

# Medidas Cautelares no Processo Penal

Elisa Pinto da Luz Paes<sup>1</sup>

O presente estudo foi elaborado no encerramento do Curso de Aperfeiçoamento credenciado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM -, **Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal**, realizado na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro – EMERJ entre os dias 04 de julho de 2011 e 01 de agosto do mesmo ano.

Durante as palestras ministradas, os expoentes tiveram a oportunidade de comentar, sem consenso, as alterações implementadas no sistema processual penal relativas às prisões cautelares disciplinadas pelo Código de Processo Penal, quais sejam, a prisão em flagrante e a prisão preventiva, assim como sobre as novas regras relativas à liberdade provisória e à positivamente de medidas cautelares diversas da segregação cautelar.

Tema dos mais relevantes, em seara de Direito Penal, e instrumento pelo qual o Estado se faz perceber nesse sentido, o Direito Processual Penal não foi discutido: o tipo de ideologia penal que a sociedade brasileira adota.

A doutrina indica três movimentos típicos de Direito Penal: o Abolicionismo, o Direito Penal Máximo e o de Direito Penal Mínimo. De acordo com a ideologia Abolicionista, prega-se o afastamento da incidência do Direito Penal como meio de controle e intervenção na sociedade. De acordo com os seguidores da dogmática, o Direito Penal não é o meio pelo qual a sociedade deseja ter seus conflitos solucionados, haja vista sua ineficiência evidenciada, com o conseqüente custo-benefício desfavorável.

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito - Juizado Especial Cível de Barra do Pirai.

Assim, não deve o Estado se ocupar de prever e tipificar condutas e a elas atribuir sanções de natureza penal, uma vez que esse procedimento não surte o efeito preventivo objetivado perante os integrantes da sociedade, nem a pena consegue desempenhar a retribuição e ressocialização que sua ideia propaga.

Diametralmente oposta, surge a Teoria do Direito Penal Máximo, com o movimento conhecido por “lei e ordem”, segundo o qual, dado o insucesso da pacificação social por outros meios, deve o Estado tipificar e punir penal e energicamente os transgressores, inclusive os de infrações consideradas de menor potencialidade ofensiva ao bem jurídico tutelado, de modo a desencorajar outras transgressões. Essa doutrina sustenta que, apenas com a ampliação do Direito Penal (por meio da ampliação da tipificação penal, ampliação da aplicação e quantificação das sanções privativas de liberdade, regime de execução mais rígido, tolerância zero, redução da maioria penal, pena privativa de liberdade para usuários de substâncias entorpecentes e direito penal do inimigo), conseguirá o Estado controlar a violência no meio social.

Por fim, existe a doutrina do Direito Penal Mínimo, segundo a qual o Direito Penal deve ser aplicado subsidiariamente aos demais meios de pacificação social. Deve tutelar apenas os bens jurídicos mais importantes e que se revelem insatisfatoriamente protegidos por regras extrapenais. A partir dessa dogmática, foi construído o Princípio da Fragmentariedade.

Ocorre que, quando tentamos analisar o ordenamento jurídico em seu âmbito penal, somos forçados a perceber que o direito material segue rumo diverso do traçado pelo direito processual.

Da percepção que se tem das alterações legislativas recentes, sem que se imiscua na técnica e no aperfeiçoamento dos institutos que objetivam, forçoso constatar que o Direito Penal, assim considerado em seu aspecto material, caminha em direção ao sistema idealizado pelo movimento de Direito Penal Máximo, muito embora, por vezes, vacilantemente.

A título meramente exemplificativo, observe-se a Lei de Drogas, a Lei n. 10.343/2006: se por um lado reduziu a pena para o crime de uso de drogas, que anteriormente, tinha pena cominada, em abstrato, de privação

de liberdade, atualmente prevê apenas sanções restritivas de direitos. Uma delas consiste em advertência, que, se não aplicada no momento da prolação da sentença em audiência, após o Ministério Público e a Defesa concordarem com a condenação e desistirem do prazo recursal, pouco poderá o Estado-Juiz fazer caso o condenado se evada ou se recuse a comparecer à audiência em que a sanção ser-lhe-á aplicada. Se sequer é prevista, abstratamente, pena privativa de liberdade, parece um contrassenso decretar prisão como consequência pelo não comparecimento à audiência designada para aplicação da advertência – o que sequer é permitido pela Lei - ou determinar a condução do condenado para esse fim. Confira-se:

