

PODER GERAL DE CAUTELA, JURISDIÇÃO PREVENTIVA E ATIVISMO JUDICIAL

Cassio Roberto Conserino

RESUMO: O objetivo do artigo é trazer informações sobre a possibilidade do exercício do poder geral de cautela, com decisão impregnada de ativismo judicial, em concordância com o interesse público, no âmbito do processo penal, em medida cautelar inominada com fins preventivos da criminalidade, dentro de um caso concreto com a irrestrita observância dos princípios constitucionais da efetividade processual, da eficiência e da máxima efetividade dos direitos fundamentais e tendo também como arrimo alguns argumentos do Direito da Intervenção, de origem alemã.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Geral de Cautela. Medida Cautelar Inominada. Processo Penal. Ativismo Judicial. Controle Preventivo da Criminalidade. Observância de princípios da Constituição Federal como pressuposto de validade. Direito da Intervenção.

ABSTRACT: The purpose of the article is to bring information about the possibility of exercising the general power of caution, with a decision impregnated with judicial activism, in accordance with the public interest, within the scope of the criminal procedure, in innominate precautionary measure with the purpose of preventing crime, within a concrete case with unrestricted observance of the constitutional principles of procedural effectiveness, efficiency and maximum effectiveness of

fundamental rights and also supporting some arguments of the Law of Intervention, of German origin.

KEYWORDS: General Power of Caution. Named Cautionary Measure. Criminal Proceedings. Judicial Activism. Preventive Crime Control. Observance of the principles of the Federal Constitution as an assumption of validity. Intervention Law.

I – CONCEITO e AMPLITUDE DO PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

O poder geral de cautela é uma ferramenta posta à disposição do juízo para efetividade processual, para garantia do resultado útil e proveitoso do processo, civil ou penal.

Para BRASILEIRO DE LIMA, poder geral de cautela “é um poder atribuído ao Estado-Juiz, destinado a autorizar a concessão de medidas cautelares atípicas, assim compreendidas, as medidas cautelares que não estão descritas em lei, toda vez que nenhuma medida cautelar típica se mostrar adequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal”.³

Quanto à aplicação do poder geral de cautela no processo penal, há uma parcela considerável da doutrina que entende que não poderá recair sobre o investigado, pela

³ BRASILEIRO DE LIMA, Renato. Código de Processo Penal Comentado. Salvador. Editora JusPodivm. 2017. p. 765.

natureza taxativa do rol do artigo 319 do CPP, pela ausência de previsão legal, por impor direitos restritivos e, conseqüentemente, por ferir o *status libertatis* do agente.

Nessa perspectiva é o entendimento de Aury Lopes Júnior: "no processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para poderes gerais, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo".⁴

Por outro lado, uma corrente doutrinária entende que é possível a sua aplicabilidade, levando-se em consideração o poder geral de cautela trazido lá do processo civil aplicável, pois, ao processo penal por força do artigo 3º, do CPP, que previu a **interpretação extensiva ou aplicação analógica**.

Desde as lições do saudoso Magalhães NORONHA já se fazia essa ilação, e o grande mestre, ao fazer o estudo da natureza e relações do direito processual penal, considerou que "essa disciplina é ramo do Direito Público, colimando a atuação jurisdicional do direito penal. Acentua que o Processo Penal realiza o Direito Penal e

considera que é íntima a sua relação com o Direito Processual Civil, pois dele diverge, apenas, no objeto: "o segundo visa realizar relações de Direito Privado, e ele as de Direito Público".⁵

Mirabete também não destoou desta compreensão. Aduziu que "o Direito Processual Penal relaciona-se com o Direito Processual Civil por serem ramos do mesmo tronco, de tal sorte que se fala em Teoria Geral do Processo como disciplina para estudo básico dos dois ramos. Diz ele que os institutos processuais se diferem em relação ao conteúdo do processo, seja ele a pretensão punitiva (processo penal), seja ele a proteção extrapenal (processo civil). Alerta que há influências recíprocas nas ações e sentenças penais e civis e que é efeito da condenação a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, tornando a sentença condenatória um título para a execução civil. Lembra que faz coisa julgada no civil a sentença penal em que se reconhece ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou em exercício regular de direito (artigo 65 do CPP).⁶

Para os partidários desta posição doutrinária, a possibilidade encontrava amparo primeiro na redação do artigo 798 do

⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 584.

