

Tutela cautelar penal. Um novo fundamento. Medidas inominadas no processo penal

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE S O PEDRO DA ALDEIA

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO vem, pelo Promotor de Justiça que esta subscreve, no uso de suas atribuições legais, oferecer

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA

em face de **Ailton Machado Lopes**, portador da cédula de identidade n. 11201269, IFP, nascido em 29/11/1955, com endereço na Estrada do Alecrim, n. 299, bairro Porto do Carro, nesta cidade, com base nas peças de informação que instruem e acompanham a presente, pelos fundamentos de fato e de direito que passa a expor.

I - Dos fatos

Foi oferecida denúncia pela prática do crime previsto no artigo 33, § 1º, III da Lei 11343/06 em face de **Ailton Machado Lopes**, porque o mesmo frequentemente tem consentido, durante eventos que promove em seu estabelecimento comercial, que pessoas dele se utilizem para a prática de tráfico de drogas.

Como se pode constatar, diante dos documentos e das declarações acostadas aos autos do inquérito, encontra-se presente o *fumus boni juris*, necessário à decretação de qualquer medida cautelar, inclusive as **constritivas da liberdade**. Os documentos que guarnecem a inicial, além disso, agora, indiciam a prática criminosa *continuada*, senão vejamos.

O Comissariado da Infância, ao realizar uma fiscalização, registrou “tratar-se de local perigoso, com incidência de brigas entre frequentadores, sem segurança apropriada. Na oportunidade, os próprios policiais militares alertaram quanto ao elevado índice de crimes e tumultos no local e redondezas. Além disso, este setor recebeu informações de pessoas da comunidade que não querem se identificar, reforçando tais informações, e sugerindo a existência de tráfico de drogas no local”.

Agentes lotados no GAP também ali empreenderam diligências e consignaram “uma concentração de elementos que possivelmente fazem uso de entorpecente, ao

lado do Beer House, local este também de constantes brigas entre os jovens”, havendo registro de homicídio, embora em outro lugar, motivado “por fato gerado no interior do estabelecimento”. Ressaltaram, ainda, “a incidência de algumas ocorrências policiais nas proximidades do Beer House referente ao tráfico e consumo de entorpecentes”, apontando algumas delas para concluir que “o local é perigoso”.

Trata-se de fato notório na comarca que, se fosse no cível, careceria de prova, mas todos os indícios acima alinhavados confluem para existência do malsinado comércio de substâncias estupefacientes tanto no interior do bar, como nas ruas adjacentes, afigurando-se até mesmo ingênuo acreditar que somente freqüentam o estabelecimento meros usuários. Aliás, a simples constatação de pessoas fazendo uso de entorpecentes, conforme assaz relatado, conduz a conclusão inexorável de que no local funciona um ponto de venda, vulgarmente conhecido como “boca de fumo”.

Tais elementos que justificaram a concessão da medida cautelar inicial ora foram corroborados, porquanto os agentes públicos que a executaram lograram êxito em arrecadar, na calçada da porta de acesso ao bar, material entorpecente consistente em “três sacos plásticos amarrados contendo pó branco em seu interior, que aparentava ser cocaína”, notando ainda que “no amarrado, havia pontas de outros sacolés, o que levou a dedução de que outros tantos sacolés haviam sido arrancados, chegando-se a conclusão de que possivelmente estaria ocorrendo tráfico de entorpecentes” (fls. 24 e 25).

Em harmonia com tudo isso, duas testemunhas que costumam freqüentar os bailes *funks* ali promovidos aduziram em sede policial que “vêm, com freqüência, pessoas usando cocaína tanto do lado de dentro quando do lado de fora do estabelecimento” e que “às vezes, o declarante tem que sair do local em virtude de haver várias pessoas próximas ao declarante usando cocaína e outras drogas” (fls. 27 e 29).

