PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Jéssica Maria Gonçalves da Silva

**A TEORIA DA CAUTELARIDADE PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Belo Horizonte

2012

Jéssica Maria Gonçalves da Silva

**A TEORIA DA CAUTELARIDADE PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques

Belo Horizonte

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M586t

Silva, Jéssica Maria Gonçalves da
A teoria da cautelaridade penal no estado democrático de direito / Jéssica
Maria Gonçalves da Silva. Belo Horizonte, 2012.
89f. .

Orientador: Leonardo Augusto Marinho Marques
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Processo cautelar. 2. Estado democrático de direito. 3. Processo penal. 4.
Legitimidade (Direito). I. Marques, Leonardo Augusto Marinho. II. Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.
III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.919.6

Jéssica Maria Gonçalves da Silva

**A TEORIA DA CAUTELARIDADE PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques

Leonardo Augusto Marinho Marques (orientador) – PUC MINAS

Flaviane de Magalhães Barros – PUC MINAS

Nereu José Giacomolli - PUC RS

Belo Horizonte, 3 de maio de 2012.

À pequena Sofia Maria, razão do meu afeto.

*A Paulo César Siqueira Gazire, e a suas mais
variadas facetas, pelas indispensáveis interlocuções.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, e a todas as denominações que essa palavra possa receber, por ter me concedido a capacidade de viver, sentir e sofrer a grande experiência da vida.

Aos meus pais, Bete e Ulisses, exemplos de fé e determinação, que com seu apoio e amor sempre incondicional, me proporcionaram, sem medir esforços para isso, a melhor criação e educação que um filho pode ter.

A minha irmã Erika, companheira e amiga de todas as horas, que me encorajou mais do que possa imaginar, ao me ensinar que a beleza da vida está no recomeçar.

A meu irmão e colega Bruno Cesar, verdadeiro arquiteto desse projeto.

Aos meus padrinhos Marli Rosália e Antônio Carlos, que sempre dedicaram o genuíno amor paternal a mim e a minha família.

Aos irmãos – não de sangue, mas de coração - que adquiri ao longo da vida, André Cristiano dos Santos e Leciany Ionara Oliveira, por terem complementado o meu sentido de família.

Ao meu orientador Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques, cuja serenidade e dedicação me servem de exemplo. Devo esse trabalho a essa figura que soube não só conduzir de forma brilhante a sua função de orientador, mas também demonstrou toda a humanidade necessária para potencializar a minha pesquisa.

Ao Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal, por ter despertado em mim a busca incessante e interminável pela pesquisa científica da instituição do processo.

Aos grandes amigos que fiz ao longo do curso de Mestrado em Direito Processual na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em especial a Thiago Carvalho e Talita Viza.

A todos os meus amigos queridos – que ao longo dos anos adquiriram as divertidas alcunhas de *Galoucura* e *Negada* – que souberam compreender a minha ausência e meus questionamentos, encorajando-me sempre mais. De forma especial, agradeço à Danielle Nunes, Daniel Rezende e Erika Luiza Dias.

A todo o corpo docente da Faculdade Estácio de Sá, e as grandes amizades que lá conquistei, pelos constantes diálogos e trocas de conhecimentos que pudemos fazer nos últimos 4 anos.

À Associação Cultural São Miguel Arcanjo, que me proporcionou o equilíbrio emocional necessário para a construção desse trabalho.

*Se a dona se banhou, Eu não estava lá. Por Deus Nosso Senhor, Eu não olhei Sinhá
Estava lá na roça, Sou de olhar ninguém, Não tenho mais cobiça, Nem enxergo bem
Para que me pôr no tronco, Para que me aleijar, Eu juro a vosmecê,
Que nunca vi Sinhá
Por que me faz tão mal, Com olhos tão azuis, Me benzo com o sinal, Da santa cruz
Eu só cheguei no açude, Atrás da sabiá, Olhava o arvoredo, Eu não olhei Sinhá
Se a dona se despiu, Eu já andava além, Estava na moenda, Estava para Xerém
Por que talhar meu corpo, Eu não olhei Sinhá
Para que que vosmincê, Meus olhos vai furar
Eu choro em ioruba, Mas oro por Jesus, Para que que vassuncê, Me tira a luz
E assim vai se encerrar, O conto de um cantor
Com voz do pelourinho e ares de senhor
Cantor atormentado, Herdeiro sarará
Do nome e do renome, De um feroz senhor de engenho
E das mandingas de um escravo, Que no engenho enfeitiçou Sinhá (Chico Buarque)*

RESUMO

O objetivo principal da presente dissertação é propor uma revisão do processo cautelar penal e suas bases teóricas, levando-se em consideração, para isso, o modelo do Estado Democrático de Direito e as especificidades do processo penal que fazem desse procedimento algo tão peculiar. A construção legal e doutrinária das chamadas medidas cautelares em matéria penal está ainda atrelada a uma instrumentalidade inquisitorial, servindo apenas ao interesse punitivo estatal. Utilizadas como medidas coercitivas contra o acusado, a *favor rei*, a cautelaridade penal afasta-se cada vez mais do processo democrático, sendo esse compreendido como espaço procedimentalizado oportunizador da ampla participação dos afetados. Nessa perspectiva, a presente pesquisa busca desvelar a incompatibilidade das medidas cautelares penais ao modelo estatal vigente; bem como propor uma nova base teórica para o processo cautelar que seja adequada e legítima ao Estado Democrático de Direito, abandonando-se, por conseguinte, a utilização da cautelaridade penal como instrumento de coerção estatal.

PALAVRAS CHAVES: Processo Cautelar. Estado Democrático de Direito. Especificidades do Processo Penal. Legitimação.

ABSTRACT

The dissertation aims to revisit the Brazilian precautionary criminal procedure and its theoretical basis, taking into account the model of the Democratic Rule of Law and the peculiarities of the criminal approach. The doctrinal and the legal framework of the so-called precautionary measures in criminal matters are still tied to a model of “inquisitorial instrumentality”, clearly tending to a punitive approach from the State. Used mainly as a coercive measure against the defendant, the criminal precautionary procedure increasingly deviates from the notion of a democratic due process, which is conceived as a “procedural space” for a broad participation of the individuals affected. Thus, the research reveals the incompatibility of the precautionary model adopted by the present criminal justice system in Brazil. In conclusion, the paper proposes a new legal approach which legitimates the model of the Democratic Rule of Law, abandoning, therefore, the use of criminal precautionary measures as an instrument of State coercion.

KEY WORDS: Precautionary criminal procedure. Democratic Rule of Law. Peculiarities of the criminal approach. Legitimates.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 BASES TEÓRICAS DO PROCESSO CAUTELAR	22
2.1 Da construção teórica da cautelaridade no processo civil	22
2.2 Provisoriedade X Temporaryidade: Marco distintivo do processo cautelar	23
2.3 Dos requisitos de concessão da cautelar: periculum in mora e fumus boni iuris	27
2.4 Da autonomia do processo cautelar	29
2.5 A Estrutura procedimental cautelar	32
3 A CAUTELARIDADE PROCESSUAL PENAL	35
3.1 Da autonomia do processo cautelar penal.....	35
3.2 Objetos das medidas cautelares penais.....	38
3.3 Dos requisitos de concessão de medida cautelar penal	40
3.4 Espécies de medidas cautelares previstas na legislação	43
4 O PROCESSO NO MODELO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	45
4.1 A processualidade na constitucionalidade democrática	45
4.2 A urgência e o Estado Democrático de Direito: a teoria da cautelaridade no marco do processualismo democrático	54
5 DAS ESPECIFICIDADES DO PROCESSO PENAL E A IMPOSSIBILIDADE DA IMPORTAÇÃO DA TÉCNICA PROCESSUAL CIVIL	56
5.1. Da inaplicabilidade da teoria cautelar civil no processo penal: das especificidades do processo penal	57
5.2. A presunção de inocência como marco limitador da cautelaridade penal.....	60
5.3. Da inexistência da provisoriedade na cautelaridade penal.....	64
5.4. Da revisitação do fumus boni iuris.....	66
6 DA BASE TEÓRICA DA CAUTELARIDADE PENAL NO MARCO DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA	70
6.1 A necessária superação do dualismo jus puniendi x status libertatis como exigência da processualidade na constitucionalidade democrática	70
6.2 Da definição do objeto do processo cautelar	75
6.3 Legitimação do provimento cautelar no Estado Democrático de Direito	79
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	83
REFERÊNCIAS	86

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Carta Constitucional de 1988 trouxe para o plano infraconstitucional um desafio de adequação principiológica que perdura até os dias atuais. Com a mudança de paradigmas e a instituição de uma nova ordem constitucional que abarcou, entre outras mudanças, a inserção de princípios processuais no plano constitucional, teorias e conceitos até então vigentes passam a ser insuficientes para regerem o estudo processual no Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito, institucionalizado por nossa Constituição em seu art. 1º, assume um papel preponderante na efetivação das garantias fundamentais, na medida em que passa a exigir de todo o ordenamento jurídico uma coerência lógica com os ditames constitucionais.

Percebe-se, pois, que a adequação das normas processuais infraconstitucionais à ordem institucionalizada perpassa por uma releitura do modelo processual que implicou em um maior comprometimento com a participação democrática e igualitária das partes e um maior cuidado na observância das garantias fundamentais, bases antes ausentes.

Nessa esteira, surge a necessidade de se averiguar a legitimidade de institutos processuais preexistentes à Constituição atual, à medida que sua aplicação, por perpetuar em nosso ordenamento, deve obrigatoriamente estar em consonância com o modelo processual por ela proposto.

Dentre a vasta matéria processual que nosso ordenamento possui, o presente estudo optou pela análise da teoria da cautelaridade no processo penal.

Isso porque o processo penal possui características e peculiaridades que demarcam traços específicos desse tipo de processo, os quais impossibilitam a simples assimilação da teoria da cautelaridade civil.

Dessa maneira, percebe-se que analisar a cautelaridade no Estado Democrático de Direito pressupõe uma compreensão processual adequada às especificidades do processo penal, bem como pela compreensão da garantia da presunção de inocência enquanto escopo limitador da cautelaridade penal (VILELLA, 2000, p.120).

A reconstrução da cautelaridade penal torna-se necessária, vez que as bases teóricas utilizadas não foram testificadas e teorizadas considerando-se as especificidades do processo penal, de forma que os procedimentos cautelares hoje utilizados, seja por disposições legais ou teorias construídas pelos estudiosos, não coadunam com o modelo constitucional vigente.

As particularidades do processo penal impõem o reconhecimento da impossibilidade da incorporação da teoria da cautelaridade desenvolvida para o processo civil, seja pela formação da estrutura procedimental própria do processo penal, seja pelos direitos fundamentais por ele tutelados. Nesse desiderato, urge seja desenvolvida uma teoria própria e exclusiva para o processo penal, diferente da teoria formulada para o processo civil, haja vista as garantias fundamentais que permeiam de forma exclusiva o procedimento penal.

Tem-se na atualidade uma legislação e uma interpretação das chamadas medidas cautelares enquanto instrumento de coerção estatal contra o acusado, com base nas quais justificar-se-ia a utilização dessas medidas mesmo que fora de um procedimento. Fundamentam-se as medidas cautelares não pela teoria do processo, mas sim, pelo falacioso discurso da segurança pública, mantendo assim a cautelaridade penal ainda atrelada à matizes sociais já superadas pelo Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, percebe-se que não há uma estrutura espaço temporal balizada pelo contraditório apta a formar o provimento final cautelar, o que leva a uma inexorável ilegitimidade da aludida medida em relação ao Estado Democrático de Direito que impõe, entre outras garantias, a necessária participação democrática dos afetados na construção das decisões.

Urge a revisitação do instituto da cautelaridade no processo penal, seja porque sua atual sistemática não se coaduna com a constitucionalidade democrática, seja porque a incorporação de tal instituto se fez de forma atécnica do processo civil para o processo penal.

A viabilidade dessa aludida revisitação dar-se-á por meio do processo, que enquanto espaço procedimentalizado oportunizador da igualitária participação das partes (FAZZALARI, 1994), possibilita a observância do contraditório à declaração de qualquer medida cautelar.

A cautelaridade deve ser tratada e construída pelo processo, espaço esse onde se oportuniza a igualitária participação dos destinatários da norma na construção do provimento final, respeitando as garantias e todas as peculiaridades inerentes ao processo penal, de forma a se efetivar um processo cautelar legítimo e adequado ao Estado Democrático de Direito.

O tema foi desenvolvido no presente estudo em três momentos distintos: nos dois primeiros capítulos, apresentou-se o estado da arte do tema proposto, nos quais se demonstrou o tratamento teórico e legal dispensado à cautelaridade no processo civil e no processo penal. Em um segundo momento, desvelado nos capítulos terceiro e quarto, apresentou-se o marco teórico processual adotado e a compreensão do Estado Democrático de Direito, que impôs o reconhecimento das especificidades do processo penal e a impossibilidade de importação da

técnica cautelar desenvolvida para o processo civil. No terceiro e último momento, composto pelo capítulo cinco, há a proposição da teorização da cautelaridade para o processo penal, adequada e legítima ao Estado Democrático de Direito.

Cumpra ainda esclarecer a título propedêutico que o trabalho não tem como objetivo realizar uma análise das medidas cautelares existentes em matéria penal, mas sim, discutir a teoria que embasa o processo cautelar em matéria penal. Dessa forma, não foi dispensado no presente estudo nenhum tipo de tratamento às inovações legais trazidas pela lei 12.403 de 4 de maio de 2011, vez que a mudança legislativa citada em nada alterou a formulação teórica do instituto da cautelaridade.

A nova legislação que alterou a disciplina das medidas cautelares não inovou na técnica processual para a decretação de tais medidas, mantendo-as como instrumento de coerção estatal contra o acusado, modificando o regime das prisões cautelares, que passaram a ser utilizadas como medidas extremas de *ultima ratio*. Em que pese os benefícios da aludida mudança, percebe-se ainda que a cultura jurídica brasileira permanece atrelada a um positivismo arcaico, pois a Carta Constitucional de 1988 já havia imposto o regime de exceção às prisões cautelares ao prever a garantia fundamental da presunção de inocência.

O presente estudo pretende uma análise teórica da cautelaridade em seus fundamentos, objeto e procedimento, não se preocupando em delimitar novas espécies de medidas cautelares, mas sim, em demonstrar a necessidade de se construir um efetivo processo cautelar em matéria penal.

Entende-se ainda que não é objetivo do trabalho traçar, delimitar, novas medidas cautelares, novos requisitos ou desenvolver nova teoria, mas apenas desvelar que a sistemática atual, seja legal ou doutrinária, não está adequada ao modelo estatal vigente e a constitucionalidade democrática. O objetivo é demonstrar a necessidade da construção de uma teoria própria para a cautelaridade penal, dada as especificidades desse tipo de processo e pelo reconhecimento do Estado Democrático de Direito.

2 BASES TEÓRICAS DO PROCESSO CAUTELAR

A construção do conhecimento humano, e a busca incessante por respostas, sempre levou grandes pensadores e filósofos a desenvolverem proposições, teorias e teses em busca de uma inatingível certeza definitiva. Proposições matemáticas, físicas, políticas e filosóficas vem sendo desenvolvidas ao longo dos séculos por aqueles que se arriscaram não só a dar respostas, mas também, a criarem métodos científicos para o alcance do conhecimento.

Desde o desenvolvimento da filosofia grega – notadamente com a filosofia aristotélica – busca-se um método capaz de elucidar o objeto investigado para alcançar o conhecimento. Conforme prelecionado no prefácio à edição brasileira da obra *Conhecimento Objetivo*, de Karl Popper: “de que modo, especialmente, age a ciência para progredir, substituindo teorias antigas por outras novas e melhores, em incessante procura no rumo da verdade?” (POPPER, 1975, contracapa).

Dentro dessa perspectiva, na busca pela construção de uma nova base teórica a embasar a cautelaridade penal no marco do Estado Democrático de Direito, faz-se necessária a análise da cautelaridade civil, berço do estudo do processo cautelar.

2.1 Da construção teórica da cautelaridade no processo civil

A explicitação da base teórica a sustentar os fundamentos do processo cautelar requer, anteriormente, uma necessária demarcação dos próprios limites de uma teorização. Entender que o desenvolvimento de uma teoria perpassa pelas quatro bases morfológicas da epistemologia moderna (técnica – ciência – teoria – crítica) (LEAL, 2011, p. 35), devendo cada nova proposição estar aberta à refutação e falibilidade inerente a todo saber que é sempre provisório (POPPER, 1966, p. 56), é essencial para a compreensão da teoria como “eficiente linha auxiliar de esclarecimento” (LEAL, 2011, p. 39).

A proposta do presente trabalho em reconstruir uma teoria para a cautelaridade penal necessita, dentro da linha de pensamento popperiana da testabilidade, da revisitação das teorias já postas e desenvolvidas sobre o tema no processo civil. Conforme preleciona André Del Negri, a reconstrução histórica do Direito torna-se indispensável para que as estruturas e conceitos jurídicos já construídos por outras teorias possam ser revisitados sob atual sistema de pensar (NEGRI, 2008, p. 56).

A teoria da cautelaridade deve o seu desenvolvimento ao processualismo italiano que, principalmente em Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti (THEODORO JÚNIOR, 2002,

p.56), buscou estabelecer os traços distintivos desse peculiar procedimento, desvelar os requisitos autorizadores para a concessão das cautelares, bem como disciplinar os tipos de medidas cautelares existentes no ordenamento jurídico italiano.

Ovídio Baptista em sua obra “Do Processo Cautelar” faz uma longa incursão histórica demonstrando, desde O Direito Romano, o desenvolvimento da teoria da cautelaridade, revelando que se engana aquele que confere ao século XX o berço das cautelares (SILVA, 2009, p. 3).

Se a utilização de sentenças provisórias não satisfativas com o intuito de acautelar ou o direito substancial alegado no processo de conhecimento ou o próprio procedimento é tão antigo quanto o próprio processo, certo é que o desenvolvimento técnico teórico da questão é bastante recente, estando em plena atividade a pesquisa pelo tema.

Essa hodiernidade das pesquisas da cautelaridade coaduna-se com a realidade processual: o desenvolvimento técnico - científico do processo só iniciou após a teoria de Bulow, no final do século XIX, quando finalmente a ciência processual obteve a sua autonomia jurídica e acadêmica em relação ao conteúdo material (LEAL, 2011, p. 65).

A contribuição trazida por Bulow seria tão grande quanto os males advindos da adoção de sua teoria, conforme muito bem prelecionado por André Cordeiro Leal (LEAL, 2008). Mas certo é que a base do processo cautelar foi construída por seus discípulos, que se valendo da teoria da relação processual, construíram os fundamentos e requisitos da teoria da cautelaridade no processo civil, utilizados até os dias de hoje.

2.2 Provisoriedade X Temporariedade: Marco distintivo do Processo Cautelar

Piero Calamandrei teve papel fundamental no cenário dos grandes processualistas a se debruçarem sobre a teoria da cautelaridade. Destacou-se por identificar quais características definiam o procedimento cautelar¹, tornando-o peculiar em relação aos processos de conhecimento e de execução. Cuidou da construção das bases teóricas para o regular desenvolvimento de uma medida cautelar, desvelando as relações existentes entre o procedimento cautelar e o procedimento sumário; tutela antecipada e tutela cautelar, bem

¹ O autor estabelece, nas páginas iniciais de sua obra, que prefere a utilização da expressão “procedimento cautelar” a “processo cautelar” ou “ação cautelar” (CALAMANDREI, 2000, p. 17). Conforme apresentaremos nesse trabalho, no terceiro capítulo, valendo-se da teoria Fazzalariana, define-se como processo cautelar o procedimento temporário, com fins a assecuratórios, demarcado pelo contraditório.

como a existência de uma instrumentalidade entre o procedimento cautelar e o procedimento principal (por ele entendido como procedimento definitivo).

