

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL AOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI COMO ALTERNATIVA À INTERNAÇÃO PROVISÓRIA

SATO, Natacha¹
RICCI, Camila Milazotto²

RESUMO

No presente trabalho, estuda-se a possibilidade de aplicação das medidas cautelares, previstas no Código de Processo Penal, (alterado pela Lei de Prisões 12.403, de 4 de maio de 2011), aos adolescentes em conflito com a lei. TAL possibilidade se vislumbra por meio da utilização dos princípios protetivos à responsabilização dos adolescentes pelo cometimento de ato infracional, previstos tanto pela Constituição Federal, quanto pelo ECA, (Estatuto da Criança e do Adolescente). Para atingir o objetivo de estudo, observar-se-á o conceito e peculiaridades da internação provisória e prisão cautelar, bem como, as medidas cautelares previstas no CPP (Código de Processo Penal) que substituem a prisão preventiva, a fim de que elas sejam aplicadas aos adolescentes infratores, substituindo a internação provisória. Desta forma, visa-se o favorecimento ao adolescente em conflito com a lei por meio das benesses oferecidas pela legislação processual penal, assegurando-lhe as garantias processuais inerentes aos infratores adultos. Entretanto, tal possibilidade inexiste, pois ainda, não tem precedentes doutrinários ou jurisprudenciais. Ao analisar esses pressupostos, propõe-se pela abertura da precedência ao propiciar a opção pela aplicação das supracitadas medidas cautelares.

PALAVRAS-CHAVE: Adolescente Infrator. Medidas Cautelares. Internação Provisória.

APPLICABILITY OF PRECAUTIONARY MEASURES UNDER THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE TO TEENS IN CONFLICT WITH THE LAW AS AN ALTERNATIVE TO PROVISIONAL ADMISSION

ABSTRACT

In this paper, we study the possibility of applying the precautionary measures provided for in the Criminal Procedure Code (as amended by Law 12,403 of Prisons, of May 4, 2011), adolescents in conflict with the law. Such a study is possible through the use of protective principles of accountability adolescents for committing an offense, provided both by the Constitution, as the ECA (Statute of Children and Adolescents). To achieve the goal of study, will observe the concept and peculiarities of precautionary detention and imprisonment, as well as the precautionary measures provided for in CPP (Criminal Procedure Code) which replace the remand in order for them to be applied to adolescents offenders, replacing the provisional admission. Thus, the aim is to favor adolescents in conflict with the law through the largesse offered by criminal procedure law, assuring him the procedural safeguards inherent in adult offenders. However, such a possibility does not exist, as yet, has no doctrinal or jurisprudential precedents. By analyzing these assumptions, we propose the opening of precedence by providing the option for applying the above precautionary measures.

KEYWORDS: Adolescent Offender. Precautionary Measures. Provisional admission.

1. INTRODUÇÃO

A definição de adolescente está prevista no artigo 2º do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) como “aquele que tem entre 12 e 18 anos”. E, antevendo o que é cediço, durante essa idade, o adolescente, ainda, encontra-se em desenvolvimento. Isso significa dizer que ele está vivenciando um constante processo de transformação física e psíquica. Por isso, a Constituição Federal não permite que a Justiça Penal intervenha quando o agente de um fato típico seja um adolescente, conforme o artigo 228³ da Constituição Federal.

Vale lembrar que, o adolescente infrator internado provisoriamente é retirado do seio familiar, fato que, diretamente, pode influenciar numa possível futura delinquência e, por conseguinte, numa acentuada desestruturação, pois, na medida em que for afastado da instituição familiar, perde, mesmo que temporariamente, o conforto e a proteção do lar, bem como o distancia de seus vínculos sociais e da própria escolarização.