A nosso ver, há indícios contundentes de que aquele estabelecimento funciona como ponto de venda de drogas, sempre que ocorrem tais eventos, aos fins de semana, senão com a participação do proprietário, com seu o aval, transformando-o em palco de crimes e tumultos de toda ordem, criando um clima generalizado e permanente de insegurança, de modo que o interesse particular da atividade comercial fica relegado a segundo plano quando está em conflito com a segurança coletiva.

II - Do Direito

Uma jurisdição eficiente deve garantir à sociedade a realização de seus fins, isto é, a concretização, na vida real, dos valores que almeja proteger.

O Direito Penal, ao passo que impõe limites ao poder repressivo do Estado, garantindo liberdade ao homem, estabelece sanções, colimando tornar invioláveis os bens mais importantes da vida social.

Assim, procura desestimular e impedir ações que possam ofendê-lo, interromper ofensas em curso e recompor, de alguma forma, a ordem jurídica violada. A inviolabilidade dos bens compreende, portanto, o impedimento, a interrupção de ofensas e a recomposição da ordem.

Cumpra admitir, por lógica, que a jurisdição penal, para ser eficiente, deve, além de restaurar a ordem, impedir e interromper ofensas, não podendo estar despojada de instrumento necessário à consecução dos fins de tornar invioláveis os bens mais importantes da vida social.

Com a pena corpórea, o Direito ambiciona, sobretudo, coibir infrações penais mediante preceitos que se dirigem à todos e àquele que delinuiu. Este é o fim precípua do Direito Penal e, se ao Juiz Criminal a lei outorga este fim, para alcançá-lo, deve também dotá-lo dos meios.

Noutras palavras, se a pena corpórea busca coibir a delinquência, intuitivo que meios menos gravosos para atingir tal escopo estejam incluídos implicitamente nos poderes do agente público competente para aplicá-la. Na hipótese, o poder-meio é o de interromper imediatamente a ação criminosa, e o agente público competente para exercê-lo é o Juiz Criminal, em nítida aplicação, no campo penal, da *teoria dos poderes implícitos*.

Assim, numa visão larga e construtora, medidas cautelares oriundas de um poder judicial geral irrompem ajustadas ao exercício de tal função, assumindo dimensão eminentemente prática na concreção de valores.

Partindo, então, da premissa de que o poder geral de cautela é inerente ao exercício da jurisdição em qualquer âmbito, tomando-o como certo e verdadeiro no processo penal, busca-se aqui afetá-lo a uma finalidade específica, como o passageiro que, conhecendo as anteriores, desce na próxima estação de um trem, olhando para frente, sem se preocupar com o caminho percorrido¹.

1. Rogério Pacheco Alves escreveu um primoroso trabalho sobre o poder geral de cautela no processo penal, onde, após discorrer sobre a efetividade da jurisdição e o processo cautelar e dissecar, com precisão cirúrgica, os requisitos e características das providências cautelares e as medidas cautelares típicas, conclui que "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,

No processo civil, onde a doutrina atingiu grau elevado de evolução científica, não se questiona a existência de um poder cautelar geral deferido ao magistrado, havendo previsão legal específica².

Não admiti-lo no processo penal significa entendê-lo como um processo rudimentar, subdesenvolvido, ou melhor, um direito processual amputado, em que se nega algo inerente à função jurisdicional.

Aliás, pode-se dizer que tal função preventiva se justifica com muito mais razão na área penal, porque o Direito Penal, pautado por um princípio de intervenção mínima, constitui a *ultima ratio* na proteção dos bens mais caros à sociedade, assegurando condições de existência e continuidade da organização social.

Daí porque se o provimento jurisdicional cautelar geral se justifica para o profícuo resultado das atividades cognitiva e executiva civil, muitas vezes reduzidas à questões exclusivamente privadas, *a fortiori* deve ser admitido num processo em que se busca assegurar condições de existência e continuidade da própria organização social.

