

Rodrigo Capez: No processo penal não existe o poder geral de cautela

No processo civil, em face da impossibilidade de o legislador antever todas as situações de risco, outorga-se expressamente ao juiz o poder de conceder a tutela de urgência que reputar mais apropriada ao caso concreto, ainda que não prevista em lei. [1]

Trata-se do chamado poder geral de cautela, anteriormente previsto no artigo 798 do revogado Código de Processo Civil, que admitia a concessão de medidas cautelares atípicas ou inominadas, e agora contemplado como poder geral de editar tutelas provisórias, de urgência ou de evidência, no atual Código de Processo Civil (artigo 297).

Assentada a premissa de que o processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal (artigo 5º, LIV, CF), exige-se a observância da legalidade estrita e da tipicidade processual para qualquer restrição ao direito de liberdade. [2]

O princípio da legalidade incide no processo penal, enquanto “legalidade da repressão”, como exigência de tipicidade (*nulla coactio sine lege*) das medidas cautelares, [3] a implicar o princípio da taxatividade: medidas cautelares pessoais são apenas aquelas legalmente previstas e nas hipóteses estritas que a lei autoriza. [4]

O juiz, no processo penal, está rigorosamente vinculado às previsões legislativas, razão por que somente pode decretar as medidas coercitivas previstas em lei e nas condições por ela estabelecidas, não se admitindo medidas cautelares atípicas (isto é, não previstas em lei) nem o recurso à analogia com o processo civil. [5]

No processo penal, portanto, não existe o poder geral de cautela. [6]

Nem se invoque a proporcionalidade para legitimar a adoção de medida cautelar atípica, ainda que a pretexto de ser mais favorável ao imputado.

Para Vittorio Grevi, é indubitável o significado garantístico do princípio da legalidade, sob o perfil da taxatividade, por vincular rigorosamente às previsões legislativas o exercício da “discrecionarietà” do juiz em matéria de limitação da liberdade da pessoa. [7]

Como aduz Willis Santiago Guerra Filho, a preservação de direitos fundamentais constitui a essência e a destinação da proporcionalidade. [8]

A proporcionalidade, portanto, é um anteparo destinado à proteção de direitos fundamentais, [9] e não uma válvula ajustável ao talante do intérprete para justificar suas violações. A proporcionalidade não pode ser transformada em “gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional”. [10]

A propósito, Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano adverte que, no processo penal, a ponderação dos interesses em conflito não pode conduzir à quebra do princípio da legalidade, de modo que, por mais relevantes que sejam os interesses estatais, não encontra justificação a adoção de medidas legalmente inadmissíveis, ainda que o puro contrapeso dos valores envolvidos no caso concreto aconselhe ignorar o

interesse individual em benefício da comunidade. [\[11\]](#)

O crime de coação no curso do processo é um exemplo emblemático. [\[12\]](#)

Em razão da pena máxima a ele cominada não exceder a quatro anos, é vedada a decretação da prisão preventiva (artigo 313, I, CPP), que, originariamente, [\[13\]](#) somente será admitida se o imputado for reincidente em crime doloso (artigo 313, II, CPP) ou se houver dúvida a respeito da identidade civil do imputado ou se ele não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (artigo 313, parágrafo único, CPP). Logo, se o autor da coação no curso do processo for primário, o juiz somente poderá impor-lhe medidas cautelares diversas da prisão, reservando-se a prisão preventiva, tão somente, para a hipótese de seu descumprimento. [\[14\]](#)

Diante do princípio da legalidade estrita, não cabe argumentar, para contornar a expressa vedação legal à prisão preventiva originária, com a proporcionalidade e com o interesse público, a pretexto de que “o legislador esqueceu-se do tipo previsto no artigo 344 do Código Penal, quando insculpiu a regra limitativa do artigo 313, I, do CPP” e das “severas consequências, frequentemente irreversíveis, que podem advir da conduta daquele que intimida testemunhas no curso de um processo criminal”. [\[15\]](#)

Não há como, repita-se, placitar esse entendimento, uma vez que, em sede de medidas cautelares pessoais, o exercício do poder jurisdicional está estritamente vinculado ao princípio da legalidade, e a ponderação dos supostos interesses em conflito não pode levar à quebra desse princípio.