A construção teórica realizada por Calamandrei acerca do procedimento cautelar fez-se sob a égide da definição do marco distintivo entre a tutela cautelar e qualquer outro tipo de procedimento: a provisoriedade. Segundo o autor, provisório é aquilo que perdura até quando não sobrevenha um fato sucessor, ou seja, a provisoriedade é entendida como a “limitação da duração dos efeitos próprios desses procedimentos” (CALAMANDREI, 2000, p. 25). Naturalmente, o processualista cuidou de esclarecer que a provisoriedade não é a única característica dos procedimentos cautelares, mas é, sem dúvida, um marco diferenciador na qual a base teórica da cautelaridade deve se fundar.

A identificação da provisoriedade como característica intrínseca dos procedimentos cautelares é a chave para a compreensão do fenômeno cautelar: um procedimento que se desenvolve para assegurar a efetividade de outro procedimento, mediante a delimitação temporal dos efeitos de seu provimento.

O procedimento cautelar é definido, portanto, pelo caráter provisório dos efeitos de seu provimento final, e não pela provisoriedade de seu procedimento (CALAMANDREI, 2000, p. 32). Dizem-se provisórios os efeitos da decisão cautelar à medida que esses só terão validade jurídica enquanto não sobrevier o provimento final do procedimento principal. Os efeitos do provimento cautelar são provisórios por que só duram enquanto outro provimento não o sucede.

Ao definir o procedimento cautelar como a “antecipação provisória de certos efeitos do procedimento definitivo, dirigida a prevenir o dano que poderia derivar do atraso desde” (CALAMANDREI, 2000, p. 43), o autor estabeleceu uma relação de dependência entre os efeitos do provimento cautelar e os efeitos do provimento do processo principal, de forma que esse é prolatado em substituição àquele, explicitando assim o caráter provisório do provimento cautelar.

Todo provimento cautelar deve ser, portanto, provisório: seus efeitos só devem durar enquanto não for prolatado o provimento final do procedimento principal, vez que a razão de ser do procedimento cautelar é justamente acautelar o procedimento principal (instrumentalidade do processo cautelar). Provisórios são, portanto, os efeitos do provimento cautelar, e não o procedimento (CALAMANDREI, 2000, p. 32).

Calamandrei cuidou de diferenciar o caráter provisório do temporário, afastando em sua teoria a possibilidade da assimilação desse conceito à tutela cautelar:

É oportuno no entanto advertir que o conceito de provisoriedade (e como aquele, coincidente, de interinidade) é um pouco diferente, e mais restrito, que aquele de temporaneidade. Temporâneo é, simplesmente, aquilo que não dura sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada; provisório é, por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar até que não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de provisoriedade permanece no ínterim: Nesse sentido, provisório equivale a interino: ambas as expressões indicam aquilo que é estabelecido para durar somente aquele tempo intermediário que precede o evento esperado. (CALAMANDREI, 2000, p. 26)

O traço distintivo da provisoriedade, apontado por Calamandrei, foi também assimilado por outros processualistas, sendo largamente utilizado como conceito preponderante nos compêndios de processo civil:

A característica teórica que distingue o “processo cautelar” é a provisoriedade, porque, como auxiliar do procedimento de conhecimento e do de execução, busca tutela de urgência para resguardar direitos expostos a danos iminentes e irreparáveis. (LEAL, 2011, p. 151)

Toda medida cautelar é caracterizada pela provisoriedade, no sentido de que a situação preservada ou constituída mediante o provimento cautelar não se reveste de caráter definitivo, e, ao contrário, destina-se a durar por um espaço de tempo delimitado. Del tal sorte, a medida cautelar já surge com a previsão de seu fim (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 72).

Em contrapartida, Ovídio Baptista da Silva, dissertando sobre o tema, consolida entendimento em diretriz diametralmente oposta: confere, aos procedimentos cautelares, o traço distintivo da temporariedade, e não da provisoriedade, discordando do posicionamento consolidado pela doutrina italiana.

Para o referido autor, que prefere a utilização do termo tutela cautelar, essa deve ser temporária e não provisória, por duas razões: a primeira, porque a tutela cautelar “deve durar enquanto dure a situação de perigo a que esteja exposto o interesse tutelado” (SILVA, 2009, p. 91); e a segunda, porque o provimento cautelar não aufere a imutabilidade da coisa julgada.

Nesse diapasão, tem-se que a provisoriedade dos efeitos do provimento cautelar não é mais entendida como uma mera substituição desse provimento pelo definitivo, mas sim, pela limitação temporal dos efeitos desse provimento em relação à situação de perigo. A existência da tutela cautelar é condicionada não à existência do provimento principal, mas à situação de perigo.

A exigência de que a tutela cautelar não crie uma situação fática definitiva, ou uma situação cujos resultados sejam irreversíveis, é uma contingência que promana de sua característica de ser uma forma de tutela processual que deverá perdurar

enquanto dure o estado de perigo, não podendo ultrapassá-lo no tempo, sob pena de tornar-se arbitrária e lesiva ao direito da parte que a suporta. (SILVA, 2009, p. 94)

A tutela cautelar tem como objetivo assegurar direito que esteja em situação de perigo, e não assegurar os próprios efeitos do provimento definitivo, de forma que a sua duração é temporária por estar limitada à ocorrência ou não da situação cautelanda.

Assevera Ovídio Baptista que o conceito de provisoriedade leva a uma identificação conceitual entre cautelaridade e antecipação de tutela, vez que ao definir provisório como aquilo que será substituído por outro definitivo, Calamandrei conferiu ao provimento cautelar natureza semelhante ao próprio provimento principal, igualando-o, portanto, à tutela antecipada. (SILVA, 2009, p. 93)

Em resumo, para concluir a análise deste pressuposto, podemos afirmar que os provimentos cautelares devem ter duração limitada no tempo, tanto no plano jurídico (normativo), de modo que não lhes seja atribuída a qualidade de um julgamento definitivo, protegido pela coisa julgada; e igualmente, haverão de ser temporários em seus efeitos fáticos, a fim de não causar ao demandado um dano irreparável, no caso de a sentença do processo destinado a certificar a existência do direito acautelado concluir pela sua inexistência. (SILVA, 2009, p. 96)

Em explícita assimilação conceitual proposta por Ovídio Baptista, Luiz Guilherme Marinoni que define a tutela cautelar como “direito da parte e dever do Estado, destinando-se a dar segurança à tutela do direito material” (MARINONI, 2008, p.30), encontra também na temporariedade, e não provisoriedade, a característica que irá diferenciar a tutela cautelar das demais. De acordo com o autor “Tudo isto demonstra que a eficácia da tutela cautelar se liga ao perigo de dano, tendo com ele uma relação de temporariedade, e não com a sentença de mérito, com a qual teria uma relação de provisoriedade” (MARINONI, 2008, p. 31).

O conceito de provisoriedade desenvolvido por Calamandrei conduz a uma inexorável relação de dependência funcional entre o processo cautelar e o processo de conhecimento, a medida que vincula à duração dos efeitos da medida cautelar à prolação do provimento principal. A autonomia entre os procedimentos fica bastante comprometida, pois a característica da provisoriedade chega a criar verdadeira subordinação entre os provimentos cautelares e os provimentos prolatados no processo principal.

Embora o autor tente desvelar que a autonomia do procedimento cautelar em relação ao processo principal está no fato de ser a estrutura procedimental da cautelar independente do procedimento principal, acaba por afirmar um caráter de subordinação e vinculação entre os procedimentos, ao atrelar a provisoriedade como marco distintivo da cautelaridade.

Em que pese a crítica aqui estabelecida entre provisoriedade, instrumentalidade e autonomia do procedimento cautelar na teoria de Piero Calamandrei, e o grande avanço técnico trazido por Ovídio Baptista com seus argumentos, o tratamento legal dispensado ao processo cautelar continua sendo desenvolvido sob esse vínculo de subordinação e acessoriedade, como se observa pelo artigo 796² do Código de Processo Civil Brasileiro.

2.3 Dos requisitos de concessão da cautelar: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*

A base teórica da cautelaridade não se esgota na provisoriedade; essa, enquanto traço distintivo, encontra sua complementação enquanto marco específico do processo cautelar quando associada ao perigo de dano pela mora na prestação jurisdicional. A definição do *periculum in mora* é de fundamental importância para compreensão da teoria da cautelaridade.

Ao desenvolver a ideia de que a provisoriedade do procedimento cautelar está nos efeitos do provimento, e não da estrutura procedimental em si, Calamandrei relaciona a provisoriedade enquanto característica do procedimento cautelar à necessidade da “existência de um perigo de dano jurídico, que deriva do atraso de um procedimento jurisdicional definitivo” (*periculum in mora*) (CALAMANDREI, 200, p. 33).

Neste contexto, o referido autor trabalha, juntamente com a noção de cautelaridade, a ideia de urgência: não basta o perigo na demora, é necessário que a tutela revele-se urgente de forma que o procedimento principal, se utilizado, tornar-se-ia ineficaz na tutela do direito invocado (CALAMANDREI, 2000, p. 35).

O *periculum in mora*, que é a base das medidas cautelares, não é, portanto, o genérico perigo de dano jurídico, ao qual se pode em certos casos remediar com tutela ordinária; mas é especificamente o perigo daquele ulterior dano marginal, que poderia derivar do atraso, tido como inevitável em razão da lentidão do procedimento ordinário, do procedimento definitivo. (CALAMANDREI, 2000, p. 37)

Os procedimentos cautelares são então definidos para esse autor pela relação que se desenvolve entre a provisoriedade dos efeitos do provimento cautelar e a necessidade de que tal provimento seja proferido sem atraso. A função da cautelaridade para Calamandrei seria, portanto, a de prolatar um provimento final de forma mais célere que a formação do

² Artigo 796 do Código de processo civil: “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste sempre é dependente”

provimento final no processo principal, toda vez que existisse um perigo de dano pela demora na prolação desse provimento principal.

Humberto Theodoro Júnior enfatiza que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são o próprio mérito da ação cautelar, pois são requisitos para o deferimento do pedido, e não simples condições para o prosseguimento da ação. (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 79).

Este autor, por negar a existência de um direito substancial de cautela, define o *fumus boni iuris* não mais como a “fumaça do bom direito”, mas:

Deve, na verdade, corresponder não propriamente à probabilidade de existência do direito material – pois qualquer exame a respeito só é próprio da ação principal -, mas sim à verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe do direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 83).

Luiz Guilherme Marinoni trabalha os clássicos conceitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* sob duas novas locuções, respectivamente: probabilidade do direito à tutela do direito material e perigo de dano. (MARINONI, 2008, p.28).

Quanto ao conceito das cautelares, levando-se em consideração os requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, importante se faz a análise do conceito trazido por Ada Pellegrini Grinover:

Os provimentos cautelares fundam-se na hipótese de um futuro provimento definitivo favorável ao autor (*fumus boni iuris*): verificando-se cumulativamente esse pressuposto e o do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera em regime de urgência, como instrumento provisório sem o qual o definitivo poderia ficar frustrado em seus efeitos (GRINOVER, 2011, p. 300)

Percebe-se no conceito acima estabelecido certa correlação entre o conceito de *fumus boni iuris* e a teoria da ação como direito público, subjetivo e condicionado de Wach (LEAL, 2011, p. 117), ao atrelar a ideia de que as medidas cautelares seriam concedidas quando existisse uma possibilidade da decisão definitiva ser favorável ao autor: o direito de ação, no caso, da ação cautelar, estaria condicionado a uma decisão definitiva favorável.

Nota-se não só uma vinculação do procedimento cautelar ao procedimento principal, mas também, uma vinculação do próprio direito de ação ao provimento final, o que parece, ao menos dentro do estudo de Ação, um retrocesso teórico.

Em um pensamento mais uma vez inovador em relação à teorização italiana tão assimilada pela maioria dos processualistas brasileiros, Ovídio Baptista oferece nova terminologia as calejadas expressões *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, entendendo que o requisito autorizador da cautelar seria a urgência, que invocaria não só a sumarização da

cognição (*fumus boni iuris*) como a iminência de dano irreparável (*periculum in mora*) (SILVA, 2009, p. 86).

Dessa forma, o autor propõe como genuíno e único requisito autorizador das medidas cautelares a urgência, à medida que a necessidade de se assegurar o direito pleiteado requeresse uma decisão rápida que não comportasse o procedimento ordinário, devido exatamente à pressão temporal. Conforme afirma o próprio autor:

Como temos insistentemente afirmado, nas considerações precedentes, o contraste existente entre as formas comuns de tutela processual e as técnicas de sumarização utilizadas pelo direito processual nada mais é do que o empenho, constantemente renovado pela ciência do direito, de reduzir a influencia do tempo, de que o processo nunca poderá prescindir inteiramente, em sua função de dar realização prática ao direito (SILVA, 2009, p. 86).

Nesse sentido, teríamos o reconhecimento de que o que a doutrina denomina de *periculum in mora* não pode ser aplicado às medidas cautelares que carecem do requisito do risco de dano iminente, impondo uma urgência na prolação do provimento final que será atendida, em termos de técnica processual, pela sumarização da cognição (*fumus boni iuris*).

Ovídio Baptista entende que o conhecido requisito do “*periculum in mora* sugere a ideia de antecipação da tutela satisfativa, precisamente porque o direito não se concilia com a demora. E isto não passa de execução provisória” (SILVA, 2009, p. 88).

Essa releitura conceitual proposta por Ovídio Baptista será de extrema importância para o presente trabalho que pretende desconstruir o mítico conceito do *periculum libertatis*, requisito largamente utilizado como autorizador para decretação de medidas cautelares constritivas de liberdade no âmbito de atuação do processo penal.

2.4 Da autonomia do Processo Cautelar

A relação estabelecida entre o procedimento cautelar e o procedimento principal³, bem como a relação entre os provimentos de ambos os procedimentos, é um assunto comumente estudado sob a ótica da autonomia do processo cautelar em relação aos processos de conhecimento e de execução.

Estabelecer essa relação é necessariamente perpassar pelo próprio objeto da cautelaridade: reportar-se, inexoravelmente, a definição da finalidade do provimento cautelar.

³ A utilização dos termos procedimento cautelar e procedimento principal segue a teorização e nomenclatura proposta por Piero Calamandrei, conforme já explicitado nesse mesmo capítulo.

Chiovenda e Calamandrei desenvolveram a teorização da autonomia do processo cautelar em razão exclusiva do procedimento: existindo – como de fato o é – um procedimento distinto, com estrutura própria, para a prolação do provimento cautelar, não confundindo-se os atos procedimentais do processo principal com o processo cautelar, pode-se afirmar a autonomia desse para com o outro.

Tem-se, portanto, que a existência de uma estrutura espaço temporal cautelar, distinta da estrutura espaço temporal desenvolvida para a prolação do provimento definitivo, é o bastante, na ótica desses teóricos, para afirmação da autonomia do procedimento cautelar.

É exatamente nessa esteira da autonomia procedimental que Calamandrei irá desenvolver uma terceira e importante característica dos provimentos cautelares: a instrumentalidade desses em relação ao provimento final.

Definido por Calamandrei o procedimento cautelar como aquele em que se prolata um provimento provisório – provimento esse que será substituído pelo provimento definitivo – tem-se também a definição, para esse autor, do próprio objeto da cautelaridade: assegurar os efeitos do provimento final.

Essas considerações permitem compreender aquela que, ao que me parece, é a nota verdadeiramente típica dos procedimentos cautelares: os quais não são nunca o fim em si próprios, mas são infalivelmente predispostos à emanção de um ulterior procedimento definitivo, do qual estes preventivamente asseguram o proveito prático. (CALAMANDREI, 2000, p. 41)

Sendo assim, a razão única de existir do provimento cautelar é seguramente garantir a existência fática do provimento a ser emanado, no futuro, pelo procedimento principal, existindo, dessa forma, uma relação de instrumentalidade entre os esses dois provimentos.

Se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre, nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: estes são, de fato, infalivelmente, um meio predisposto para o melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para a aplicação do direito; são, portanto, em relação à finalidade última da função jurisdicional, “instrumentos do instrumento”. (CALAMANDREI, 2000, p. 42)

Embora possam parecer antagônicas as duas noções – de autonomia e de instrumentalidade – tais características são comumente trabalhadas conjuntamente pelos processualistas brasileiros, seguindo a lógica italiana.

Humberto Theodoro Júnior enfatiza em sua obra “Processo Cautelar” que quatro são as peculiaridades desse tipo de processo: instrumentalidade, provisoriedade, revogabilidade e

autonomia (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 71), sendo a instrumentalidade entendida como a característica de ser a medida cautelar instrumento de efetivação do processo principal.

Em um posicionamento divergente, Luiz Guilherme Marinoni define a instrumentalidade da ação cautelar sob enfoque diverso do apresentado por Calamandrei e difundido por Humberto Theodoro Júnior: para esse processualista, a instrumentalidade da tutela cautelar está no fato dela dar segurança à tutela do direito desejado, e não à tutela do processo principal. (MARINONI, 2008, p. 24).

Ovídio Baptista enfatiza que a autonomia procedimental apresentada por Chiovenda e Calamandrei não considera como autônoma a função que o processo cautelar possui em relação ao processo principal, desenvolvendo apenas o tema em razão da autonomia estrutural. (SILVA, 2009, p. 73).

Discordando da posição majoritária já exposta, o processualista brasileiro define a autonomia do procedimento cautelar não pelo procedimento, mas pela função que este desempenha, o que acarreta numa divergência deste autor em relação aos ilustres processualistas italianos no que tange a própria definição do objeto da cautelaridade.

Enquanto Calamandrei fundou sua teoria no pensamento de que o provimento cautelar serve para assegurar o provimento principal, ou seja, o próprio procedimento principal em si, Ovídio entendeu que a medida cautelar se presta para assegurar direito subjetivo da parte, pretensão, ação ou exceção substancial, que esteja sob risco de dano iminente, desenvolvendo, dessa forma, o conceito de situação cautelanda. (SILVA, 2009, p. 97).

Se o objeto das medidas cautelares é assegurar a situação cautelanda (direitos, pretensões e ações tanto oriundas do direito material quanto do direito processual), a autonomia desse procedimento em relação ao dito principal dá-se não só em razão da estrutura procedimental própria e independente, como também em razão de seu objeto.

Ao defender de forma combativa a existência de um direito substancial de cautela, o autor consegue identificar a autonomia da medida cautelar não só pela estrutura procedimental, mas por seu próprio objeto: os procedimentos cautelares e os de conhecimento e de execução possuem objetos e estruturas diferentes, não servindo aquele de instrumento à realização desses, pois se reconhecida a existência de um direito substancial de cautela, o procedimento cautelar não poderá mais ser visto como simples tutela da jurisdição, como pretendeu Chiovenda.

O posicionamento acima defendido por Ovídio Baptista é minoritário entre os processualistas civis brasileiros, que ainda veem a autonomia do procedimento cautelar em relação ao principal somente em razão da função que desempenham.

Humberto Theodoro Júnior afirma que a autonomia dos procedimentos cautelares decorre da finalidade por ele perseguida, que é diversa e independente da finalidade do procedimento principal, persistindo a marca da acessoriedade e da instrumentalidade desse procedimento em relação aos de conhecimento e execução (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 74). Tal posicionamento é seguido pela maioria da doutrina nacional.