Por outro lado, recentemente, o Código de Processo Penal, no que se refere à prisão do indivíduo, foi alterado pela Lei 12.403/2011. Tal alteração trouxe a possibilidade de aplicação de novas medidas cautelares, que substituem a prisão cautelar, em obediência ao Princípio da Presunção de Inocência (artigo 5º, LVII⁴, da Constituição Federal). Tais medidas têm o franco objetivo de substituir a prisão cautelar e propiciar ao magistrado a opção de manter a liberdade do

¹ Graduanda do curso de Direito pela Faculdade Assis Gurgacz – Cascavel - PR.
natachasatodireito@gmail.com

² Docente Orientadora em curso de Direito na Faculdade Assis Gurgacz. Mestre em “Teoria do Estado e do Direito” pelo Centro Universitário Eurípides de Marília/SP. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Sul Brasil, em Toledo/PR. Professora de Prática de Processo Penal, na Faculdade Assis Gurgacz, em Cascavel-PR.

³ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

⁴ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

indivíduo vinculado a estas medidas durante o processo. Lembre-se que não há previsão de aplicação destas medidas aos adolescentes representados na Vara da Infância e Juventude.

Porém, tais medidas não estão previstas para o adolescente infrator. Destarte, não se equivale ao termo justiça quando um possível criminoso, que atingiu a maioridade, obtenha mais garantias processuais do que o adolescente infrator, pois, conforme rege a lei, as medidas cautelares do Código de Processo Penal são mais brandas aos adultos que as impostas aos infratores adolescentes por meio do ECA. Devido a esse impasse, pretende-se demonstrar neste estudo a possibilidade de aplicação do Código de Processo Penal e das recentes medidas cautelares diversas da prisão nele previstas, para substituir a internação provisória comumente aplicada aos adolescentes infratores.

Deve-se levar em consideração, que a prisão cautelar, prevista no Código de Processo Penal, e a internação provisória do ECA não podem punir antecipadamente, porquanto o acusado está escudado pelo Princípio da Presunção de Inocência. Tal prisão deveria ser aplicada, em regra, para evitar que o provável infrator cometa outros delitos ou tente se furtar do processo, ou ainda, interfira na coleta das provas (NUCCI, 2011).

Por conseguinte, a liberdade deve ser pressuposta. A partir desta ideia, o legislador inseriu as medidas cautelares que diferem da possibilidade da segunda hipótese, tendo-se em mente como última alternativa, no que diz respeito à prisão (BIANCHINI et al, 2011).

Este estudo está organizado em cinco capítulos que buscam apresentar a possibilidade da aplicação das medidas cautelares, previstas no Código de Processo Penal, como alternativa para substituir a internação provisória descrita pelo ECA. E validar, em obediência aos princípios insertos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, a proteção e, especificamente, explanar os princípios da responsabilização do adolescente infrator. Práticas amplamente preconizadas nesses parâmetros legais. Analisar-se-á o conceito e as peculiaridades da internação provisória e da prisão cautelar; relatando as medidas cautelares desencarceradoras, previstas no Código de Processo Penal como alternativas à prisão preventiva. Medidas que podem ser aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei.

2. PRINCÍPIOS PROTETIVOS À RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADOLESCENTES PELO COMETIMENTO DE ATO INFRACIONAL

São muitos os Tratados e Convenções Internacionais basilares à proteção das crianças e dos adolescentes.

O presente trabalho se dá a luz das Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude ou mais conhecida como “Regras de Beijing”. A referida lei foi editada no 7º Congresso das Nações Unidas, realizada em Milão, no ano de 1985. Ela se mostrou de suma importância para a feitura deste trabalho, pois, de forma ampla, contemplou a Justiça da Infância e Juventude como parte integrante do processo de desenvolvimento nacional de cada país. A aplicação dessas regras e o resultado obtido ganhou importância até atingir o ponto em que a administração dos conflitos e a proteção das crianças e adolescentes contribuísssem diretamente para a manutenção da paz e da ordem social do país. Ela institui, em seu texto, como seria o advento processual e os julgamentos das crianças e adolescentes pelo cometimento de delitos penais. Sempre tendo por base a garantia de um julgamento composto por um Juízo especializado de forma justa e imparcial (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2012). Resta, portanto, cristalino, que as Regras de Beijing, de forma específica, garantam o bem estar às crianças e aos adolescentes priorizando os atos judiciais e os direitos processuais inerentes a eles.