⁵ NORONHA, E Magalhães. Curso de direito processual penal, São Paulo, Saraiva, 1979, 11ª edição, pág. 5.

⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal, São Paulo, Atlas, 1992, pág. 32.

CPC antigo, de 1973, *in verbis*: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”⁷ E, atualmente, os adeptos desta posição escudam-se no novo CPC de 2015, que não mais tratou especificamente do processo cautelar, mas adotou a **sistemática das tutelas de urgência e evidência**. Nesse sentir é o artigo 294 do CPC: “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”. De seu turno, o parágrafo único do referido artigo dispôs: “A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.

Deste modo viu-se que com a supressão dos procedimentos cautelares específicos no novo CPC, exsurgiu um poder geral de urgência de todo magistrado, e esse poder geral de urgência ou de cautela, não importa a nomenclatura, pode ser emprestado ao Código de Processo Penal, sempre com o objetivo de observar o princípio da efetividade processual, o princípio da eficiência e o princípio da máxima

efetividade dos direitos fundamentais, assim como o princípio da indeclinabilidade da jurisdição demonstrando-se, ademais, para a sua configuração, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, bem como a comprovação da *necessidade* do exercício do poder geral de urgência ou cautela.

Destaca-se, pois, o escólio de Theodoro Júnior acerca do tema: “a primeira e mais evidente limitação do arbítrio do juiz, em matéria de poder cautelar, localiza-se no requisito da necessidade, pois só a medida realmente “necessária”, dentro dos objetivos próprios da tutela cautelar, é que deve ser deferida”.⁸

Nessa mesma linha de intelecção, de rigor, reproduzir o entendimento de Freitas Câmara, segundo o qual estatuiu: “o poder geral de cautela é instituto considerado necessário em todos os quadrantes do planeta, e decorre da óbvia impossibilidade de previsão abstrata de todas as situações de perigo para o processo que podem vir a ocorrer em concreto. Por tal razão, tem-se considerado necessário prever a possibilidade de o juiz conceder medidas outras que não apenas aquelas expressamente previstas pelas leis processuais”.⁹

Anote-se que, quando se fala em poder geral de cautela, sempre nos referimos

⁷ Artigos 796/889 do CPC 1973.

⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 2 v., p. 521.

⁹ FREITAS CÂMARA, Alexandre. Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, vol. III, p. 43.

às medidas cautelares inominadas e, no processo penal, sempre em face do acusado ou investigado, em autêntica jurisdição repressiva.

Porém, o objetivo deste artigo é aclarar a compreensão de também **aplicar o poder geral de cautela, sob o norte da jurisdição preventiva e não necessariamente sobre o agente, mas sobre todas as circunstâncias que envolvem o fato criminoso**, requisito imprescindível da denúncia, nos termos do artigo 41 do CPP.

II – DA JURISDIÇÃO, do PODER GERAL DE CAUTELA e das NORMAS DO DIREITO INTERNO APLICÁVEIS

Menciona-se que se diz o direito - *jurisdictio* - de forma repressiva ou reativa ou também de forma preventiva ou proativa, isto porque uma das características da jurisdição é a sua inafastabilidade ou indeclinabilidade extraída, pois, do artigo 5º, XXXV, da CF, em que qualquer lesão ou ameaça a direito deverá ser submetida à jurisdição do Estado, de modo que não é equivocado afirmar na esfera processual penal a dupla faceta jurisdicional, a da lesão e da ameaça à lesão.

A jurisdição é o poder-dever do Estado de aplicar o direito ao caso concreto

com força coercitiva. Esse poder-dever é caracterizado por uma função que lhe autoriza a resolver controvérsias, pacificar conflitos por meio do processo e como atividade à medida em que a autoridade judiciária na qualidade de representante do poder público aplica a lei àquele caso posto a sua análise.

Logo, o juízo exerce o poder geral de cautela com o exercício da jurisdição, na sua perspectiva de função, através de medidas cautelares atípicas ou não nominadas ou não previstas em lei. E essa jurisdição pode vir também sob o aspecto preventivo.

