

APONTAMENTOS SOBRE A LEI Nº 12.403/11 – PRISÃO E MEDIDAS CAUTELARES

Com as alterações do Código de Processo Penal, trazidas pela Lei nº 12.403/11, com vigência a partir de 4 de julho de 2011, acentua-se ainda mais que a prisão é medida de exceção. Já era assim bem antes da nova lei, pois a Constituição da República garante a presunção de inocência a todo cidadão, decorrendo daí a excepcionalidade do cárcere cautelar, que é sempre provisório, ao contrário da liberdade, que é a regra. Com as novas medidas cautelares, a prisão cautelar somente se justificará quando demonstrado na decisão judicial a inaplicabilidade de tais medidas. Em suma, com os novos preceitos o legislador denota claramente a intenção de acentuar a prisão provisória como última medida. Observa-se isso também ao se prever que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá convertê-lo fundamentadamente em prisão preventiva, se cabível. No regime anterior à vigência da Lei nº 12.403/11, inexistente ilegalidade do flagrante, o juiz não decretava a prisão preventiva e expressava a existência dos seus pressupostos e requisitos apenas quando analisava pedido de liberdade provisória proposto pelo autuado ou pelo Ministério Público. Além disso, nas novas regras privilegia-se a aplicação da fiança, ampliando-se as hipóteses de cabimento. Sem contar que a prisão preventiva, como primeira regra, somente pode ser decretada aos *crimes dolosos com penas superiores a 4 anos*. O legislador guiou-se pelo princípio da proporcionalidade, pois se a lei permite a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito em caso de condenação até 4 anos (art. 41, I, do CP), como primeiro requisito objetivo, não se justificaria a custódia cautelar para crimes com penas inferiores a tal patamar.

Saliente-se que, de posse do flagrante, o juiz também terá que fundamentar a aplicação, isolada ou cumulativa, de medidas cautelares diversas da prisão, bem como deverá conceder liberdade provisória cabível, mesmo sem pedido do autuado, o que é mais uma novidade da lei. Persiste o direito do autuado em ter sua liberdade provisória concedida de ofício pelo juízo, quando praticou o fato com a incidência de causa excludente da ilicitude, por exemplo, legítima defesa, persistindo, no entanto, sua obrigação de comparecer a todos os atos do processo, é a denominada liberdade provisória vinculada.

As medidas cautelares diversas da prisão, inclusive a fiança, não dependem do flagrante para o juiz decretá-las, podendo fazê-lo mediante requerimento durante a investigação criminal e no transcorrer da ação penal, inclusive de ofício, desde que presentes os seus requisitos.

São medidas cautelares diversas da prisão o comparecimento periódico em juízo, suspensão do exercício de função pública, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, monitoração eletrônica, etc.

As cautelares diversas da prisão para serem aplicáveis, devem

ser: a) necessárias para garantir a aplicação da lei penal ou para efetivação da investigação criminal; b) prestarem-se a evitar a prática de infrações penais; c) impostas devido à gravidade do crime, suas circunstâncias e em virtude das condições pessoais do indiciado ou acusado. Quanto a este último ponto deve-se fazer um juízo de necessidade e adequabilidade da medida. Saliente-se que a lei explicita que as cautelares são somente decretáveis quando cominada pena de prisão ao fato praticado. Numa expedita análise, o tempo de cumprimento de medidas cautelares mais gravosas, como cumulação de monitoração eletrônica com recolhimento domiciliar, deverá ser descontado da pena fixada na sentença condenatória, em sede de juízo de execução da reprimenda, ante a maior restrição da liberdade do acusado. Também numa consideração de primeira ordem, o recurso cabível contra a decisão que defere ou denega medida cautelar seria o recurso em sentido estrito, ante o legislador tratar da fiança e prisão no inciso V, do art. 581, do CPP, cautelares de mesma classe das novas medidas.

