

Inovações Trazidas pela Lei nº 12.403/2011

Ana Paula Monte Figueiredo Pena Barros¹

INTRODUÇÃO

Após uma década de tramitação de seu projeto de lei no Congresso Nacional, foi editada a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, e início de sua vigência em 04 de julho de 2011, trazendo relevantes modificações ao Código de Processo Penal no tocante às prisões preventiva e em flagrante, destacando-se, ainda, diversas alternativas ao encarceramento, através da positivação de outras modalidades de medidas cautelares pessoais.

O objetivo do legislador foi tornar ainda mais excepcional o encarceramento dos acusados, restringindo as hipóteses de cabimento da prisão preventiva e outorgando aos magistrados um leque de medidas cautelares diversas da prisão a serem aplicadas, conforme as circunstâncias do caso concreto, todas com a função de acautelamento de interesses da jurisdição criminal.

A nova lei ainda é objeto de diversas controvérsias acerca de sua aplicação, bem como sua efetividade, dividindo opiniões entre doutrinadores e operadores do Direito. Busca-se, portanto, com o presente relatório, traçar as mais relevantes inovações trazidas pela alteração legislativa e debater algumas das principais controvérsias por ela geradas, sempre destacando relevantes posições manifestadas pelos ilustres palestrantes durante o Curso de Aperfeiçoamento "*O novo regime jurídico das medidas cautelares no Processo Penal*".

¹ Juíza de Direito - Auditoria da Justiça Militar.

APLICAÇÃO INTERTEMPORAL DA LEI Nº 12.403/11

A Lei nº 12.403/11, por tratar do tema prisão, tem natureza tanto processual, eis que se trata de um dos instrumentos do processo, quanto material, posto repercutir em um dos direitos materiais mais importantes, a liberdade. Deste modo, sujeita-se à norma do art. 5º, XL, da Constituição da República Federativa do Brasil/88, ou seja, *deve retroagir para beneficiar o réu*. Outrossim, o art. 2º da Lei de Introdução ao CPP, o qual, segundo os Tribunais Superiores, continua aplicável, determina que “*À prisão preventiva e à fiança aplicar-se-ão os dispositivos que forem mais favoráveis*”.

De maneira geral, a Lei nº 12.403/11 traduz verdadeira *novatio legis in mellius*, posto que, além de restringir a aplicabilidade da prisão preventiva – antes, qualquer crime punível com reclusão a admitia; hoje, somente aqueles cuja pena máxima seja superior a quatro anos (seja qual for a qualidade da pena, reclusão ou detenção) –, estabelece outras medidas cautelares menos drásticas e alternativas ao cárcere.

Assim, a partir de sua vigência, ou seja, 04 de julho de 2011, prisões preventivas em razão dos crimes de furto simples, apropriação indébita, quadrilha ou bando e porte e disparo de arma de fogo, por exemplo, que não terão pena máxima superior a quatro anos, tornaram-se ilegais, passíveis de relaxamento.

ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA LEI Nº 12.403/11

Hoje, o Título IX do CPP passou a ser “*Das prisões, das medidas cautelares e da liberdade provisória*” – antes era apenas “*Da prisão e da liberdade provisória*”. Com isso, a Lei nº 12.403/11 passou a reger as medidas cautelares no processo penal. Todavia, tal lei somente versa acerca das medidas cautelares *pessoais*; ou seja, as que recaem sobre a pessoa do acusado – medidas cautelares *afitivas* – e não das medidas cautelares *reais/probatórias*, como a busca e apreensão, produção antecipada de provas, interceptações telefônica e ambiental, que continuam a ser regidas pelas suas próprias

disposições, em observância ao princípio da especialidade.

A redação do § 2º do art. 282 do CPP sugere que tais medidas cautelares pessoais só podem ser decretadas de ofício pelo juiz *incidentalmente* ao processo, e não de forma preparatória, quando do inquérito, a fim de que o juiz não se imiscua nas atribuições da autoridade policial e do Ministério Público. Por outro lado, tratando-se de medidas cautelares reais/probatórias, a atuação do juiz é mais abrangente, inclusive na fase do inquérito policial.