Nesse contexto é necessário, entretanto, explicitar algumas das características das medidas cautelares nominadas e o norte de jurisdição preventiva que a colorem para, ao depois, nos imiscuirmos nas medidas cautelares inominadas.

Afirma-se que as medidas cautelares nominadas e previstas em lei possuem duas feições jurisdicionais, a repressiva, mas especialmente a da prevenção. Não por outra razão a redação do artigo 282, I, do CPP que se referiu às medidas cautelares nominadas e trouxe à baila a jurisdição preventiva, ao se expressar claramente que incidirão para **evitar novas práticas penais**¹⁰ sendo certo, ainda,

casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

¹⁰ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos

que poderão ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente.

Para melhor compreensão do assunto discorreremos sobre as hipóteses das medidas cautelares nominadas previstas no artigo 319 e incisos do CPP, que servem para substituir a prisão processual para, subsequentemente, demonstrarmos a natureza preventiva de algumas destas medidas, a saber: a) comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; b) 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; c) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; d) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; e) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixo; f) suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; g) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos

concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração; h) 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; i) monitoração eletrônica.

De se notar que na linha de profilaxia criminosa estipulada pelo artigo 282, I, do CPP, pelo menos as alíneas ‘b’, ‘c’ e ‘f’ do artigo 319 do CPP penal trouxeram hipóteses de prevenção de nova criminalidade com as expressões “*evitar o risco de novas infrações*”, “*permanecer distante da vítima*”, “*receio de sua utilização para a prática de infrações penais*”. A alínea ‘b’, de todo modo, é mais enfática ainda, pois trouxe em sua redação a 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; conseqüentemente, leva-se em consideração nesta medida cautelar o *locus delicti* (lugar do crime) sempre ornamentado pelo desejo de evitar novas infrações penais.

Dessume-se que numa interpretação literal já se deflui o componente de jurisdição preventiva impregnado nesses artigos de lei e que nos reforçam o ideal legislativo nesta seara do **colorido da prevenção de novas infrações penais**.

Ousa-se dizer, pois, que se cabível essa possibilidade de aplicação de medidas preventivas nas medidas cautelares nominadas, nada impede que as medidas cautelares inominadas sigam o mesmo raciocínio e a mesma sistemática.

Alude-se que os lugares destacados na alínea 'b' do artigo 319 do CPP podem ser privados, como a proibição de frequentar estabelecimentos de “desmanches ilegais” (roubo, furto ou receptação de peças automotivas ou mesmo de veículos), casas clandestinas de jogos de azar (exploração de caça-níqueis e congêneres); além disso, estão previstos em leis especiais, tais como medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha, em que se obriga o agressor a se afastar do lar comum¹¹. Uma breve digressão: por força deste artigo e de outros, tais como o artigo 320 do CPP, há quem entenda que o rol do artigo 319 do CPP não é taxativo, mas exemplificativo.

Mas, sob outro pensar, poder-se-ia classificá-los também como públicos, ou seja, a proibição de alguém de frequentar locais públicos em que se cometem eventualmente crimes, v.g., “feiras de rolo” (aquelas em que se vendem produtos roubados, furtados ou receptados), “cracolândias” (lugares públicos onde se desenvolve o uso de entorpecentes, bem como o comércio).

Desta feita, tais medidas cautelares nominadas enfatizam a prevenção de novos crimes privilegiando-se diretamente determinado lugar. E é, precisamente, a **singularidade** de prestigiar o lugar para fins de concessão de medida cautelar nominada que articulará o raciocínio a partir de agora.

Pontua-se que nada mais lícito ao julgador penal exercitar o poder geral de cautela, em medida cautelar inominada, ou até mesmo *ex officio*, determinar **medidas de urgência** especificamente em relação ao lugar do crime, v.g., **impedir que pessoas se reúnam permanentemente em espaço público para cometer crimes**.

Se o objetivo do legislador nas medidas cautelares típicas e nominadas foi demonstrar a possibilidade do exercício de jurisdição preventiva, como não possibilitar ao juízo penal exarar uma jurisdição profilática no exercício do poder geral de cautela, nas medidas cautelares inominadas ou atípicas, **não em relação ao acusado, mas em relação a todas as circunstâncias que envolvem o fato delituoso**, caso lhe seja requerido pelo Ministério Público com base nos artigos de sua Lei Orgânica?