Observa-se que algumas inovações trazidas pela Lei nº 12.403/11 no tocante às medidas cautelares encontrarão empecilhos na sua aplicação prática. A implantação da monitoração eletrônica, por exemplo, necessitará ajustes técnicos, levando-se em conta a experiência com as tornozeleiras usadas por condenados beneficiados com saídas temporárias, em São Paulo. A medida de recolhimento noturno e nos dias de folga do autor do fato, com as disponibilidades atuais de fiscalização, seria impraticável, vislumbrando-se uma efetividade numa eventual cumulação com monitoração eletrônica imune a panes.

Outra novidade da lei é que requerida a medida cautelar diversa da prisão, o indiciado ou acusado terá oportunidade de se manifestar contrariamente, instalando-se contraditório. A ressalva feita pela lei é que se há urgência ou perigo de ineficácia da medida, dispensa-se a intimação do requerido. Como a lei possibilita a substituição pelo juízo da medida cautelar diversa da prisão não cumprida ou cumulação com outra, entendemos que vale o mesmo raciocínio, qual seja, de ouvir antecipadamente o acusado ou autuado, mesmo porque pode existir uma justa razão para o descumprimento. Entretanto, se houver motivos para a decretação da prisão preventiva, em caráter autônomo ou por descumprimento da cautelar, por evidente, o contraditório não se instalará sob pena de ineficácia da medida.

Algo que será muito debatido na doutrina é a não aplicação das medidas cautelares diversas da prisão aos crimes de menor potencial ofensivo. Para ser imposta uma medida cautelar só se exige inicialmente que ao crime de menor potencial ofensivo seja prevista pena privativa de liberdade, na estrita redação do art. 321, do CPP. O parágrafo único do art. 69, da Lei nº 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais, prevê apenas o não cabimento da fiança. Indispensável um juízo de adequabilidade e de necessidade na hipótese, não se justificando, a priori, a aplicação de medidas mais gravosas, como recolhimento domiciliar noturno e nos dias de

folga do autor do fato, nem a monitoração eletrônica. Deve ser afastada também a possibilidade de decretação da prisão preventiva ante medida descumprida, pois se estaria pervertendo o limite objetivo de 4 anos para caber o decreto da prisão provisória, sendo uma opção válida para o juízo cumular outra medida com a cautelar descumprida. Se a apresentação do autor do fato perante o juizado não é imediata, não vemos como afastado o aspecto conciliatório de tal jurisdição, muito pelo contrário, no caso de aplicação fundamentada de medida cautelar que impõe ao autor do fato, por hipótese, permanecer distante do ofendido. Por fim, homologada a transação penal ou operada a suspensão condicional do processo, por óbvio, inadmissível a manutenção de cautelar diversa da prisão.

Alerte-se que a Lei nº 12.403/11 não alterou os pressupostos e requisitos para a decretação da prisão preventiva, que pela nova sistemática será decretada em caráter autônomo, por conversão da prisão em flagrante e subsidiariamente, em caso de descumprimento de cautelar diversa da prisão.

Revogou-se o inciso IV, do art. 312, do CPP, que previa a possibilidade de decretação de prisão preventiva por descumprimento de medida protetiva de urgência nos casos de violência doméstica contra a mulher, no termos da Lei nº 11.340/06, denominada Lei Maria da Penha. Entretanto, a matéria do inciso revogado foi tratada no inciso III, do novo art. 313 do CPP e teve seu alcance ampliado, pois torna possível a decretação da prisão preventiva desde que a violência doméstica ou familiar seja perpetrada contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência. Sob pena de perda de efetividade, trata-se de exceção à regra que somente nos crimes dolosos punidos com penas superiores a 4 anos é possível a decretação da preventiva, pois há crimes compreendidos na previsão legal com penas muito aquém do referido limite máximo. A prisão preventiva poderá ser também decretada diante de dúvida sobre a identidade do autor do fato – que deve ser revogada quando superado o impasse – e caberá quando houver condenação do acusado ou indiciado por outro crime doloso, com configuração da reincidência. Nas três hipóteses antes citadas, não se prescinde da presença dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva do art. 312, do CPP.