Percebe-se, pois, que a herança deixada pela doutrina italiana ao compreender o procedimento cautelar como acessório e instrumento do procedimento principal persiste de forma perversa, pois impede a identificação não só da autonomia da medida cautelar em razão do seu próprio objeto (reconhecimento do direito substancial de cautela) como impõe uma persistente e incomoda posição de submissão desse procedimento em relação aos de conhecimento e de execução.

2.5 A Estrutura procedimental cautelar

Seguindo a teoria processual adotada por este trabalho, cumpre esclarecer, de forma preliminar, o que vem a ser entendido como estrutura procedimental (procedimento).

Levando-se em consideração os ensinamentos da teoria neo-institucionalista (LEAL, 1997), apoiada na teoria fazzalariana, compreende-se o procedimento como estrutura técnica espaço temporal de atos jurídicos que se encadeiam, sendo o ato anterior pressuposto lógico do posterior, e esse, por sua vez, pressuposto do subsequente, até o provimento final. O procedimento é marcado pela ausência da garantia fundamental do Contraditório, sendo tal garantia reservada exclusivamente ao processo.

Feita essa breve consideração conceitual acerca do procedimento sob o marco teórico aqui adotado, cumpre esclarecer qual seria a formação dos procedimentos cautelares, dada todas as características acima explicitadas.

Partindo da premissa de ser a urgência uma característica “constante e inarredável de todo provimento cautelar” (SILVA, 2009, p. 81), Ovídio Baptista define o procedimento cautelar como sumário, dado não só sob o ponto de vista material, mas também em razão da necessidade de se desenvolver uma célere cognição.

Dessa forma, a iminência de dano irreparável (*periculum in mora*) só pode ser compreendida como requisito de concessão de uma cautelar à medida que a urgência do provimento final não comporte a sua construção pela cognição ordinária.

Neste sentido, toda cognição cautelar é necessariamente sumária, pois a urgência da resposta jurisdicional se apoia num juízo de verossimilhança, de forma a compatibilizar a necessidade do processo e o tempo.

É portanto correto dizer que toda medida cautelar, adotada sob o signo da urgência, sustenta-se necessariamente num juízo de simples verossimilhança, traduzindo em cognição sumária, mas nem todas as formas de cognição sumária serão, por si só, cautelares. A conhecida locução com que se costuma identificar a sumariedade da cognição judicial, nos processos cautelares, indicando-as como *fumus boni iuris*, embora seja indispensável à tutela cautelar, não é uma nota exclusiva desta espécie de proteção jurisdicional. (SILVA, 2009, p. 85)

Tem-se, portanto, que a sumariedade da cognição da medida cautelar revela-se pela existência de um juízo de simples verossimilhança (*fumus boni iuris*), pois a urgência da tutela jurisdicional (o risco de dano iminente – *periculum in mora*) impede a observância da estrutura procedimental (espaço temporal) da ordinariedade. Em outras palavras, conforme já observado anteriormente, para o processualista brasileiro a teoria da cautelaridade pode ser reunida em um único requisito: o da urgência.

Calamandrei, por sua vez, vê na sumariedade do procedimento, por ele entendida como abreviação da cognição ordinária, como redução do espaço de argumentação das partes, característica de provimentos urgentes que não serão, necessariamente, cautelares.

É necessário porém advertir que nem a noção de procedimento preventivo de urgência esgota exatamente aquela de procedimento cautelar; seja porque, como teremos oportunidade de ver em seguida, podem existir procedimentos e providências de urgência que não tem caráter cautelar (...) seja porque às exigências da urgência responde muitas vezes, em vez de a emanção de um procedimento provisório cautelar, uma abreviação do processo ordinário de conhecimento ou de execução e uma conseqüente aceleração do procedimento definitivo. (CALAMANDREI, 2000, p. 37)

Difere ainda o procedimento cautelar do procedimento sumário pelo marco distintivo da provisoriedade: enquanto na cautelaridade provisórios são os efeitos do provimento, na sumariedade provisórios são os procedimentos em si.

Certo é que a cognição sumária é marca indelével dos procedimentos cautelares, sendo certo ainda, de forma incontroversa, que não é marca exclusiva desse tipo de procedimento.

Mas a sumariedade da cognição deve ser compreendida com ressalvas, pois o que deve ser sumarizado não é a cognição, e sim o procedimento. Em sendo entendido o procedimento como estrutura espaço temporal, o procedimento sumário será marcado pela redução do espaço, mas nunca do tempo.

Concentra-se a realização dos atos, diminuindo com isso o espaço para produção desses, mas em hipótese alguma poderá haver diminuição do tempo, mantendo dessa forma a observância do devido processo legal e dos princípios institutivos do processo – contraditório, ampla defesa e isonomia.

Deve-se, portanto, diferenciar a sumarização do procedimento da sumarização da cognição, para que essa última não seja traduzida em uma redução do espaço de argumentação das partes.

Assim, mesmo que na cautelaridade, há de se desenvolver a cognição de forma plena, bastando pra isso que se concentrem os reclamos de eficiência na atividade governativa judiciária, e não na subtração de direitos e garantias fundamentais do processo, como vem sendo proclamado e efetuado. Sumarizar cognição implicaria, em ultima medida, a redução do tempo – espaço necessário ao exercício pleno da ampla defesa. (MATTOS, 2007, p. 47).

A diferença apresentada entre sumariiedade da cognição e sumariiedade do procedimento é de importância vital não só pela necessária adequação do tema ao Estado Democrático de Direito, mas também para melhor elucidação e conceituação do *fumus boni iuris*, que não pode, no marco da constitucionalidade democrática, ser entendido como simples juízo de verossimilhança.

3 A CAUTELARIDADE PROCESSUAL PENAL

O estudo da cautelaridade em matéria penal pressupõe uma análise mais complexa que a apresentada em matéria civil, haja vista que as peculiaridades do processo penal impedem uma simples assimilação dos conceitos, fundamentos e bases teóricas apresentadas pelo processo civil.

A despeito dessa impossibilidade de simples assimilação, a pesquisa mostra que não foi desenvolvida para o processo penal uma base teórica a embasar a cautelaridade, restando uma importação atécnica dos fundamentos teóricos do processo civil para o processo penal.

3.1 Da autonomia do Processo Cautelar Penal

A primeira dificuldade no estudo da cautelaridade penal está na identificação de um efetivo processo cautelar, que seja autônomo e ao mesmo tempo integrado aos processos de conhecimento e de execução. Tal dificuldade origina-se da própria atecnia legislativa, que não reservou, de forma sistematizada, um capítulo específico no Código de Processo Penal para o Processo Cautelar quando de sua edição em 1941.

Tal lacuna gerou – como se a definição da autonomia do processo cautelar se resumisse a existência de um capítulo específico no Código – não só a discussões acerca da autonomia do processo cautelar em relação ao processo de conhecimento e de execução, como também influenciou a própria nomenclatura usualmente utilizada para definir as decisões cautelares.

Mesmo com a atual redação proposta pela Lei 12.403 de maio de 2011, que reuniu em um capítulo específico as chamadas “medidas cautelares”, o problema não foi solucionado, vez que a ausência de uma teoria cautelar que fundamente a decretação das medidas persistiu.

Em obra específica sobre o tema, Marcellus Polastri Lima esclarece que não há uma estrutura procedimental cautelar própria e autônoma no âmbito no processo penal “pois a tutela jurisdicional cautelar se exerce através de medidas cautelares no bojo do processo principal, via de regra” (LIMA, 2009, p. 91).

No mesmo sentido preleciona Gustavo Henrique Badaró, que afirma:

No processo penal a tutela cautelar é prestada independentemente do exercício de uma ação da mesma natureza, que daria origem a um processo cautelar, mas sim por meio de simples medidas cautelares, sem a necessidade de um processo cautelar

autônomo, com base procedimental própria [...] é possível afirmar, portanto, que não há no campo penal um verdadeiro processo penal cautelar. O que existe são medidas cautelares que funcionam como incidentes de outro processo. Não há processo cautelar autônomo (BADARÓ, 2006, p. 267).

Âfranio Silva Jardim afirma ser inegável a tutela cautelar no processo penal, mas justifica a inexistência do processo cautelar autônomo pela declaração incidental das medidas cautelares:

É prestada incidentalmente, até mesmo de ofício pelo juiz. Assim, no processo penal, exerce o juiz atividade instrumental de natureza cautelar, seja em face de uma pretensão de igual natureza, seja em qualquer provocação das partes. Embora sem criar uma relação processual autônoma, mas de forma incidental, existe pretensão cautelar nos casos de requerimento de prisão provisória [...] (JARDIM, 1985, p.30)

Eugênio Pacelli de Oliveira coaduna do mesmo pensamento, aduzindo que

Há que se observar que, ao contrário do que ocorre no processo de natureza não penal, inexistente no processo penal o processo cautelar propriamente dito, no sentido mais tradicional da teoria geral do processo, a exigir a demanda, partes legitimadas, pedido e demais requisitos da citada tutela processual (cautelar). (OLIVEIRA, 2011, p. 11).

Em recente obra lançada sobre o tema, a professora Flaviane de Magalhães Barros, em coautoria com Felipe Daniel Amorim Machado, esclarece que inexistente processo cautelar penal, mas somente medidas cautelares, vez que o processo cautelar é sempre autônomo e as medidas cautelares são sempre incidentais – são declaradas dentro do processo de conhecimento ou no processo de execução. (BARROS; MACHADO, 2011, p. 13).

Em contrapartida a majoritária doutrina que não vislumbra um processo cautelar ou mesmo ação cautelar autônomos no âmbito no processo penal, José Frederico Marques preleciona, seguindo a autonomia funcional da doutrina italiana acima exposta, que a autonomia do processo cautelar é aferida no processo penal pela existência de finalidades distintas entre os processos de conhecimento e de execução e o processo cautelar. (MARQUES, 2002, p. 300).

Luiz Antônio Câmara, também em voz dissidente, afirma a “autonomia metodológica e conceitual do processo penal e, mais especificamente, do processo penal cautelar” (CÂMARA, 1997, p. 79), existindo tal autonomia em razão das diferentes medidas cautelares no processo penal que exigem, por sua própria natureza, tratamento diferenciado em relação à cautelaridade civil. O autor defende a autonomia por entender que as medidas cautelares penais pessoais não podem ser fundamentadas pelas mesmas bases da cautelaridade civil,

exigindo então, o processo penal, autonomia metodológica para a formulação de suas próprias teorias.

No que pertinente às medidas de natureza real e a aproximação entre um e outro ramos do direito processual talvez não pareça tão difícil. Todavia, no concernente às medidas pessoais, as noções conceituais de um e outro parecem não ser necessariamente interdependentes, antes afastando-se (CÂMARA, 1997, p. 77).

Embora a existência de um processo cautelar autônomo em relação aos processos de conhecimento e de execução seja questionável, a doutrina de forma dominante entende que a ausência de um procedimento específico não inviabiliza a tutela cautelar penal, que será decretada, via de regra, no próprio processo de conhecimento ou de execução.

Destarte, no processo penal, de acordo com sua especial peculiaridade, sendo que, como visto, é um processo em que não se tem propriamente lide com especial destaque para o poder – dever de se buscar a jurisdição, com predominância do interesse público, em regra teremos medidas cautelares, sem que, necessariamente, se pressuponha a existência de um processo cautelar ou ação cautelar no processo penal. (LIMA, 2009, p. 92).

Nesse sentido é o posicionamento de Aury Lopes, que declara não existir processo cautelar penal, mas somente medidas cautelares.

O que se tem são medidas cautelares penais, a serem tomadas no curso da investigação preliminar, do processo de conhecimento e até mesmo no processo de execução. As prisões cautelares, sequestros de bens, hipoteca legal e outras são medidas incidentais (ainda que na fase pré-processual, onde se cogitaria de um pseudo caráter preparatório), em que não há o exercício de uma ação específica, que gere um processo cautelar diferente do processo de conhecimento ou que possua uma ação penal autônoma. (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 57).

Conforme disposto, nem mesmo a recente alteração legislativa no Código de Processo Penal com a inserção de um capítulo específico para as medidas cautelares foi capaz de modificar o pacificado entendimento da inexistência de processo ou ação cautelar autônomas no processo penal, existindo, tão somente, declaração de medidas cautelares incidentais no iter procedimental principal (conhecimento ou execução).

Ademais, cumpre esclarecer que a lei 12.403 não alterou nem os requisitos e tão pouco o procedimento para decretação de medidas cautelares, introduzindo apenas novas espécies de medidas cautelares e alterando a sistemática das prisões cautelares que passaram a ser subsidiárias às demais medidas cautelares pessoais.

3.2 Objeto das medidas cautelares penais

Conforme apresentado no tópico anterior, o não reconhecimento de um processo ou de uma ação propriamente cautelar no processo penal acarreta em uma análise das chamadas medidas cautelares, consideradas essas como:

Providencia tomada pelo juiz para preservar a eficácia ou utilidade do processo, ou seja, a medida prática que ordinariamente resulta do processo cautelar. Esta medida, em circunstâncias excepcionais, pode ser tomada de ofício pelo juiz, sem pressuposto de ação e do processo cautelar. (PASSOS, 2000, p.22).

No mesmo sentido é o pensamento de Rogério Lauria Tucci, que afirma que as medidas cautelares “são pleiteadas mediante simples requerimento, e concedidas até independentemente de iniciativa do interessado, no mesmo iter procedimental; sem necessidade, portanto, de petição inicial e de correspondente sentença, feita resposta do juiz ao pedido do autor” (TUCCI, 1992, p. 142).

Marcellus Polastri Lima afirma em sua obra “Tutela cautelar no Processo Penal” que assim como no processo civil, o processo penal, com mais razão, sofre forte influencia chiovendiana⁴:

Portanto, no processo penal, imperando esse poder de polícia do juízo, visa-se ao interesse público de maneira mais acentuada, fazendo com que, via de regra, no processo as medidas cautelares sejam sempre decretadas sem um processo autônomo, se admitindo o atuar de ofício do juiz, o que, como visto, identifica Pitombo como “atos processuais coativos”. (LIMA, 2009, p. 93)

Luiz Antônio Câmara preleciona que as medidas cautelares penais são marcadas pela subsidiariedade, acessoriedade e instrumentalidade, destinando-se “à extinção com a superveniência da decisão que a serviram de instrumento.” (CÂMARA, 1997, p.77).

Percebe-se que os processualistas penais, de uma maneira geral, preocupam-se mais em estudar a cautelaridade penal pelo o que está posto pela legislação do que efetivamente pela construção e propositura de uma teoria adequada ao modelo estatal vigente que fundamente a decretação de uma medida cautelar.

Essa afirmação é facilmente comprovada pela reiterada afirmação de que as medidas cautelares penais são decretadas exclusivamente para asseguuração da perspectiva estatal do *ius puniendi*:

⁴ Para Chiovenda, “o direito cautelar é um direito do Estado” – (Instituições de Processo Civil, 1º Volume).

No processo penal, frequentemente, ocorrem situações em que tais providências urgentes se tornam imperiosas, sejam elas voltadas a assegurar a correta apuração do fato criminoso, a futura execução da sanção que se espera venha a ser aplicada, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito (GRINOVER, 1993, p. 225).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Aury Lopes Júnior acentua que a decretação de uma medida cautelar visa garantir não só o regular desenvolvimento do processo, como também o direito de punir do Estado, sendo, portanto, “medidas destinadas à tutela do processo” (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 55).

José Frederico Marques, que claramente buscou na doutrina italiana do processo civil os fundamentos para o processo penal, afirma, em franca confusão entre a cautelaridade e a antecipação de tutela que as medidas cautelares são cabíveis quando se:

Corra o risco de ser diminuída ou anulada pelo retardamento ou *periculum in mora*, a medida cautelar, antecipando provisoriamente os efeitos da decisão principal, visa a fazer com que o pronunciamento final possa, a seu tempo, operar, íntegro, na coisa e sobre o mesmo estado de fato em que atuaria se pudesse ser proferida imediatamente; e com isso tende a assegurar antecipadamente a eficácia dessa ulterior decisão a que está preordenada. (MARQUES, 2002, p. 373).

O mesmo entendimento é também compartilhado por Fábio Machado de Almeida Delmanto, que em obra destinada ao estudo das prisões cautelares, entendeu ser objeto das cautelares o afastamento de risco para o processo, “isto é, garantir a sua realização (cautela instrumental) ou mesmo a sua efetivação (cautela final)” (DELMANTO, 2008, p. 98).

Torna-se claro que a doutrina tradicional arrima-se na afirmação da cautelaridade como direito do Estado, pois ao resumir o objeto dessas ao acautelamento do processo ou do próprio direito desse de punir, resume a aplicação dessa medida a um interesse exclusivamente estatal, alijando por completo o interesse do particular, no caso do processo penal, do acusado e da própria vítima.

Some-se a isso o fato de serem as medidas cautelares decretadas *inaudita altera pars*, ou seja, além das cautelares penais serem manejadas exclusivamente em *favor rei* – pelo representante do Estado, o Ministério Público – essas são ainda decididas sem a prévia manifestação do acusado.

Cumprе ressaltar que embora seja comumente tratado pela doutrina como medidas contracautelares aquelas manejadas pelo acusado após a decretação de uma medida cautelar, como por exemplo, a formulação do pedido de liberdade provisória após a prisão em

flagrante, tais medidas não passam de manifestação da parte ré a um pedido formulado pelo autor, não constituindo, em hipótese alguma, medidas cautelares.

Com isto, é inegável o reconhecimento de que as disposições atuais legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais resumem, como objeto das cautelares penais, o acautelamento do procedimento principal (conhecimento e execução), bem como o *ius puniendi* estatal.

3.3 Dos requisitos de concessão de medida cautelar penal

De acordo com os ensinamentos de Marcellus Polastri Lima, os requisitos autorizadores da concessão de uma medida cautelar penal seriam, assim como no processo civil, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Dentro da mais tradicional doutrina, o *fumus boni iuris* seria compreendido como a probabilidade do direito alegado, enquanto o *periculum in mora* se prenderia ao risco da demora da prestação jurisdicional principal (LIMA, 2009, p. 100).

O autor desvela que o *fumus boni iuris* dar-se-ia pela “verificação e avaliação da plausibilidade do direito que é pleiteado pelo autor”, resumindo-se a um “juízo de probabilidade” (LIMA, 2009, p.100).

Dessa maneira, seria tal requisito o próprio mérito da ação cautelar, que deverá observar, como qualquer outra ação, todas as condições da ação:

É que diferentemente da ação penal condenatória, que visa a uma pretensão punitiva, a ação penal cautelar (*rectius*: medida cautelar penal) visa a uma pretensão de segurança, mas não obstante tal particularidade também lhe serão exigidas condições para o seu exercício e, assim, devem estar presentes a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade para agir. (LIMA, 2009, p.101).

Entende então o referido autor que o interesse de agir num pedido de medida cautelar seria exatamente o *periculum in mora*, pois o grave e sério perigo que possa prejudicar a ação principal ou mesmo a insatisfação do direito material pleiteado nessa ação estaria resguardado numa prestação jurisdicional que se desse de forma mais célere.

Numa apropriação dos clássicos termos acima apresentados, conjugando-se com a realidade processual penal, Aury Lopes Júnior teceu severas críticas à assimilação desses termos ao processo penal, pois:

Constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*. Como se pode

afirmar que o delito é a fumaça do bom direito? Ora, o delito é a negação do direito, a sua antítese! (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 55).

Sob essa crítica, Aury Lopes Júnior desenvolveu uma reformulação desses tradicionais conceitos, esclarecendo que para a decretação de uma medida cautelar no processo penal, não é possível a afirmação da existência do direito alegado pelo autor (acusação – Ministério Público), mas somente a aparência de um fato punível. Dessa forma, o *fumus commissi delicti* consiste na probabilidade da existência de um delito praticado pelo autor (indícios suficientes de autoria e materialidade).