Calha à fiveleta exteriorizar que temos corpo normativo suficiente para engendrar medidas cautelares inominadas com fins de controle da criminalidade, ou seja, eminentemente preventivos da

¹¹ Art. 22, II, da Lei 11.340/06.

criminalidade, a saber: artigos da Lei Orgânica do Ministério Público, artigos 26, VII, da Lei 8.625/93 e artigo 104, VI, da Lei Complementar 734/93¹², bem como artigo 103, I, da Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo¹³ e artigo 127 da CF¹⁴, além de princípios constitucionais da efetividade processual, da eficiência e da máxima efetividade dos direitos, bem como os ditames do artigo 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual prescreveu que a **lei deve ser aplicada de acordo com os fins sociais e as exigências do bem comum.**

Urge destacar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro constitui-se em coluna vertebral ou espinha dorsal de todos os ramos jurídicos, inclusive os processuais, e a linha mestra a ser seguida, sem exceção. Portanto, a dicção destes artigos consubstancia a **adoção de medidas destinadas à prevenção e controle da criminalidade.** Enfim, é possível o controle da criminalidade por meio do poder geral de cautela.

III – EXEMPLOS DE MEDIDAS CAUTELARES INOMINADAS EM

¹² “sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade”,

¹³: “São funções institucionais do Ministério Público, nos termos da legislação aplicável: I - promover a defesa do regime democrático e

RELAÇÃO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DE UM PROCESSO e DECISÃO IMPREGNADA DE ATIVISMO JUDICIAL EM CONSONÂNCIA COM OS ANSEIOS SOCIAIS

Suponhamos a seguinte situação:

O Ministério Público confecciona uma denúncia sobre tráfico de entorpecentes contra suposto traficante e, na cota introdutória da denúncia pede, em medida cautelar inominada, que o juízo exerça o poder geral de cautela, em jurisdição proativa, para determinar a evacuação de determinada rua descrita na denúncia como local do crime - bem de uso comum do povo - utilizado para cometimento de crimes contra a saúde pública (cracolândia). Nesse caso é possível a aplicação do poder geral de cautela no processo penal quando estivermos em face de um caso concreto conexo com o crime, objeto de um processo, e que vise, por exemplo, **fazer o controle preventivo da criminalidade**, isto porque o exercício da jurisdição abarca todas as circunstâncias que envolvem o fato criminoso, a teor do que prescreveu o artigo 41 do CPP, *in verbis*: “A denúncia ou queixa conterá a exposição do

dos interesses sociais e individuais indisponíveis”

¹⁴ O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

Destarte, a exposição do fato criminoso envolve, além do acusado, a sua classificação típica; mas, indiscutivelmente, todas as circunstâncias que se relacionam com o crime, todas as particularidades do crime, v.g., lugar, tempo, meio, modo de execução do crime e, mormente, a figura difusa da vítima no caso do tráfico – membros da coletividade.¹⁵

Tanto é exata essa asserção, isto é, acerca da imprescindibilidade da consignação do lugar do crime na denúncia, que se elaborarmos uma peça acusatória sem local ou lugar do crime, ela é considerada inepta, e a ação penal irremediavelmente não se inicia.

Por conseguinte, rigorosamente é caso de autorizar o juízo a impingir medidas de urgência para que o Estado recupere a via pública, em integralidade de jurisdição, em insofismável poder geral de cautela.

Esse panorama, além de expressar jurisdição repressiva porque o juízo analisará a situação envolvendo o acusado (conversão do eventual flagrante em prisão preventiva, recebimento de denúncia), também

expressará subsidiariamente jurisdição preventiva em relação às circunstâncias fáticas, porque através de determinação judicial, de cunho preventivo, o crime permanente de tráfico de entorpecentes existente naqueles locais pitorescos será debelado.

Enfatize-se que, no exemplo acima, se encontra presente o interesse de agir do Ministério Público, que persegue a eventual condenação ou absolvição do denunciado naquelas circunstâncias descritas na denúncia e apresentadas ao Poder Judiciário na ação penal; e, acessoriamente, também almeja a regularidade da ordem jurídica e a observância dos interesses sociais, encargos constitucionais do Ministério Público.