O Direito é um todo orgânico; um sistema de normas dotado de unidade lógica, coerência interna e ausência de contradições. Conforme enunciou Carlos Maximiliano “coincidem a ordem jurídica e a vida do homem em comunidade; por isso, toda legislação, graças à unidade do objetivo, que é disciplinar a utilidade social, e à unidade de idéia fundamental, que é assegurar a justiça, constitui um organismo com forças latentes de adaptação e expansão, encerra o germe de uma série de normas não expressas, porém vivazes e implícitas no sistema. O mesmo princípio contido numa regra legal é logicamente estendido a outras hipóteses não previstas”³.

Não impressionam, portanto, objeções ligadas à liberdade, como se houvesse uma pretensa *tipicidade processual não diferente de uma tipicidade de direito*

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 a 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” in Revista do Ministério Público do RJ nº 15, jan./junho de 2002, p. 229 e SS.

2. Art. 799 do CPC.

3. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 208.

substancial⁴ ou uma legalidade da inteira pretensão que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta⁵, porque a tipicidade das medidas penais somente deve estar presente quando em tensão especificamente a liberdade ambulatorial do indivíduo.

Não atingindo a liberdade de ir e vir, a tipicidade afigura-se prescindível, pois as medidas gerais de cautela, penal ou civil, atuam em um mesmo plano jurídico, restringindo a mesma esfera de liberdade individual.

Sendo assim, a falta de regra expressa no repositório legislativo próprio constitui frágil argumento para não se reconhecer o poder geral de cautela penal, pois o princípio vigente para o processo civil pode ser transportado para o processo penal, certo que, na matéria, a lei permite expressamente a *interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito⁶.*

Afivê-se, nesse contexto, que a tutela cautelar não é estranha sequer ao vetusto Código de Processo Penal brasileiro, o qual contempla medidas de nítido cunho acautelatório, como seqüestro, arresto, busca e apreensão, antecipação de provas⁷, além das prisões de natureza processual e da própria fiança.

Na legislação penal especial, cada vez mais, encontramos exemplos de decisões tipicamente cautelares, como a ação controlada e a infiltração de policiais, a interceptação telefônica, o seqüestro de bens, direitos e valores do acusado na lavagem de dinheiro, a indisponibilidade de bens ou valores utilizados no tráfico de entorpecentes, a utilização provisória de veículos, embarcações, aeronaves, maquinismos, utensílios e objetos de qualquer natureza oriundos do tráfico de entorpecentes, a alienação, em caráter cautelar, destes bens apreendidos, o afastamento do lar de agressores, a proibição de aproximação e contato com vítimas⁸, dentre outros.

O exame destas figuras processuais, porém, nos conduz a inegável conclusão de que a tutela cautelar penal desborda dos limites normais de segurança ao resultado útil do processo de conhecimento, indo além de uma finalidade meramente instrumental, para alcançar o objetivo próprio do Direito Penal material.

No campo penal, confinar a tutela cautelar geral ao resultado útil do processo significa esvaziar seu conteúdo ou, ao menos, reduzir, drasticamente, seu alcance, porque o processo penal condenatório possui apenas dois resultados possíveis e sua utilidade se resume a um deles: em última análise, o de que o réu cumpra a

4. Romeu Pires de Campos Barros, *Processo Penal Cautelar*, 1982, p. 58.

5. Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, Saraiva, 1991, p. 57.

6. Art. 3º do CPP.

7. Arts. 125, 137, 240 e 366 do CPP.

8. Lei 9034/95; Lei 9296/96; Lei 9.613/98; Lei 10409/02; Lei 11340/06.

sua pena. Não há outra forma de enxergar o problema; fora isso, não há risco processual a ser eliminado.