Quanto ao *periculum in mora*, o referido autor esclarece que tal requisito na verdade é fundamento da decretação da medida cautelar, só podendo existir nas denominadas medidas cautelares reais, nas quais a demora causada pelo tempo poderia colocar em risco o direito alegado.

Em se tratando de medidas cautelares constritivas de liberdade, o fundamento para sua decretação seria o *periculum libertatis*, consubstanciado no risco que a liberdade do acusado oferece ao procedimento e a própria aplicação da lei penal. Neste caso, ainda segundo o autor, o risco não decorre do tempo, mas sim, da situação de liberdade do acusado.

Tal reformulação conceitual é extremamente condizente com as disposições legais acerca dos institutos das cautelares penais, sendo tal entendimento amplamente seguido pela doutrina.

Inegavelmente, tem razão o autor ao reivindicar uma terminologia e sistemáticas próprias para o processo penal, uma vez que a sistemática de Calamandrei foi pensada para o processo civil. Inobstante, como o próprio Aury Lopes Júnior reconhece, o trabalho de Calamandrei é de imensa valia e serve de base, também, para o processo penal. É preciso, apenas, ajustá-lo ao processo penal. (CARVALHO, 2006, p. 212).

Fábio Machado de Almeida Delmanto define o *fumus commissi delicti* como a necessidade de se obter, antes da decretação da medida cautelar, provas sobre a ocorrência do fato e indícios de autoria (DELMANTO, 2008, p.99), bem como o *periculum libertatis* como aquele requisito existente somente em medidas cautelares constritivas da liberdade, pois somente poderiam tais medidas serem aplicadas caso o acusado, em liberdade, colocasse em risco a produção da prova, o procedimento em si e\ou a futura e eventual aplicação da lei penal (DELMANTO, 2008, p. 101).

Faz-se ainda necessário a explicitação dos requisitos de concessão de uma medida cautelar sob a ótica de Eugênio Pacelli de Oliveira, que na esteira da teoria argumentativa de

Robert Alexy, entende que os requisitos do *fumus boni iuris* (ou *fumus commissi delicti*) e *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*) não são os únicos a embasar a decretação de tais medidas.

Segundo o referido autor em adendo ao seu Curso de Processo Penal, adendo esse específico sobre a lei 12.403 de 2011 que alterou a disposição legal das medidas cautelares penais, “os referenciais fundamentais na aplicação das novas cautelares” são a necessidade e adequação dessas medidas. (OLIVEIRA, 2011, p. 13). Esses dois requisitos são aferidos pela garantia da aplicação da lei penal e pela conveniência da instrução criminal.

Tanto a necessidade quanto a adequação são perspectivas que se reúnem no princípio da proporcionalidade, que teria como dupla função, dentro das cautelares pessoais penais, proibir o excesso e permitir a ponderação na escolha da norma aplicável ao caso concreto em situações de tensão entre essas.

No que nos interessa mais de perto aqui, o juízo de proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares deverá também se orientar por tais perspectivas, e, de modo mais sensível, naquelas atinentes à proibição do excesso e adequação da medida. Quando presente a necessidade da cautelar, tendo em vista eventuais risco ao processo, o primeiro passo do juiz no exame das medidas cabíveis será na direção da adequação da providencia, em vista da concreta situação pessoal do agente, bem como da gravidade e das circunstancias do fato. (OLIVEIRA, 2011, p. 14).

Ainda que desenvolvidos sob enfoques diferentes, percebe-se que os requisitos autorizadores para concessão de medida cautelar no processo penal continuam trabalhando sob a perspectiva da verossimilhança, seja essa plausibilidade do direito alegado demarcado por indícios suficientes de autoria e materialidade, seja pelo critério da necessidade e de adequação de imposição da medida.

Deve-se ainda compreender a insuficiência do *periculum libertatis* enquanto requisito autorizador para a decretação de uma medida cautelar. Na verdade, esse é um requisito que, quando muito, é cabível somente para justificar a prisão cautelar. Ele não se presta a justificar nenhuma outra medida assecuratória, como por exemplo, o arresto. Não se decreta o arresto de um bem porque a efetividade do processo sofre perigo com a liberdade do acusado, mas sim, para bloquear bens provenientes de atividades ilícitas. Em resumo, há medidas cautelares que não se relacionam com a liberdade, o que demonstra serem os atuais requisitos trabalhados pelos autores como insuficientes para regerem, de forma técnica, a teoria da cautelaridade penal.

3.4 Espécies de medidas cautelares previstas na legislação

A Lei 12.403 de 05 de maio de 2011 inovou o Código de Processo Penal, pois trouxe a definição legal de uma série de novas medidas cautelares pessoais que serão sempre preferenciais em relação à decretação da prisão.

Com isto, a clássica definição entre medidas cautelares reais ou patrimoniais, probatórias e pessoais persiste, existindo apenas uma diferenciação no tocante à disciplina das ditas cautelares pessoais.

Seguindo então caminho trilhado por Marcellus Polastri Lima, aplicado à nova disposição legal, as medidas cautelares penais podem ser divididas em três grupos:

- a) Reais ou Patrimoniais – sequestro, arresto e hipoteca legal;
- b) Probatórias – produção antecipada de provas e busca e apreensão de bens;
- c) Pessoais – de acordo com a nova alteração legislativa podem ser:
 - I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
 - II - proibição de acesso ou frequência 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 e 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 a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX - monitoração eletrônica
- X – prisões processuais, a saber: prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva.

Na tradicional divisão sugerida por Romeu Pires de Campos Barros (BARROS, 1982), as cautelares probatórias e reais seriam assecuratórias do processo principal (conhecimento e execução), ao passo que as cautelares pessoais seriam acautelatórias do próprio direito do Estado de punir e garantir a aplicação da lei penal, sendo conhecidas como medidas de coação.

Conforme delimitado pela introdução desse trabalho, o objetivo desse estudo não é a análise das espécies de cautelares existentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas a identificação da base teórica que justificaria a aplicação dessas, bem como a demarcação de um processo penal cautelar. As inovações trazidas pela lei 12.403 de 05 de maio de 2011 alteraram apenas as espécies de medidas cautelares, mantendo inalterado o procedimento e os requisitos para decretação das aludidas medidas.

4 O PROCESSO NO MODELO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A expressão “quebra de paradigma” tão largamente utilizada em compêndios de Direito Constitucional para estabelecer a institucionalização do modelo de Estado Democrático de Direito pela Constituição de 1988 é bastante criticada, seja pela assimilação da ideia de ruptura, seja pelo significado de “paradigma”.

Mas a despeito de todas as críticas tecidas a tal expressão, certo é que a inserção do Direito democrático na sociedade brasileira trouxe inúmeras perspectivas de pensar o Estado, a coletividade e principalmente o ordenamento jurídico, que deve de forma incessante e constante se adequar ao novo regime jurídico estabelecido pelo texto constitucional.

Embora não seja objetivo dessa pesquisa a análise histórica ou o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, cumpre-nos desvelar, ainda que de forma breve, algumas incursões sobre o tema a fim de compreendermos que a constitucionalidade democrática impôs uma nova leitura do processo, impedindo, dessa forma, a assimilação da cautelaridade penal como medida incidental de coerção estatal contra o acusado.

4.1 A processualidade na constitucionalidade democrática

A formação do Estado Democrático de Direito pode ser compreendida sob perspectivas diferentes, levando-se em consideração a disposição e a apresentação dos modelos estatais anteriores – Estado Liberal e Estado Social.

Seguindo ensinamento da doutrina alemã, Ronaldo Bretas de Carvalho Dias em sua obra “Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional”, compreende que o Estado Democrático de Direito é a junção do Estado de Direito (Rechtsstaat) com o Estado Democrático, entendidos esses como “modernas e importantes qualidades identificadas pelo marcante fenômeno do constitucionalismo” (DIAS, 2004, p. 99).

Tem-se, portanto, um Estado submetido às normas do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional, um Estado no qual se estabeleça estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito, ou seja, um estado Constitucional Democrático de Direito. (DIAS, 2004, p. 99).

Nessa perspectiva, o Estado Democrático resultaria da articulação dos princípios do Estado Democrático e Estado de Direito, “cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais” (DIAS, 2004, p.102). Nesse sentido, e seguindo ensinamento

do mestre Canotilho, Ronaldo Brêtas compreende que o Estado Democrático de Direito, por ele entendido como Estado Constitucional Democrático de Direito, é demarcado pela limitação do poder Estatal ao Direito – princípio do Estado de Direito - e pela fonte de legitimação do poder ser o povo – princípio Democrático (ciclo e atos de legitimação da doutrina alemã). (DIAS, 2004, p. 103).

Nesse aspecto, o Estado Democrático de Direito impõe a necessária observância das garantias e direitos fundamentais instituídas pela Constituição, fazendo-se respeitar em toda a sua estrutura tais garantias, como núcleo estruturante do Princípio Democrático. Estando as funções estatais limitadas pela lei, a legitimação do exercício de tais funções - jurisdicional, legislativa e administrativa – estaria submetida à fonte do poder - povo.

Trabalhando a formação do Estado Democrático de Direito enquanto modelo de superação aos anteriores propostos, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira assim identifica o fenômeno da institucionalização do Estado Democrático no ordenamento jurídico:

A partir de duras críticas tanto ao Estado de Bem-Estar – denunciando os limites e o alcance das políticas públicas, as contradições entre capitalismo e democracia -, quanto ao Estado de socialismo real – a formação de uma burocracia autoritária desligada das aspirações populares -, cunha a expressão Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático de Direito passa a configurar uma alternativa de superação tanto do Estado de Bem-Estar quanto do Estado de socialismo real. Socialistas democráticos, democratas radicais e socialistas cristãos concebem, então, o Estado Democrático de Direito como uma organização política que possibilitaria a transição democrática ao socialismo. (OLIVEIRA, 1998, pág. 43).

No sentido acima exposto, o Estado Democrático de Direito é apontado como alternativa às críticas internas dos modelos de Estado Liberal e Estado Social, surgindo como opção que possibilitaria a inserção da Democracia – participação dos afetados na construção dos provimentos – aos ganhos teóricos já obtidos pelos paradigmas⁵ anteriores.

Importante observação é feita por André Del Negri quando de suas explicitações sobre o tema, pois aponta a necessidade de inversão das palavras Direito e Democrático, ao entender que democrático é qualidade que se impõe ao Direito, e não ao Estado:

Isso se explica pois, para nós, o Estado, seja ele autocrático ou não, será sempre um Estado de Direito. Vemos, portanto, nisso tudo, uma imensa obviedade, pois todo Estado, dito Democrático ou não, só poderá ser de Direito. Daí que não se torna interessante a utilização da redação do art. 1º da Constituição (Estado Democrático

⁵ A utilização da expressão paradigma é feita com extrema ressalva, pois conforme evidenciado por vários processualistas, entre eles, Rosemiro Pereira Leal (2011) e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004), a palavra paradigma – que ficou conhecida por sua utilização por Thomas Kuhn - foi apropriada para o Direito sem a necessária refutação de seu significado dentro dessa ciência tão inexata.

de Direito), uma vez que referida terminologia apresenta conotação pleonástica. Por outro lado, é bom lembrar que a Democracia deve aparecer como uma espécie de qualidade, de característica, de paradigma jurídico, de eixo teórico adotado pela Constituição, pois Democrático não é o Estado, mas sim o Direito que rege o Estado. (NEGRI, 2008, p. 40).

O Estado Democrático de Direito pode ser compreendido como ruptura aos modelos Liberal e Social; pode ser entendido como evolução, superação das crises internas de cada um dos modelos anteriores; pode ainda ser desvelado como articulação de princípios. Conforme anteriormente explicitado, não é objetivo dessa pesquisa trabalhar o desenvolvimento e a evolução do Estado Democrático de Direito, mas sim, demonstrar que a institucionalização desse modelo repercutiu no modo de pensar o processo, impondo uma mudança de paradigmas processuais.

Isso porque o Estado Democrático de Direito, independente da teoria acerca de sua formação, é caracterizado pela fruição e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, pela ampla participação dos afetados na construção do provimento, juntamente com o incessante controle dos atos estatais pelos legitimados ao processo – o povo (LEAL, 2011, p. 72).

Depreende-se do apresentado acima que a identificação do processo como instrumento da jurisdição não se coaduna com os dispositivos constitucionais, à medida que o Estado Democrático de Direito ilide a compreensão da função jurisdicional como poder que seja exercido pelos magistrados à parte do envolvimento dos afetados pela decisão. O Estado Democrático impõe a observância da participação igualitária de todos os interessados na construção de qualquer que seja o provimento. As funções estatais limitadas pela lei, juntamente com a necessidade de efetivação das garantias fundamentais, demarcam o modelo do Estado Democrático de Direito como superação aos sistemas puramente liberais e sociais.

Dessa forma, compreender o processo na constitucionalidade democrática é reconhecer a necessidade de se superar as proposições teóricas até então desenvolvidas, vez que essas não se adequam aos ditames do constitucionalismo moderno. Transpor a instrumentalidade processual é indispensável para a construção de um processo democrático.

Ainda que construída às margens do constitucionalismo democrático, a teoria do processo como procedimento em contraditório de Elio Fazzalari é sem dúvida um marco na teoria do processo, ao apontar a diferença conceitual entre processo e procedimento, colocando aquele como espécie desse.

O processualista italiano desenvolveu sua teoria a partir da renovação do conceito de procedimento e sua diferenciação em relação à espécie processo. Para tanto, foi necessário a ruptura com os conceitos clássicos de relação jurídica e de direito subjetivo. A teoria foi

estruturada de forma a primeiro conceituar procedimento e provimento final para, posteriormente, revelar como Elio Fazzalari passou a compreender a teoria da norma e do direito subjetivo, e como tais acepções foram imprescindíveis para a compreensão do processo como espécie do gênero procedimento. A teoria fazzalariana ainda cuidou de conceituar contraditório e as consequências dessa concepção para a ciência processual.

Conforme já apontado, a base da teoria de Fazzalari foi a compreensão do conceito de procedimento, que teve sua base na definição do significado de provimento final. Provimento é todo ato estatal imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência (seja no âmbito administrativo, legislativo ou jurisdicional). Todo ato estatal que se destina a provocar efeitos na esfera dos direitos dos administrados, da sociedade e dos jurisdicionados, e que tenha caráter imperativo, um ato de poder, será considerado um provimento. E para que tal provimento seja dotado de existência, validade e eficácia, é indispensável que esse tenha sido preparado por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas que se desenvolvem em uma dinâmica específica (procedimento). Com isso, conclui-se, portanto, que o procedimento é a atividade preparatória do provimento, vez que o ato final do procedimento é a edição de um ato por ele preparado (GONÇALVES, 1992, p. 102).

Aroldo Plínio Gonçalves demonstra ainda em sua paradigmática obra “Técnica Processual e Teoria do Processo” o caminho percorrido por Fazzalari para elucidação do conceito de procedimento, cujo trabalho não foi apenas o de construção, mas também o de desconstrução de conceitos até então vigentes. Para a elaboração do novo conceito de procedimento e, conseqüentemente, para maior elucidação de suas argumentações, Fazzalari preocupou-se inicialmente em redefinir conceitos jurídicos como o de norma jurídica, direitos subjetivos e posição subjetiva.

A norma jurídica não pode ser entendida apenas como “cânone de valoração de uma conduta, ou seja, como regra vinculante e exclusiva que expressa os valores da sociedade, mas também em relação à conduta por ela descrita, que se liga a valoração normativa” (GONÇALVES, 1994, p. 106). Dessa forma, tem-se o ato jurídico como sinônimo de conduta que, quando valorada, pode ser entendida como faculdade ou como devida. A Posição jurídica subjetiva é, portanto, “posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas, facultadas ou devidas”. (GONÇALVES, 1994, p. 106).

A redefinição desses conceitos pôde elucidar que o procedimento não se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam. Por isso entende-se o procedimento como sequência de normas, atos e

posições subjetivas. Os atos e as posições jurídicas são normativamente previstos e se conectam de forma especial para tornar possível o advento do ato final (provimento) por ele (procedimento) preparado. A existência, validade e eficácia do provimento dependem do correto desenvolvimento do procedimento (GONÇALVES, 1994, p. 107).

A forma especial de conexão dos atos e posições subjetivas normativamente previstas, tornando possível a identificação de qualquer procedimento, é explicada por Fazzalari através da ideia de pressuposto, compreendido como:

[...] a incidência de uma norma só poderá se verificar validamente sobre os atos da sequência se, a norma anterior houver sido observada e cumprida, na sua previsão de atos que poderiam ter sido exercidos ou que deveriam ter sido cumpridos (GONÇALVES, 1994, p. 111).

Com essa ideia de pressuposto no iter procedimental, conclui-se que o procedimento não é apenas uma série de atos, normas e posições subjetivas preparatórias do provimento, vez que o procedimento faz depender a validade de cada um de acordo com sua posição na estrutura, que requer o cumprimento de seu pressuposto. O ato praticado fora dessa estrutura, sem a observância de seu pressuposto, não pode ser por ela acolhido validamente, pois não pode nela ser inserido. Tem-se, portanto, que o provimento é uma parte (a parte final) do procedimento, a última estrutura do procedimento. É nessa perspectiva – estrutura do procedimento - que Fazzalari constrói o conceito de processo.

Processo é espécie do gênero procedimento, à medida que o ato preparatório do provimento contiver a participação dos interessados. Interessados são aqueles em cuja esfera particular o ato está destinado a produzir efeitos. Dessa forma, o processo começa a se definir pela participação dos interessados na fase que prepara o provimento, ou seja, o procedimento. E essa participação se dará mediante o contraditório. Tem-se o contraditório, portanto, como elemento diferenciador entre processo e procedimento. (GONÇALVES, 1994, p. 116).

O raciocínio fazzalariano partiu do auxílio da lógica sobre a relação entre classes e uma diferenciação taxinômica: “Classe procedimento” e “Classe processo”. O procedimento, como estrutura normativa que prepara o provimento, constitui a classe imediatamente superior pela abrangência que comporta, para que nela se inclua a classe dos processos.

Guardada a devida vênua em relação à época da construção de sua teoria, Fazzalari definiu o contraditório como garantia de participação, em simétrica paridade, das partes (e não dos sujeitos processuais), entendendo serem parte (interessados ou afetados) aqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, “que suportarão os efeitos do provimento e da medida

jurisdicional”. O contraditório se dá somente entre as partes, e não entre os sujeitos processuais, porque importa na apresentação de seus interesses em direções contrárias, em pretensões divergentes. É a contrariedade, a oposição de interesses que marca a presença das partes e que tem a garantia de igual tratamento no processo. Por isso, o contraditório não pode ser visto com a mera participação no processo (GONÇALVES, 1994, p. 120). É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.

O contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida. Não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, o seu conteúdo possível. Contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei (GONÇALVES, 1994, p. 127).

Em sua obra, no final do capítulo VI, Aroldo Plínio Gonçalves tenta dirimir dúvidas acerca da adoção da teoria fazzalariana em relação a três pontos relevantes: processo penal, processo de execução e teoria da relação jurídica.

Sobre as controvérsias acerca da natureza do processo penal, levantadas por Carnelutti (não seria o processo penal um processo de partes, mas a jurisdição penal seria um poder do juiz e do estado), Aroldo Plínio Gonçalves explicita que tal divergência não encontra mais palco à luz da teoria fazzalariana, vez que o marco definidor do processo seria o contraditório. Existindo contraditório entre o acusado e o Ministério Público, não haveria dúvidas acerca da natureza processual de tal procedimento (GONÇALVES, 1994, p. 130).