Anote-se, ainda, que eventual providência preventiva na jurisdição exarada não comprometerá o devido processo legal, não comprometerá o princípio do contraditório, não violará o princípio da ampla defesa, porque não tem conotação direta com a situação do réu. E seguirá a diretriz, inclusive, do artigo 156, II, do CPP¹⁶, que previu um juiz menos estático e mais participativo, que visa dirimir uma lide que lhe é posta **em todas as suas circunstâncias**.

O exemplo acima nos demonstrou o exercício do poder geral de cautela sobre circunstâncias fulcrais do processo-crime

¹⁵ Crime vago.

¹⁶ Determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante

levado ao conhecimento do juízo, em determinado caso concreto, e que uma vez sanados em análise preventiva, garantirão a integralidade jurisdicional, em seu duplo enfoque, a efetividade processual, a observância ao princípio da eficiência aplicável também aos magistrados e o irrestrito cumprimento do princípio da máxima efetividade dos direitos humanos.

Não à toa é o brocardo “narra me factum dabo tibi jus”¹⁷. Leia-se: o fato com todas as suas peculiaridades e não somente em relação ao seu autor, mas também em relação às circunstâncias do crime. Iniludivelmente há situações concretas em que se exige do Poder Judiciário a integralidade jurisdicional, reativa e proativa.

A legislação processual apoiada por princípios constitucionais precisa ser interpretada de acordo com as necessidades, anseios e demandas dos tempos hodiernos. Precisa ser interpretada com vista às aspirações sociais, à evolução histórica e às necessidades sociais prementes. E é exatamente nesse contexto que se defende a incidência do poder geral de cautela, no âmbito do processo penal, em sede de medida cautelar inominada, ou até *ex officio*, com desenho preventivo da criminalidade.

Expõe-se que o mesmo exemplo da ‘cracolândia’ pode ser transmutado para as hipóteses envolvendo as chamadas ‘feiras de

rolos’, que se realizam, igualmente, na via pública, bem de uso comum do povo, e se comercializam, na maioria das vezes, produtos contrafeitos ou roubados ou furtados ou receptados, enfim, objetos de progênie criminosa. Em sendo assim, em caso de denúncia por receptação contra determinado agente, pilhado em ‘feira do rolo’ em atividade de mercancia, situada em determinada via pública, pode dar margem a pedido do Ministério Público, na cota introdutória, de medida cautelar inominada, com o objetivo de evacuação da área pública utilizada para fins possivelmente criminosos, objetivando prevenção e controle da criminalidade.

Obviamente que referidas decisões, fruto do poder geral de cautela, experimentarão possivelmente a característica de **ativismo judicial**, que embora seja utilizado pelos detratores do Poder Judiciário em tom pejorativo ou depreciativo, entendemos que, especificamente nestas situações de controle da criminalidade, em caso concreto, posto em juízo, é deveras importante o seu manuseio e a sua realização para a execução de direitos sociais previstos constitucionalmente e invariavelmente olvidados por quem de direito.

Pelo teor da teoria substancialista, sempre que situações deste jaez incidirem na

¹⁷ “Narra-me o fato que eu te darei o direito”.

espécie, o Poder Judiciário tem de intervir, pois o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal, e quando certos comportamentos venham a prejudicar a paz social, a vida digna de uma coletividade, direitos mínimos existenciais, deve, sim, este Poder fazer valer as suas vezes e garantir esses direitos fundamentais, seja em controle concentrado, seja em controle difuso de constitucionalidade.¹⁸

Em proposições que tais, o membro do Poder Judiciário está autorizado a realizar uma hermenêutica ativista da lei e da Carta Magna pautada, pois, em princípios constitucionais do que propriamente na letra fria da lei e determinando que outros poderes façam esta ou aquela política pública.