Se o crime de coação no curso do processo “envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência”, a prisão preventiva também não poderá ser decretada de forma originária, mas sim de forma substitutiva à medida protetiva de urgência imposta, para garantir a sua execução (artigo 313, III, CPP). É o caso do agente que, proibido de se aproximar e de manter contato com a vítima (artigo 22, III, “a” e “b”, da Lei 11.340/06), usa de violência ou grave ameaça para compeli-la a não comparecer à audiência de instrução designada.

Em suma, as medidas cautelares limitadoras da liberdade reduzem-se um número fechado de hipóteses, “sem espaço para aplicações analógicas ou outras intervenções (mais ou menos criativas)” do juiz, ainda que a pretexto de favorecer o imputado. [\[16\]](#) Trata-se de uma enumeração exaustiva (*numerus clausus*), e não de uma lista aberta, meramente exemplificativa (*numerus apertus*).

No contexto do princípio da legalidade, insere-se a questão da condução coercitiva de investigado para prestar depoimento em inquérito policial, objeto, no Supremo Tribunal Federal, da ADPF 395, relator o ministro Gilmar Mendes, ainda não julgada.

Nos termos do artigo 260 do Código de Processo Penal, “se o acusado não atender a intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”.

Analogamente, os artigos 201, § 1º, e 218 do Código de Processo Penal estabelecem que, se o ofendido ou a testemunha, regularmente intimados, deixarem de comparecer sem motivo justificado a ato designado para sua inquirição, o juiz poderá determinar sua condução coercitiva.

Como se observa, a *ratio* da condução coercitiva é a recalcitrância do imputado, do ofendido ou da testemunha em atender ao comando da autoridade.

Ocorre que, mesmo quando não configurada a prévia recalcitrância, tornou-se usual a determinação judicial de imediata condução coercitiva de investigado à repartição policial, a pretexto de momentâneo perigo à produção de provas, notadamente quando se cumprem simultaneamente outros mandados de prisão e de busca e apreensão. Invoca-se ainda, a necessidade de se evitar que os vários investigados combinem versões entre si.

Essa medida não tem justificação constitucional, haja vista que o imputado tem o direito de permanecer em silêncio. Qual a razão para conduzi-lo coercitivamente para prestar depoimento, se ele goza do privilégio contra a autoincriminação?

Não bastasse isso, excluída a hipótese de recalcitrância em atender ao chamamento de autoridade, não existe previsão legal para a condução coercitiva, ainda que fundada em suposto perigo para a investigação, sendo vedada, como já exposto, a invocação do poder geral de cautela.

Dessa feita, ausentes os requisitos da custódia cautelar, não se pode impor ao investigado a condução coercitiva, ao arrepio do artigo 260 do Código de Processo Penal e do princípio da taxatividade, ao argumento de que se trataria de uma medida mais benéfica que a prisão temporária ou preventiva.

Mais uma vez, não há espaço para aplicações analógicas, ainda que a pretexto de favorecer o imputado.

Finalmente, o princípio da taxatividade (*numerus clausus*) não se resume às espécies de medidas cautelares legalmente previstas. O próprio rol de exigências cautelares também é taxativo, e não se permite ao juiz justificar a aplicação de uma medida cautelar típica com base em requisitos não previstos em lei. [17]

¹ As considerações a seguir constituem excerto de trabalho do autor, com acréscimos para o presente artigo. CAPEZ, Rodrigo. *A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro*. São Paulo, 2015. dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de São Paulo.

² ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 315-316.

³ SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 69.