O segundo enfoque foi dado ao processo de execução e a possibilidade ou não de existir contraditório nesse procedimento. Para Aroldo Plínio Gonçalves, e levando-se em consideração a legislação processual civil vigente à época da obra, entendeu ser absolutamente correta a expressão processo de execução, vez que existe contraditório no procedimento que prepara o provimento final, ainda que o provimento final do processo de execução seja de natureza diversa do provimento final do processo de conhecimento (GONÇALVES, 1994, p. 131). Tal explicitação é de grande importância para a definição de processo cautelar apresentada nessa pesquisa.

Por último, o autor demonstra serem absolutamente incompatíveis as teorias do processo como relação jurídica e processo como procedimento em contraditório. Isso porque a teoria da relação jurídica funda seus conceitos com base em vínculos de exigibilidade, sujeição e subordinação, conceitos esses estranhos à garantia do contraditório. Sendo o

contraditório uma garantia, essa “é uma liberdade protegida, não pode ser coativamente oferecida” (GONÇALVES, 1994, p. 132). O contraditório é uma faculdade das partes. Além do mais, a teoria da relação jurídica baseia-se no conceito de direito subjetivo oriundo do direito privado, o que inviabiliza sua apropriação para os estudos processuais.

A análise do último ponto feito por Aroldo Plínio Gonçalves é sem dúvida a de maior importância ao presente estudo, que entende na teoria do processo como procedimento em contraditório o marco teórico mais adequado para o estudo do processo na constitucionalidade democrática.

Conforme salientado por Rosemiro Pereira Leal (LEAL, 2011, p. 83/84), ao desenvolver sua teoria, Fazzalari não a fez considerando o contraditório como direito-garantia à luz do Constitucionalismo. Fazzalari não conferiu ao contraditório o caráter de garantia constitucional que hoje sabidamente possui. O processualista italiano atribui ao contraditório apenas uma qualidade que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional, sendo certo que hoje, em face do discurso jurídico-constitucional das democracias, o contraditório é instituto do direito constitucional.

Entretanto, deve-se reconhecer que não se poderia exigir-se de Fazzalari tal compreensão à época de sua obra, vez que o movimento constitucionalista democrático só se firmou a partir da década de 80. A obra “Instituições de Direito Processual” foi desenvolvida em 1958, bem antes da eclosão do movimento conhecido como neo-constitucionalismo, no qual se desenvolveu efetivamente um estudo acerca do discurso jurídico constitucional democrático.

Entrelaçar a teoria processual de Elio Fazzalari à teoria discursiva de Habermas para legitimação é de grande valia para a delimitação teórica de um processo democrático adequado e apto a cumprir com as garantias fundamentais consubstanciadas no Estado Democrático de Direito. Tal assimilação é feita com o intuito de conferir a teoria processual de Elio Fazzalari a necessária adequação ao modelo de Estado Democrático de Direito, que sob a visão dessa pesquisa, é muito bem delimitado pela teoria procedimentalista de Jürgen Habermas.⁶

Sob a perspectiva Procedimentalista, um Processo efetivamente Democrático é aquele em que as normas (criadas a partir do procedimento institucionalizado legislativo fundante) devem instituir e assegurar a dinâmica do procedimento jurisdicional institucionalizado, de

⁶ Cumpre esclarecer que tal assimilação não é inovação dessa pesquisa, cabendo principalmente à Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, entre outros processualistas integrantes do programa de Pós Graduação *strictu sensu* da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, o mérito da junção de tais teorias.

forma a garantir a participação democrática do cidadão no procedimento discursivo formador de uma decisão (HABERMAS, 1997, p.223).

O processo passa a ser compreendido como espaço procedimental estruturado e balizado pelas garantias fundamentais, oportunizando a participação igualitária das partes na construção do provimento final, viabilizando também a ampla participação e argumentação dessas.

Todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, na perspectiva do juiz, para a formação imparcial do juízo. Somente essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão. (HABERMAS, 1997, p. 288)

A compreensão do processo enquanto espaço procedimentalizado oportunizador da igualitária participação dos afetados passa abarcar, na constitucionalidade democrática, não só a necessária presença do contraditório – na sua própria estrutura – mas também requer a efetivação dos princípios da ampla defesa e da isonomia, que na teoria neoinstitucionalista de processo (LEAL, 1997) são compreendidos como princípios institutivos do processo.

Ao garantir às partes a construção participativa e igualitária do provimento, através de um espaço procedimental institucionalizado que viabiliza a ampla argumentação de todas as questões suscitadas, nas quais tenham tido iguais possibilidades de participação, ter-se-á um provimento devidamente fundamentado, constitutivo de um processo democrático.

A garantia fundamental da ampla defesa assegura a irredutibilidade do espaço procedimental discursivo, de forma a garantir tempo e modo de manejar não só a ampla argumentação das partes, como também o direito à produção da prova. Nesse sentido, Rosemiro Pereira Leal entende que a ampla defesa:

Não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. Há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente. É por isso que, a pretexto de celeridade processual ou efetividade do processo, não se pode, de modo obcecado, suprindo deficiências de um Estado já anacrônico e jurisdicionalmente inviável, sacrificar o tempo da ampla defesa que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova (LEAL, 2011, p. 104).

No mesmo sentido insere-se a garantia fundamental da isonomia, que pode ser compreendida sob três enfoques diferentes: a isonomia enquanto distribuição do tempo de argumentação das partes – prazos iguais para as partes; a isonomia enquanto igualação das

oportunidades de participação e argumentação – que as partes possuam iguais condições de influir na construção do provimento final; e a isonomia enquanto garantia que possibilita a não utilização das garantias, ou seja, a possibilidade de escolher, para efetivação da defesa, o direito ao silêncio. (SILVA, 2005, p. 60).

Cumpre ainda demonstrar a necessidade de fundamentação das decisões enquanto garantia fundamental que funciona como controle da eficácia do contraditório e da ampla defesa (LOPES JÚNIOR, 2007, p. 205), pois uma decisão devidamente fundamentada só existirá se essas garantias tiverem sido observadas. É a fundamentação racional das decisões que permite auferir se o procedimento foi construído de forma participada, sendo elemento intrínseco à legitimidade de um provimento.

A fundamentação das decisões revela um dos aspectos mais significativos de uma democracia, vez que retira de um órgão estatal o poder-dever de julgar e transforma essa função em uma garantia fundamental que assegura a eficácia do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, legitimando não só o provimento, mas toda a estrutura procedimental.

O processo pode então ser concebido como legitimador das decisões jurisdicionais, à medida que respeita e observa as garantias fundamentais do devido processo legal. A jurisdição só será legítima através de um processo democrático, concebido como um espaço procedimental discursivo institucionalizado. (HABERMAS, 1997, p. 157).

As bases de um processo democrático podem ser sintetizadas no brilhante pensamento exposto pela Promotora de Justiça Luciana Telles Machado Silva, em sua dissertação de mestrado:

O processo democrático se coloca, no Estado Democrático de Direito, como legitimador das deliberações legislativas e decisões jurisdicionais. E o processo jurisdicional democrático, assegurado pelo devido processo constitucional, por conseguinte, legitima o ato jurisdicional estatal. A jurisdição, portanto, para se revelar legítima, pressupõe o processo democrático, entendido como espaço procedimental discursivo institucionalizado. (SILVA, 2005, p.63)

O processo, adequado ao Estado Democrático de Direito, é procedimento que se desenvolve em estrutura espaço temporal e que observa e efetiva o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, através de uma construção discursiva e democrática, que terá como provimento final uma decisão construída simetricamente pelos afetados pelo provimento.

4.2 A urgência e o Estado Democrático de Direito: a Teoria da Cautelaridade no marco do processualismo democrático

O Estado Democrático de Direito enquanto modelo que reconhece e impõe a todos os cidadãos a participação democrática e igualitária na formação dos provimentos, implica na observância das garantias fundamentais constitucionais ao processo, que não podem mais ser dissociadas do modelo estatal vigente.

Se ao processo, conforme explicitado no item acima, cabe a função de se garantir aos afetados pela decisão a sua igualitária participação, o mesmo deverá valer também ao processo cautelar que, enquanto procedimento no qual se busca a prolação de um provimento final – a medida cautelar – terá também a mesma disciplina legal dispensada aos processos de conhecimento e de execução.

Defende-se nesse estudo a existência de um processo cautelar penal porque é um procedimento que se desenvolve em contraditório, ainda que esse contraditório, dada a urgência e a situação de dano iminente do direito fundamental tutelado, seja realizado de forma postergada ou diferida. Sobre as considerações do contraditório postergado ou diferido, maiores comentários serão dispensados no capítulo V.

A adoção da teoria fazzalariana de processo nos leva a compreender, na esteira do pensamento do ilustre Doutor Professor Rosemiro Pereira Leal, que ação e procedimento passarão a abarcar a mesma conceituação (LEAL, 2011, p. 115), não havendo que se desenvolver, pelo marco teórico processual escolhido, o significado da expressão ação cautelar, mas tão somente processo e procedimento cautelar.

Importante o delineamento acerca do processo democrático feito no tópico anterior, pois toda a principiologia apresentada deverá ser também desenvolvida e observada no processo cautelar, ainda que a base desse procedimento seja a urgência. Nesse sentido, precisas são as lições de Fernando Horta Tavares:

A jurisdição só pode atuar pelo processo, que se caracteriza pelo direito à argumentação discursiva democrática construída racional e legitimamente pelas partes e Estado – Juiz, do que resulta que a jurisdição significa a atuação da lei pela principiologia do processo, a qual, a seu turno, e na ótica aqui defendida, não pode trazer qualquer corrosão a direito. (TAVARES, 2007, p. 113).

Pretende-se, com isso, elucidar que embora seja realmente um procedimento *sui generis*, como prelecionou Calamandrei, o procedimento cautelar – ou o processo cautelar, dependendo da existência ou não do contraditório – deve seguir a mesma disciplina

principlológica que todo processo deve ter, pois a constitucionalidade democrática não permite que provimentos sejam prolatados sem a participação dos afetados. Nem mesmo a urgência – marca indelével do processo cautelar – pode afastar a presença dos princípios institutivos do processo – contraditório, ampla defesa e isonomia.

O costumeiro discurso da corrosão de direitos pelo tempo, ou até mesmo do processo como entrave à justiça, devem ser entendidos como falácias sedutoras que não se preocupam em compreender o processo à luz do constitucionalismo democrático, pois ignoram a técnica processual e confundem essa constitutiva estrutura de direitos com conceitos meta jurídicos.

O processo cautelar, por assegurar direito fundamental que está em risco de dano irreparável ou de difícil reparação, não pode se teorizar sob fundamentos que desconsiderem a constitucionalidade democrática e todos os princípios institutivos do processo, abrindo com isso espaço para requisitos cautelares estranhos à ciência do Direito, como verossimilhança ou a plausibilidade do direito alegado.

A necessidade de se alcançar o provimento final de forma mais célere não poderá justificar a diminuição ou até mesmo a supressão da estrutura espaço temporal balizada pelo contraditório, ampla defesa e isonomia, pois qualquer tipo de alijamento à essas garantias é identificado como descumprimento às normas constitucionais. Em tópico específico a ser desenvolvido no capítulo V dessa pesquisa, demonstrar-se-á que a técnica processual correta para resolução desse aparente conflito será a sumarização do procedimento.

O que se pretende desvelar com essa abordagem é que a urgência, por si só, não pode descaracterizar a estrutura processual demarcada pela abrangência do contraditório, ampla defesa e isonomia, e que a cautelaridade deve ser desenvolvida sob o prisma do Estado Democrático de Direito, respeitando-se, com isso, a necessidade de um processo anterior à decretação da medida cautelar.

5 DAS ESPECIFICIDADES DO PROCESSO PENAL E A IMPOSSIBILIDADE DA IMPORTAÇÃO DA TÉCNICA PROCESSUAL CIVIL

O estudo da cautelaridade no processo penal realizado pela maioria dos estudiosos do tema é ainda estranhamente estruturado numa teoria cautelar extraída do processo civil.

Os requisitos, fundamentos, distinções e divisões das cautelares civis, outrora apresentados nesse trabalho acadêmico, foram, de forma precária e atécnica, transferidos para o processo penal, de maneira a justificar e embasar as chamadas medidas cautelares penais, sem, contudo, levar em consideração a diferente natureza de um ramo para o outro.

Marcellus Pollastri tece essa crítica explicitando a carência do processo penal em formular ele próprio os fundamentos teóricos do processo cautelar penal:

Assim, se é certo que toda a construção doutrinária sobre as medidas e processos cautelares advém do ramo do processo civil, deve ser reservado um espaço próprio para o exame das cautelares no processo penal, que guarda autonomia e características particulares. (LIMA, 2009, p. 96).

Aury Lopes Júnior identifica que a aproximação teórica dos processos civil e penal pode acarretar em atecnias jurídicas, à medida que a apropriação de institutos processuais civis ao processo penal não respeita a particularidade inerente que o objeto desse possui:

O equívoco consiste em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal, exatamente em um ponto em que devemos respeitar as categorias jurídicas próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia. (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 55)

No mesmo diapasão tem-se o posicionamento de Antônio Scarance Fernandes:

Além das dúvidas já encontradas nas construções doutrinárias dos processualistas civis, surgem problemas adicionais derivados da tentativa de serem elas adaptadas às exigências do processo penal. Tem-se como exemplo a dificuldade em se identificar o *periculum in mora* nas medidas cautelares reais penais (FERNANDES, 2007, p. 286)

Certo é que o pensamento não foi de todo errado, mas talvez incompleto: não há mal nenhum em alicerçar-se na teorização civil do processo cautelar, desde que esse estudo seja feito de forma técnica, respeitando-se as especificidades do Processo Penal.

O problema existe quando afirmações sobre tais importações são feitas sem a devida refutação teórica como, resguardada a devida vênia ao ilustre Magistrado e Professor Luis

Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, que prelecionou em sua obra “Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal” que “as demais características das medidas cautelares – provisoriedade, urgência e instrumentalidade – bem descritas por Calamandrei, aplicam-se, todas, igualmente, ao processo penal.” (CARVALHO, 2006, p.212).

Segundo o referido autor, basta o simples ajuste semântico das expressões *fumus boni iuris* para *fumus commissi delicti* e *periculum in mora* para *periculum libertatis* que todos os problemas da cautelaridade penal estariam resolvidos pela teorização proposta por Piero Calamandrei.

Nada mais falacioso e sedutor que o discurso que reduz o espaço para desenvolvimento de novos conhecimentos. Tornar-se-ia desnecessário o aprofundamento teórico da cautelaridade em matéria penal haja vista que tal esforço, que já fora despendido no processo civil, poderia ser também utilizado e aproveitado para o processo penal.

Conforme anteriormente indagado, o *periculum libertatis* não consegue, por si só, justificar as medidas cautelares assecuratórias, afinal, não haveria como se salvaguardar o direito à propriedade e ao patrimônio com o perigo proporcionado pela liberdade do acusado. Ainda nessa ótica, a vítima com lesão em seu patrimônio não teria legitimidade para pedir medidas cautelares, porque não teria sentido algum na perspectiva da segurança pública. O Direito fundamental em perigo seria somente o do Estado, traduzindo-se apenas na segurança.

Entretanto, sabido é que as peculiaridades do processo penal impedem a assimilação da técnica civil, uma vez serem processos que se desenvolvem sob perspectivas procedimentais diferentes.

5.1 Da inaplicabilidade da teoria cautelar civil no processo penal: das especificidades do processo penal

Parece-nos lugar comum à crítica a incorporação de institutos processuais civis para o processo penal sem a devida refutação necessária em relação às peculiaridades do processo penal. O que nos resta definir então é exatamente quais são as peculiaridades que fazem do processo penal um verdadeiro “microsistema” (BARROS, 2008, p.11).

Partindo da compreensão do modelo constitucional de processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1997), Flaviane de Magalhães Barros esclarece que o processo penal está inserido no “modelo único de tipologia plúrima”, possuindo, entretanto, características que o diferenciam do processo civil, por exemplo.

Ou seja, o processo penal leva em consideração o modelo constitucional de processo, mas que possui especificidades que o fazem um microssistema, com garantias constitucionais específicas e tratamento diverso do processo civil, justamente em razão dos direitos fundamentais que visa garantir, notadamente, a liberdade do cidadão (BARROS, 2008, p.11).

Com isso, a Professora esclarece que todo processo deve estar inserido nessa base principiológica uníssona – contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões e o terceiro imparcial -, o que não exclui a delimitação de especificidades exclusivas do processo penal, denotadas principalmente pelo princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (BARROS, 2008, p.15).

Em outras palavras, a característica que transforma o processo penal em um verdadeiro microssistema é exatamente o direito fundamental por ele tutelado: a liberdade. Nos dizeres da autora: “o modelo é único, como já ressaltado, as tipologias é que podem ser plúrimas” (BARROS, 2008, p. 21).

Nesse diapasão, parece-nos óbvio que a importação da técnica processual civil para o processo penal é descabida, vez que embora sejam ambos os ramos regidos pelas mesmas garantias fundamentais, a constrição da liberdade somente poderá advir de um processo penal.

Essa é justamente a observação feita pela autora em sua obra “(Re) Forma do Processo Penal”:

Toma-se, a título de exemplificação, a questão da cautelaridade. Há importantes diferenças entre a cautelaridade do processo civil e penal. Na primeira, ela se evidencia pela lesão grave ou de difícil reparação e permite ao juiz determinar, a pedido da parte, qualquer tipo de medida para garantir o seu direito. Já na segunda, ela é vista como uma excepcionalidade, sendo necessária sua previsão legal, com autorização judicial nos limites previstos e nas hipóteses previstas, pois ela pode privar o indivíduo de seu direito de liberdade em razão da necessidade de se garantir a efetividade do processo penal. (BARROS, 2008, p. 21).

A compreensão da especificidade do processo penal em razão dos direitos fundamentais por ele garantidos é bastante proveitosa, mas denota ainda uma assimilação do processo enquanto instrumento de realização do direito material, levando ao incomodo e improveitoso reducionismo do binômio direito de punir x liberdade do acusado.

É claro que a tutela da liberdade é um marco específico e diferenciador do Direito Penal, mas não do Direito Processual Penal. Entendido o processo como procedimento em contraditório que busca a construção do provimento final pelos interessados e afetados pela decisão, resta óbvio que o seu objetivo não é o de tutelar nem a liberdade do acusado e tampouco o direito de punir do Estado, mas sim, o de apresentar uma decisão final sob o

pedido inicial formulado, decisão essa construída simetricamente pelas partes, garantindo-se a plena efetivação dos direitos fundamentais das partes.

Em entendimento semelhante, mas não idêntico, ao proposto por Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 164), compreende-se que o marco diferenciador e específico do processo penal nos é dado pela atuação do Estado enquanto parte no iter procedimental.

A Atuação do Estado sob três esferas distintas – investigação, acusação e julgamento – demonstra um crasso desequilíbrio entre os sujeitos processuais, pois subjugava o acusado – particular – a uma tríplice força estatal, que mesmo estando sob o crivo do Estado Democrático de Direito que impõe uma absoluta obediência à lei, possui, ao menos em tese, uma posição vantajosa em relação a esse.

É inegável que a origem do *parquet* enquanto órgão acusador é fruto do sistema acusatório inglês em sua mais pura e genuína ideia, o que não ilide, nos dias atuais, uma visível vantagem dessa parte em relação à posição contrária – o réu.

Indiscutível também é a necessidade da efetivação do princípio da isonomia dentro do marco da constitucionalidade democrática, que nas lições do Professor Rosemiro Pereira Leal é princípio institutivo do processo (LEAL, 2011, p. 81).

