

Uma Análise da Lei nº 12.403 de 2011

Myrian Therezinha Cury¹

INTRODUÇÃO

Após uma década de tramitação no Congresso Nacional, foi aprovado o Projeto de Lei 4.208/01, transformado na Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, com publicação no dia 05 do mesmo mês. A referida Lei passou a ter vigência 60 dias após sua publicação, dia 04 de julho de 2011.

Com importantes alterações na disciplina das prisões e da liberdade provisória, o novo diploma legal se preocupa em introduzir várias medidas cautelares alternativas ao cárcere – art. 319, CPP.

Contudo, apesar de trazer para o campo concreto o que já se sustentava na doutrina, sua aprovação causa certa suspeita. Em vias de ser votado no Congresso Nacional, o PLS 156, apresentando um Projeto de um Novo Código de Processo Penal, também prevê a instituição de medidas cautelares similares à nova Lei (12.403/11). Não há como prever se um Novo CPP será aprovado, e, ainda mais impossível, predizer seu tempo de apreciação, tendo em vista a infame morosidade do nosso sistema legislativo.

DA NATUREZA PROVISÓRIA DA PRISÃO

De acordo com a Lei 12.403, toda prisão, antes do trânsito em julgado, possui natureza cautelar e, simultaneamente, surgiram diversas outras espécies de medidas cautelares.

A primeira crítica às novas normas é direcionada ao termo “liber-

¹ Juíza de Direito na Comarca de Guapimirim.

dade provisória”. Essa expressão foi mantida por estar presente no texto constitucional, mais especificamente no art. 5º, inciso LXVI, que dita que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Porém, essa terminologia é empregada indevidamente pela CRFB/88, uma vez que a “liberdade” é a regra, e a prisão, a verdadeira exceção.

Em outras palavras, a prisão será sempre provisória, assim como qualquer medida cautelar, que impõe limitações a direitos subjetivos. A liberdade é a regra; mesmo se condenado o réu, a prisão não será eterna, ou seja, sempre será temporária.

A FUNÇÃO CAUTELAR

A Lei 12.403/11 continua a diferenciar prisões, medidas cautelares e liberdade provisória, apesar de tais ideias exercerem o mesmo desempenho e a mesmo emprego processual no sentido de assegurar os interesses da jurisdição criminal.

As medidas cautelares podem ser cominadas, quando distintas da prisão, independentemente de anterior prisão em flagrante (art. 282, parágrafo 2º, CPP), antagonicamente à legislação anterior, que previa a concessão de liberdade provisória para aquele que fosse preso em flagrante delito. Por isso, podem ser impostas tanto na fase de investigação, quanto na do processo.

Outra finalidade das medidas cautelares, que não a prisão, é a substituição da prisão em flagrante (art. 310, II, e art. 321, II, CPP), quando a prisão preventiva não se adequar ou mostrar-se desnecessária (art. 310, II, CPP).

Com o advento da nova lei, a liberdade provisória tornou-se sinônimo de “diversidade de modalidades de restituição da liberdade”, após a prisão em flagrante. O art. 321 do CPP, que dita que o juiz deverá conceder a liberdade provisória, quando ausentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 do mesmo código, deve ser interpretado nessa acepção, e não

como base para a decretação de medidas cautelares sem prévia prisão em flagrante.

Contudo, a alteração ao Código de Processo Penal não aboliu a prisão preventiva, apenas criou novas alternativas a sua aplicação, procurando limitar sua incidência aos casos estritamente necessários. Essa modalidade de cautelar poderá ser instituída independentemente de anterior aplicação de qualquer medida cautelar (art. 282, parágrafo 6º, art. 311, art. 312 e art. 313, CPP), ou em substituição a estas, previamente impostas e eventualmente descumpridas (art. 282, parágrafo 4º, CPP).

Inclusive, poderá a prisão em flagrante ser convertida em cautelar, quando presentes os requisitos (art. 310, II, CPP), e precária forem as demais cautelares.

Obviamente, observando-se a intenção do legislador, a prisão preventiva também pode ser substituída por medida cautelar menos gravosa, sendo esta suficiente para garantir o bom andamento do processo (art. 282, parágrafo 5º, CPP).