O Sistema privativo, adotado no Brasil, declara que o Juízo da Vara da Infância e Juventude é o órgão competente para julgar não só os atos infracionais, mas também diversas causas, como: as ações civis públicas, coletivas e individuais que envolvessem os infantes e adolescentes (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2012).

Por sua vez, a garantia da inimputabilidade, prevista nos artigos 228 da Constituição Federal, 27⁵ do Código Penal e 104⁶ da Lei nº. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), afirma que, de fato, são penalmente inimputáveis os adolescentes menores de 18 anos, assegurando a eles o direito a serem submetidos a um tribunal especial, (Vara da Infância e Juventude), presidida por um Juiz especial, que obedeça a essa legislação específica (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2012).

O ordenamento jurídico brasileiro não se afasta da responsabilidade pela punição de um crime, apenas se afasta dos procedimentos do Código de Processo Penal e da Lei de Execuções Penais, que se dizem incompatíveis com os princípios para os adolescentes em conflito com a lei (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2012).

Como o objetivo de resguardar as garantias previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, existe uma exceção quanto à aplicação das normas materiais e processuais favoráveis, lembrando que, o favorecimento ao

⁵ Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial;

⁶ Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

adolescente está preconizado em lei. A isso significa dizer que, os direitos inerentes aos adultos, são cabíveis no processo ao qual responde o adolescente. Segundo Rossato, Lebere e Sanches ensinam:

Assim como aos adultos, é assegurada ao adolescente, a quem se impute a prática de ato infracional, uma série de garantias processuais. De plano, deve ser asseverado que todas as garantias processuais a que fazem jus os adultos devem ser estendidas aos adolescentes, não havendo motivo para diferenciação (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2012, p. 337).

Quanto aos Princípios que envolvem a proteção aos adolescentes, não estão previstos somente no ECA, mas também pela Constituição Federal, na qual se encontra a base principiológica para a instituição dos direitos inerentes aos adolescentes em conflito com a lei. Esses princípios estão intimamente ligados às regras criadas no Congresso de Beijiing e se amplia no artigo nº 227⁷, da Constituição Federal, que descreve o Princípio da Proteção Integral quando declara que a família, a sociedade e o Estado devem assegurar à criança e ao adolescente, de forma prioritária: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e, ressalte-se, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, tal como dispõe o artigo 4º⁸ do ECA.

É de se notar, portanto, que a proteção integral, diz respeito, principalmente, à apuração de atos infracionais.

Por outro lado, o Princípio da Excepcionalidade se destaca quando diz respeito ao direito à liberdade do adolescente. Esse princípio se encontra descrito na Constituição Federal, em seu artigo 227, §3º, inciso V⁹, que condiciona a aplicação de qualquer medida privativa de liberdade à inexistência de outra medida mais adequada, ampliando, assim, a possibilidade de utilização de outras medidas que permitam ao adolescente a manutenção da sua liberdade e o seu retorno ao convívio familiar.

Neste sentido, o Princípio da Brevidade, também previsto na Carta Magna, no artigo 227, §3º, inciso V, determina, expressamente, que a medida privativa da liberdade do adolescente deverá ter a sua ação apenas no prazo necessário para, então, propiciar a ressocialização do adolescente. Não devendo, portanto, persistir a internação provisória. O artigo 16¹⁰ do ECA assegura ao adolescente o direito à liberdade.

Reforçando a possibilidade de aplicação das medidas cautelares em substituição à internação provisória e com o intuito de beneficiar o adolescente infrator, assim como, levar em consideração à proteção oferecida tanto pela Carta Magna, quanto pelo próprio Estatuto da Criança e do adolescente, conclui-se que, a Justiça Juvenil nos atos infracionais cometidos pelos adolescentes em conflito com a lei, não pode ser mais gravosa do que a própria justiça penal aplicada aos adultos, posto que, se assim fosse, se tornaria uma justiça de dois pesos e duas medidas e com prejuízo para os adolescentes, a medida que se torna mais perversa, eis que traz consigo um próprio dissenso a regra, que é a proteção aos adolescentes. No que tange a este aspecto mais gravoso, deve-se afastar a utilização do modelo penal, mantendo-se, tão somente aquilo que os beneficia (ZAFFARONI, 2001).

Portanto, torna-se plenamente praticável a adoção do Código de Processo Penal, especificamente em ter às medidas cautelares aplicadas aos adolescentes infratores para a manutenção de sua liberdade e educação, sob o prejuízo de que, se insistir em não adotar as medidas sobrepor-se-á um modelo punitivo com uma pena no sentido ôntico, que se torna até mais perverso de que o próprio sistema penal (ZAFFARONI, 2001). E, finalmente, prejudica o processo de formação juvenil, no qual ocorrem constantes transformações físicas e psíquicas, sendo que, qualquer medida que afete o seu direito à liberdade irá interferir no seu desenvolvimento (FULLER; DEZEM; NUNES, 2012).

⁷ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁸ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

⁹ V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

¹⁰ Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II - opinião e expressão; III - crença e culto religioso; IV - brincar, praticar esportes e divertir-se; V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; VI - participar da vida política, na forma da lei; VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

3. CONCEITO E PECULIARIDADES DA INTERNAÇÃO PROVISÓRIA E DA PRISÃO CAUTELAR

Inicialmente, analisar-se-á o conceito sobre ato infracional que está previsto no artigo 103¹¹ do Estatuto da Criança e do Adolescente e exprime a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Diz-se daquela conduta que se amolda ao tipo penal, com previsão divulgada no Código Penal.

Em obediência ao princípio da inimputabilidade¹², descrito nos artigos 228 da Constituição Federal e 27 do Código Penal, o menor de 18 anos não comete crime¹³ e nem contravenção, mas apenas ato infracional. Muito embora, a conduta possa ser descrita como criminosa por estar prevista no Código Penal (ou legislação penal extravagante), a utilização deste *códex*, se dá, tão somente, para se buscar o tipo análogo ao ato infracional cometido por adolescente. Também neste sentido o art. 103 do Estatuto admite o ato infracional como “a conduta prevista na lei penal como crime ou contravenção penal”, que respeita o princípio da reserva legal, e representa pressuposto do acionamento do Sistema de Justiça da Infância e da Juventude” (SARAIVA, 2006 p. 95 apud FULLER; DEZEM; NUNES, 2012, p. 320).

O ordenança a que infere o artigo 5º, LXI¹⁴, da Constituição Federal, repetido no artigo 106 do ECA, expressamente declara que: “nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”. E ainda: “as hipóteses de flagrante de ato infracional são as mesmas previstas na lei processual penal (artigo 302 do CPP), que, na ausência de regras específicas no Estatuto, aplica-se subsidiariamente” (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2012).

Relatadas algumas considerações iniciais, cumpre delinear o conceito e peculiaridades da internação provisória ou atendimento acautelatório para adolescentes em conflito com a lei, previsto no artigo 108 do ECA, e consiste na privação da liberdade do adolescente antes da sentença em julgado.

Tal internação tem semelhança com a prisão preventiva ou cautelar, prescrita nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, especificamente no artigo 312¹⁵ do CPP, tendo em vista seu caráter de medida cautelar pessoal, que se aplica aos adultos. Nesta mesma acepção ensinam:

O art. 108 disciplina a internação provisória (processual ou cautelar) – conhecida ainda como “atendimento acautelatório para adolescentes em conflito com a lei” –, que consiste na possibilidade de internação (privação da liberdade) do adolescente infrator antes da sentença (ar. 186, §4º). Sob o aspecto funcional, guarda similitude com a prisão preventiva aplicada aos adultos (art. 311 a 316 do CPP) dada sua feição de medida cautelar pessoal (FULLER; DEZEM; NUNES, 2012, p. 90).

Ressalte-se que a internação provisória, não pode ser decretada por conveniência ou com a suposta finalidade de proteger o adolescente (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2012), pois, necessita-se considerar o adolescente infrator como pessoa em processo de desenvolvimento e transformação. Se o procedimento ocorrer, se torna abstratamente autorizada, justificando a sua aplicação, quando evidenciada a necessidade pedagógica e se o ato infracional tenha sido cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, como descreve o artigo 122 do ECA. Além disso, cumulativamente devem estar presentes os requisitos da prisão preventiva, descritos no artigo 312 do CPP, os quais são: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência de instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal (ROSSATO; LÉPORE; SANCHES, 2012).

Já a prisão preventiva ou cautelar é aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Isso, quando presentes os pressupostos e fundamentos descritos no artigo 312 do Código de Processo Penal e as condições de admissibilidade previstas nos artigos 313¹⁶ do mesmo *códex*. Por esses apontamentos, vale mencionar Marques que ressalta:

A fim de tornar menor o risco que possa correr a Justiça, e com o intuito de sacrificar ao mínimo a liberdade do réu enquanto não houver sentença condenatória imutável, procura à lei cercar a prisão preventiva de cautelas e pressupostos, sem os quais não se pode privar o réu, com o *carcer as custodiam*, da sua liberdade de ir e vir. (...)

¹¹ Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

¹² Adolescentes não cometem crime ou contravenção penal, pois lhe faltam o elemento culpabilidade, em obediência ao princípio da inimputabilidade, descrito nos artigos 27 do Código Penal e artigo 228 da Constituição Federal.

¹³ Teoria tripartite – crime fato típico, antijurídico e culpável.

¹⁴ LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

¹⁵ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

¹⁶ Art. 313. Nos termos do art. 312, deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

É, por isso que, além de jurisdicional indeclinável, para a decretação, procura o legislador, com medidas eficazes, cercar o réu de garantias, só admitindo a sua prisão quando verificar o juiz todas as condições imprescindíveis para a decretação da medida ou providência cautelar (MARQUES, 2000, p. 147).

Asseverando a aplicação de prisão cautelar aos adultos que ocorre mediante a situação de quando houver indícios suficientes da prática de um delito e preenchidos os pressupostos e condições de admissibilidade, descritos no artigo 312 do CPP (NUCCI, 2011). No que diz respeito à internação provisória, ela recai sobre os adolescentes infratores e deve ser aplicada no prazo máximo de 45 dias (artigo 108, caput¹⁷, do ECA). Prazo que coincide com o tempo para a conclusão do procedimento de apuração de ato infracional (artigo 183¹⁸ do ECA). O desrespeito a tal prazo acarreta a ilegalidade da internação provisória (ROSSATO; LEPÓRE; SANCHES, 2012).

Do mesmo modo, vale frisar, que a internação provisória poderá ser aplicada quando os adolescentes praticarem atos infracionais, tais como: mediante grave ameaça ou violência; reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta, de acordo com o artigo 122¹⁹ do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (FULLER; DEZEM; NUNES, 2012).

Tal medida acautelatória, prescrita no ECA, só poderá ser decretada por decisão fundamentada do Juiz da Infância e da Juventude (artigo 146 do ECA). E deve se basear em indícios suficientes de autoria e materialidade além de ter demonstrada a necessidade imperiosa da medida conforme artigo 108, parágrafo único do ECA. Concomitantemente com os pressupostos da prisão preventiva, previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal que rege: “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.” A prisão em flagrante poderá ser convertida em preventiva, quando presentes os requisitos do artigo 312 do CPP. E quando da prisão, o adolescente deverá ser internado, provisoriamente, em estabelecimento próprio para adolescentes infratores e não em estabelecimento prisional (FULLER; DEZEM; NUNES, 2012).

Conforme o artigo 111 do ECA, o qual prevê garantias processuais inerentes ao adolescente, dentre elas: pleno e formal conhecimento do ato infracional cometido; igualdade na relação processual; defesa técnica por advogado; assistência judiciária gratuita e o direito de solicitar a presença de seus pais ou responsáveis em qualquer fase do procedimento. Assim, conclui-se sobre a existência das diversas garantias a fim de proteger o adolescente infrator, na qual, o presente trabalho, visa ampliá-las, com a aplicação das medidas cautelares previstas no CPP, com o intuito de substituir a internação provisória (FULLER; DEZEM; NUNES, 2012).

4. MEDIDAS CAUTELARES DESENCARCERADORAS PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO

Neste momento, tratar-se-á das medidas cautelares diversas da prisão preventiva, as quais estão descritas nos artigos 317 e 319 do Código de Processo Penal.

Reconsiderando que as medidas cautelares são aplicadas de forma autônoma, para crimes nos quais não há previsão legal para prisão preventiva (artigo 312 do CPP) ou temporária (Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989), ou ainda, como medidas substitutivas das prisões cautelares.

Cumprе ressaltar, que o artigo 310, inciso II²⁰ do CPP expressamente preconiza que a prisão preventiva só será decretada quando não for suficiente a aplicação de alguma das medidas cautelares, ou seja, a privação da liberdade é medida de *ultima ratio*, em relação às medidas acautelatórias. Segundo Guilherme de Souza Nucci: “Verificando estarem presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 312, CPP), sem que se possa aplicar qualquer outra medida cautelar alternativa (art. 319, CPP), o juiz converte a prisão em flagrante em preventiva, mantendo o indiciado detido” (NUCCI, 2011). Nesse diapasão cite-se: “Em outras palavras, a prisão cautelar, de medida mais usual, passou a constituir a *ultima ratio* das cautelares, somente podendo ser decretada se demonstrada, de forma fundamentada, a fragilidade das outras medidas” (BIANCHINI et al, 2011, p. 174).

As medidas cautelares são admissíveis, nos casos do artigo 282²¹ do Código de Processo Penal e não podendo ultrapassar a pena que viesse a ser aplicada ao fim do processo, em respeito ao Princípio da Proporcionalidade. Ainda,

¹⁷ Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias. Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.

¹⁸ Art. 183. O prazo máximo e improrrogável para a conclusão do procedimento, estando o adolescente internado provisoriamente, será de quarenta e cinco dias.

¹⁹ Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

²⁰ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes às medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

²¹ 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 casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II - adequação da medida à

em respeito ao artigo 282 do CPP, tais medidas devem respeitar as finalidades a elas impostas: garantia para aplicação da lei penal; garantia para investigação ou a instrução criminal; garantia da ordem pública; e serão impostas em qualquer fase seja na investigação ou no processo.

As medidas cautelares foram criadas em obediência ao Princípio da Presunção de Inocência, Princípio previsto na Constituição Federal e criado com o intuito de concretizá-lo ao torná-lo uma alternativa além da prisão preventiva e para que não sejam decretadas prisões sem o pressuposto da real necessidade (BIANCHINI *et al*, 2011).

A prisão domiciliar, prevista no artigo 317²² do CPP, consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência e cuja ausência só poderá ocorrer com autorização judicial. Tal modalidade será possível nos casos do artigo 318²³, do mesmo *codex*, quando o agente for: maior de 80 anos; extremamente debilitado por motivo de doença grave; imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência e gestante a partir do 7º mês de gravidez ou gestacional de alto risco. Condições nas quais o magistrado exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

O artigo 319²⁴ do CPP trouxe, em sua redação, outras medidas cautelares que merecem ser mencionadas no trabalho. Passa-se a analisá-las.

O inciso I, do artigo acima mencionado, diz respeito ao “comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades”. Este instituto não é desconhecido do ordenamento jurídico pátrio, uma vez que previsto no artigo 78, §2º, “c”, do Código Penal, como requisito do *sursis* especial, e no artigo 89, §1º, IV, da Lei 9.099/95, como uma das condições da suspensão do processo.

Em seguida, o inciso II do mesmo artigo, trata da “proibição de acesso ou frequência a determinados lugares”, que serve somente para evitar o cometimento de novas infrações, garantindo a ordem pública, não podendo funcionar como castigo antecipado.

O artigo 319, do CPP, na redação do inciso III, reproduz a “proibição de manter contato com determinada pessoa, por circunstâncias relacionadas ao fato”, que visa impedir a obstrução das investigações ou instrução probatória, demonstrado que o contato com a pessoa, seja ela vítima, testemunha e etc., irá aterrorizá-la.

A “Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução” (descrita no artigo 319, IV, do Código de Processo Penal), refere-se ao dever de não sair da comarca para outro lugar do Brasil, sendo justificável a sua utilização para a investigação ou instrução criminal.

Também, tem-se no artigo 319, incisos V, VI e VII: “o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos”; “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”; “internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (artigo 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração”.

Neste momento, é importante tratar do instituto da Fiança, que, embora estivesse previsto no Código de Processo Penal, teria perdido a sua finalidade, que é de garantia real, consistente no pagamento de determinado valor

gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. § 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. § 4º 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 (art. 312, parágrafo único). § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

²² Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

²³ Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

²⁴ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: 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. § 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

em dinheiro ou na entrega de bens ao Estado, com o fim de assegurar o direito de permanecer livre, no curso da investigação do processo.

O instituto está previsto no inciso VIII, do artigo 319, do CPP, inserida como medida cautelar, sendo a fiança permitida, quando presentes os requisitos do artigo 282 do CPP, estabelecendo-se o pagamento de determinada quantia, como forma de assegurar a presença do réu nos atos processuais e evitar a sua ausência nos atos processuais, porquanto, caso se ausente, perderá o valor econômico. A fiança poderá ser aplicada de forma isolada ou cumulada com outras medidas cautelares já mencionadas.

Finalmente, a “monitoração eletrônica”, uma inovação há muito tempo adotada em outros países, no Brasil foi instituída recentemente pela Lei 12.258 de 15 de junho de 2010, que alterou a Lei de Execução Penal e, posteriormente, como medida cautelar, foi inserida no artigo 319, inciso IX (Lei 12.403/2011), do Código de Processo Penal, que é cabível, tanto para o indiciado quanto para o condenado e visa controlar os passos do indivíduo, mas existem discussões quanto à constitucionalidade da referida medida, entretanto deve-se concordar que, a aceitação do monitoramento, afasta o instituto da prisão antecipada.

5. A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL AOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI, A FIM DE SUBSTITUIR A INTERNAÇÃO PROVISÓRIA

Corroborando com a ideia de beneficiar o adolescente em conflito com a lei, e em obediência aos princípios protetivos à responsabilização dos adolescentes pelo cometimento de ato infracional, previstos nos princípios base do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal, como por exemplo, o princípio da Inimputabilidade, da Proteção Integral, da Excepcionalidade, da Brevidade, que, como já explicado, objetivam proteger o adolescente infrator. Para que a aplicação desses princípios atinja o objetivo esperado faz-se importante discorrer sobre as possíveis medidas que podem ser aplicadas, com o objetivo de substituir a internação provisória. Dentre elas citam-se as descritas nos artigos 319, I, II, III, IV, VIII e IX do Código de Processo Penal, que são: “comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades”; “proibição de acesso ou frequência a determinados lugares”; “proibição de manter contato com determinada pessoa, por circunstâncias relacionadas ao fato”; “Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução”; “fiança” e a “monitoração eletrônica”.

Os Princípios Protetivos à responsabilização dos adolescentes pelo cometimento de ato infracional, indicam que é possível à utilização das medidas cautelares, previstas no Código de Processo Penal aos adolescentes infratores, visto que os Princípios da Proteção Integral, da Excepcionalidade e, sobretudo o Princípio da Brevidade, condicionam a aplicação de qualquer medida privativa de liberdade à inexistência de outra que não seja adequada (neste caso as acautelatórias), que devem ser breves, não perdurando de forma deliberada, tão pouco sem a assistência do Estado, da sociedade ou da família.

Com essas medidas, o presente estudo propõe uma nova atitude perante os processos penais contra os adolescentes infratores de modo a inclui-los como parte da sociedade e desta forma possam usufruir dos trâmites legais que, com medidas para protegê-los tem tornado a punição mais severa. A busca por alternativas diversas da internação provisória e das Medidas socioeducativas, previstas nos artigos 115 ao 121²⁵, do Estatuto da Criança e do Adolescente –

²⁵ Art. 115. A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada.

Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais. Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho.

Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente. § 1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento. § 2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor.

Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros: I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social; II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho; IV - apresentar relatório do caso.

Art. 120. O regime de semi-liberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial. § 1º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade. § 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

ECA, têm a finalidade de efetivar os direitos e garantias fundamentais previstos para os adolescente em conflito com a lei.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o estudo aqui elaborado, percebe-se que, embora o Estatuto da criança e do adolescente tragam medidas socioeducativas, que, de certo modo, buscam proteger os adolescentes infratores, esse estudo, em questão, amplia as possibilidades para manter a liberdade do adolescente infrator. Essa condição foi possibilitada depois da recente alteração do Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011. Tal alteração trouxe a possibilidade de aplicação de novas medidas cautelares, que substituem a prisão cautelar, em obediência ao Princípio da Presunção de Inocência e têm o objetivo de substituir a prisão cautelar e propiciar ao magistrado a opção de manter a liberdade do indivíduo durante o processo. Porém, a alteração de lei só é cabível aos crimes realizados pelos adultos e não aos adolescentes em conflito com a lei. Partindo do pressuposto de contrariedade legal, assim como, por meio da aplicação plena dos Princípios da Ampla Defesa e os Princípios de proteção específicos, aos adolescentes infratores, que tem a finalidade de efetivar todos os direitos inerentes a eles.

A medida cautelar exige outras estratégias jurídicas para coibir a prática de novos delitos. Elas podem ser aplicáveis aos jovens infratores, quando da prática de ato infracional, assim como é aplicável aos adultos. A partir dessa suposição avaliou-se a possibilidade de utilização de “monitoração eletrônica” além de exigências, tais como: “comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades”; “proibição de acesso ou frequência a determinados lugares”; “proibição de manter contato com determinada pessoa, por circunstâncias relacionadas ao fato”; “Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução” e finalmente a “fiança”.

Entende-se que, aplicando ao indivíduo, eventual medida cautelar, e a manutenção legal da sua liberdade por meio das estratégias supracitadas, o convívio social e familiar beneficiará a sua ressocialização e recuperação ao final da aplicação da medida cautelar.

Por fim, ressalta-se a importância de não restringir as medidas que podem ser aplicadas, mas, sempre, buscar ampliar possibilidades mais benéficas, trazendo um rol ainda maior de medidas processuais, que favoreçam e protejam os adolescentes infratores.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, A.; MARQUES, I. L.; GOMES, L. F.; CUNHA, R. S.; MACIEL, S.. **Prisão e Medidas Cautelares - Comentários à Lei 12.403 de 4 de maio de 2011**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2ª Edição, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em: 07 abr. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. VADE MECUM. Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Decreto – Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941, redação alterada pela Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. **Código de Processo Penal**. VADE MECUM. Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. **Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA**. VADE MECUM. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. § 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário. § 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses. § 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos. § 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida. § 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade. § 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público. § 7º A determinação judicial mencionada no § 1º poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária.



FULLER, P. H. A.; DEZEM G. M.; NUNES JR, F. M. A. **Difusos e Coletivos Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 2012.

MARQUES, J. F. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas, Millenium, 2ª Edição, 2000.

NUCCI, G. S. **Prisão e Liberdade As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2ª Edição, 2011.

ROSSATO, L. A.; LÉPORE, P. E.; SANCHES, C. R. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado artigo por artigo, Lei 8.069/1990**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 4ª Edição, 2012.