Realce-se a visão do ministro Luís Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, que distinguiu as vantagens e desvantagens do ativismo judicial, a saber:

“O ativismo relaciona-se ao comportamento dos juízes. Significa conduta que desborda da atuação puramente técnica e judicial. A interpretação ocorre de maneira expansiva. Assemelha-se ao que a nova – e não tão reconhecida no meio acadêmico – doutrina constitucionalista denomina de pós-positivismo

(ou neoconstitucionalismo, a depender do ângulo), consistente na ideia de que o magistrado age sob a alegação de defesa da ética, para garantir direitos e o próprio funcionamento da sociedade. Existem, fundamentalmente, dois grandes pontos reconhecidos como vantagens – quase que de maneira incontroversa – no ativismo: a) a proteção contramajoritária, quando o Judiciário guarda e garante os direitos da minoria que não lograria obtê-la no Parlamento; e b) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público em atuação proativa, no papel de guardião das políticas públicas que envolvam direitos fundamentais. Por outro lado, existem também objeções a essa atuação, tendo em vista: a) a ausência de legitimidade democrática dos juízes (não são eleitos), impossibilitando-se avaliar a vontade do povo; b) o risco sério e agudo de politização judicial e c) a possibilidade de ultrapassar a capacidade institucional do Judiciário.¹⁹

Averbe-se, por importantíssimo, que o entrelaçamento destes institutos estudados (poder geral de cautela e decisão ativista) dá guarida à incidência dos exemplos supracitados, tanto é que o Supremo Tribunal Federal, nessa linha de argumentação,

¹⁸ GALVÃO, José Octavio Lavocat. Entre Kelsen e Hercules: Uma análise jurídico-filosófica; in: Estado de Direito e Ativismo judicial. José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010, pág. 137.

¹⁹ Palestra realizada na XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, em 27 de novembro de 2017, em São Paulo in <https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial-para-quem-e-por-que>.

recentemente, em decisão da lavra do Ministro Edson Fachin, sob o pretexto de evitar violência policial em ações policiais nas comunidades da cidade do Rio de Janeiro e também citando a lamentável morte do menino João Pedro numa dessas operações, em **legítima jurisdição preventiva** deferiu **medida cautelar incidental** pleiteada pelo Partido Socialista Brasileiro para determinar: (i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior a população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.²⁰

Indiscutivelmente, guardadas as devidas proporções, essa decisão do STF, como muitas outras que poderiam ser citadas, justifica e legitima a pretensão exarada nesse artigo.

²⁰ STF, ADPF 635 – MC-TPI – RJ, 5 de junho de 2020.

IV – COMPATIBILIDADE ENTRE O CONTROLE PREVENTIVO DA CRIMINALIDADE E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DIREITO DA INTERVENÇÃO, de ORIGEM ALEMÃ

O controle preventivo da criminalidade está em compatibilidade com a Constituição Federal e em harmonia com o princípio da efetividade processual, corolário do princípio da eficiência insculpido no artigo 37, “caput”, da Carta Magna.

Para MEDINA, a **efetividade do processo está ligada diretamente ao princípio da eficiência da Administração Pública** – positivado em nossa Constituição no artigo 37, “caput”, pela emenda 19/1998 – “notadamente quando se cuida de alcançar, no plano processual, um resultado tal que assegure a parte vitoriosa o gozo da específica utilidade a que faz jus”.²¹

Pelo princípio da eficiência, “impõe-se ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar”, porém, deve ser pautado pela conjugação harmônica com os demais princípios que

²¹ MEDINA GOUVÊA, PAULO ROBERTO in 2004, p. 243.

regem a administração pública e que estão previstos no art. 37 da CF/88.²²

E mais.

O princípio da eficiência, assim como os demais princípios da administração pública que estão positivados no texto Constitucional, deve ser observado por todos os Poderes da União, **inclusive o Poder Judiciário**. Ao Poder Judiciário, na clássica “tripartição dos poderes”, foi incumbida à função jurisdicional, cabendo-lhe a aplicação da lei ao caso concreto. “Se trata da função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja realizando-a praticamente, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática” (CÂMARA, 2014, p. 82)²³ – negrito nosso.

Destarte, impossível falarmos de princípio da eficiência processual e não se obter a inteireza jurisdicional em que se pleiteia ao Poder Judiciário.