Observa-se, ainda, que, quando decretada de forma autônoma, ou seja, independente do flagrante, ou, inclusive, como conversão deste, a prisão preventiva observará o texto dos arts. 312 e 313 do CPP. Entretanto, se substitutiva de outra cautelar não cumprida, o art. 313 não será observado, necessariamente.

O art. 283, parágrafo 1º, do CPP dita que as medidas cautelares não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Igualmente, não será cabível a aplicação de cautelares (de qualquer natureza) aos delitos para os quais seja admissível a transação penal, ou suspensão condicional do processo, conforme previsto pela Lei 9.99/95.

Deve-se observar, destarte, que as novas diretrizes das cautelares, que possuem a finalidade maior de reduzir o excessivo volume de prisões provisórias, não devem ser menosprezadas, sendo sua imposição justificada apenas se atendidos os pressupostos do art. 282, I e II, do CPP, principalmente quando não houver prisão em flagrante, firmada em fundado receio ao bom andamento do processo.

Por fim, antes do trânsito em julgado e posteriormente à Lei 12.403/11, toda e qualquer restrição ao direito de locomoção e demais direitos pessoais previstos no Código de Processo Penal são classificadas como medidas cautelares, inclusive outras cautelares que já existiam no CPP, sem, porém, apresentar este título, como as de natureza patrimonial (relativas ao arresto, à restituição de bens, à instituição de hipoteca legal e ao sequestro), conforme ao art. 120 e seguintes do referido código, e as de natureza probatória (interceptações, busca e apreensão, entre outros – art. 5, X e XII, da CRFB/88), concernentes ao rompimento das inviolabilidades pessoais.

DA APLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES AOS CRIMES CULPOSOS

Em relação aos crimes culposos, de regra, não será admitida a imposição de medida cautelar, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Não obstante, na hipótese de se vislumbrar a possibilidade real de aplicação de pena privativa da liberdade ao final do processo, perante as condições subjetivas do acusado, observadas a respectiva necessidade e adequação, as cautelares previstas nos arts. 319 e 320 do CPP serão admissíveis, excepcionalmente, para os crimes culposos.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE

A Constituição de 1988, juntamente com a Lei 11.719/2008, ao contrário da primeira redação do Código de Processo Penal de 1941, que, inicialmente, apresentava um juízo de antecipação de culpabilidade, na medida em que a fundamentação da custódia ou prisão limitava-se à lei, sem aplicar a razoabilidade devida, determina que toda e qualquer prisão, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, deverá se basear em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, como pode ser observado no art. 5º, LXI, com exceção apenas de transgressão militar ou crime militar definido em lei.

O princípio da presunção de inocência foi especialmente trabalhado

pelo constituinte de 1988. Em verdade, a Constituição não presume a inocência do acusado, mas a afirma, como princípio de direito que deve ser observado em todas as fases processuais ou na persecução penal, englobando, deste modo, tanto a fase investigatória, quanto a ação penal.

Portanto, a CRFB/88 promoveu a criação de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal, e a garantia de que toda prisão que anteceda a condenação definitiva seja feita por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

Por consequência, é a necessidade ou a indispensabilidade da providência, sempre cominada pelo juiz ou pelo tribunal em decisão fundamentada, diante de real e relevante finalidade.

Nesse passo, nasce o imperativo de preservação da efetividade processual para fundamentar de forma válida e suficiente a prisão excepcional de quem ainda é presumidamente inocente.

Em outras palavras, quando se fizer presente risco, real e efetivo, ao devido processo legal, o Estado poderá adotar medidas que eliminem este risco, mesmo que tenha de usar de seu poder coercitivo.

No entanto, como bem dita a Constituição, toda prisão, e qualquer outra medida acautelatória da jurisdição penal, deve partir de decisão escrita e fundamentada por autoridade judicial como providência indispensável.

Nesse sentido, o art. 283 do CPP, após a alteração feita pela Lei 12.403/11, parece excluir expressamente a execução provisória da condenação criminal.

Agora, com as novas regras, a prisão anterior ao trânsito em julgado somente será permitida se puder comprovar quaisquer das hipóteses que autorizem a prisão preventiva. É importante ressaltar que a prisão temporária é cabível somente na fase investigatória, ao contrário da preventiva, já que é aplicada com o intuito de melhor tutelar o inquérito policial.