Assim, com as novas regras o juiz só poderá decretar a prisão preventiva em caráter autônomo: a) diante da presença de seus pressupostos e requisitos; b) se o autor do fato não o praticou sob a égide de uma excludente da ilicitude; c) acaso as medidas cautelares, mesmo aplicadas cumulativamente, revelarem-se ineficazes ou inadequadas. Lembre-se que vigente uma ou mais medidas cautelares diversas da prisão, cabe o decreto da prisão preventiva ante o descumprimento pelo acusado ou indiciado. Temos que o descumprimento injustificado da cautelar, conjugado com a presença de indícios suficientes de autoria e materialidade do crime, já autoriza a decretação da prisão em caráter subsidiário, pois para que uma medida seja imposta exigem-se requisitos semelhantes aos da prisão preventiva, pois elas devem ser necessárias para garantir a aplicação da lei

penal e para resguardar a idoneidade da investigação e da instrução criminal.

As regras da prisão temporária não foram alteradas pela Lei nº 12.403/11. Entretanto, no curso da investigação, a pedido do Ministério Público ou da autoridade policial – o juiz nesta fase não pode decretá-las de ofício, privilegiando-se o sistema acusatório -, podem caber medidas cautelares, desde que eficazes na prática e restritas a delitos de menor gravidade elencados na lei respectiva, sem se recorrer à prisão temporária, como por hipótese, a medida do art. 319, III, da proibição de manter contato com pessoa determinada, quando devido às circunstâncias do fato praticado, deva o indiciado permanecer distante da vítima ou testemunha.

A Lei nº 12.403/11 também trata da prisão domiciliar, que não é substituta genérica da prisão preventiva e aplica-se apenas diante de condições pessoais do autor do fato, apontadas em lei e devidamente comprovadas, como exemplo, ser ele portador de doença grave que cause debilidade extrema. Desnecessário comentar as dificuldades atuais de fiscalização de tal modalidade de cárcere cautelar.

Quanto à fiança, afora o delegado poder arbitrará-la nos crimes punidos com até 4 anos de prisão, é igualmente uma medida cautelar diversa do cárcere provisório e ressalvada as exceções delineadas na Constituição Federal e repetidas em dispositivos da nova lei – incabível em caso de tortura e racismo, entre outros -, passa a ter espectro amplo de incidência. Por oportuno, se o crime é suscetível de fiança, ante a precária situação econômica do autuado, o juiz poderá conceder liberdade provisória sem fiança, sem prejuízo de aplicação de uma ou mais medidas cautelares diversas da prisão.

A determinação judicial de entrega do passaporte pelo indiciado ou acusado está prevista no novo art. 320, do CPP, que prevê a apresentação do documento em juízo no prazo máximo de 24 horas após a intimação, bem como a comunicação do juízo às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional. Trata-se também de uma medida de feição cautelar, embora não arrolada nos incisos do alterado art. 319, do CPP, submetendo-se, portanto, ao preenchimento dos mesmos requisitos exigidos para as outras medidas diversas da prisão.

A nova lei preceitua que o mandado de prisão será registrado num sistema nacional a cargo do Conselho Nacional de Justiça, o que permitirá o cumprimento do mandado registrado noutro estado da federação por qualquer agente policial. É uma inovação muito importante, pois previne entraves burocráticos e traz maior probabilidade de êxito no cumprimento de mandados de prisão fora do limite territorial do juízo que a decretou.