Nesse sentido, discutir a isonomia entre as partes no processo penal requer um maior cuidado e estudos específicos, pois ao contrário do que ocorre no processo civil, não existe uma isonomia completa entre as partes, eis que o iter procedimental é construído entre o Estado e o particular.

O princípio da isonomia não se limita apenas a distribuição do tempo de participação, no tocante, por exemplo, a concessão de prazos legais de igual duração a ambas as partes. A isonomia está também presente no processo jurisdicional na “igualação das próprias oportunidades de participação e comunicação das partes” (SILVA, 2005, p. 60), de forma que a “isonomia, além de simétrica atuação temporal, também assegura a simetria da própria atuação que estrutura o contraditório” (SILVA, 2005, p. 60).

Com isso, ainda que os prazos legais do Ministério Público e da defesa sejam idênticos – isonomia temporal – não há, entre um particular e o Estado, iguais possibilidades de participação e comunicação, o que não só gera um desequilíbrio no iter procedimental como também traz consequências procedimentais na tentativa de se efetivar a isonomia na participação.

Daí porque o processo penal é regido por garantias fundamentais exclusivas desse tipo de procedimento, que não se encontram ou se aplicam ao processo civil: a necessidade de se diminuir o abismo existente entre as partes e a de se efetivar o princípio da isonomia no iter

procedimental, características essas peculiares e exclusivas do processo penal, levaram a edificação de garantias fundamentais somente a esse procedimento aplicáveis.

Pensar na presunção de inocência, no direito de não produzir provas contra si mesmo, na vedação da utilização de provas obtidas por meios ilícitos, na vedação da revelia (enquanto inversão do ônus probatório) entre outras garantias, é compreender que tais garantias só são aplicadas ao processo penal em decorrência da especificidade que esse procedimento possui de forma inerente: o Estado atuando como supra parte frente ao particular.

Dessa forma, mister faz-se compreender que a especificidade do processo penal não reside no direito por ele tutelado – a liberdade – mas sim, pela dicotomia inerente entre as partes envolvidas – Estado e particular – que levou à consolidação de garantias fundamentais exclusivas do processo penal no afã de efetivar o princípio da isonomia entre as partes componentes do iter procedimental.

Importa-nos agora demonstrar que as especificidades do processo penal impedem a assimilação dos requisitos do *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e provisoriedade, de forma que torna-se urgente e necessário a reconstrução da teoria da cautelaridade penal de forma a tornar adequado tal procedimento ao modelo estatal vigente.

5.2 A presunção de inocência como marco limitador da cautelaridade penal

Conforme esclarecido no tópico anterior, a presunção de inocência não é o único marco específico do processo penal; muito pelo contrário. O processo penal admite várias garantias fundamentais, principalmente as atinentes às provas, que são exclusivas de seu procedimento, tendo em vista a necessidade de se efetivar uma condição isonômica entre as partes. Entretanto, no presente estudo, interessa-nos o aprofundamento apenas da garantia da presunção de inocência, pois a compreensão dessa garantia no procedimento penal é que limitará o exercício do processo cautelar.

As medidas cautelares, enquanto medidas constrictivas ou que limitam o exercício de liberdade do acusado, vão de encontro à garantia da presunção de inocência. Isso por que uma vez restringido do direito de liberdade de ir e vir antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, estaria a garantia fundamental sendo desrespeitada, pois desconsidera o direito de não ser considerado e nem tratado como culpado.

De acordo com Jaime Vegas Torres, a Presunção de Inocência é um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o Processo Penal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal (VEGAS TORRES, 1993, p. 14).

Conquanto ao aparente conflito existente, percebe-se que a adoção das medidas cautelares constrictivas ou restritivas de liberdade não precisam confrontar-se com a garantia da presunção de inocência, uma vez que essa é o próprio limite e a base que justifica a aplicação daquelas.

Esclarece Alexandra Vilela que o conflito que surge entre as liberdades individuais e os meios de coação são resolvidos pelos princípios da necessidade, adequação, proporcionalidade e menor intervenção possível na aplicação desses meios (VILELA, 2000, p. 96). Citando Castro e Souza, a autora esclarece que esses princípios são formas de manifestação da própria garantia da presunção de inocência (CASTRO; SOUZA apud VILELA, 2000, p. 96)

Nada mais são do que emanção do Princípio constitucional da Presunção de Inocência do argüido que impõe que qualquer limitação à liberdade do argüido anterior à condenação com trânsito em julgado deva não só ser socialmente necessária mas também suportável.

Ainda na esteira do pensamento do referido autor, as medidas cautelares impostas ao acusado devem ser comunitariamente e humanamente suportáveis, em razão da possibilidade de serem aplicadas a um inocente. Assim, no caso específico da prisão cautelar, a premissa da separação entre os presos provisórios e os presos condenados justifica-se também pela garantia da presunção de inocência.

Tal constatação nos revela que as medidas cautelares, limitadas pela presunção de inocência hão de ser subsidiárias, excepcionais, atuando como *ultima ratio* na cautela do *iter* procedimental. É essa excepcionalidade que justifica que os objetivos ensejadores da adoção das medidas cautelares sejam estritamente processuais, retirando da esfera de aplicação possibilidades que dependam de um juízo axiológico ou de política criminal, como “segurança da ordem econômica” ou “segurança da ordem pública”.

É de notar-se que a adequação, a necessidade e a subsidiariedade das medidas cautelares são escopos da Garantia da Presunção de Inocência. Nesse sentido, Alexandra Vilela citando Castro e Souza (SOUZA apud VILELA, 2000, p. 97):

O pressuposto da necessidade da prisão preventiva como *conditio sine qua non* da legitimidade de utilização da medida decorre do próprio princípio da presunção da inocência, o que equivale dizer que a prisão preventiva desnecessária não é legítima à luz da presunção de inocência pois não tem justificação cautelar.

Sendo sua necessidade patente, as medidas cautelares devem ser limitadas pela liberdade individual e pela presunção de inocência no momento de sua regulamentação, de forma a possibilitar às partes, no decorrer do trâmite procedimental, construir a melhor compatibilização entre a abstração prevista e o caso concreto.

Nesse sentido é o ensinamento de Luiz Antônio Câmara, que sintetiza todo o seu pensamento na afirmação de que a adoção de uma medida cautelar com a presunção de inocência só pode ser aferida no caso concreto:

O princípio da presunção de inocência impede que admitam-se prisões que importem no reconhecimento da execução antecipada da pena ou que constituam consequência lógica da imputação, como ocorre nos casos de prisão obrigatória, razão pela qual se contrapõe ao princípio a previsão legislativa que nega ao acusado direito à liberdade provisória. (CÂMARA, 1997, p. 44-45).

No mesmo sentido é o pensamento de Fábio Machado de Almeida Delmanto:

As medidas cautelares no processo penal não podem, portanto, jamais servir como instrumento provisório e antecipado do futuro provimento definitivo – como ocorre no processo civil – sob pena de violação da garantia da presunção de inocência. (DELMANTO, 2008, p. 92).

A identificação da presunção de inocência não só como o traço especificador do processo penal, mas também como limite à adoção das medidas cautelares, consolida mais uma vez a inexistência de conflitos ou tensão entre princípios constitucionais que devessem ser resolvidos por ponderação de valores realizadas pelo julgador.

Seguindo a teoria da adequabilidade de Gunther, bem como o pensamento de Alexandra Vilella, o conflito axiológico que pudesse existir entre a necessidade de adoção de uma medida cautelar restritiva de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença já teria sido solucionado no plano normativo, durante o processo legislativo (discurso de justificação). Nesse sentido, parece válido uma breve análise do processo legislativo enquanto meio produtor do direito normativo.

Na esteira do pensamento de André Del Negri em sua obra “Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo – Teoria da legitimidade democrática”, deve-se examinar o procedimento legislativo brasileiro mediante as teorias que legitimam o exercício de produção das leis, o qual deve estar em conformidade com o processo constitucional, configurador do devido processo legislativo (NEGRI, 2008, p. 24).

O devido processo legislativo deve ser observado sob a égide do Estado Democrático de Direito, tendo como marco: “que o Direito seja democrático, participativo, pluralista e

aberto” gerando, “grande e significativa transformação na atividade de produção das leis” (NEGRI, 2008, p. 109).

Situado o marco do Estado Democrático de Direito, no estudo do processo legislativo, é imperioso estabelecer distinção didático-teórica entre validade, eficácia e legitimidade, posto ser necessário saber se a lei é legítima e não apenas válida e eficaz.

Segundo Sérgio Cademartori, uma norma é válida por ter sido produzida pelo órgão competente e de acordo com o procedimento regular e é eficaz quando decorrente do efetivo comportamento dos destinatários em relação à norma posta. (CADEMARTORI *apud* NEGRI, 2008, p.44)

André Del Negri argumenta que no Estado Democrático de Direito não é suficiente a simples análise acerca da produção da lei por órgão competente e de acordo com o procedimento regular (validade) e, muito menos, pelo acolhimento e acatamento que a norma impõe (eficácia). Deve-se observar, sobretudo:

[...] e a lei, na fonte de produção e de posterior concreção, está sendo elaborada e aplicada de forma legítima pela participação da soberania popular e se o procedimento preparatório para democrático-constitucionais do contraditório, ampla defesa e isonomia (NEGRI, 2008, p. 111).

Tem-se aqui o mesmo sentido fazzalariano (os co-autores participando da construção do provimento final), o qual foi abordado por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, eis que “por meio da participação discursiva no processo legislativo democrático, os destinatários das normas jurídicas são os autores dessas normas” (OLIVEIRA, 2000). Trata-se da participação dos legitimados no provimento final que, no caso do processo legislativo, é a lei.

Sendo assegurado a ampla participação dos legitimados no processo de formação das leis, teremos não só uma lei que seja válida e eficaz, mas também, legitimada.

E exatamente nessa esteira de identificar e reconhecer o processo legislativo sob o mesmo prisma principiológico do processo jurisdicional é que é possível compreender que as discussões morais, valorativas e de ponderações deverão ser efetuadas no plano legislativo, de forma que o provimento final desse processo – a lei – já traga, no plano da normatividade, a vedação à escolha das regras a serem aplicadas no caso concreto.

Não se trata, portanto, de conflito entre a presunção de inocência e uma prisão cautelar, por exemplo, pois no plano da normatividade (discurso de justificação) tais valores já foram discutidos e desenvolvidos. A partir do momento em que a resolução do caso concreto puder se embasar em mais de uma regra jurídica, a escolha entre uma e outra não se

dará por uma ponderação entre aquilo que seja, aos olhos do julgador, mais valoroso, mas sim a partir do senso de adequabilidade da regra ao caso concreto (discurso de aplicação).

Por isso a compreensão de que o princípio da presunção de inocência, enquanto característica peculiar do processo penal, seja também o limite para a adoção das medidas cautelares, limite esse que será imposto no plano da justificação, e não da aplicação, pois em um Estado Democrático de Direito que prima pela atuação estatal nos estritos limites da lei, não é possível que o julgador possa, num simples juízo de ponderação de valores, escolher a “melhor” regra aplicável ao caso. Não se pode permitir que o julgador, num senso de ponderação de valores, legisle, pois a valoração deve ser feita no discurso de justificação (processo legislativo), não no discurso de aplicação (processo jurisdicional).

A presunção de inocência deve ser entendida como limite e como orientação para a aplicação da medida cautelar, definindo suas razões, pressupostos e requisitos. Entretanto, por si só, não consegue conferir as cautelares a adequação necessária ao modelo estatal vigente. É necessário dar ao provimento que a decreta ou a refuta a legitimidade inerente a todo e qualquer processo.

A observância das garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e da necessidade de fundamentação das decisões são indispensáveis para que o provimento final seja legítimo, em consonância ao atual modelo estatal vigente. Somente com o efetivo respeito a essas garantias poder-se-á cogitar de um processo democrático apto a construir um provimento final efetivamente legítimo, razão pela qual abordar-se-á no último capítulo desse trabalho a legitimação do provimento cautelar.

5.3 Da inexistência da provisoriedade na cautelaridade penal

Por todo o exposto nesse capítulo, após a revisitação do objeto do processo penal, de suas especificidades e da presunção de inocência enquanto escopo limitador da cautelaridade, cumpre-nos ainda desvelar a impossibilidade da aplicação da provisoriedade aos provimentos cautelares de natureza penal, provisoriedade essa apontada pela doutrina italiana como a principal características dos procedimentos cautelares.

Conforme desenvolvido nos capítulos 2 e 3 desse estudo, a característica da provisoriedade sempre foi entendida como a marca indelével dos provimentos cautelares, sendo tal característica utilizada tanto pelos processualistas civis quanto pelos processualistas penais.

Tal conceituação é atribuída a Peiro Calamandrei, que identificou a provisoriedade como a característica de serem os provimentos cautelares provisórios, surtindo efeito apenas enquanto não advir o provimento do processo principal.⁷

Entretanto, em que pese a maestria do ilustre processualista e de todos aqueles que, no afã de seguir seus ensinamentos o fizeram sem a necessária refutação, o conceito de provisoriedade em medidas cautelares penais é absolutamente inaplicável.

Primeiro, porque a assimilação de provisório com a ideia de substituição pelo principal leva à inexorável relação de medida cautelar como antecipação de tutela, instituto completamente descabido no processo penal, tendo em vista o princípio da presunção de inocência.

Compreender que o provimento cautelar é provisório porque esse será substituído por um novo provimento prolatado no bojo dos autos principais (conhecimento e execução) é afirmar que ambos os provimentos possuem o mesmo objeto, afastando assim a função acautelatória das medidas cautelares e transformando-as em verdadeiras antecipações da tutela final.

A duração dos efeitos do provimento cautelar no tempo será limitada pela situação que a justificou – dano iminente a direito fundamental – e não até a prolação do provimento final do procedimento de conhecimento ou de execução.

Conforme desenvolvido no primeiro tópico deste capítulo, o objeto do processo penal não é resguardar o direito de punir do Estado – pretensão material -, mas sim, conferir uma resposta legitimada à imputação formulada na inicial – pretensão processual.

Se o provimento cautelar fosse provisório – aguardando substituição pelo provimento final do procedimento principal – restaria afirmado e confirmado que o processo cautelar possui o mesmo objeto que o processo de cognição e de execução, sendo patente a acessoriedade, a dependência funcional e procedimental do processo cautelar em relação aos processos de conhecimento e de execução.

E segundo, de acordo com o brilhante entendimento de Ovídio Baptista, o provisório deve ser provisório não apenas em seus efeitos normativos, mas também em seus efeitos fáticos, de forma a não causar danos definitivos e irreversíveis para aquele que suporta a medida cautelar.

⁷ A utilização da expressão processo principal é feita de acordo com o pensamento do processualista citado, que em sua obra neste trabalho utilizada, conceituou os processos de conhecimento e de execução como principais, e o processo cautelar como acessório.

O conceito de provisoriedade de que a doutrina se vale para qualificar a duração dos provimentos cautelares presta-se a que se confunda o provisório com um estado que deve perdurar até ser substituído pelo provimento definitivo, pouco importando que o provisório, no plano normativo, cause efeitos definitivos e irreversíveis no plano fático. Como se diz no direito francês, não prejudicar o principal significa dizer que o provimento cautelar poderá causar efeitos definitivos, desde que não haja, no plano normativo, *prejudice au principal*, quer dizer, prejulgamento. (SILVA, 2009, p. 96).

Com isso, uma medida cautelar que seja constrictiva de liberdade nunca será provisória, pois é impossível reverter os efeitos fáticos causados na vida do acusado por uma prisão cautelar, por exemplo.

Percebe-se, pois, que devem os provimentos cautelares no processo penal ser temporários, e não provisórios, pois esses devem existir enquanto perdure a situação de urgência que os criou, e não até a prolação do provimento final no procedimento principal, sob pena de criar-se, no processo penal, uma antecipação de tutela absolutamente vedada pelo princípio da presunção de inocência.

A revisitação da provisoriedade na cautelaridade penal abarcará maiores consequências quando do estudo dos requisitos autorizadores das medidas cautelares, pois entender como temporário e não como provisório os efeitos do provimento cautelar é fazer necessariamente uma incursão sobre a situação de urgência que criou a necessidade do acautelamento temporário.

Tal compreensão será melhor desvelada no próximo capítulo quando do desenvolvimento da base teórica da cautelaridade, onde pretende-se apontar o conceito e o objeto do processo cautelar penal, desmistificando não só o processo cautelar como instrumento de efetivação do direito estatal de punir, como também demonstrando a real função assecuratória que esse deve desempenhar.

5.4 Da necessária revisitação do *fumus boni iuris*

Conforme demonstrado nesse trabalho ao longo dos capítulos 2 e 3, a base teórica da cautelaridade fundou-se em dois requisitos – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* – associados a característica inerente da provisoriedade.

No tópico anterior demonstrou-se a inaplicabilidade da provisoriedade aos provimentos cautelares de natureza penal tendo em vista a assimilação dessa característica ao instituto da antecipação de tutela que, em respeito ao princípio da presunção de inocência, não pode ser aplicada ao processo penal.

Com essas explicações introdutórias fica mais fácil perceber a também impossibilidade de assimilação do *fumus boni iuris* ao processo penal, desenvolvido na processualística civil sob o prisma da “fumaça do bom direito”, ou seja, juízo de verossimilhança.

A crítica aqui tecida passa longe da desenvolvida por Aury Lopes Júnior (2010, p. 55), que inicia seu pensamento sobre a cautelaridade penal explicando ser impossível, em matéria criminal, a expressão “bom direito”, no sentido de ser o crime sempre um fato contrário ao que se espera de um “bom direito”.

Interessante o raciocínio, embora um pouco raso sobre o que se deve realmente estudar. O *fumus boni iuris*, conforme desenvolvido no capítulo 2 desse ensaio, foi desenvolvido como requisito para decretação da cautelar sob o fundamento da verossimilhança da alegação, ou seja, da plausibilidade do direito alegado.

No processo penal tal requisito foi estudado sob o enfoque do *fumus commissi delicti*, que na verdade traz a mesma ideia proposta pelo processo civil: indícios suficientes de autoria e materialidade da prática delituosa – plausibilidade do direito alegado. É necessária a apresentação de no mínimo indícios da prática da imputação para que o pedido cautelar possa ser oferecido.

Ora, o desenvolvimento desse pensamento leva-nos a uma inexorável confusão entre o objeto dos processos de conhecimento e execução e o objeto do processo cautelar ocasionando, entre outros problemas, a assimilação da característica da provisoriedade.

O objeto do processo de conhecimento, conforme também já demonstrado ao longo do presente capítulo, é definido pela pretensão processual que, por sua vez, possui como objeto a imputação (BADARÓ, 2009, p. 78).

Entender que a medida cautelar possui como requisito teórico para a sua existência a prova do direito alegado no processo de conhecimento, é a mesma coisa que afirmar que o objeto do processo cautelar é a mesma imputação que ocupa o objeto do processo principal. Em outras palavras, afirmar a necessidade de verificação da “plausibilidade do direito alegado”, ou, em termos processuais penais dos “indícios suficientes de materialidade e autoria” é consolidar a acessoriedade e provisoriedade dos provimentos cautelares, que nada serão senão efeitos antecipados da tutela final.

Daí a necessidade de se verificar a autonomia do processo cautelar não pela existência de um procedimento autônomo – como defendeu Calamandrei - e tampouco pela finalidade que se destina o provimento. A autonomia técnica do processo cautelar advém da

identificação da existência de um objeto próprio e diverso do objeto processual dos processos de conhecimento e execução.

O objeto do processo cautelar não pode ser a mesma imputação contida no bojo do processo de conhecimento, sob pena de ser o processo cautelar eternamente acessório e provisório, não desempenhando a função a qual seu próprio nome se dispõe: cautela.