Escritores que ultimamente se dedicaram ao estudo das medidas urgentes, mesmo no processo civil, desfizeram um misticismo e revelaram que “a tutela cautelar não é um instrumento do instrumento, ou seja, um instrumento do processo que presta a tutela jurisdicional do direito, satisfazendo ou realizando o direito material. A tutela cautelar é um instrumento vocacionado a dar segurança à tutela do direito desejado, ou que pode vir a ser ambicionada. A segurança é prestada para eventualidade do reconhecimento do direito material e, desta forma, para garantir que, na hipótese de procedência do pedido, a tutela do direito possa ser útil e efetiva”⁹.

Galeno Lacerda já antevira que:

“O mandado de segurança, porém, não basta para coibir todas as hipóteses de lesão ou de ameaça de lesão, e quanto à ação penal, mais vale preveni-la pela imposição de cautela inibitória ao infrator atual ou virtual, do que puni-lo depois da consumação do ilícito”

“Abre-se, aqui, um campo vastíssimo de atuação ao poder cautelar geral como fator preventivo do ilícito penal. Interpenetram-se neste setor, como notável reflexo da unidade básica do direito, o direito processual civil e o direito penal. A cautela inibitória do ilícito penal, proposta de acordo com o processo civil, como ação dependente de outra, também não penal, com o mesmo objetivo, funciona admiravelmente como prevenção ou sustação do delito e como tutela dos direitos fundamentais do homem”

“em vista da importância dos valores humanos em confronto no processo penal, pode-se afirmar mesmo que, nele, a atuação das cautelas inespecíficas cresce em relevo. Infelizmente, a doutrina processual penal permanece na infância, e o tema fascinante queda inexplorado”.

“No estado atual da doutrina e da legislação penais a cautela inominada só caberá de modo incidente, no curso da ação penal pública ou privada, pertencente à iniciativa do autor, ou decretável de ofício pelo juiz. O campo se oferece vastíssimo, principalmente, para atuação de inibitórias da conduta ilícita, em suas implicações penais ou civis”¹⁰.

Nesta senda, a tutela cautelar penal possui, assim, uma eficácia extraprocessual que alcança os fins materiais da sanção. É dizer: além de prestar

9. Processo Cautelar, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, p. 36.

10. Galeno Lacerda, Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, p. 181.

segurança aos resultados intraprocessuais, protege os bens necessários à sobrevivência da sociedade contra lesões presentes e futuras, contra situações criminosas ocorrentes e a ocorrer. Apenas desse modo, no processo penal, pode-se dizer eficiente e útil a função jurisdicional.

Esta eficácia extraprocessual é que fundamenta, sem maltrato ao Texto Constitucional, por exemplo, a prisão preventiva para garantia da *ordem pública*, para garantia da *ordem econômica*¹¹ ou em face da *magnitude da lesão*¹². Cláusulas que não se limitam à proteção do processo propriamente, mas extravasam-no para coibir a delinquência, tutelando os bens jurídicos essenciais.

Mesmo boa doutrina que somente aceita a prisão cautelar com base na “conveniência da instrução criminal e exequibilidade da efetivação da pena” ao argumento de que “toda e qualquer prisão provisória que supere esse limite é ilegítima, arbitrária, posto que contrária ao princípio da presunção de inocência” incorre em tentação, ao sustentar que “a decretação da prisão preventiva, como garantia da ordem pública ou da ordem econômica, às vezes, **até será tolerável, na hipótese em que o indiciado ou acusado continua com sua atividade criminosa, se bem que, nesse caso, a medida coercitiva perde, às escâncaras, seu caráter cautelar e se transmuda numa espécie de medida de segurança sem respaldo constitucional**”¹³.

Na medida em que se descortina, em geral, a eficácia extraprocessual da medida cautelar penal, fica contornada esta incômoda posição de se reprovar a prisão processual “na hipótese em que o indiciado ou acusado continua sua atividade criminosa”, pois ela atende ao já referido fim de obstruir o delito, o qual, sem dúvida, constitui também um valor constitucional atinente à eficiência da jurisdição e à segurança da coletividade.