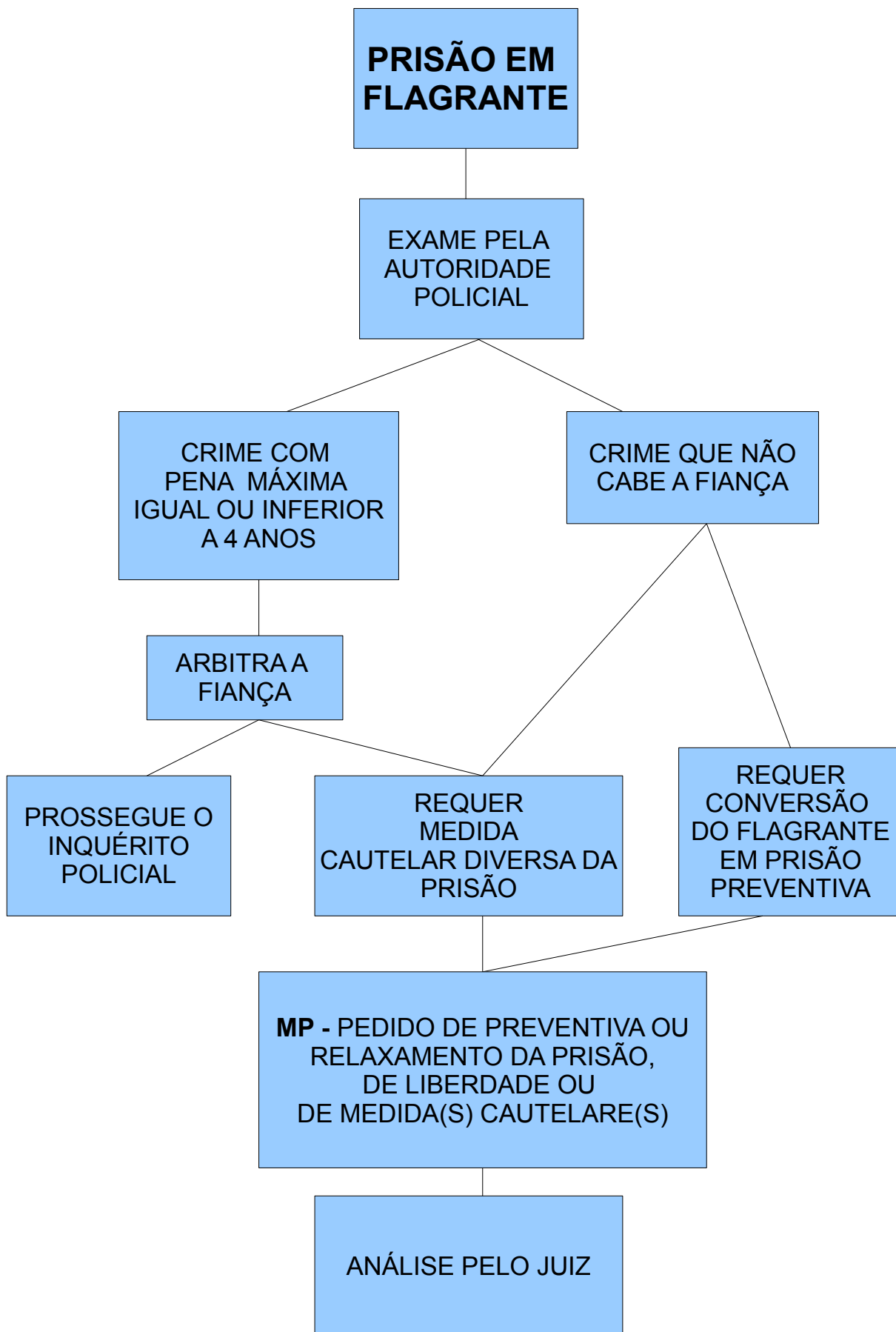
A novel lei revogou o artigo 319 do CPP que tratava da prisão administrativa, o dispositivo que previa a deserção da apelação em caso de fuga do acusado, bem como extraiu texto final do art. 439 da lei processual, que estatuiu o direito do jurado à prisão especial. No entanto, não foi revogado expressamente o inciso X, do art. 295, do CPP que confere ao