A revisitação do instituto do *fumus boni iuris* faz-se necessária não somente pela confusa assimilação dos objetos dos processos de conhecimento e cautelar, mas também pela carga subjetiva e axiológica que tal conceito abarca. Qualquer que seja o provimento jurisdicional que se busca, de conhecimento ou cautelar, não se pode ter por fundamento questões subjetivas, pois isso transforma o processo em ideologia. Verossimilhança e *fumus boni iuris* não são conceitos jurídicos, mas puramente morais.

O estudo do processo no contexto do constitucionalismo democrático impõe um afastamento da carga ideológica dos requisitos de concessão da cautelar, pois o provimento final não pode ser fruto do solipsismo judicial (NUNES, 2008): “A cautelaridade não surge da benevolência do julgador, mas a partir da liquidez e certeza de que se revestem os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito” (BRITO, 2006, p. 45).

Nesse desiderato, o *fumus boni iuris* não pode mais ser compreendido como simples verossimilhança do direito alegado, devendo tal instituto ser revisitado para que sua inserção enquanto requisito autorizador do processo cautelar esteja em consonância com o modelo processual proposto pelo texto constitucional, o que será demonstrando no próximo capítulo quando do desenvolvimento da base teórica da cautelaridade penal.

Semelhante problema apresenta a definição de outro tradicional requisito: o *periculum in mora*, trabalhado pela doutrina como a probabilidade de dano pela demora. Na doutrina penal, tal requisito recebeu o tratamento de *periculum libertatis*, ou seja, é necessário aferir o risco de dano que a liberdade do acusado gera.

O *periculum libertatis* foi desenvolvido sob a lógica de ser a liberdade do acusado um risco de dano para o procedimento, para a sociedade ou para a própria aplicação da lei penal, extrapolando assim a própria atuação do processo.

Identificar como cautelar o risco à ordem pública (como previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal) é desconhecer qual o objeto e o âmbito de atuação que deve um processo cautelar ter, bem como afirmar que impor medida cautelar para assegurar aplicação da lei é ignorar o conceito de cautelaridade.

Mais uma vez, trabalhar com plausibilidade do direito alegado e perigo de dano é estudar antecipação de tutela, e não cautelar, subjugando, de novo, o processo cautelar a uma

posição de dependência em relação aos processos de conhecimento e execução, na qual não se consegue distinguir o objeto de um e de outro.

6 DA BASE TEÓRICA DA CAUTELARIDADE PENAL NO MARCO DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

Antes de adentrar-se diretamente na proposição de um processo cautelar penal legítimo e adequado ao Estado Democrático de Direito, faz-se necessário enfrentar o próprio objeto do processo penal, de forma que discursos axiológicos que impõem o reconhecimento da cautelaridade como instrumento de coerção estatal contra o acusado não perpetuem como verdades já preconcebidas.

6.1 A necessária superação do dualismo *jus puniendi* x *status libertatis* como exigência da processualidade na constitucionalidade democrática

O processo penal carrega o fardo histórico de ser o procedimento mediante o qual se apura, de forma jurídica, a ocorrência ou não de uma infração penal. Conforme preleciona Leonardo Augusto Marinho Marques “De um lado observa-se o anseio da sociedade na apuração do fato e na reprovação de uma potencial infração penal. De outro, a eterna probabilidade da inocência e a preocupação com a liberdade e a dignidade humana” (MARQUES, 2011, p. 171).

Dentro desse dualismo, o processo penal passou a ser desenvolvido sob uma tensão principiológica, na qual de um lado haveria o poder punitivo estatal e de outro, o direito à liberdade do acusado, gerando o famigerado conflito *jus puniendi* x *status libertatis*.

Como adverte Fábio Machado de Almeida Delmanto, que segue entendimento majoritário na doutrina:

O Direito Processual Penal apresenta, em relação ao Direito Processual Civil, algumas peculiaridades, o que se justifica, sobretudo, em face do conflito de interesses de alta relevância existente naquele ramo do direito processual, estando, de um lado, o *ius puniendi* e, de outro, o *ius libertatis* (DELMANTO, 2008, p.91).

Se a dinâmica processual civil se desenvolve através da lide (pretensão ao direito do autor resistida pelo réu), o mesmo não ocorreria no processo penal, vez que o autor, nessa estrutura procedimental, é o próprio Estado, representando pelo *parquet*. Ter-se-ia, então, a persecução penal com o objetivo de salvaguardar o direito do Estado de punir o acusado, ao passo que ao réu restaria a reafirmação da sua condição de inocência.

Dentro dessa estrutura, a dialogicidade processual se desenvolveria sob perspectivas liberais e sociais, pois uma prévia afirmação de direitos antagônicos (poder de punir e direito à liberdade) levaria a um inexorável e eterno conflito entre o Estado e o seu próprio cidadão, conflito esse que sendo principiológico, não restaria afastado nem mesmo com a prolação do provimento final. Se no Estado Liberal teríamos a preponderância do direito à liberdade do acusado, no Estado Social trabalharíamos com o domínio da intervenção estatal. Certo é que em ambos os modelos essa dialogicidade sempre existiu, negando um direito sobre o outro.

Em sua obra *Processo e Hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*, Eugênio Pacelli de Oliveira tece grandes considerações acerca dessa tensão principiológica que configuraria o processo penal, esclarecendo, no mesmo sentido desse trabalho, que tal antagonismo deve ser superado.

Partindo da teoria da ponderação de valores de Robert Alexy, o autor esclarece que o aparente conflito entre o direito de punir do Estado e a liberdade do acusado não pode servir como configuração do procedimento penal, principalmente tendo em vista o grau de abstração que o princípio da segurança pública possui (OLIVEIRA, 2004, p.158).

Diante da norma constitucional que assegura a tutela penal dos direitos fundamentais (artigo 5, LIX), posta como garantia coletiva e difusa pela via da ação pública, quando também se revela uma garantia para o réu, vimos ser perfeitamente possível a formulação de uma outra equação para o processo penal, representada na fórmula direitos fundamentais x direitos fundamentais (liberdade individual). Entretanto, referida problematização não pode ser posta enquanto uma oposição entre tais direitos, mas como uma relação dialética de reciprocidade e de complementariedade entre eles. (OLIVEIRA, 2004, p. 158).

Considerando como marco diferenciador e específico do processo penal a atuação estatal sob três esferas diferentes e necessárias para o desenvolvimento regular do devido processo legal – investigação, acusação e julgamento -, o referido autor demonstra que a posição ocupada pelo réu na relação processual é sempre desvantajosa em relação à posição ocupada pela parte contrária – Estado – o que faz com que o controle da atuação estatal seja o verdadeiro núcleo da hermenêutica do processo penal, de forma a estabelecer-se de forma plena um efetivo modelo garantista (OLIVEIRA, 2004, p. 164).

Sob esse prisma, o conflito existente no processo penal é eminentemente uma tensão entre princípios constitucionais, devendo tal tensão ser dirimida e estudada sob um enfoque no qual se possa “permitir a adoção de um critério de proporcionalidade ou de ponderação da aplicabilidade de normas em tensão” (OLIVEIRA, 2004, p. 164).

Desvelando ainda mais a solução para a superação desse dualismo, o autor nos ensina, através do exemplo da prisão cautelar, como tal tensão principiológica pode ser ilidida:

Em relação a um possível confronto entre o princípio da inocência e o da efetividade da jurisdição penal, como visto, pode ser que se apresente a possibilidade de uma ponderação feita nesses moldes, desde que pressuposta a fundamentação cautelar da prisão em determinado caso concreto. A ponderação, então, se faria pela exame da adequação da medida, quando a prisão deveria ser justificada em relação aos escopos do processo; de sua necessidade, pela apreciação da relação entre a prisão e sua motivação (risco de fuga, intimidação de testemunhas, etc.) e de sua proporcionalidade em sentido estrito, isto é, pela exame da gravidade da prisão cautelar em relação à pena abstratamente cominada no tipo penal, bem como da viabilidade de sua aplicação no caso concreto (condições pessoais do agente, natureza da infração, análise da culpabilidade etc.) (OLIVEIRA, 2004, p. 165).

Importante a releitura trazida pelo processualista no estudo do processo penal, mas que se apresenta equivocada no concernente não só a definição do que seja processo, bem como na afirmação da existência de um conflito principiológico que devesse se resolvido pela teoria da ponderação de valores de Robert Alexy.

A afirmação feita na petição inicial ministerial – nos casos de ação penal pública – deverá ao final ser julgada para que o provimento final dê a procedência ou a improcedência do pedido, da mesma forma como ocorre no processo civil.

O que de fato ocorre, conforme rapidamente abordado nesse mesmo tópico, é a inexistência, no processo penal, da lide, vez que não existe por parte do Estado, no curso do processo, a pretensão de punir que é resistida pelo acusado.

Percebe-se, portanto, que em se tratando de processo não existe a pretensão punitiva do Estado, restando tal afirmação e objetivo para o Direito Penal, não para o Processo Penal, que possui como objetivo apresentar uma decisão jurisdicional que responda ao pedido formulado na exordial.

A afirmação da existência de um conflito entre princípios – *ius libertatis x ius puniendi* – nada mais é que um conflito axiológico, valorativo, já resolvido pelo processo legislativo, dentro da perspectiva do Discurso de Justificação (GUNTHER, 2004).

Afirmar que o processo penal se presta para a resolução desse conflito é confundir os objetos de estudo da ciência do Direito Penal e da ciência do Direito Processual, colocando, em crasso retrocesso na teoria do processo, o direito processual como instrumento de realização do direito material.

Gustavo Henrique Badaró em sua obra “Correlação entre acusação e sentença” faz um interessante estudo sobre o objeto do processo, diferenciado o objeto do processo civil e do

processo penal, desenvolvendo, para tal, importante diferenciação entre pretensão material e pretensão processual. (BADARÓ, 2009).

Elucida o autor que a pretensão material é dada pela conhecida pretensão punitiva estatal, donde o Estado tem o direito de submeter o acusado a uma pena. Em decorrência do princípio *nulla poena sine iudicio*, tal pretensão material só poderá ser exercida mediante o processo (BADARÓ, 2009, p. 69).

Entretanto, esclarece o referido autor que o objeto do processo penal é a pretensão processual, sendo esta entendida como

A pretensão processual é aquela veiculada em juízo, através do exercício da ação, e terá existência independentemente do direito material que fundamenta o pedido do autor. Sem a pretensão processual não existiria o processo. Essa pretensão, contudo, no final do processo, poderá ser acolhida ou rejeitada, mas nunca será uma pretensão inexistente. (BADARÓ, 2009, p. 70).

O pensamento do autor é arrematado com o exemplo da prescrição penal, onde afirma-se ocorrer perda da pretensão punitiva quando o lapso temporal transcorre sem a atuação do Estado. Tem-se nesse caso que a pretensão punitiva, que só pode ser reconhecida como pretensão material, anterior ao processo, extinguiu-se antes mesmo da formação processual.

Conclui então o professor que o objeto do processo penal é a pretensão processual, e não a pretensão material, que é delimitada pelo direito de punir do Estado.

O processo penal não pode ser estudado sob a ótica da instrumentalização do direito material do Estado de punir, mesmo porque a constitucionalidade democrática nos impõe reconhecer que o processo é, acima de tudo, garantia das partes em obter um provimento final que tenha sido construído simetricamente pelos interessados e afetados pela decisão.

Reconhecer que o processo penal possuiu especificidades em relação ao processo civil não é a mesma coisa que afirmar que a lide foi, no processo penal, substituída por esse conflito de princípios. Conforme demonstrado no capítulo anterior, a especificidade do processo penal reside, em última análise, na existência de princípios e garantias fundamentais exclusivos desse tipo de procedimento, como o princípio da presunção de inocência e o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Apreende-se, por fim, que o processo penal não é regido por um dualismo principiológico entre o direito de punir do Estado e o direito à liberdade do acusado, vez que tal conflito é puramente axiológico, e não normativo. A reafirmação contundente desse aparente conflito só se explica por uma incompreensão do processo no marco do Estado Democrático de Direito.

Tal superação só pode ser desenvolvida e compreendida quando ilidida a visão do processo como instrumento de realização do direito material. A autonomia do processo não reside apenas na afirmação dos pressupostos e condições da ação que independem do reconhecimento do direito material alegado. É necessário compreender que o processo independente do direito material porque a finalidade daquele não é a simples afirmação ou negação da existência desse. Esta compreensão está ainda atrelada a teoria da relação jurídica (BULOW, 1868), que conforme esclarecido no terceiro capítulo deste trabalho, não se coaduna com a constitucionalidade democrática demarcada pela adoção do Estado Democrático de Direito.

Sobre o tema, Leonardo Augusto Marinho Marques ensina que o processo penal não se desenvolve sob um conflito entre esses dois direitos fundamentais antagônicos, no qual um devesse sobrepor-se ao outro, mas sim, “o processo penal inaugura essa nova relação de reciprocidade e de complementariedade”, cabendo à argumentação jurídica a identificação de qual direito fundamental deverá ser tutelado em cada caso concreto (MARQUES, 2011, p. 172).

Dessa maneira, o objeto do processo penal não estará resumido a esse dualismo puramente axiológico, mas sim, a um procedimento de proteção permanente de direitos fundamentais:

Nessa linha de raciocínio, não estaria correto conceber o processo penal apenas como mecanismo de combate à criminalidade, nem tampouco pensá-lo estritamente como instrumento de garantias do indivíduo. Desenvolvendo-se em um ambiente abrangente de proteção aos direitos fundamentais, o processo penal rompe com discursos ocasionais que tentam conferir primazia, ora ao interesse público, ora ao interesse privado e se abre para a tutela permanente dos direitos fundamentais, revelando, por conseguinte, toda a sua amplitude. (MARQUES, 2011, p. 172)

Na esteira desse pensamento, abandona-se a ideia de que o processo penal seja formado pelo conflito entre a segurança e a liberdade, para compreender que o processo penal parte sempre do caso concreto, valendo-se da hermenêutica pós – positivista, para encontrar a resposta adequada para cada caso (MARQUES, 2011, p. 172).

É nesse sentido que a construção da cautelaridade penal deve pautar-se: pela compreensão que o *ius puniendi* não é objeto do processo penal, e que o constitucionalismo democrático nos impõe reconhecer que o processo é o espaço onde se garante a efetivação dos direitos fundamentais pela construção participada do provimento final pelas partes. Afirmar de antemão que há um conflito que sustente o procedimento penal é negar não só a própria

autonomia da Ciência Processual em relação ao Direito Material, mas também afastar a ampla argumentação e a hermenêutica do espaço de construção do provimento final.

6.2 Da definição do objeto no Processo Cautelar

Conforme apontado no capítulo anterior, institutos tão longamente estudados e desenvolvidos para o processo cautelar mostram-se insuficientes para fundamentação teórica da cautelaridade penal no marco do Estado Democrático de Direito.

Urge sejam revisitadas tradicionais ideias para a formulação e desenvolvimento de uma teoria da cautelaridade apta a legitimar os provimentos cautelares emanados de um processo jurisdicional.

Nesse contexto, importa-nos definir qual o objeto do processo cautelar, sua atuação e extensão, bem como afastar, do processo penal, os requisitos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, da forma como foram desenvolvidos.

Inicialmente, deve-se afirmar que essa pesquisa conclui pela existência autônoma de um efetivo processo cautelar penal que, como tal, deverá abarcar não só os requisitos autorizadores de qualquer cautelar, mas também deverá ser regido por toda a principiologia constitucional processual.

A sistemática atual das cautelares penais ilide a possibilidade de um efetivo processo cautelar penal, o que não inviabiliza a produção de conhecimento científico no sentido de incrementar um efetivo processo cautelar.

Conforme apresentado no segundo capítulo desse trabalho, a maioria dos estudiosos do tema refuta a ideia de um processo cautelar penal porque ainda identificam as chamadas “medidas cautelares” como instrumento de coerção estatal contra o acusado, não podendo tal pensamento estar mais díspare do modelo constitucional vigente.

No Estado Democrático de Direito a legitimação de qualquer provimento jurisdicional está atrelada à observância do processo e não há, em qualquer trecho de nossa Constituição, exceção a essa regra, de forma que não se apresenta justificável a compreensão de que poder-se-ia ter a decretação de um provimento cautelar sem um anterior processo.

Partindo da compreensão trazida pela teoria de Ellio Fazzalari, processo é o procedimento que se realiza em contraditório, de forma que o aqui pugnado é exatamente a existência de um processo cautelar que busque a construção de um provimento final – a medida cautelar – pelas partes afetadas pela decisão.

A definição das bases teóricas que embasarão o pedido cautelar só pode ser desenvolvida sob a premissa da existência de um processo cautelar autônomo aos processos de conhecimento e execução. A autonomia do processo cautelar não é dada pela disposição física dos autos em procedimentos diferentes, como pretendeu Calamandrei, mas sim, pela identificação de funções e objetos distintos entre os processos de conhecimento e cautelar.

Identificado o processo cautelar e sua autonomia funcional, deve-se estabelecer sob quais premissas a cautelaridade deve ser construída: como atividade assecuratória que se justifica pela urgência.

Deve a medida cautelar (provimento final do processo cautelar) prestar-se ao acautelamento, a assegurar provas, pessoas e coisas (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 85), que estejam sob risco iminente de dano – urgência. Conforme assevera Bruno Bini de Mattos “O que traduz a atividade cautelar é a pretensão de assegurar, é a atividade assecuratória pretendida pela parte” (MATTOS, 2007, p.45).

A identificação da cautelar enquanto atividade assecuratória, acautelatória, de segurança, é de extrema importância para se evitar a assimilação desse instituto ao da antecipação de tutela, que se presta, em última análise, à prevenção. (LEAL, 2011, p.278).

Essa distinção, por mais que seja discutida e rediscutida no âmbito do processo civil, não pode ser ignorada ou até mesmo confundida no processo penal, vez que a garantia fundamental da presunção de inocência impede a antecipação final dos efeitos da tutela. Deve-se observar, portanto, que no processo penal só haverá espaço para o processo cautelar enquanto atividade assecuratória, acautelatória, jamais preventiva ou antecipatória. O processo cautelar deve prestar a assegurar, acautelar, resguardar o direito fundamental que está sob risco, e não os efeitos do provimento final do processo de conhecimento. Acautelar o objeto do processo de conhecimento (imputação) é tutela antecipada, e não cautelaridade.

Com isso, define-se que o processo cautelar e o processo de conhecimento no âmbito penal possuem objetos diferentes: enquanto na cognição a pretensão processual é dada pela imputação (BADARÓ, 2009, p.78), na cautelaridade a pretensão processual é dada pela segurança (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 48).

A pretensão à segurança de provas, pessoas e coisas é desenvolvida pelas partes em contraditório, no iter procedimental, independente da sentença de mérito do processo de conhecimento.

Deve-se compreender que o que é assegurado pelo processo cautelar é o direito fundamental das partes que está em risco eminente. A trilogia apresentada – pessoas, coisas e

provas – é o objeto acautelado, quando o direito fundamental a produção de provas, a integridade física e a propriedade estiverem em risco.

Desta maneira, o processo cautelar penal tem por objeto o acautelamento de pessoas, provas e coisas, quando o direito fundamental à prova, o direito fundamental à integridade física e o direito fundamental à propriedade estiverem em risco iminente.

Nesse desiderato, as chamadas medidas cautelares probatórias só poderão ser requeridas quando o direito a prova estiver sob risco de dano iminente ou de difícil reparação. Podemos entender, por exemplo, como cautelar, a prova não repetível (laudo de necropsia, exame de corpo de delito, entre outras perícias) que é produzida independentemente da existência de um processo de conhecimento. O mesmo raciocínio será válido para as provas antecipadas, que quando em risco, são produzidas antecipadamente à instrução probatória em um procedimento sumarizado.

