

O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal

Juliana Andrade Barichello¹

O objetivo deste trabalho é discorrer sobre os principais pontos das palestras, enfatizando a importância das alterações introduzidas no sistema processual pela Lei 12.403/2011, que modificou vários dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança e liberdade provisória, criando medidas cautelares diversas da prisão.

COMUNICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE E O ART. 306 DO CPP

De acordo com a nova sistemática trazida pela Lei 12.403/2011, o magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, terá três opções:

- 1) relaxar a prisão em flagrante, quando esta for ilegal;
- 2) conceder a liberdade provisória, que poderá ser com ou sem fiança, ou qualquer outra medida cautelar substitutiva;
- 3) converter a prisão em flagrante em prisão preventiva.

A princípio, é de se observar que a legalidade da prisão deve ser analisada de pronto e independentemente de manifestação da partes, na própria cópia do auto de prisão em flagrante, na forma do artigo 5º, inciso LXV, da Constituição Federal, como já se fazia anteriormente.

A grande alteração, no entanto, fica por conta da norma contida no inciso II do art. 310 do CPP, que prevê a hipótese de conversão da prisão em flagrante em preventiva, a qual só deverá ocorrer se não se mostrarem suficientes ou adequadas as demais medidas cautelares, na forma do § 6º do art. 319 do CPP.

¹ Juíza de Direito da Vara Única de Seropédica.

Tal decisão de conversão deverá ser fundamentada, demonstrando-se o preenchimento dos requisitos genéricos de necessidade e adequação, bem como os requisitos específicos de acordo com o caso concreto. Trata-se de decisão a ser tomada pelo magistrado, independentemente de manifestação do Ministério Público, embora haja opiniões em sentido contrário, que defendem a necessidade de prévia oitiva do Ministério Público, diante do sistema acusatório que rege o nosso sistema penal.

De fato, nada impede que o magistrado, após a análise da legalidade da prisão, abra vista ao Ministério Público para manifestação quanto à necessidade de decretação da prisão preventiva, bem como da concessão da liberdade provisória com ou sem a imposição de qualquer outra medida substitutiva, nestas incluída a fiança.

Uma questão que tem gerado divergência é o prazo que o magistrado teria para se manifestar após o recebimento do auto de prisão em flagrante. Parte da doutrina tem se posicionado no sentido de que, até a decisão, não poderá transcorrer prazo superior a 24 (vinte e quatro) horas. Outros sustentam que deve ser observado o prazo de 48 (quarenta e oito) horas, assinalado pelo Código de Processo Penal para situações semelhantes, conforme disposto nos artigos 322 e 335.

Por fim, há aqueles que sustentam que a análise da necessidade do decreto de prisão preventiva ou concessão da liberdade provisória seja realizada quando da conclusão do inquérito policial, vale dizer no prazo de 10 (dez) dias, na forma do artigo 10 do Código de Processo Penal ou de 30 (trinta) dias, no caso de tráfico de drogas, na forma do artigo 51 da Lei 11.343/06, evitando-se com isso manifestação de ofício do magistrado no que concerne à necessidade da prisão cautelar.

MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

A Lei 12.403/2011 acrescentou ao Código de Processo Penal um novo rol, que contém nove medidas cautelares diversas da prisão, as quais poderão ser aplicadas de forma concomitante pelo magistrado, desde que de forma justificada e levando sempre em conta os critérios de necessidade

e adequação previstos no artigo 282, incisos I e II.

A primeira indagação que se apresenta é se poderia o juiz no processo penal adotar medidas cautelares não previstas legalmente com fulcro no chamado poder geral de cautela.

Em que pese o Código de Processo Penal não prever o chamado "Poder Geral de Cautela", parte da doutrina tem se posicionado no sentido da possibilidade de integração do ordenamento com as normas do Processo Civil, cujo Código respectivo prevê expressamente o "Poder Geral de Cautela" no artigo 798, CPC. Outros, no entanto, têm sustentado a taxatividade do rol do artigo 319, CPP, com base na observância do princípio da tipicidade processual penal sempre que se tratar de normas restritivas de direitos individuais.

Divergências à parte, merecem destaque as medidas cautelares previstas nos incisos VII, VII e IX do art. 319 do CPP. Vejamos.

O inciso V prevê a hipótese de internação provisória do acusado nos casos 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.

Para que ocorra a medida de internação provisória, prevista neste dispositivo, não basta que esteja comprovado nos autos que o acusado seja inimputável ou semi-imputável, sendo necessário concluir que este apresenta acentuada periculosidade, gerando risco de reiteração da conduta criminosa. Tal medida, entretanto, somente poderá ser aplicada no curso da ação penal, já que o legislador referiu-se apenas ao acusado, omitindo intencionalmente o termo investigado, presente em outros incisos.

O inciso VIII, por sua vez, confere caráter cautelar à fiança, como substitutiva da prisão, visando a assegurar o comparecimento do acusado aos atos do processo, evitando a sua suspensão por ausência de citação pessoal, o que certamente criaria obstrução ao regular andamento do feito.

Será cabível fiança, de igual forma, quando houver resistência injustificada à ordem judicial. Sendo assim, havendo resistência injustificada à ordem do magistrado, poderá ser imposta ao réu fiança, no lugar de decretação a prisão preventiva.

Por fim, temos a medida cautelar de monitoração eletrônica, prevista no inciso IX do art. 319 do Código de Processo Penal, aplicável aos casos de saída temporária e cumprimento de pena em regime domiciliar na execução penal. Tal dispositivo tem gerado polêmica, havendo opiniões no sentido de que o uso de tal aparelho violaria o princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, entendemos que não há violação ao mencionado cânone constitucional, na medida em que se trata de uma alternativa ao encarceramento do réu, sendo, obviamente, esta última opção – prisão provisória - mais gravosa do que a precitada cautelar.