E mais. O reconhecimento do poder geral de cautela penal, afetado à finalidade específica de logo interditar a ação criminosa, serve para tranquilizar a consciência do Juiz e da própria sociedade, que, muitas vezes, se vêem, como que no interior de um labirinto sem saída, ante o dilema de prender ou não prender provisoriamente, no esquema clássico do processo.

Algumas figuras cautelares, como visto, não restringem sua finalidade à utilidade processual de garantir que o réu cumpra a sua pena; instrumentos processuais penais diversos, por outro lado, não visam pura e simplesmente assegurar eventual reparação dos danos. Antes, tais medidas têm por escopo a interdição da própria ação criminosa.

11. Art. 312 do CPP.

12. Art. 30 da Lei 7492/86.

13. Fernando da Costa Tourinho Filho, Revista do Ministério Público.

Com efeito, alguém poderia explicar a natureza da busca e apreensão de pessoas vítimas de crimes¹⁴, senão a imediata cessação do crime de sequestro ou cárcere privado? A ação controlada e a infiltração por agentes de polícia, autorizadas pelo Juiz, a despeito do viés probatório, não tem função precípua de estancar a atividade organizada ilícita? O esquema de proteção urgente montado pela lei de violência doméstica tem outro emprego que não seja interromper e impedir a prática de crimes? Para que serve o afastamento do agressor do lar conjugal? Qual o serviço oferecido ao processo pela proibição de determinadas condutas, como aproximação e contato com a ofendida?

Certas providências cautelares nada têm a ver com o processo em si mesmo; vão além dele, para embargar a ação criminosa, procurando realizar os fins materiais da sanção penal de tornar invioláveis os bens mais relevantes da vida social.

Como não é possível ao legislador prever em abstrato o antídoto para todas as situações de violência que se alongam no tempo, de forma habitual, continuada ou permanente, ou aquelas prestes a ocorrer, é forçoso reconhecer o poder que o ordenamento jurídico confere ao Juiz Penal de adotar providências para extinguir uma ação criminosa, já que, por vezes, mostram-se insuficientes o ajuizamento da denúncia e, até mesmo, a prisão processual do acusado, quando não exagerada.

A negação de tal providência no próprio âmbito penal é acintosa, pois o criminoso diria: *pratiquei o crime, continuo o praticando, mas Vossa Excelência, Juiz Criminal, embora possa me prender, desde que concorram os requisitos legais, não pode fazer cessar minha atividade delituosa, o que constitui rematado disparate.*

Imaginemos um crime previsto na lei de parcelamento do solo urbano¹⁵, onde o sujeito ativo efetua loteamento ou desmembramento do solo, sem autorização do órgão público competente ou em desacordo com as prescrições legais. Poderá o Juiz Criminal, ao abrigo desta tese e mediante requerimento do Ministério Público, adotar uma medida cautelar inespecífica e expedir uma ordem ao agente, determinando a imediata suspensão do projeto e, não só ao agente, como ao Município e ao Oficial do Registro Imobiliário, no sentido de não efetivarem os atos necessários a negociação dos lotes.

Nos crimes contra ordem econômica relacionados a combustíveis¹⁶, quando o agente adquire, distribui ou revende derivados de petróleo, gás natural, álcool etílico carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com a legislação específica, poderá o Juiz Criminal, da mesma forma, mediante requerimento do Ministério Público, conceder uma cautelar inominada,

14. Art. 240, §1, g do CPP.

15. Lei 6766/79.

16. Lei 8176/91.

determinando ao distribuidor original do produto que se abstenha de comercializar com o infrator.

Em alguns crimes contra o consumidor, *v. g.*, omissão de dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos nas embalagens, publicidade enganosa ou abusiva ou que induza em erro¹⁷, venda de mercadorias com embalagem, tipo e composição em desacordo com as normas, fraude de preços mediante distorção do produto¹⁸, dentre outros, poderá o Juiz Penal determinar a própria retirada do produto de circulação.

