inafastabilidade da jurisdição.

É cediço, negar existência ao Poder Geral de Cautela é comprometer princípios fundamentais do modelo processual-constitucional, aliás, como já advertia Chiovenda, citado por Bedaque (2003., p. 225).

Parafraseando Galeno Lacerda¹⁹, acerca do Poder Geral de Cautela: “A providência cautelar que vier, como resultado desse poder representa obra concreta de criação, vez que não prevista pelo legislador, mas compreendida, necessariamente, no próprio dinamismo do direito material em contato com a realidade”.

De tal modo, não há como dissociar o Poder Geral de Cautela da jurisdição efetiva, tratando-se de corolário lógico do processo penal eficaz e garantidor dos direitos fundamentais acolhidos pela ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca, **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba. Juruá Editora, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *In: Vade Mecum*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. *In: Vade Mecum*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁹Galeno Lacerda, Comentário ao Código de Processo Civil, vol. III, tomo I, 8ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 112.

BRASIL. **Lei Maria da Penha**. Lei Federal n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://intra.mp.rs.gov.br/caocrim/?opt=ct/legislacao&id=3191>> Acesso em 29 de novembro de 2010.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 156**. 2009. Disponível em: <<http://intra.mp.rs.gov.br/areas/caocrim/arquivos/projetodelei156.pdf>> Acesso em 29 de novembro de 2010.

BURNIER JÚNIOR, João Penido. **Do Processo Cautelar**. São Paulo: Lex, 2002.

CAMPOS BARROS, Romeu Pires de. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

FEITOZA, Denílson, **Direito Processual Penal, Teoria, Crítica e Práxis**. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

FELDENS, Luciano. De Damiens a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. *In*: CHITTÓ GAUER, Ruth Maria (Org.) **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury, **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2010. v. 2.

MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim, **Tutela Cautelar, Teoria Geral e Poder Geral de Cautela**. Curitiba: Juruá, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2009.

_____. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso em 29 de novembro de 2010.

PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. Da Ilegalidade da Investigação Criminal Exercida Exclusivamente pelo Ministério Público no Brasil. *In* ANDRADE, Mauro Fonseca, **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores.** Curitiba. Juruá Editora, 2009.

ROCHA, César Asfor, **A Luta pela Efetividade da Jurisdição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. *In*: CHITTO GAUER, Ruth Maria (Org.) **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.** Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

THUMS, Gilberto. Sistemas Processuais Penais. *In* ANDRADE, Mauro Fonseca, **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores.** Curitiba. Juruá Editora, 2009.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Processo Cautelar. **Revista Dialética de Direito Processual**, Rio de Janeiro, n. 23, 2007.