Inexequível também falarmos numa teoria geral do processo quer do civil, quer do penal, sem trazermos como base de observância às diretrizes da Constituição Federal. E nessa particularidade argumentativa, temos que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF), de modo que o Poder Judiciário em sintonia com

o princípio da eficiência e com o princípio da jurisdição, sua razão precípua, pode e deve se manifestar em termos preventivos.

Nesse panorama encontramos o ensinamento de CASSIO SCARPINELLA, segundo o qual prescreveu: “impensável falar-se em uma teoria do direito processual civil que não parta da Constituição Federal, que não seja diretamente vinculada ou extraída dela, o que, também se aplica aos demais ramos do direito processual, vez que a Constituição é a fonte primeira, o fundamento maior e, como vimos, estabelece um modelo único que se irradia em todos os processos”²⁴

Marcelo Cattoni também encerrou: “no Brasil não há processo que não deva ser constitucional, sobretudo em razão de o processo ser estruturado por princípios constitucionais e de todo órgão judicial ser competente para apreciar questões que discutem constitucionalidade”.²⁵

Não há, definitivamente, condições de desenvolver o estudo do direito processual fora do direito constitucional. E a Constituição Federal previu a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), a vida, a segurança (art. 5º, “caput”), a saúde pública (art. 196), assim como também a não

²² DI PIETRO, 1998, p. 73-74.

²³

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/1365/922>

²⁴ BUENO 2008, p. 159.

²⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, 2011, p. 207.

exclusão de lesão ou ameaça de direito do crivo do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV).

Logo, nos parece absolutamente cristalino que o juiz criminal possui no processo penal dupla função, a de aplicar o fato ao caso concreto aplicando a alguém uma condenação ou absolvição, **mas também, de ofício, ou quando provocado, fazer o controle preventivo da criminalidade de um caso concreto posto sob a sua jurisdição.** Na última hipótese quando o Ministério Público apontar, em sua denúncia, a existência de locais onde pululam crimes contra a saúde pública ou patrimoniais, por exemplo.

Numa análise um pouco mais aprofundada, vislumbramos a conjunção entre poder geral de cautela, jurisdição de cunho preventivo, decisão embebida com ativismo judicial e os dizeres, ainda que tenuamente, do direito de intervenção²⁶ cunhado pelo tratadista alemão Winfried Hassemer, integrante da Escola penalista de Frankfurt, teoria pela qual visa aperfeiçoar o Direito Penal na **prevenção** e repressão da criminalidade quando atingirem interesses metaindividuais ou transindividuais e, a princípio, seria aplicável ao direito ambiental, mas que por força da **aplicação extensiva e analógica** prevista no código de processo

penal (art. 3º, CPP) nada obstará que fosse igualmente **aplicável no processo penal.**

Nesse sentir: “o direito de intervenção seria uma alternativa no controle da criminalidade moderna. Situado entre o direito penal e o direito administrativo, com um rebaixado nível de garantias individuais e novas formas procedimentais abreviadas, mas sem a cominação das pesadas sanções do direito penal, sobretudo as penas privativas de liberdade. Orientado por uma intervenção precoce, ou seja, pelo perigo e não pelo dano, posto que, frente à neocriminalidade, a espera da ocorrência do dano, pode ser tarde demais para a tutela do bem jurídico, em razão de sua magnitude”.²⁷

Esse novo ramo – direito de intervenção – está localizado entre o direito penal e o direito administrativo e seria mais eficiente para fazer a tutela dos interesses metaindividuais, seria mais adequado à proteção dos interesses difusos e coletivos que são trazidos à baila numa relação processual penal. O direito penal tradicional não se mostrou apto a enfrentar esses tipos de perigos decorrentes de uma sociedade de risco.

Conquanto não tenhamos o esqueleto ou arcabouço do direito de intervenção no Brasil, é plausível aplicá-lo

²⁶ Interventionsrecht.

²⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e direito penal. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 197.

sob a vertente do poder geral de cautela, em medidas cautelares inominadas e não previstas em lei, sob o âmbito da tutela preventiva, com o desiderato de efetuar a tutela dos interesses difusos provenientes de um caso concreto retratado no processo penal, mormente do ponto de vista das vítimas de crimes contra a saúde pública e patrimoniais e também sob a diretriz de princípios constitucionais.