**Art. 16** da Lei n. 6.368/1976. *Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*

*Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.*

**Art. 28** da Lei n. 11.343/2006. *Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:*

*I - advertência sobre os efeitos das drogas;*

*II - prestação de serviços à comunidade;*

*III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.*

*§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.*

De outra banda, foi majorada a pena cominada ao condenado por tráfico de drogas, além de se ter tipificado, de forma autônoma, outras condutas que outrora eram açambarcadas pelo crime de tráfico

ou de associação para o tráfico de drogas.

**Art. 12** da Lei n. 6.368/1976. *Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;*

*Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.*

*§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:*

*I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;*

*II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.*

*§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:*

*I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;*

*II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.*

*III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.*

**Art. 13** *Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento*

*ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*

*Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.*

**Art. 14.** *Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos Arts. 12 ou 13 desta Lei:*

*Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.*

**Art. 15.** *Prescrever ou ministrar culposamente, o médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em dose evidentemente maior que a necessária ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*

*Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 30 (trinta) a 100 (cem) dias-multa.*

**Art. 33 da Lei n. 11.343/2006.** *Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*

*Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.*

*§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:*

*I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;*

*II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;*

*III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.*

*§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:*

*Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.*

*§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:*

*Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.*

*§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.*

**Art. 34.** *Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*

*Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.*

**Art. 35.** *Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos*

*arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:*

*Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.*

*Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.*

**Art. 36.** *Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:*

*Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.*

**Art. 37.** *Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:*

*Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.*

**Art. 38.** *Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*

*Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.*

*Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.*

**Art. 39.** *Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:*

*Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.*

*Parágrafo único. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo*

*referido no caput deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.*

**Art. 40.** *As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:*

*I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;*

*II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;*

*III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;*

*IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;*

*V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;*

*VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;*

*VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.*

Já o Direito Processual Penal vem se alinhando com a teoria do Direito Penal Mínimo, posto que vem tentando afastar o rigor típico das instituições penais, notadamente o da prisão.

A análise açodada das alterações trazidas pela novel legislação poderá alcançar, certamente, conclusões prematuras e desconectadas da sistemáti-



ca do ordenamento. O simples fato de a Lei n. 12.403/2011 limitar o cabimento do decreto de prisão preventiva pelo magistrado com competência penal por si só não significa cerceamento da competência jurisdicional processual penal nem, tampouco, o engessamento da instituição no combate à criminalidade.

Forçoso reconhecer que a doutrina mais influente, antenada com os preceitos constitucionais fundamentais, já sustentava, com reflexos na jurisprudência consolidada dos tribunais, em todas as esferas, o postulado da presunção de não culpabilidade como norte para a aplicação dos instrumentos processuais penais de cerceamento da liberdade antes de decisão final condenatória, ou seja, antes da sentença com trânsito em julgado.

Com efeito, a sanção penal deve atentar à sua dupla finalidade: retributiva para o violador da norma de Direito Penal e preventiva geral, servindo de exemplo para toda a comunidade, para que tome ciência de que as violações penais são exemplarmente perseguidas e punidas pelo Estado.

Diversamente, no curso da ação penal, a prisão apenas se justifica como mecanismo indispensável para instrumentá-la, assegurando o adequado e tempestivo andamento do feito, ou garantindo a aplicação da lei penal, ou, ainda, evitando danos à ordem pública e social.

Imperioso ter em mente, quando da interpretação da lei processual penal, e, em especial, por ocasião da interpretação do Código de Processo Penal, de 1941, que a maioria das normas ali positivadas precedem a Carta Política de 1988, motivo por que a extração das normas previstas no texto dependem, impreterivelmente, de filtragem acerca da recepção de seu conteúdo pela nova ordem constitucional.

Forçoso reconhecer que a legislação vigente até 04 de julho de 2011, especialmente no que toca aos institutos de prisão processual e liberdade provisória, merecia atualização para afastar possíveis conflitos com os preceitos constitucionais estabelecidos. Ainda assim, a nova redação conferida pela Lei n. 12.403/2011 aos dispositivos encontra fundamento de validade no art. 5º, LX a LXVI, da Constituição da República.