Quanto às chamadas medidas cautelares assecuratórias, tem-se que o risco da violação ao direito fundamental a propriedade é o requisito para sua decretação quando, por exemplo, tem-se o pedido de arresto feito para assegurar o patrimônio da vítima em crimes contra o patrimônio.

As medidas cautelares pessoais, incluindo a prisão cautelar, existirão para assegurar, acautelar, proteger, o direito fundamental à vida e a integridade física das vítimas e das testemunhas, sempre que tais direitos estejam na iminência de dano.

Observa-se que a pretensão a segurança de provas, pessoas e coisas deve ser desenvolvida pelas partes, e não como medida coercitiva feita pelo Estado contra o acusado. Há de se compreender que o Ministério Público, no processo penal, é parte, e não simplesmente um representante do Estado.⁸

Nesse sentido, funcionando como parte legítima e que, portanto, possui interesse, atuará no processo cautelar, ao requerer a decretação de qualquer tipo de medida cautelar à tutela, à segurança de provas, pessoas e coisas, como parte, não como Estado, cabendo também ao acusado, enquanto parte, a mesma atuação. O processo cautelar não pode mais ser compreendido como instrumento, como mecanismo de coerção estatal contra o acusado, mas sim como garantia para as partes.

Nesse ângulo, o Ministério Público se insere na cautelaridade enquanto parte, sem que essa inserção se justifique pelo discurso da segurança pública, dirimindo e afastando, mais

⁸ Cumpre esclarecer que não é objetivo da presente pesquisa desvelar a discussão acerca da natureza jurídica do *parquet* no curso da ação penal, restando apenas definido, na perspectiva aqui apresentada, a posição de parte ocupada pelo Ministério Público nas ações penais públicas.

uma vez, a identificação do processo penal enquanto conflito dual entre segurança pública e liberdade do acusado.

Esse entendimento corrobora a legitimidade da vítima, assistida por advogado, requerer medida assecuratória em relação a seus bens que tenham sido lesados, de forma cautelar, não restando tal pedido fundamentado em nenhum discurso de segurança pública, mas tão somente no direito da vítima de ter o seu direito fundamental à propriedade assegurado.

Após a compreensão da atividade assecuratória do processo cautelar, resta-nos ainda desvelar, na esteira do pensamento de Ovídio Baptista, o requisito autorizador para decretação de uma medida cautelar: a urgência.

A urgência está em assegurar direito fundamental que está em risco de dano ou em iminência de dano. Dessa forma, o que autoriza o processo cautelar não será a simples probabilidade do dano ou a plausibilidade do direito alegado (clássica conceituação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*), mas sim um efetivo risco de dano iminente ao direito de produzir provas e ao direito à integridade física e a vida; dada a urgência da situação, se justificará, para a cautela de tais direitos, um provimento final emanado de um procedimento sumarizado.

Assim, a necessidade de se obter um provimento final incidental (que não diz respeito ao mérito da ação principal) de forma urgente, impõe o reconhecimento não só de um procedimento sumarizado (*fumus boni iuris*) como também a ocorrência de dano iminente (*periculum in mora*) pela não construção de tal provimento.

A sumarização do procedimento é a técnica processual utilizada para se mediar a urgência: o acautelamento de provas e pessoas só se dará mediante processo cautelar quando o dano aos direitos fundamentais da produção da prova e da integridade física for iminente ou de difícil reparação.

Uma ressalva em relação ao pensamento do ilustre processualista brasileiro deve ser feita: Ovídio Baptista da Silva defende a sumarização da cognição, ao passo que o presente trabalho pugna pela sumarização do procedimento.

Apreendendo o conceito fazzalariano de procedimento, associado ao conceito desenvolvido pela teoria neo-institucionalista, entendido o procedimento como estrutura espaço temporal, a urgência na prolação de um provimento será alcançada pela diminuição do espaço para a construção dessa decisão, mas nunca do tempo. A garantia fundamental do devido processo legal deverá, ainda que em um procedimento sumarizado, permanecer

inalterada e plena, não retirando das partes a sua garantia fundamental de construir, de forma participada, o provimento final.

Fernando Horta Tavares em estudo relativo ao tema desenvolveu críticas ferrenhas pela impossibilidade de sumarização da cognição na democracia:

Esse é justamente o sentido do princípio democrático, que permite, no espaço e tempo adequadamente traçados em lei, a busca pela legitimação dos interesses pessoais pelo discurso racional (tecnicamente elaborado), desenvolvido no processo. Assim, percebe-se ser impossível a sumarização da cognição na democracia, pela impossibilidade de coexistência entre o modelo traçado para o Direito brasileiro e os reflexos daquela técnica. Poder-se-á admitir a sumarização do procedimento, mas não da cognição. (TAVARES, 2008, p. 155).

A urgência implica na busca por um provimento final célere que será alcançado, pela sumarização do procedimento, em sua redução espacial. Diminuir o tempo destinado à ampla argumentação das partes na construção do provimento é negar vigência à garantia fundamental da ampla argumentação, ilidindo da cautelaridade sua adequação ao Estado Democrático de Direito.

Entende-se, portanto, que a cautelaridade penal deve ser entendida como processo (na compreensão fazzalariana) destinado ao acautelamento e a segurança do direito fundamental à prova, à propriedade e à integridade física que estejam sob risco iminente de dano irreparável.

Como processo, o pedido que originará o procedimento (ação) cautelar deverá ser feito exclusivamente pelas partes que, enquanto interessadas na prolação do provimento final, poderão ter seus direitos fundamentais à prova e à vida em risco iminente de dano, sendo tal procedimento cautelar autônomo e independente do procedimento principal não pela localização física em autos diversos, mas sim pela delimitação de objetos diferentes entre os dois tipos de procedimentos.

6.3 Legitimação do provimento cautelar no Estado Democrático de Direito

Nos termos aduzidos no terceiro capítulo deste trabalho, quando se definiu o marco teórico processual, entende-se que um provimento final, qualquer que seja a natureza desse, deve ser demarcado e construído sob a égide do processo.

Portanto, o marco do Estado Democrático de Direito impõe que a medida cautelar seja compreendida não como ato solipsista do julgador, mas sim como provimento final do processo cautelar que se estruturará, nos moldes fazzalariano, pela construção participada da decisão pelos afetados em contraditório. Esse foi o caminho seguido por Bruno Bini de

Mattos na obra coletiva coordenada pelo Professor Fernando Horta Tavares (MATTOS, 2007, p. 49).

O contraditório é fator de legitimação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito (LEAL, 2002), sendo inadmissível sua supressão sob a justificativa de ineficácia da medida, o que costumeiramente é utilizado no estudo da cautelaridade penal.

Certo é que maiores cuidados devem ser observados no trâmite cautelar penal, pois tendo em vista a natureza do objeto do processo penal (a imputação), a abertura de um contraditório prévio e pleno à decretação da medida cautelar pode levar a não concretização da segurança a provas e pessoas, restando frustrado o próprio objeto do processo cautelar.

Nesse diapasão, resta claro que não só a reformulação da teoria cautelar é necessária, como também a tramitação do procedimento para a decretação dessa medida, pois de nada adiantará revisar os fundamentos da cautelaridade se o procedimento que a decreta não for legitimado ao modelo estatal vigente.

O respeito aos princípios institutivos do processo (LEAL, 2011) – contraditório, isonomia e ampla defesa – deve ser garantido a qualquer processo, seja ele penal ou civil, de conhecimento ou cautelar, de forma que a compatibilização da decretação da medida cautelar a principiologia constitucional processual é indispensável para aferição de sua legitimação.

Duas soluções são apresentadas para uma possível resolução do aparente conflito existente entre a efetivação do contraditório e a tutela à segurança: a formulação do contraditório diferido ou postergado, trabalhado na doutrina clássica como contracautelares, ou a adoção do modelo ibérico de contraditório prévio e sumarizado mediante a presença do acusado à autoridade judicial antes da decretação da medida cautelar (SILVA, 2005).

As denominadas contracautelares são trabalhadas na doutrina tradicional como medidas de impugnação à decretação das prisões cautelares, podendo ser manejadas, conforme o tipo de prisão, sob as modalidades de liberdade provisória, revogação de prisão preventiva e relaxamento de prisão (LIMA, 2009, p. 262).

Tendo em vista que o objeto da presente pesquisa não é o estudo das prisões cautelares, mas sim de toda e qualquer medida cautelar que possa ser decretada no trâmite do processo penal, o enfoque nas chamadas contracautelares é puramente didático, de forma a demonstrar a possibilidade da formulação de um contraditório diferido ou postergado. O mesmo ocorre quando da impugnação de um laudo pericial de corpo de delito ou de necropsia, quando a prova é produzida sem a abertura prévia às partes (Ministério Público e acusado) para formulação de quesitos.

Nesse modelo de contraditório diferido ou postergado, tem-se a formulação do pedido por uma das partes interessadas na decretação da medida cautelar. Após a formulação da pretensão à segurança de pessoas ou de provas, tendo a autoridade judiciária deferido o pedido, após o cumprimento de tal decisão, irá ser oportunizado à parte contrária a formulação de um contra pedido, demonstrando suas razões e argumentos para a não manutenção de tal cautelar.

Essas vias impugnativas posteriores à decretação da cautelar não são, propriamente dito, uma efetivação do contraditório no sentido fazzalariano de construção participada do provimento final, mas são, sem dúvida alguma, uma forma de se viabilizar não só o direito à segurança (dano iminente ou irreparável) e a garantia do devido processo legal e dos princípios institutivos do processo.

Merece ainda destaque, pelo respeito ao contraditório e à ampla defesa, os sistemas português e espanhol, onde a decretação ou manutenção da prisão cautelar é precedida da participação das partes na construção do provimento final.⁹

Quando as partes legitimadas a propor a prisão cautelar o fazem, o acusado é levado à presença do juiz, ficando detido até que ambas as partes (o Ministério Público e sua defesa técnica) apresentem suas razões para que, somente após essa vista, o magistrado venha a decidir pelo deferimento ou não da medida coercitiva. O mesmo procedimento é adotado no caso de prisão em flagrante, que poderá ou não, após a participação dos interessados, ser convalidada em preventiva pelo magistrado. Tal dinâmica está presente em ambos os países ibéricos.

Observa-se nesse modelo uma preocupação em efetivar o contraditório, sem que essa observância prejudique a efetividade processual. Em prestígio a um espaço procedimental e a ampla argumentação, a decisão proferida por este magistrado estará, inexoravelmente, atrelada à ordem constitucional democrática, podendo-se então dizer ser esse provimento legitimado.

A decisão judicial que defere a medida cautelar (no caso dos países ibéricos a previsão de tal procedimento é somente para as prisões, mas a ideia de assimilação de tal procedimento é para que esse fosse adotado para qualquer medida cautelar penal) só é exarada após a

⁹ Art. 254 do Código de Processo Penal Português: “1. A detenção a que se referem os artigos seguintes é efectuada: a) Para, no prazo de quarenta e oito horas, o detido ser apresentado a julgamento sob forma sumária ou ser presente a juiz competente para primeiro interrogatório ou para aplicação ou execução de uma medida de coacção [...]”. Prevê o art. 496 da LECrim espanhola que o detido em flagrante há de ser apresentado ao juiz no prazo máximo de 24 horas, quando se decidirá acerca de sua conversão em prisão provisória ou concessão de liberdade provisória.

participação das partes, possuindo a decisão que defere a chamada prisão para averiguação uma carga provisória, pois essa decisão será substituída no prazo máximo de 48 horas.

O sistema ibérico adotou uma principiologia processual penal adequada à observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, compatibilizando-se, assim, ao modelo de Estado Democrático de Direito. Isso nos revela que a legitimidade de uma medida cautelar depende, entre outras coisas, da observância das garantias fundamentais a uma principiologia compatível ao modelo democrático.

Deve-se, portanto, revisitar não só a teorização da cautelaridade, mas também o seu procedimento, de forma a tornar efetivo não só o respeito a principiologia processual constitucional, como também o direito das partes à segurança de seus direitos fundamentais que estejam sob risco de dano iminente ou de difícil reparação.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho destinou-se a análise da cautelaridade em matéria penal, de forma a embasar uma teorização própria da cautelaridade penal legítima e adequada ao Estado Democrático de Direito, levando em consideração, para tanto, as especificidades e peculiaridades do processo penal.

As medidas cautelares no processo penal ainda são desenvolvidas sob uma perspectiva atrelada a uma instrumentalidade inquisitorial, na qual são utilizadas como meio de coerção estatal frente ao acusado, sem a realização de uma técnica procedimental apta a legitimar tais medidas.

Valida-se a atecnia das medidas cautelares pelo discurso da segurança pública, no qual o combate à criminalidade e a violência se justificaria a qualquer preço, não sendo necessária a observância das garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito para a decretação das aludidas medidas.

Na verdade, tem-se que o processo penal de uma maneira geral ainda é estudado sob um dualismo ultrapassado, já superado pela imposição da democracia constitucional. Entender que o processo penal é um mecanismo, é um instrumento de coerção estatal no qual o Estado aplica o seu *ius puniendi*, é tão retrógrado quanto o liberal discurso do extremo garantismo penal.

Tal realidade não se coaduna com a institucionalização do Estado Democrático de Direito que visa, mediante não só a participação democrática dos interessados, mas também o controle legal de qualquer ato, a efetivação dos direitos e garantias fundamentais de forma plena, e não a exclusão de um ou outro direito. A existência de um possível conflito entre o direito estatal de punir e o direito à liberdade do acusado só poderá ser resolvido no caso concreto, mediante espaço procedimentalizado que garanta a ampla argumentação dos afetados pela decisão.

A única maneira de se obter um provimento final legítimo e adequado ao Estado Democrático de Direito é através do processo, independente da natureza desse provimento.

Por esse motivo, o presente estudo pretendeu demonstrar que as medidas cautelares penais devem ser entendidas como provimento final do processo cautelar, que será sempre autônomo, sendo procedimento que se desenvolve em contraditório, independente da sentença de mérito do processo de conhecimento, pois os objetos dos processos de conhecimento e

cautelar não se confundem. Enquanto no processo de conhecimento o objeto é a imputação, no processo cautelar o objeto é a segurança.

A identificação dessa autonomia em razão dos objetos processuais ilide a possibilidade da assimilação da característica de provisoriedade às medidas cautelares penais que não serão substituídas pelo provimento emanado do processo de conhecimento, mas sim terão a duração de seus efeitos limitados pela necessidade do acautelamento do direito fundamental que está em risco, demarcando-se assim o traço da temporariedade das medidas cautelares penais.

Outra característica importante advinda da autonomia dos objetos dos processos de conhecimento e cautelar é a impossibilidade da apropriação do instituto da antecipação de tutela no processo penal, pois se a cautela penal assegurasse de forma provisória o provimento final do processo de conhecimento (condenação ou absolvição) a garantia fundamental da presunção de inocência restaria completamente violada, com crasso desrespeito ao Princípio da Supremacia das Normas Constitucionais.

Não só pela demonstração das especificidades do processo penal que residem, em última análise, na configuração do iter procedimental e nos direitos fundamentais por ele tutelados, mas também pela compreensão da autonomia funcional do processo cautelar, concluiu-se pela impossibilidade da importação da técnica civil e dos institutos ali desenvolvidos para explicitação da cautelaridade: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Não só o processo cautelar, mas nenhum tipo de processo pode ter por fundamento, por requisito, questões subjetivas que possam transformá-lo em ideologia. Verossimilhança e *fumus boni iuris* não são conceitos jurídicos, de forma que a “fumaça do bom direito” ou a probabilidade do dano alegado levam a um inexorável decisionismo judicial não condizente com o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, compreende-se que as bases da cautelaridade serão demarcadas, portanto, pela urgência (sumarização do procedimento) e pela segurança (acautelamento do direito fundamental que esteja sob risco iminente), sendo que as hipóteses autorizadoras e tipos de medidas cautelares serão sempre limitadas pela garantia fundamental da presunção de inocência.

Em se tratando de processo, a cautelaridade será demarcada necessariamente pelo crivo do contraditório, de acordo com o marco teórico processual adotado por essa pesquisa no capítulo terceiro. Como forma de se garantir tanto o direito fundamental da parte autora quanto da parte ré, a efetivação do contraditório poderá dar-se de forma diferida ou postergada; ou ainda nos termos do modelo ibérico, que reconhece um contraditório prévio e oral à decretação de medidas cautelares pessoais.

A compreensão da cautelaridade nos termos aqui aduzidos levou em consideração não só as especificidades do processo penal, mas principalmente a necessidade de se verificar a legitimidade e a adequação de tais medidas ao Estado Democrático de Direito, que sendo costumeiramente utilizadas em nosso ordenamento jurídico, carecem, da forma como hoje estão sistematizadas, de uma base teórica condizente com a constitucionalidade democrática imposta a partir de 05 de outubro de 1988.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e Medidas Cautelares: nova reforma do Processo Penal – Lei 12403\11**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. **(RE)Forma do Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A tutela cautelar no processo penal e a restituição de coisa apreendida. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.14, n. 59, p. 260-286, mar./abr. 2006.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BRITO, Priscila Ladeira Alves de. **Tutelas de urgência e processo no Estado Democrático de Direito**. 2006, 122fls. Dissertação (Mestrado em Processo) – Universidade FUMEC: Fundação Mineira de Educação e Cultura, Programa de pós graduação em Direito, Belo Horizonte.
- CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.
- CÂMARA, Luiz Antônio. **Prisão e Liberdade Provisória: Lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar**. Curitiba: Juruá, 1997.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. J. Guimarães Menegale (trad.). São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.
- NEGRI, André Del. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DINAMRGO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. Ottava Edizione. Roma: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996.

- FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Guimarães; GRINOVER, Ada Pelegrini. **As nulidades do processo penal**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini. **Teoria Geral do Processo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Tradução: Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- LIMA, Marcellus. **Tutela cautelar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. Belo Horizonte: Landy, 2002.
- LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a fundamentação das decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. II.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal Penal**, v. I a IV. Campinas: Bookseller, 2002.
- MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Análise de Precedentes Criminais do Superior Tribunal de Justiça**: Estudos em homenagem à Desembargadora Jane Ribeiro Silva. Belo Horizonte: Atualizar, 2009, p. 171-182.

- MATTOS, Bruno F. Bini. Considerações Acerca do Caráter Assecuratório do Processo Cautelar In: TAVARES, Fernando Horta (coord.). **Urgências de Tutela – Processo Cautelar e Tutela Antecipada**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 39-59.
- NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- PASSOS, Paulo Roberto da Silva. **Da prisão e da liberdade provisória: Aspectos Polêmicos**. Bauru: Edipro, 2000.
- POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1966.
- POPPER, Karl. **Conhecimento Objetivo**. São Paulo: Itatiaia, 1975.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Do Processo Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SILVA, Luciana Telles Machado. **Prisões Processuais Penais e o Estado Democrático de Direito**. 2005, 214 fls. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- TAVARES, Fernando Horta. Urgências de Tutela: Processo Cautelar e Tutela Antecipada. In TAVARES, Fernando Horta. **Tempo e Processo**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 112-118.
- TAVARES, Fernando Horta. Urgências de Tutela: por uma teoria da efetividade do processo adequada ao Estado de Direito Democrático. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.1, n. 1, p. 145-161, jan./jun.1998.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. São Paulo: Universitária de Direito, 2002.
- TUCCI, Rogério Lauria. Sequestro prévio e sequestro no CPC: distinção. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 5, p. 137-147, jan./mar.1992.
- TORRES, Jaime Vegas. **Presuncion de inocência y prueba em el processo penal**. Madrid: La Ley, 1993.

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