Ainda sobre o âmbito de incidência da Lei nº 12.403/11, insta salientar possível *conflito aparente de normas* considerando o disposto no art. 20 da Lei nº 11.340/06 – a Lei Maria da Penha – que dispõe que “*Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial*”.

A dúvida que surge é se, no âmbito da referida lei, o juiz poderá decretar de ofício a prisão preventiva em sede de inquérito. Ora, tal dispositivo baseava-se na antiga redação do art. 311 do CPP, que figurou como seu paradigma, ao estabelecer a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício tanto no inquérito quanto no processo. Hodiernamente, com a mudança de paradigma introduzida pela Lei nº 12.403/11, deve-se estender essa mudança da norma geral a todas as leis que se basearam naquele padrão. Por outro lado, com fulcro no princípio da especialidade, pode-se sustentar a aplicabilidade do dispositivo da Lei 11.340/06.

A NÃO SUBSISTÊNCIA DO PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

Já era pacífico nos Tribunais Superiores entendimento favorável ao poder geral de cautela do juiz no processo penal *condenatório*, de forma a permitir medidas cautelares inominadas (atípicas), tais como retenção cautelar do passaporte e compromisso de comparecer a todos os atos do processo, tudo com base na Teoria dos Poderes Implícitos.

Todavia, com a Lei nº 12.403/11, as medidas cautelares foram positivadas nos arts. 319 e 320 do CPP, não havendo mais que se falar em

poder geral de cautela no processo penal condenatório ou em Teoria dos Poderes Implícitos, já que o legislador, além de prever a medida cautelar máxima, a prisão, pontuou em rol *numerus clausus* as medidas cautelares mais brandas. O que for imposto sem previsão naqueles dispositivos será considerado ilegal.

Sem embargo, o poder geral de cautela permanece no processo de execução, haja vista a regressão cautelar de regime e, nas ações constitucionais impugnativas, a liminar em *habeas corpus* e em revisão criminal, todas construções doutrinárias e jurisprudenciais.

EXISTÊNCIA DE UM PROCESSO PENAL CAUTELAR AUTÔNOMO

Enquanto no processo civil há plena distinção entre o processo de conhecimento, de execução e cautelar, no processo penal não se falava em processo cautelar, mas sim em medidas cautelares. Ocorre que o legislador, no § 3º do art. 282 do CPP, estabeleceu que “*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*” (sem grifo no original). Trata-se de clara tentativa de criar um processo penal cautelar autônomo.

Ocorre que, tratando-se de medidas cautelares aflitivas de direitos, caso se aguarde a manifestação da parte contrária (no caso, do réu), a medida perderá toda sua eficácia, já que em regra são medidas de cunho repressivo. A norma não se aplica às medidas cautelares probatórias (princípio da especialidade), até porque retirariam toda a sua efetividade.

De qualquer modo, doravante, o juiz, ao decidir, além de expor a necessidade em concreto da medida, terá que indicar a urgência ou risco de ineficácia que justifique a apreciação *inaudita altera pars*, a não ser que a decisão seja de indeferimento, ou seja, apreciar o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*, esclarecendo as razões de decidir sem oitiva da outra parte, mostrando a urgência e o risco de ineficácia da medida.

LEGITIMIDADE DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO E DO QUERELANTE PARA POSTULAR MEDIDAS CAUTELARES

Segundo o § 2º do art. 282 do CPP, “*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*” (sem grifo no original).

Como já destacado, após a nova lei, a regra é não admitir a decretação de medidas cautelares afitivas de ofício em sede de inquérito, mas somente mediante representação da autoridade policial ou requerimento ministerial. Corretamente, não há menção ao assistente de acusação, que somente se habilita quando da ação penal (CPP, art. 268), tanto que o art. 311, por seu turno, expressamente prevê o requerimento do assistente.

Deste modo, o assistente de acusação não possui legitimidade para requerer medidas cautelares incidentais ao inquérito, posto somente se habilitar após ofertada a ação penal, salvo nas hipóteses da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), em que a vítima tem, já em sede de inquérito, legitimidade para postular medidas protetivas, conforme dispõe seu art. 20, já transcrito. Por outro lado, incidentalmente ao processo, a legitimidade do assistente é manifesta, seja porque o art. 282, § 2º, do CPP refere-se às “*partes*”, sem ressalvas, seja porque o art. 311 do CPP lhe confere legitimidade para postular a prisão preventiva, medida cautelar pessoal mais drástica, e, segundo o adágio, “*quem pode o mais, pode o menos*”.

No tocante ao querelante, o legislador, na redação do § 2º do art. 282 do CPP, equivocadamente omitiu sua atuação *no curso da investigação criminal*, olvidando-se das ações penais privadas. Quanto à sua atuação durante a ação penal, não há dúvidas, posto que o dispositivo legal faz referência a “*partes*”, onde se inclui o querelante, sendo certo, ainda, que o art. 311 do CPP expressamente menciona o querelante. Assim, não há que se falar em silêncio eloquente do legislador, já que aquele dispositivo legal menciona os legitimados a postular a prisão preventiva, referindo-se genericamente à fase do inquérito.

CPP, art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Assim, em que pese o art. 282, § 2º, do CPP não se referir expressamente ao querelante como legitimado para requerer medida cautelar incidental ao inquérito, é nítida sua legitimidade para tanto, posto ser legitimado para requerer a decretação da prisão preventiva, a medida cautelar pessoal mais gravosa. Outrossim, seria um contrassenso admitir a legitimidade do assistente de acusação, parte secundária, e não a do querelante, parte principal. Haveria, inclusive, violação ao princípio da isonomia, posto que a vítima na ação penal privada é tão *dominus lictis* quanto o Ministério Público o é nas de ação penal pública.

DA PRISÃO PREVENTIVA E DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

Com a Lei nº 12.403/11, o art. 313 do CPP passou a apresentar a seguinte redação:

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;

IV - (revogado).

Neste ponto, a Lei nº 12.403/11 é, de maneira geral, mais benéfica ao acusado, especialmente por restringir as hipóteses de cabimento da prisão cautelar. Somente em poucos pontos há prejuízos para o réu, como na inclusão do assistente de acusação como legitimado para requerer medidas cautelares, norma esta que somente se aplica aos fatos ocorridos após a vigência da referida lei, ou seja, a partir de 04 de julho de 2011.

Como antes, não cabe prisão preventiva em caso de contravenções penais e crimes culposos. Todavia, atualmente, para a admissibilidade da prisão preventiva, não é relevante a qualidade da pena (reclusão ou detenção), mas sim a quantidade da pena máxima abstrata cominada, somente havendo que se falar em preventiva quando tal *quantum* for superior a quatro anos. Para isto, consideram-se as qualificadoras, as causas de aumento e de diminuição da pena, seja da parte geral seja da parte especial, elevando-se a pena máxima da maior fração e reduzindo-a da menor, sempre em busca da pena máxima, descartando-se as agravantes e as atenuantes genéricas, as quais somente repercutem na pena em concreto.

Ressalte-se, segundo o Desembargador Paulo Rangel, em manifestação durante o Curso de Aperfeiçoamento, apesar da norma do art. 313, I, do CPP, nada impede, conforme as circunstâncias do caso concreto, a decretação da preventiva nos demais casos, quando a pena privativa de liberdade máxima cominada for inferior a quatro anos, p.ex., para evitar a reiteração de delitos, como a prática de pequenos furtos simples, assegurando-se a paz social.

Cabe salientar que, quanto ao *concurso de crimes*, provavelmente prevalecerá o entendimento já consolidado nos Tribunais Superiores, lastreado nas Súmulas 81 (“*Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão*”) e 243 (“*O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano*”) do STJ e na Súmula 723 do STF (“*Não se admite a suspensão condicional do processo por*

crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”), sempre considerando o acréscimo decorrente do concurso. Assim, em se tratando de concurso material e formal imperfeito, as penas máximas devem ser somadas; tratando-se de concurso formal perfeito e continuidade delitiva, a pena máxima deve ser elevada da maior fração, 1/2 e 2/3, respectivamente.

Insta salientar que, com o advento da Lei nº 12.403/11, pode haver controvérsia no tocante ao teor do art. 313, I, do CPP quando cotejado com art. 1º, III, *b* e *l*, da Lei nº 7.960/89, que dispõe sobre a prisão temporária. Isto porque os crimes de sequestro ou cárcere privado simples (Código Penal, art. 148, *caput*) e quadrilha ou bando simples (CP, art. 288, *caput*), ambos passíveis de prisão temporária, preveem penas máximas inferiores a quatro anos, não desafiando, portanto, prisão preventiva. Em uma visão acrítica, pode-se alegar que o art. 313, I, do CPP não repercute nas hipóteses de prisão temporária mencionadas, em homenagem ao princípio da especialidade, já que se trata de sistema próprio, independente do CPP.

Todavia, numa interpretação sistemática, os referidos crimes, além de não desafiarem mais prisão preventiva, também não mais ensejam prisão temporária, não apenas porque na prisão preventiva o *fumus comissi delicti* é mais robusto – exige-se prova da existência do crime e indício suficiente de autoria – que na temporária, mas também porque, se a prisão preventiva é a *ultima ratio* (CPP, art. 282, §§ 4º e 6º, e art. 310, II, *in fine*), o que dizer da prisão temporária, cabível para assegurar a simples investigação.

No tocante ao art. 313, II, do CPP, cabe salientar que, como a reincidência é em crime doloso, se for em contravenção penal e crime culposo não há que se falar em prisão preventiva. Destaque-se, a escala penal é irrelevante, bastando condenação em crime doloso. Cabe salientar, ainda, posição esposada por Paulo Rangel no Curso de Aperfeiçoamento no sentido da inconstitucionalidade da reincidência, por violação ao princípio *ne bis in idem*.

Quanto ao art. 313, III, do CPP, cumpre destacar a ampliação da admissibilidade da prisão preventiva no âmbito da violência doméstica e

familiar, que não mais se restringe à mulher, estendendo-se à criança, ao adolescente, ao idoso, ao enfermo e ao deficiente, independentemente do sexo. Trata-se, obviamente, de *novatio legis in pejus*, aplicando-se apenas aos fatos ocorridos após o início da vigência da Lei nº 12.403/11.

Por fim, saliente-se, o parágrafo único do art. 313 do CPP, por permitir a prisão preventiva apenas para esclarecer questões relativas à identificação civil da pessoa, parece passível de argüição de inconstitucionalidade, indo de encontro aos princípios da própria lei, com a imposição de prisão preventiva apenas para investigação, o que é condenável.

Quanto aos requisitos para decretação da prisão preventiva (CPP, art. 312), o legislador manteve as hipóteses legais anteriores, quais sejam, garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, as quais configuram o *periculum libertatis*, além da demonstração de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, que configuram o *fumus comissi delicti*.

Neste ponto, todavia, deve-se atentar à norma do parágrafo único do dispositivo em tela, que permite a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. Tal norma exige *interpretação conforme a Constituição*, em atenção ao princípio da proporcionalidade. Por isso há menção no dispositivo ao art. 282, § 4º, do CPP. Assim, ao decretar a prisão preventiva, além de presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, deve o juiz fundamentar as razões pelas quais entende insuficientes as demais medidas cautelares previstas nos arts. 319 e 320 do CPP, sob pena de ilegalidade da decisão.

Tais medidas cautelares diversas da prisão foram positivadas nos arts. 319 e 320 do CPP, destacando-se, dentre outras, o comparecimento periódico em juízo para justificar atividades; a proibição de acesso e frequência a determinados lugares, de manter contato com certa pessoa e/ou ausentar-se da Comarca; a fiança; o monitoramento eletrônico; e a retenção do passaporte. Tais medidas conferem ao juiz soluções intermediárias para assegurar a colheita de provas e o resultado do processo, antes restritas aos extremos liberdade ou prisão. Podem ser aplicadas isolada ou cumula-

tivamente, e *sempre preferirão à decretação da prisão preventiva*, conforme art. 282, §§ 4º e 6º, do CPP, razão pela qual, ao decidir pela prisão, deve o juiz fundamentar, ante o caso concreto, os motivos pelos quais deixa de adotá-las.

Insta salientar que, durante o Curso de Aperfeiçoamento, enquanto Denis Sampaio sustentava a natureza *substitutiva* das medidas cautelares diversas da prisão, razão pela qual estas somente poderiam ser aplicadas quando cabível decretação da prisão preventiva nas hipóteses do art. 313 do CPP, Gustavo Badaró discordava, afirmando que tais medidas têm caráter *alternativo*, sendo aplicáveis, inclusive, às infrações penais de menor monta.

DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO E SUAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

Com a Lei nº 12.403/11, a prisão em flagrante, na forma do art. 306 do CPP, deve ser comunicada também ao Ministério Público, o que se coaduna com o art. 129, I, da CRFB/88. Doravante, como não cabe mais ao juiz atuar oficiosamente no inquérito, cabe ao Ministério Público, como titular da ação penal pública, requerer as medidas que entender cabíveis.

Dentre tais medidas, conforme o art. 310 do CPP, pode o Ministério Público requerer ao juiz: a) o *relaxamento da prisão ilegal*; b) a *conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva*, desde que as demais medidas cautelares não se mostrem suficientes – para Eugênio Pacelli de Oliveira, em exposição no curso, a conversão da prisão em flagrante em preventiva, de ofício, configura vício de iniciativa à luz do Sistema Acusatório; c) *conceder a liberdade provisória com ou sem fiança* – neste caso, não mais se fala em compromisso de comparecer aos atos processuais, que hoje é medida cautelar autônoma.

DA FIANÇA

Antes da Lei nº 12.403/11, a fiança tinha natureza de contracautela; hoje, tem natureza de medida cautelar autônoma (CPP, art. 319, VIII).

Exatamente por isso, não mais se encontra vinculada à prisão em flagrante, razão pela qual não cabe, hodiernamente, sustentar que a inafiançabilidade dos crimes hediondos e equiparados justificaria a vedação liminar à liberdade provisória.

Com a nova lei, aumentam as possibilidades de arbitramento da fiança pelos delegados de polícia, posto que, se antes eram limitados aos casos de infração punida com detenção ou prisão simples, agora podem fazê-lo em todos os casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos, na forma do art. 322 do CPP.

CONCLUSÃO

Se, antes da Lei nº 12.403/11, o juiz trabalhava apenas com duas soluções extremas, ou a prisão ou a liberdade, agora tem à disposição várias soluções intermediárias, destacando-se que a prisão preventiva somente deve ser decretada em último caso. Trata-se de mais uma medida legislativa que busca reduzir o encarceramento de pessoas acusadas da prática de crimes considerados menos graves. Resta saber se as novas medidas cautelares terão efetividade na prática, posto que, aparentemente, parecem de difícil fiscalização.

Espera-se que a nova lei seja usada com bom senso pelos operadores do Direito, a fim de atingir o que se espera de uma Justiça Justa, evitando-se o cárcere nas hipóteses em que ele não é necessário, mas sem perder de vista o imperioso combate à criminalidade, que tantos danos acarreta à população em geral. ◆