Contudo, há de se perceber que não haver na lei qualquer exceção em relação à possibilidade de execução provisória depois do julgamento na primeira instância; pode se mostrar um problema, uma vez que uma

decisão dos tribunais superiores, tanto para apreciar, quanto para rejeitar o cabimento do recurso especial ou extraordinário, pode ser muito mais lenta que na jurisdição ordinária.

Por isso, em casos excepcionais, em que não haja dúvida quanto à autoria e materialidade do crime, ou quanto à sua classificação, a execução provisória deveria ser possível, o que não parece evidente no art. 283, do CPP. Porém, suas determinações estão de acordo com a Constituição.

O art. 311 do CPP, com a alteração implementada pela Lei 12.403/11, apresentou nova redação, permitindo que seja decretada a prisão preventiva em qualquer fase do processo, o que inclui a sentença condenatória. A Súmula 347 do STJ, mesmo anterior à nova lei, já determinava que o conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão.

Em suma, a prisão cautelar deverá ser amparada por ordem judicial fundamentada, pode ser decretada até a sentença condenatória e fundamenta-se nos motivos da prisão preventiva.

De igual maneira, qualquer medida cautelar, diversa da prisão, justamente por implicar restrições a direitos individuais, deverá apresentar fundamentação escrita da autoridade judiciária, observando-se os critérios de necessidade e adequação da medida (art. 282, 283 e 315, extensivo às cautelares do CPP).

DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DAS PRISÕES

O art. 319 do CPP versa sobre as medidas cautelares diversas da prisão.

A primeira, dentre as novas cautelares, é o comparecimento periódico do acusado em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar suas atividades regulares (art. 319, I, CPP).

A referida medida já estava presente na legislação processual penal nacional, cabendo ao juiz determinar a periodicidade do comparecimento, de acordo com as condições do agente e a gravidade dos acontecimentos, pressupostos de adequação das cautelares.

A segunda cautelar, referente à “proibição ou frequência do acusado a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato,

deva o indiciado ou acusado permanecer longe desses locais para evitar o risco de novas infrações” (art. 319, II, CPP), é autoexplicativa. Esta tem o claro objetivo de impedir a prática de novas infrações, formando um claro elo entre o local da infração e a conduta delituosa do agente, e visa a assegurar a investigação ou a instrução.

A terceira diz respeito à proibição de contato do acusado com determinada pessoa (III). Nessa hipótese, a preocupação é a de proteger a vítima ou seus familiares, evitando-se contato entre os envolvidos e, conseqüentemente, novos conflitos.

Obviamente, essa medida traz algumas dificuldades, como, por exemplo, a imprevisibilidade de um encontro em lugares públicos. O que se deve ser impedido é o contato intencional com a pessoa para a qual se determinou a cautelar, o que somente poderá ser verificado diante de situação concreta.

A quarta, é relativa à proibição de ausência do acusado da Comarca (IV), com o intuito de garantir a investigação e a instrução penal. Poucos são os casos em que se pode impor esta determinação apenas sob essas razões.

A medida é de grande valia, no entanto, quando a prova do crime necessitar do depoimento ocular do fato.

Desse modo, a proibição de ausência da comarca parece ter valia prática, realmente, para garantir a aplicação da lei penal.

O recolhimento domiciliar do acusado no período noturno e nos dias de folga configura a quinta modalidade de cautelar. Tal medida deveria se limitar à substituição da prisão em flagrante, nos casos em que não seria adequada, nem necessária, a prisão preventiva, ou o enquadramento do fato ao disposto no art. 313 do CPP.

Também, deve ser destacado que o art. 319, V, do CPP não especifica a finalidade do recolhimento domiciliar, como fez nas demais medidas, o que demanda cautela ao juiz no momento de sua aplicação. Seria para garantia da ordem pública ou assegurar a investigação ou da instrução? Provavelmente, em ambos os casos, dependendo, como sempre, da adequação ao caso concreto.

A sexta modalidade de cautelar se refere à, nos termos da lei, “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”. Como já evidenciado pelo próprio inciso, sua finalidade seria impedir a utilização de serviço público e atividade econômica para a reiteração de infrações penais.