Em licitações e contratos administrativos, às vezes, não é o agente político, mas o próprio licitante que incorre em crime de fraude ao procedimento e à concorrência, obtendo vantagem ilícita, quando o Juiz poderá preventivamente sustar o certame ou os benefícios vindouros da contratação irregular¹⁹.

O Código de Trânsito incrimina diversos comportamentos perigosos que recomendam a cautela de se suspender a habilitação para dirigir veículos, medida esta, aliás, prevista, como pena, no preceito secundário de alguns tipos penais, o que não impede o seu deferimento ainda no curso da ação²⁰.

De nada adianta também promover a responsabilização penal por contravenção de exercício ilegal da profissão ou atividade econômica se não se dispuser de meios para impedir sua continuação, pois, em muitos casos, a proibição de exercê-las advém de causas supervenientes, podendo o Juiz Criminal determinar provisoriamente, no curso da ação, a suspensão da inscrição no órgão de registro profissional competente, permitindo que eventuais contratantes tomem conhecimento da irregularidade e adotem suas precauções.

O furto de energia elétrica ou de água, dentre outros bens equiparados, constitui outro exemplo de ineficiência da jurisdição penal, caso não possa o Juiz determinar, se já não tenham feito, que funcionários das concessionárias procedam ao desligamento da rede clandestina.

Manter casa de prostituição é outro crime previsto no Código Penal cujas medidas cautelares típicas, como prisão preventiva e busca e apreensão, raramente se prestam a neutralizar a atividade habitual ilícita, de modo a fazer

17.Arts. 63,66,67 e 68 da Lei 8078/90.

18.Arts. 7º, I e IV da Lei 8137/90

19. *v.g.* Arts. 90, 91, 93 e 95 da Lei 8666/93

20. Neste caso, o artigo 294 do Código de Trânsito prevê expressamente 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.

com que as Instituições percam a credibilidade perante a comunidade local, ensejando providência geral consistente em uma ordem judicial de não fazer, destinada ao réu, ao lado da execução do lacre e do fechamento físico do estabelecimento comercial sem o concurso da vontade daquele.

No campo da execução penal, há muito, a Jurisprudência reconhece a possibilidade de o Juiz conceder a regressão cautelar para regime de cumprimento de pena mais rigoroso em caso de falta grave do preso, independentemente do contraditório previsto na lei, o fazendo sempre com base no poder geral de cautela e no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional²¹.

Não poderíamos deixar de citar a hipótese de servidores públicos, civis ou militares, que praticam crimes contra a Administração Pública, os quais podem ser afastados, preventivamente, de suas funções por ordem do Juiz competente para conhecer e julgar a ação penal, rompendo o ciclo criminoso²².

Com alguma controvérsia, a Jurisprudência vem majoritariamente admitindo o afastamento cautelar de servidor público do cargo quando responde por crimes funcionais, já tendo o Superior Tribunal de Justiça decidido que “os elementos colhidos no inquérito e narrados na denúncia demonstram a existência de fortes indícios das condutas delituosas, irrogando aos acusados os crimes descritos nos artigos 317, §1º e 332, p. único, do Código Penal. A gravidade dos fatos justifica o afastamento do exercício das funções do seu cargo, sem prejuízo da remuneração e vantagens, até o julgamento definitivo (Precedentes APN 244/DF, Inq. 323/PE, Inq.300/SP, Inq. 231/SP, APN 306-DF)”²³ e que “o afastamento do servidor, em face de denúncia em ação penal pela prática de crime contra a Administração Pública, não se reveste de ilegalidade, visando apenas, no interesse da Administração, retirar o funcionário de seu local de trabalho, evitando óbices a apuração da falta ou do delito”²⁴.

