

## As cautelares e as medidas por prognose e por retrospecção

As medidas cautelares no Direito Processual Penal, destinadas a assegurar a eficácia da persecução penal (investigação policial e processo judicial), são comumente classificadas como: a) pessoais; b) probatórias; ou c) patrimoniais. No caso das pessoais, o cerceamento cautelar causa restrições a liberdades pessoais do investigado (como direito de ir e vir e liberdade profissional), obstaculizando o perigo à ordem pública, instrução criminal e aplicação da lei penal. Já as probatórias visam a identificar fontes de prova e obter meios de prova, assegurando sua utilização no inquérito e no processo e evitando seu perecimento. Por fim, as patrimoniais, também conhecidas como medidas assecuratórias, almejam capturar valores correspondentes ao produto ou proveito da infração penal, garantindo o ressarcimento avor do Estado.



**Adriano Sousa Costa**  
Delegado da Polícia Civil de GO

Todavia, essa classificação não é suficiente para compreender todas as

nuances da investigação e do processo criminal, principalmente quando da análise do novo vetor cautelar da contemporaneidade. Por essa razão, propomos mais uma categorização das medidas cautelares: a) por prognose; b) por retrospecção.

Essa novel classificação é essencial para o entendimento do impacto da contemporaneidade enquanto requisito das medidas cautelares, reconhecido pela jurisprudência dos tribunais superiores e recentemente positivado na legislação (artigos 312, §2º, e 315, §1º, do CPP) por força do pacote "anticrime" (Lei 13.964/19).

Nas cautelares por retrospecção, a medida busca alcançar exclusivamente informações acerca do passado do suspeito, sem tangenciar relações fático-jurídicas atuais. Ou seja, não há coleta de elementos sobre os fatos que estão ocorrendo atualmente (em tempo real); a medida se consubstancia no acesso a dados pretéritos, dali para trás.

Spacca



**Henrique Hoffmann**  
Delegado da Polícia Civil do PR

As medidas cautelares retrospectivas são eminentemente probatórias

(embora nem toda medida cautelar probatória seja retrospectiva). Já as restrições assecuratórias e pessoais almejam impor limitações relativas ao momento atual em diante, possuindo operacionalização do presente para o futuro, o que as categoriza, prevalentemente, como medidas por prognose.

A título de exemplo, o afastamento de sigilo de dados telefônicos (histórico de chamadas) ou de dados bancários do investigado, quando relativos ao passado, ocasionam a relativização do segredo retroativamente, quanto a transações bancárias e ligações telefônicas já realizadas.

De outro lado, temos as medidas cautelares por prognose. Essas podem ser também probatórias, além de pessoais e patrimoniais. A captura de elementos por meio da cautelar prognóstica é de agora para frente, do presente para o futuro. Os efeitos são *ex nunc*.

Amostras desta categoria são a interceptação telefônica, que devassa as ligações a partir dali; as prisões e as medidas cautelares diversas da prisão, as quais geram restrições à liberdade da pessoa investigada daquele momento em diante; e o sequestro de bens, que gera o bloqueio dos valores desde a sua implementação.

Feitas essas considerações, é oportuno registrar também que, como corolário da contemporaneidade (requisito das medidas cautelares), a justificativa para a decretação da medida se verifica no momento em que surge sua necessidade para a persecução penal, e não inevitavelmente no instante de consumação do crime objeto da apuração. Em outras palavras, a cautelar deve ser contemporânea aos riscos que pretende evitar, e não à infração penal em si [\[1\]](#). O fato de o crime ter se consumado no passado não prejudica obrigatoriamente o interesse atual na intervenção em objetos, valores ou pessoas. O que importa é que o *periculum (in mora ou libertatis)* seja evidenciado em observância a essa regra de atualidade.

Exemplo que pode ser dado é um delito acontecido há dez anos, em relação ao qual o suspeito esteja só agora ameaçando vítimas e testemunhas. A atualidade da necessidade de preservar a higidez da instrução probatória é manifesta, ainda que o delito em si já esteja distante no calendário.