Registre-se que os institutos disciplinados (liberdade e prisão) ostentam aspectos de direito material e outros, de ordem processual.

As normas de natureza mista já foram amplamente discutidas pelo Supremo Tribunal Federal em outras ocasiões, notadamente no que toca ao momento de sua aplicação, já que o ordenamento pátrio contempla regras diferentes para cada natureza de regra: enquanto as de natureza processual possuem aplicação imediata, por força do art. 2º do CPP, as de natureza material não retroagirão, salvo se beneficiarem o réu (art. 5º, XL, CRFB/88).

Nesse sentido, nos autos do HC n. 74.305, quando discutida a aplicabilidade da suspensão condicional do processo (prevista no art. 89 da Lei n. 9099/95), ficou decidido que o instituto deveria ser aplicado a todos os feitos em curso, ainda não julgados definitivamente, haja vista que a medida despenalizadora era de ordem processual e mais benéfica ao autor do fato.

Diferentemente, ao se debater sobre a incidência da suspensão do processo, prevista pela nova redação conferida ao art. 366 do CPP, a Suprema Corte entendeu que a suspensão do trâmite do processo penal e da prescrição importavam alterações *in malam partem* ao denunciado e, por força da garantia processual fundamental assegurada na Constituição, a regra só seria aplicável aos fatos praticados após a vigência da lei.

Em tal cenário, e tendo em conta que a novel legislação disciplina institutos mais benéficos ao direito de liberdade do acusado, forçoso concluir que, se instado, o Supremo Tribunal Federal manterá a coerência de seu posicionamento para assegurar a aplicação imediata dos institutos não encarceradores.

Tendo em conta que o Poder Judiciário é o palco de asseguaração das garantias fundamentais, todos os feitos em curso em que se tenha materializado qualquer coerção ao direito ambulatorial da parte merece imediata e pronta revisão.

Como consequência, todas as prisões pré-processuais ocorridas em situação de flagrância delitiva terão de ser submetidas a reavaliação, de modo que a prisão administrativa seja convertida em prisão processual, preventiva, ou, sendo possível, ser substituída por medidas cautelares diversas da privação da liberdade, fundamentadamente, sob pena de ilicitude do cárcere e conseqüente relaxamento da prisão ilegal.

No entanto, a aplicação imediata da lei de natureza mista, benéfica ao réu, não pode violar o sistema acusatório, que igualmente conta com assento constitucional. Tendo em mira que o Ministério Público é o titular da ação penal, deve o mesmo ser instado a se pronunciar sobre a aplicação das novas regras de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou na substituição do cárcere por liberdade provisória, com ou sem vinculação a medida cautelar, sob pena de o Juiz violar a separação de atribuições inerente ao sistema acusatório e lesar o direito público subjetivo do indiciado preso em flagrante de ter a contracautela da liberdade provisória estabelecida em seu benefício.

A discussão que se estabeleceu, mas que perdeu sentido com a vigência efetiva da lei, dizia respeito à possibilidade de aplicação imediata das regras processuais editadas *in bonam partem* no período compreendido entre a publicação do diploma e sua efetiva vigência.

Ainda que existam vozes em sentido diverso, alinho-me às lições do professor Damásio Evangelista de Jesus, segundo o qual nenhum instituto submetido a *vacatio legis* pode ter aplicação imediata, ao argumento de que a vigência condiciona a aplicabilidade da norma, sempre havendo a possibilidade de revogação da regra antes da sua vigência, como ocorreu com o Código Penal que antecedeu a reforma de 1984. Em situações como esta, como beneficiar um sujeito processual com regra editada que nunca entrou em vigor?

O novo sistema implementado pela reforma processual penal positiva, então, o conceito de que a prisão é instituto destinado a criminosos que impõem medo ao convívio social. A prisão em flagrante, ato administrativo pré-processual, é uma medida cautelar de natureza pessoal que se fundamenta na proteção imediata ao sujeito passivo da infração penal, na preservação da qualidade probatória e no restabelecimento da paz social, mas que não se sustenta de forma autônoma.

Presta-se a captura do ofensor da lei penal, no momento da prática delitiva ou logo após a execução da infração, mas aqueles delitos cujo cometimento não abala de sobremaneira a paz social e aos que terão ao criminoso aplicados institutos descaracterizadores já vigentes, não subsistirá a prisão. ♦