V- DA CONCLUSÃO

Em arremate podemos conceituar o poder geral de cautela no processo penal como: uma ferramenta posta à disposição do juízo para a efetividade processual, para garantia do resultado útil e proveitoso do processo penal em sua dupla finalidade, com o exercício da jurisdição repressiva e preventiva, tanto em relação ao *status libertatis* do réu (para uma pequena corrente doutrinária) quanto **em relação às circunstâncias fulcrais que envolvem a dinâmica delituosa**, objetivando-se a observância do trinômio constitucional: efetividade processual, princípio da eficiência e máxima efetividade dos direitos fundamentais (direito à saúde pública, segurança pública, dignidade da pessoa humana, cidadania, prevalência dos direitos humanos) em indiscutível ativismo judicial, valendo-se, ainda, como pano de fundo das argumentações da teoria alemã, do direito de

intervenção, tudo sob a gênese da aplicação da lei visando os anseios comuns e a defesa preventiva dos interesses transindividuais relacionados com a performance criminosa.

Entende-se que, em algumas situações específicas, levanta-se com rigor a figura do sujeito passivo do crime (membros da coletividade), nascendo daí a necessidade do Poder Judiciário tutelá-los preventivamente da existência de novos crimes, sempre que for cometido em **locais públicos**. Definitivamente, o processo penal visto tradicionalmente se tornou insuficiente para resolver esses novos conflitos, razão de sua necessária adequação nestes casos especiais.

E, por derradeiro, estabelece-se que esse relevante assunto, o de controle e prevenção da criminalidade em locais públicos, especialmente o daqueles envolvendo as famosas ‘cracolândias’ são multifacetários e multidisciplinares, envolvendo vários campos de incidências médicas e congêneres, e, especificamente, no campo jurídico, não é uma atribuição afeta unicamente às promotorias de justiça de interesse difuso (saúde pública, direitos humanos, inclusão social, habitação e urbanismo), mas também se relaciona com a promotoria de justiça criminal, porque o contexto fático descrito numa denúncia criminal envolvendo o tráfico em circunscrições territoriais desta natureza traduz, além da possibilidade da imposição de

uma pena de natureza penal a quem estava traficando, também situação de prevenção e controle da criminalidade (comércio e exploração deste comércio no local).

Alijar a promotoria de justiça criminal e, conseqüentemente, retirar da justiça criminal esta importante questão de saúde pública conexas com o crime de que cuidam os autos e que emerge sob a ótica da prevenção e repressão de crimes de tráfico de entorpecente não nos parece razoável ou tampouco acertado.

Somos a ponta do iceberg de um problema complexíssimo e com indubitáveis conseqüências criminais e, por isso, defendemos que a jurisdição criminal nestes casos precisa ser maximizada e amplificada, tudo em consonância e de acordo com os fins sociais e as exigências do bem comum, dentro do raciocínio descortinado no presente artigo e com arrimo, inclusive, na recente decisão do Supremo Tribunal Federal, acima citada, que caminhou exatamente no sentido da jurisdição preventiva.

Na decisão do Supremo Tribunal Federal visou-se impedir novas e eventuais mortes em decorrência de violência policial excessiva; já no exemplo que defendemos, se postulou através de jurisdição proativa, em medida cautelar inominada, evitar que novos crimes aconteçam nas vias públicas e que dizem respeito a saúde pública e patrimônio. Tanto os exemplos do presente estudo quanto a decisão da corte máxima do Poder

Judiciário, ora apresentada, dependendo do ângulo de interpretação e abordagem, tutelam vítimas e atuam sob o recorte do poder geral de cautela e do ativismo judicial nas suas mais diferentes facetas.

CASSIO ROBERTO CONSERINO

Promotor de Justiça Criminal (MPSP) desde 2000.

Integrante do GAECO – Grupo de Atuação Especial contra o Crime Organizado, de junho de 2003 até dezembro de 2012;

Autor de Livros jurídicos: Lavagem de Dinheiro e Crime Organizado e Institutos Correlatos, editora Atlas, 2011;

Autor de artigos doutrinários das Revistas Síntese – Responsabilidade Pública e Síntese – Direito Administrativo;

Ex-Professor de Processo Penal da UNAERP, campus GUARUJÁ

Pós-graduando da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA