

# **Novo Regime Jurídico Instituído pela Lei nº 12.403/2011**

**Alessandra da Rocha Lima Roidis<sup>1</sup>**

Após o encerramento do ciclo de palestras organizado pela EMERJ destinado à análise da Lei nº 12.403/2011, constata-se que, como de costume, vários posicionamentos surgiram e, com esses, várias dúvidas práticas e teóricas.

Apesar das diversas posições apresentadas, a impressão que ficou revela que pouca coisa mudou em nosso ordenamento jurídico e que a polêmica lei talvez tenha sido promulgada apenas para dar início a uma mudança em nosso sistema penal.

Certo que o legislador pátrio, mais uma vez, ao escolher modificar parte do sistema processual penal, perdeu a chance de aprovar o novo Código de Processo Penal e, assim, deixou de organizar o estudo de um novo processo penal democrático à luz da Constituição da República de 1988. Sem essa reforma completa, os operadores do direito terão que continuar a realizar ginástica mental para adequar as leis processuais autoritárias ao sistema constitucional vigente

Cediço que a prisão (cautelar ou pena) consiste em medida que, apesar de não resolver os problemas sociais, era considerada a principal consequência para aqueles que praticassem crimes. Ocorre que, com o crescimento da população e das desigualdades sociais, também cresceu o número de encarcerados no país, a tal ponto que o Brasil passou a figurar no pódio dos três países que mais encarceram, junto aos EUA e China.

Essa posição revela que o elevado número de prisões não arrefece o crescimento dos índices de criminalidade, além de custar muito caro ao

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da Vara Criminal de Queimados.

Estado e, conseqüentemente, à sociedade.

Todos sabem que os ensinamentos sobre a finalidade da prisão, em nosso sistema, não correspondem à realidade, pois não possui a propagada função pedagógica e não se destina à ressocialização. Muito ao contrário, verifica-se, com facilidade, que a prisão consiste em mera retribuição ao mal feito e, pior, que contribui para a exclusão social dos ex-presidiários, os quais - estigmatizados pela passagem pelo cárcere - passam a ser classificados quase como outra espécie e, por isso, veem as oportunidades sociais ainda mais distantes.

Diante desse quadro assustador, o legislador tem restringido, paulatinamente, as hipóteses de cabimento de prisão. Como exemplo disso, pode-se citar a Lei nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais e, em matéria penal, criou o conceito de infrações de menor potencial ofensivo que, de acordo com seu artigo 69, parágrafo único, não admite prisão. Além disso, essa lei ainda criou medidas despenalizadoras, com a finalidade de evitar a prisão para infrações que não fossem graves.

Tem-se, ainda, a importante Lei nº 9.714/98 que tornou possível a substituição das penas privativas de liberdade de até quatro anos de reclusão pelas penas restritivas de direitos, o que possibilitou grande diminuição de prisões desnecessárias à sociedade.

Aliás, no momento em que se analisa essa Lei nº 9.714/98, em conjunto com a nova Lei nº 12.403/11, percebe-se que pouca coisa mudou com essa última, pois, antes de seu advento, a corrente mais técnica já entendia que os acusados de prática de infrações com pena de até quatro anos deveriam permanecer em liberdade, com fundamento no princípio da homogeneidade.

Esse importante princípio lógico repousa no seguinte: por qual motivo deveria o réu ficar preso cautelarmente se, ao final do processo, teria o direito de ver sua pena privativa de liberdade substituída pela pena restritiva de direitos?

Como não havia justificativa para essa esdrúxula situação, salvo naqueles casos excepcionais, a imensa maioria dos juízes concedia a liberdade provisória desde o início, a fim de evitar prisões desnecessárias.

Diante da análise acima, vê-se que o artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, com redação dada pela nova lei, prevê que, em regra, a prisão preventiva somente será admitida nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

Ora, se, em princípio, não mais se admite a prisão preventiva para os crimes cuja pena seja de até quatro anos, conclui-se que a Lei nº 12.403/11, no que tange à necessidade da prisão preventiva, veio consolidar o entendimento criado pela Lei nº 9.714/98.

Ocorre que o novo diploma legal não se limitou a dispor sobre as hipóteses de cabimento de prisão preventiva, tendo inovado na criação das medidas cautelares substitutivas à prisão, conforme se vê no rol apresentado pelo novo artigo 319. Importante destacar que essas medidas cautelares se afiguram substitutivas à prisão preventiva, ou seja, somente devem ser impostas naqueles casos em que, antes da nova lei, seria decretada a prisão preventiva.

Essa conclusão decorre do espírito da nova lei que veio diminuir as hipóteses de prisão.

Assim, naqueles casos em que, por exemplo, o réu primário e sem antecedentes for preso em flagrante por furto simples e nada indicar a necessidade de prisão cautelar, não poderá o juiz impor qualquer medida cautelar ao réu, pois, desde antes do advento da Lei nº 12.403/11, deveria o julgador, com fundamento no princípio da homogeneidade, conceder ao acusado a liberdade provisória, quase sempre sem fiança.

No entanto, naqueles casos em que o réu for preso em flagrante pela prática de crime cuja pena máxima seja de até quatro anos, mas, no entanto, existam indícios de que sua liberdade coloca em risco a tranquilidade da vítima, deverá o juiz impor ao réu a medida cautelar mais adequada, *in casu*, a proibição de manter contato com a vítima ou de frequentar lugares frequentados pela mesma.

Constata-se, assim, que as medidas cautelares se destinam a **substituir** a decretação da prisão preventiva e não ampliar o rol de limitações a serem impostas aos réus.

Sobre a criação das medidas cautelares, cumpre ressaltar que o rol do

artigo 319 se apresenta taxativo, de modo que não pode o juiz criar medida cautelar que ali não esteja prevista, da mesma forma que não pode mesclar as mesmas. Poderá, sim, impor mais de uma medida, se for necessário, conforme se vê no artigo 282, § 1º, do Código de Processo Penal com a redação dada pela nova lei.

Tal conclusão decorre do estudo das cautelares em sede de processo penal que, diferentemente do que se aprendia até a década de 90, nada tem a ver com o estudo das cautelares no processo civil.

Consequentemente, como o processo penal consiste em instrumento limitador do poder punitivo estatal, vê-se que a forma processual se caracteriza, ao mesmo tempo, como limite de poder estatal e garantia para o réu de que o Estado atuará dentro de limites previamente estabelecidos.

Diante disso, nunca, em processo penal, o juiz poderia agir com base no “poder geral de cautela”, pois tal comportamento violaria os princípios constitucionais da legalidade e do devido processo legal. Desta forma, é evidente a natureza taxativa do rol definido no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Ainda sobre as medidas cautelares, convém registrar que o legislador perdeu a oportunidade de fixar prazos para a duração das medidas cautelares. Ainda que não haja previsão legal sobre a duração ideal das prisões processuais, toda a jurisprudência entende que a segregação cautelar não deve ultrapassar noventa dias. Ocorre que esse prazo deve ser revisto diante da Lei nº 11.719/08, que alterou o rito para estabelecer que a audiência de instrução e julgamento deve ser realizada em, no máximo, sessenta dias.

Será que as medidas cautelares devem respeitar a duração máxima das prisões cautelares?

A partir do entendimento de que as medidas cautelares também consistem em restrições à liberdade individual, é evidente que a resposta deve ser afirmativa, pois ninguém pode ficar, indefinidamente, com sua liberdade restrita.

No entanto, posição contrária deve surgir com fundamento na natureza substitutiva das medidas cautelares e, ainda, em razão de ser muito difícil o cômputo da duração dessas medidas para se fazer a detração.

Outro ponto polêmico da nova lei consiste na manutenção da decretação da prisão preventiva para garantir a ordem pública ou a ordem econômica. Mais uma vez, o legislador perdeu a chance de conceituar “ordem pública” e “ordem econômica”, de modo que, do jeito que a legislação foi redigida, ainda existe espaço para prisões arbitrárias, pois a definição de ordem pública, ou econômica, se apresenta extremamente subjetiva e vaga, variável de acordo com o perfil de cada julgador.

Apesar de tantos pontos discutíveis, a nova lei apresenta dois aspectos positivamente indiscutíveis: revitalizou o falido instituto da fiança e ampliou as situações possíveis do réu dentro do processo, o que deixou o juiz com maior liberdade para desencarcerar o acusado.

Certo é que, apesar dos defeitos e qualidades da nova lei, impõe-se aguardar mais tempo, para que se possa analisar como a mesma será aplicada pelos julgadores e, conseqüentemente, será moldada para se adequar à letra da nossa Constituição da República. ◆