⁴ GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs)._____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp.395-396. TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 420. CARO, Agostino de. *Trattato di procedura penale*.

In SCALFATI, Adolfo (org.). Turim : UTET Giuridica, 2008, p. 35, Vol. 2. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 708.

5 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 782. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, pp. 759-761.

6 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 57. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 759-761. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 781-782. GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. In BIANCHINI, Alice et al; GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan (coords). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46. Em sentido contrário, admitindo o poder geral de cautela para medidas cautelares pessoais, desde que diversas da prisão: LIMA, Marcellus Polastri e. *Curso de processo penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, pp. 568-574.

7 GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs)._____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp. 395-396.

8 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 265.

9 ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Medidas cautelares pessoais no processo penal. 1º e 2º sem. de 2012. Notas de aula da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Anotações pessoais.

10 HC nº 95.009/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 19/12/08.

11 GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, pp. 69 e 231. Esse autor critica, veementemente, a possibilidade de, mediante um contrapeso supralegal de valores, desligado das garantias estabelecidas por lei, adotarem-se medidas legalmente inadmissíveis, quando concorrerem importantes interesses do Estado. “Em nosso juízo, se se aceita o contrapeso ‘supralegal’ de valores para justificar o descumprimento da lei, em prejuízo do grau de proteção dos direitos individuais estabelecido, abre-se uma brecha no princípio da legalidade e se atribui ao princípio da proporcionalidade uma função pervertida que, longe de favorecer os direitos fundamentais do cidadão, fazem com que o princípio perca sua finalidade de limite das restrições, permitindo-se, com isso, ao Estado mascarar, com argumentos pseudojurídicos, atuações arbitrárias” (*Op. cit.*, p. 71).

[12](#) Art. 344 do Código Penal: “Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, e multa, além da pena correspondente à violência”.

[13](#) Se ao autor da coação no curso do processo tiver sido imposta medida cautelar diversa da prisão, o seu descumprimento poderá ensejar a decretação da prisão preventiva (art. 312, parágrafo único, CPP). Mas não se tratará de prisão preventiva *originariamente* decretada, mas de prisão substitutiva de outra medida cautelar, em razão do seu descumprimento.

[14](#) Nesse sentido, SILVA, Marco Antônio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 493-494.

[15](#) Nesse sentido, Cláudio do Prado Amaral e Sebastião Sérgio da Silveira, que ainda indagam: “Alguém preferirá aplicar medidas não privativas de liberdade sobre indivíduo que vem descarada e agudamente ameaçando testemunhas em um processo crime?”. (AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. *Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal*: as reformas introduzidas pela Lei nº 11.403/11 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012, pp. 99-100). A nosso ver, não se trata, todavia, de uma mera questão de preferência por parte do juiz, mas sim de estrita observância do princípio da legalidade.

[16](#) CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale* – profilo istituzionale. 5ª ed. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 717. Contra: CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar*: dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp.178-181. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 79-84. Antes da Lei nº 12.403/11, havia decisões judiciais que, sem previsão legal, ao arrepio do princípio da taxatividade e a pretexto do exercício de um poder geral de cautela, impunham o recolhimento do passaporte do imputado como *conditio sine qua non* para a concessão ou manutenção da liberdade provisória, sob o falacioso argumento, nas palavras de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, de que, com essa medida cautelar atípica, buscava-se beneficiar o imputado, evitando-se a sua prisão. Ocorre que as alternativas de então eram somente prisão cautelar ou liberdade provisória, no caso de flagrante legítimo. Logo, ausentes os pressupostos ou requisitos da custódia cautelar, se o agente houvesse sido preso em flagrante, teria direito à liberdade provisória, e se não houvesse flagrante, seria vedada a decretação da prisão preventiva. Em ambos os casos, a consequência deveria ser a liberdade (provisória, no primeiro caso, e plena, no segundo), sem o ônus da entrega do passaporte. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 760).

[17](#) TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 418.

Date Created

06/03/2017