Situações examinadas pela jurisprudência em que a medida cautelar também será necessária, ainda que considerável lapso temporal tenha decorrido da execução do crime, ocorrem quando a) a natureza do delito indicar a alta possibilidade de recidiva, ou existirem indícios de que persistem; b) atos de desdobramento da cadeia delitiva (como a destruição de provas documentais de crime de falso); c) repetição de atos habituais (a exemplo do exercício ilegal da medicina); ou d) continuidade do ilícito penal no tempo (assim como no pertencimento a associação ou organização criminosa) [2].

Nesse panorama, não se deve confundir o instante do cometimento do crime com o momento em que surge o risco para a higidez da persecução penal — esse perigo pode perfeitamente se manifestar somente depois do decurso de tempo considerável. Em outros termos, a circunstância de o delito ter sido praticado há muito tempo não significa automática falta de risco à eficácia da persecução penal, não gerando, portanto, inevitável ausência de contemporaneidade.

Em que pese o STJ falar em *mitigação da contemporaneidade*, na verdade esse requisito não está sendo relativizado. Continua sendo exigida a presença de perigo atual; a peculiaridade dos casos é que apesar de existir um delito no passado, continua gerando efeitos relevantes atuais, o que é a própria essência da contemporaneidade. Ou seja, tais situações não são exceções à contemporaneidade, mas sim situações em que o crime no passado não impede o reconhecimento de elementos atuais autorizadores da decretação da cautelar.

O caso da busca e apreensão domiciliar se insere nesse contexto. Cuida-se de diligência prospectiva, pois coleta objetos armazenados no tempo atual, ainda que tenham sido inseridos no local em tempo pretérito. Isto é, sua existência física se prolonga no tempo (como uma arma enterrada, um projétil encravado na parede ou um cadáver enterrado). Diferentemente de relações fático-jurídicas ocorridas e encerradas no passado, em relação às quais ainda existam registros (como uma transação bancária ou uma ligação telefônica pretéritas), o que caracterizaria uma medida por retrocessão.

Pois bem, quanto à busca e apreensão domiciliar, o fato de o STJ ter afirmado [3] que não depende de contemporaneidade não significa que o Tribunal a Cidadania tenha liberado a decretação dessa cautelar por prognose indiscriminadamente. Afinal, disse que demanda “*extensos motivos aptos a ensejar a medida, (...) fundamentação idônea (...) da necessidade de tal diligência, (...) concreta fundamentação*”. Como se nota, todos concordamos que é imprescindível motivação concreta e real (e não meramente abstrata e hipotética) sobre a possibilidade de encontrar vestígio na residência.

Apesar de o momento da consumação do crime poder ser irrelevante na análise da contemporaneidade, é preciso lembrar que eventualmente a natureza do crime ou sua sanção penal podem constituir óbices legais para a decretação de algumas medidas. Por exemplo, não cabe interceptação telefônica em crime sujeito a detenção (artigo 2º, III, da Lei 9.296/96), medida cautelar pessoal em face de infração que não comina pena privativa de liberdade (artigo 283, §1º, do CPP) e fiança na delegacia quanto ao delito de descumprimento de medida protetiva de urgência (artigo 24-A, §2º, da Lei 11.340/06).



Colocados esses argumentos, é importante sublinhar que a limitação decorrente da contemporaneidade só faz sentido quanto às medidas cautelares por prospecção e, inclusive por isso, o requisito foi estampado no CPP na seção de uma cautelar pessoal (prisão preventiva).

Conquanto pareça que o requisito da contemporaneidade se aplique somente à prisão preventiva, em verdade deve incidir para todas as cautelares por prognose. A posição topográfica dessas regras (artigos 312, §2º, e 315, §1º, do CPP — capítulo que trata da prisão preventiva) não impede que haja aplicação analógica às outras medidas cautelares prognósticas (cautelares diversas da prisão e cautelares patrimoniais), em homenagem ao artigo 3º do CPP. Vale pontuar que, conquanto o artigo 315, §1º do CPP mencione prisão preventiva *ou qualquer outra cautelar*, a localização da regra sinaliza sua aplicação para a prisão preventiva e outras cautelares igualmente pessoais (como as estampadas nos capítulos seguintes), sendo preciso a analogia para sua incidência às cautelares de outra natureza (probatórias e patrimoniais).

Em adição, não só a liberdade e o patrimônio podem ser restringidos antes do trânsito em julgado se houver risco atual à persecução penal. De igual forma, o atingimento de direitos pelo Estado na produção de provas só se justifica, em algumas situações, se demonstrada a cautelaridade contemporânea.

A exigência de contemporaneidade para as cautelares probatórias ocorrerá quando se tratarem de cautelares por prospecção, isto é, mitigarem direitos de agora para frente, do presente para o futuro. A título exemplificativo, só tem lógica grampear hoje o telefone do investigado (atingindo sua privacidade) e passar a ouvir suas conversas atuais se hodierno for o risco de perecimento de prova sobre o fato pretérito em apuração.

Medidas nitidamente exploratórias dependem de necessidade atual. A defesa desse requisito não tem o desiderato de inviabilizar investigação alguma, senão impedir que o Estado viole direitos na expectativa de coletar elementos por golpes de sorte. Dito de outro modo, algo relevante para a persecução penal tem que acontecer (ou poder acontecer, segundo justa expectativa motivada) em tempo real para que se legitime uma medida cautelar prospectiva. Essa é a essência da contemporaneidade cautelar. Nesse sentido, essa baliza não traz nenhum prejuízo para a apuração regularmente conduzida, impedindo apenas a investigação meramente estocástica e especulativa.

Essa limitação se compatibiliza perfeitamente aos ditames da teoria da perda de chance probatória, porquanto o Estado precisa ser estimulado a só restringir bens jurídicos dos imputados se o fizer de forma tempestiva.

Lado outro, em se tratando de cautelares probatórias por retrospecção, ou seja, com implementação do presente para o passado, a contemporaneidade sai de cena. Somente informações pretéritas e já produzidas serão coletadas, o que explica requisito mais brando para a providência. Acessar dados antigos e já armazenados traduz diligência menos invasiva do que devassar informações em tempo real sobre alguém.

Entretanto, o fato de as cautelares probatórias retrospectivas não exigirem contemporaneidade não significa que possam ser impostas sem critério. A coleta de elementos de convicção pretéritos só se justifica se imprescindível para a suficiente instrução da persecução. Não se devem realizar atos estatais



---

invasivos contra o imputado por mera curiosidade, sem que haja real necessidade para a persecução na busca da verdade.

De mais a mais, não obstante a contemporaneidade não se aplicar a todas as cautelares, a limitação decorrente do princípio da razoável duração da investigação e do processo (artigo 5º, LXXVIII, e artigo 1º, III, da CF) [4] reverbera em todas as cautelares, sem exceção. Isso significa que mesmo as cautelares por retrospectação só podem ser manejadas numa persecução criminal que não se prolongue indefinidamente, sob pena não só de trancamento de toda a persecução, mas inclusive de incidência de crime de abuso de autoridade (artigo 31 da Lei 13.869/19) se presente o elemento subjetivo especial. A transitoriedade da persecução impede que a apuração do fato se transmude para a investigação da pessoa, flertando com uma pescaria probatória (*fishing expedition*) inaceitável no Direito Processual Penal moderno.

[1] STF, HC 158.262 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJ 26/10/2018.

[2] STJ, HC 496.533, rel. min. Rogério Schietti Cruz, DJe 18/6/2019.

[3] STJ, AgRg no HC 678994, Rel. Min. Jesuíno Rissato, DJ 28/09/2021.

[4] STF, Inq 4420, rel. min. Gilmar Mendes, DJ 21/8/2018; STJ, HC 480.079, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJ 16/4/2019.

#### **Date Created**

25/01/2022