Com certa freqüência, o poder cautelar penal é enfocado, às avessas, sob o prisma da contra-cautela em caso de concessão de liberdade provisória, fixando-se medidas não previstas em lei, na forma proposta acima, quando, no fundo, se cuida propriamente de uma decisão cautelar autônoma em relação àquela que a originou.

21. TJRJ - 1ª CCrim, HC julgado em 09/11/2009, Des. Antonio Jayme Boente; 4ª CCrim, AgE julgado em 22/09/2009, Des. Guaraci Vianna; 6ª CCrim, AgE julgado em 15/09/2009, Des. Antonio Carlos Amado, dentre outros precedentes.

22. O artigo 56, § 1º da Lei Antitóxicos estabelece que “tratando-se de condutas tipificadas como infração do disposto nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando ao órgão respectivo”.

23. Ação penal n. 2001/0006580-5, Min. Rel José Arnaldo da Fonseca, DJ 15/08/2005.

24. 2ª Turma, julgado em 03/11/1993, Min. Rel. Hélio Mosimann, DJ 29/11/1993, p. 25864.

Nesse sentido, já assentou o Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de prisão em flagrante, a possibilidade de concessão da liberdade provisória, mediante imposição de “medidas cautelares condicionantes à revogação da custódia antecipada, com base no poder cautelar geral do magistrado, no artigo 798 do CPC e 3º do CPP, desde que observados critérios de proporcionalidade e razoabilidade” e, muitas vezes, mesmo antes da Lei 11.719/08, que alterou o Código de Processo Penal, a Justiça Federal de modo geral vinha admitindo a retenção de passaporte como medida “de cautela mínima” alternativa à prisão, “desde que fundamentada e em conformidade com o artigo 312 do CPP”²⁵, se bem que, nesse caso, a medida ostentaria o traço da instrumentalidade própria das cautelares, servindo de garantia ao processo.

A nosso ver, o parágrafo único do artigo 387 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11719/08, de forma assistemática e não proposital, acabou por consagrar o poder geral de cautela penal, entregando não apenas o arco da contra-cautela, mas, antes, como uma alternativa, depositou outra ferramenta independente, a própria flecha, nas mãos do Juiz²⁶.

Assim, o anteprojeto de Código, se tem o mérito de regular a matéria de forma sistemática, ao proscrever peremptoriamente a concessão de medidas cautelares não expressas, dá um passo terrível para trás, impõe um retrocesso prejudicial e entra em rota de colisão com os anseios sociais de combate ao crime, tornando-se indispensável uma nova reflexão sobre o assunto, que é grave e precisa de outra conclusão.

Evidentemente, essa poderosa arma processual de luta contra o crime deve ser utilizada pelo Juiz com prudência, discernimento e razoabilidade, submetendo-se à comprovação fundamentada dos pressupostos das cautelares em geral.

25. TRF 3ª Região, HC - 37225, 1ª turma, 01/09/2009, DJF3 CJ1,16/09/2009, p. 77; TRF 4ª Região, HC, 7ª turma, julgado em 11/11/2003, DJ 26/11/2003, p. 751; TRF 3ª Região, HC - 28333, 1ª Turma, 16/12/2008, DJF3, 12/01/2009, p. 119, *verbis*: “2. A jurisprudência vinha localizando no âmbito da cautelaridade processual penal a medida de retenção de passaporte. Precedentes do STJ, STF e desta 1ª Turma. 3. Após a reforma pontual do Código de Processo Penal, especialmente através da Lei nº 11.719/2008, tornou-se possível juízo discricionário do magistrado para o fim de, conforme a singularidade dos casos, deixar de decretar prisão cautelar (preventiva, na sentença condenatória e na decisão de pronúncia) e impor providência acautelatória substitutiva, que na compreensão do juiz seja suficiente para assegurar a ordem pública e econômica, a aplicação da lei penal e a regularidade da instrução; trata-se de inteligência do § único do artigo 387 do Código de Processo Penal cujo discurso (o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta) se estende às demais modalidades de prisão cautelar posto que, no fundo, todas elas (à exceção da prisão temporária) devem obedecer uma ordenação comum (artigo 312)”

26. “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”

O *fumus comissi delicti* assume papel de especial relevância, consubstanciado em provas mínimas atinentes a existência de um fato típico, ilícito e culpável e em indícios suficientes de autoria, entrevisto, enfim, na probabilidade de condenação do réu, enquanto o *periculum in mora* quase decorre do primeiro, pois, uma vez demonstrado o *fumus* de uma situação criminosa habitual, continuada ou permanente, o perigo aparece como as plantas de um jardim bem irrigado, podendo ser visto na cláusula legal de garantia da ordem pública.

Ademais, é preciso que se verifique *in concreto* a possibilidade de sua efetivação, a fim de evitar provimentos inúteis, na certeza de que a decisão judicial, como todo e qualquer ato jurídico, deve possuir um objeto, além de lícito e moral, possível e determinado, ou seja, realizável no plano fático. O conteúdo das cautelares inominadas penais, como no cível, há de ser materializado em ordens judiciais de fazer ou não fazer, em autorização, vedação ou abstenção da prática de determinados atos.

Por importar restrição a esfera de liberdade do indivíduo, embora não ambulatorial, a observância do devido processo legal e do contraditório, como a fivela em um cinto de segurança, se faz imperiosa. A hetero-integração normativa, entretanto, somente tem cabimento, por óbvio, na ausência de disciplina jurídica no repositório próprio, motivo pelo qual tais garantias devem seguir o rito previsto no Código de Processo Penal para as medidas assecuratórias.

Nesse sentido, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar a medida, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa e, autuada em apartado, admitirá embargos defensivos pelo acusado ou por terceiro. A providência judicial será levantada, devendo ser totalmente desfeita, se a ação não for intentada no prazo de 60 (sessenta) dias ou se for extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença transitada em julgado²⁷.

O mundo não é eterno, tudo tem o seu prazo, e a restrição decorrente da prevenção inespecífica não pode fugir a esta regra. Havendo condenação, a lei não estabelece claramente um termo final, nem mesmo para algumas providências típicas, como a proibição de contato ou de aproximar-se da ofendida, de afastamento do lar, dentre outras, as quais também não podem ser intermináveis.

Porque a medida cautelar penal tem por fundamento e objetivo realizar os fins materiais da sanção, não podendo ser eterna, não há outra solução senão enxergar o limite de sua duração, para além do processo condenatório, no término da execução da pena, seja ela privativa de liberdade, seja ela restritiva de direitos.

27. CPP, Título VI, Capítulo VI

Em suma, é forçoso concluir que: 1) o ordenamento jurídico concede ao Juiz Criminal o poder geral de cautela como decorrência do exercício eficiente da Jurisdição; 2) o poder geral de cautela pode servir para interdição de atividades delituosas, habituais, permanentes ou continuadas; 3) o fundamento de tal atuação judicial apoia-se no objetivo maior do Direito Penal material; 4) as medidas, baseadas nos pressupostos das cautelares em geral, devem observar critérios de razoabilidade, tendo por conteúdo material ordens de fazer ou não fazer, autorização, vedação ou abstenção de atos determinados; e 5) o rito deve seguir a disciplina das medidas assecuratórias prevista no CPP.

III - Do requerimento

Por todas estas razões, assaz comprovados os pressupostos do *fumus bonis juris* referente a uma atividade criminosa continuada e o *periculum in mora*, requer o Ministério Público a concessão de medida cautelar para determinar ao réu que se abstenha de promover qualquer evento, festa ou baile no estabelecimento comercial denominado Beer House, sob pena de multa, além de desobediência e outras providências.

São Pedro da Aldeia, 21 de junho de 2010.

Tulio Caiban Bruno

Promotor de Justiça