Porém, nada parece impedir sua aplicação; excepcionalmente, contudo, por conveniência da instrução ou investigação nos casos em que for fundado o temor de destruição de provas das quais o acesso dependa do exercício da atividade pública ou econômica, como alternativa eficaz à prisão preventiva, quando preenchidas as hipóteses do art. 313.

A internação provisória do inimputável ou semi-imputável, nas hipóteses de crime praticado com violência e quando houver risco de reiteração, é a sexta medida cautelar diversa da prisão. Sua aplicação dependerá da existência de indícios concretos de autoria e materialidade em crimes de violenta natureza, amparada, sempre, por prova pericial, segundo o princípio do risco concreto de reiteração criminosa e o art. 149 e seguintes do CPP.

A fiança, que se apresenta como a oitava medida, tem natureza patrimonial. Nela, exige-se a prestação de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar (art.330, do CPP), com o objetivo de assegurar o comparecimento do acusado aos atos processuais, a impedir a obstrução do andamento do processo ou no caso de injustificada resistência à ordem judicial (art. 319, VIII, do CPP).

Observa-se que, embora a lei se refira apenas comparecimento ao processo, a fiança pode ser prestada desde a efetivação da prisão em flagrante, sendo aplicável, portanto, na fase investigatória.

Ainda, o requisito da resistência injustificada à ordem judicial (art. 319, VIII, do CPP) não deveria ser mais tão subjetiva e precária, a não ser quanto ao descumprimento de outra medida cautelar.

Vale acrescentar que a fiança é espécie de liberdade provisória, substitutiva da prisão em flagrante. Sua injunção autonomamente e desvinculada da prisão em flagrante também parece ser possível, uma vez que a lei

não apresenta nenhuma proibição.

Contudo, por se tratar de medida claramente gravosa, sua aplicação deve ser feita com muita cautela e ponderação, evitando sua banalização, sobretudo quando o direito penal incide principalmente sobre a camada marginalizada da população.

A sexta e última cautelar, e mais inovadora, é o monitoramento eletrônico, que ainda carece de regulamentação para sua efetiva execução pelo Poder Executivo. A referida medida surgiu com a Lei 12.258/10, e apresenta como finalidade evitar o cárcere, observadas algumas condições.

Porém, sua implantação não será fácil, pois, como já dito, carece de regulamentação. O monitoramento pode se efetivar por meio de pulseira eletrônica ligada a um computador central, controlando os movimentos da pessoa ininterruptamente, intitulado de monitoramento ativo, até o chamado monitoramento passivo, em que um computador é programado para efetuar ligações regulares para a residência do acusado, ou qualquer outro local, prosseguindo ao reconhecimento eletrônico através de voz e emitindo um relatório.

Obviamente, trata-se de medida excepcional, cuja aplicação, em regra, deveria ser aprovada pelo monitorado. Aplicar o monitoramento a presos já condenados demonstra o efetivo caráter substitutivo da cautelar à prisão já imposta, mas aplicá-la para fins cautelares, como previsto na Lei 12.403/11, exigirá prévia anuência do acusado.

Ainda, parece que o monitoramento eletrônico não deverá ser aplicado isoladamente, mas concomitantemente com outra cautelar, como forma de assegurar sua eficácia, como, por exemplo, em caso de recolhimento domiciliar noturno, proibição de ausentar-se da comarca e restrição de contato.

Contudo, a principal discussão sobre essa cautelar, refere-se aos limites do respeito à dignidade da pessoa humana. A colocação de aparelhos eletrônicos junto ao corpo do acautelado constitui nítido constrangimento, uma vez que torna evidente para qualquer um que se trata de uma pessoa sob constante monitoramento. Por isso, é imprescindível a concordância do monitoramento.

CONCLUSÃO

Apesar de se mostrar inovadora em diversos aspectos, a Lei 12.403/11 nada mais faz do que normatizar o que já era amplamente defendido pela doutrina, pela jurisprudência e aplicado em juízo, ou seja, a prisão é a última medida a ser adotada.

Como toda novidade, há um movimento de resistência às alterações implantadas pela lei em análise, mas que deve ser apaziguado se a nova legislação cumprir a função desejada pelo legislador.

Portanto, o que se percebe é a evolução do direito processual penal, do caráter punitivo para uma natureza mais preocupada com os princípios constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana. ♦