Observa-se, outrossim, que todas as medidas cautelares estabelecidas no Título IX não podem ser aplicadas à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Dessa forma, não será possível aplicá-las em relação às contravenções penais a que a lei comina, isoladamente, pena de multa.

Deve-se ressaltar, por fim, que no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o Juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do art. 312, parágrafo único do CPP.

CONCESSÃO DE FIANÇA PELA AUTORIDADE POLICIAL

A antiga redação do Código de Processo Penal previa a hipótese de concessão de fiança pela autoridade policial somente nas infrações punidas com detenção ou prisão simples.

A alteração do art. 322 do CPP, levada a efeito pela Lei 12.403/2011, ampliou, e muito, a possibilidade de concessão de fiança pela autoridade policial, a qual poderá arbitrá-la nos crimes punidos com detenção ou reclusão, desde que a pena máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Havendo concurso de crimes, o somatório das penas máximas deve basilar a possibilidade ou não de concessão da fiança, na conformidade da Súmula 243 do STJ, aplicável na espécie análoga, ou seja, na suspensão do processo.

Idêntico raciocínio deverá ser utilizado em relação às causas de aumento de pena, que deverão ser consideradas para efeitos do cálculo da pena máxima.

Por outro lado, nas hipóteses de crimes tentados, deverá ser levada em consideração a redução mínima, aplicada à pena máxima, de modo a analisar a possibilidade ou não de concessão da fiança.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que os valores da fiança sofreram uma elevação considerável, podendo atingir até 200.000 salários mínimos, quantia de grande expressão, que poderá ser utilizada para pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado.

A alteração, neste ponto, deve-se ao fato de que foi incluída a possibilidade de utilização da fiança para pagamento da prestação pecuniária, espécie de pena restritiva de direitos, prevista no artigo 43, I e § 1º do artigo 45, ambos do Código Penal.

Foram ampliadas, ainda, as hipóteses de quebraimento de fiança, incluindo-se o ato deliberado de obstrução ao andamento do processo, como nos casos em que o réu se oculta, dificultando a sua citação; bem como nos casos de descumprimento de medida cautelar cumulativamente imposta ou resistência injustificada à ordem judicial.

PRISÃO DOMICILIAR E O ART. 289-A, CPP – BANCO DE DADOS DO CNJ

O Código de Processo Penal passou a prever a hipótese de prisão domiciliar, de natureza cautelar e substitutiva da prisão preventiva, a qual terá cabimento nas seguintes hipóteses:

a) preso maior de 80 anos (ao contrário da Lei de Execução Penal, que prevê a idade mínima superior a 70 anos);

b) preso portador de doença grave debilitante (não basta que a doença seja grave, como exige a LEP, sendo necessário também que o preso esteja debilitado em razão da doença, o que deverá ser comprovado por laudo de exame médico);

c) quando o preso for imprescindível para os cuidados especiais de

pessoa menor de 6 anos ou com deficiência (esta hipótese é mais restritiva do que a prevista na LEP, que exige que a condenada possua filho menor ou com deficiência física ou mental);

d) presa gestante a partir do 7º mês ou de alto risco (esta hipótese também é mais restritiva do que a prevista na LEP, que exige apenas que a presa seja gestante).

Uma questão importante que deverá ser enfrentada pelos juízes das Varas de Execução Penal é a hipótese de detração, na forma do artigo 42 do Código Penal, em caso de condenação. Em que pese a ausência de previsão legal, o posicionamento que deve prevalecer é o do cabimento da detração nos casos de prisão domiciliar.

Por fim, merece destaque o dispositivo previsto no art. 289-A, do CPP, que tem como finalidade agilizar a execução da prisão, uniformizando a informação de capturas no território nacional.

Este dispositivo cria um banco de dados nacional, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual deverá ser alimentado por todos os Estados, e deverá conter todas as informações relacionadas com os mandados de prisão expedidos no país.

Esta nova disposição legal permite que qualquer agente policial possa efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do Juiz que o expediu.

Mesmo que não esteja o mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, a prisão poderá ocorrer, devendo o policial, contudo, além de confirmar a autenticidade da ordem, comunicar o cumprimento ao juízo expedidor. Este, por sua vez, deverá providenciar de imediato o registro no banco de dados em questão, na forma do § 2º.

De qualquer forma, a prisão será imediatamente comunicada ao Juiz do local de cumprimento da medida, o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou.

CONCLUSÃO

A Lei 12.403/2011 introduziu no Processo Penal brasileiro várias medidas cautelares diversas da prisão provisória, provendo os operadores do Direito de instrumentos hábeis a evitar a restrição antecipada da liberdade quando esta não se mostre necessária nem adequada.

Muita embora haja diversas críticas por parte da doutrina no sentido de que a nova lei favorecerá criminosos do colarinho branco, considerando que se cuida em geral de delitos com penas máximas cominadas inferiores a quatro anos, sendo a maioria de seus agentes primários e de bons antecedentes, entendemos que tal diploma legal poderá se mostrar como valioso instrumento de persecução penal. Para tal mister, é necessário que a apontada normativa seja interpretada com razoabilidade, uma vez que oferece diversas alternativas ao acautelamento do réu, até então inexistentes, que podem se mostrar eficazes à garantia da instrução criminal e, em última análise, ao provimento jurisdicional final. ◆