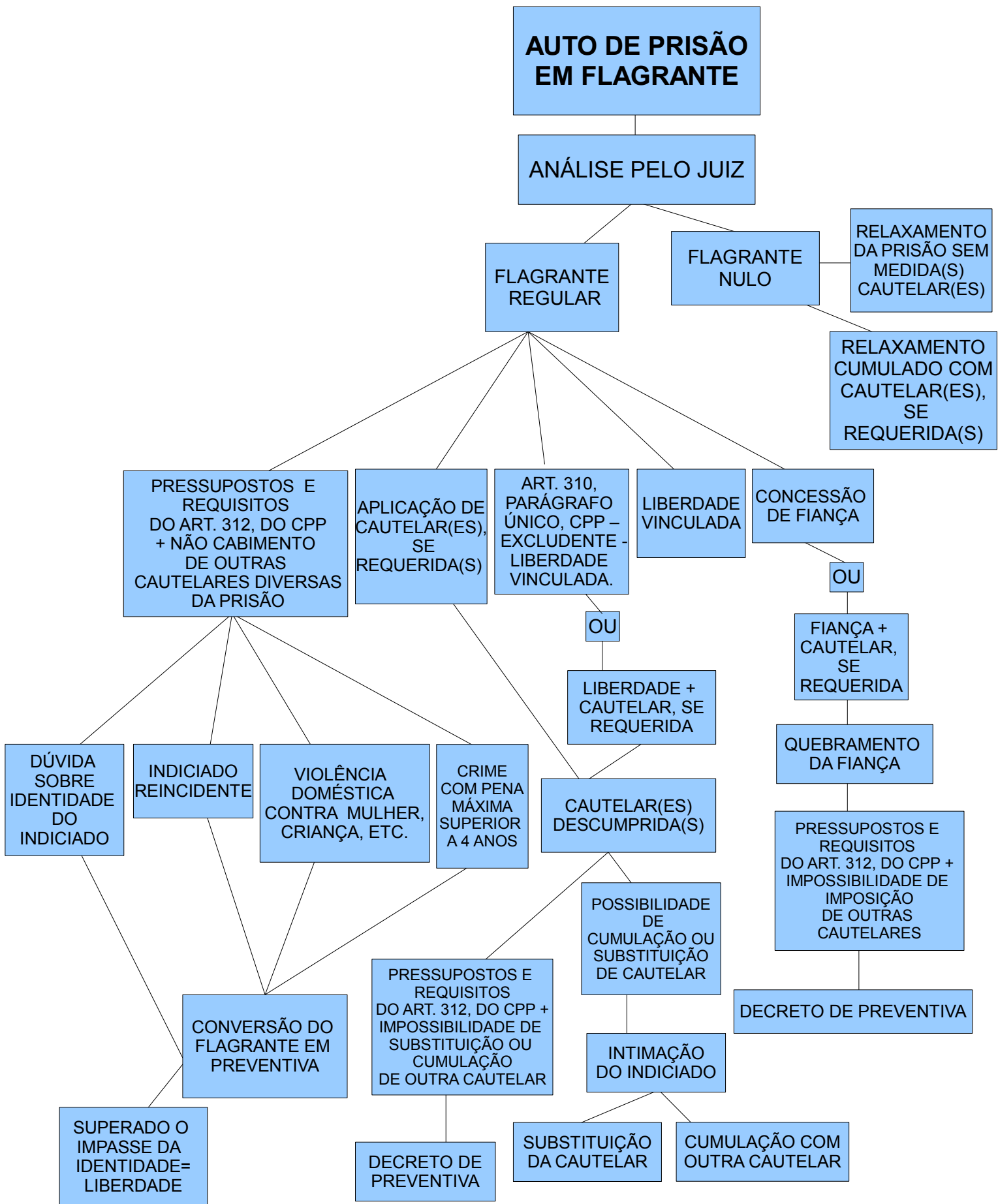
jurado o direito à prisão especial. Reconhecemos a tendência atual de restrição da tal modalidade de prisão, que em alguns casos corporifica-se como um contestável favor legal. Entretanto, nem deve ser cogitada a extinção deste direito do jurado, que é tanto juiz quanto o magistrado togado e está suscetível a eventuais represálias.

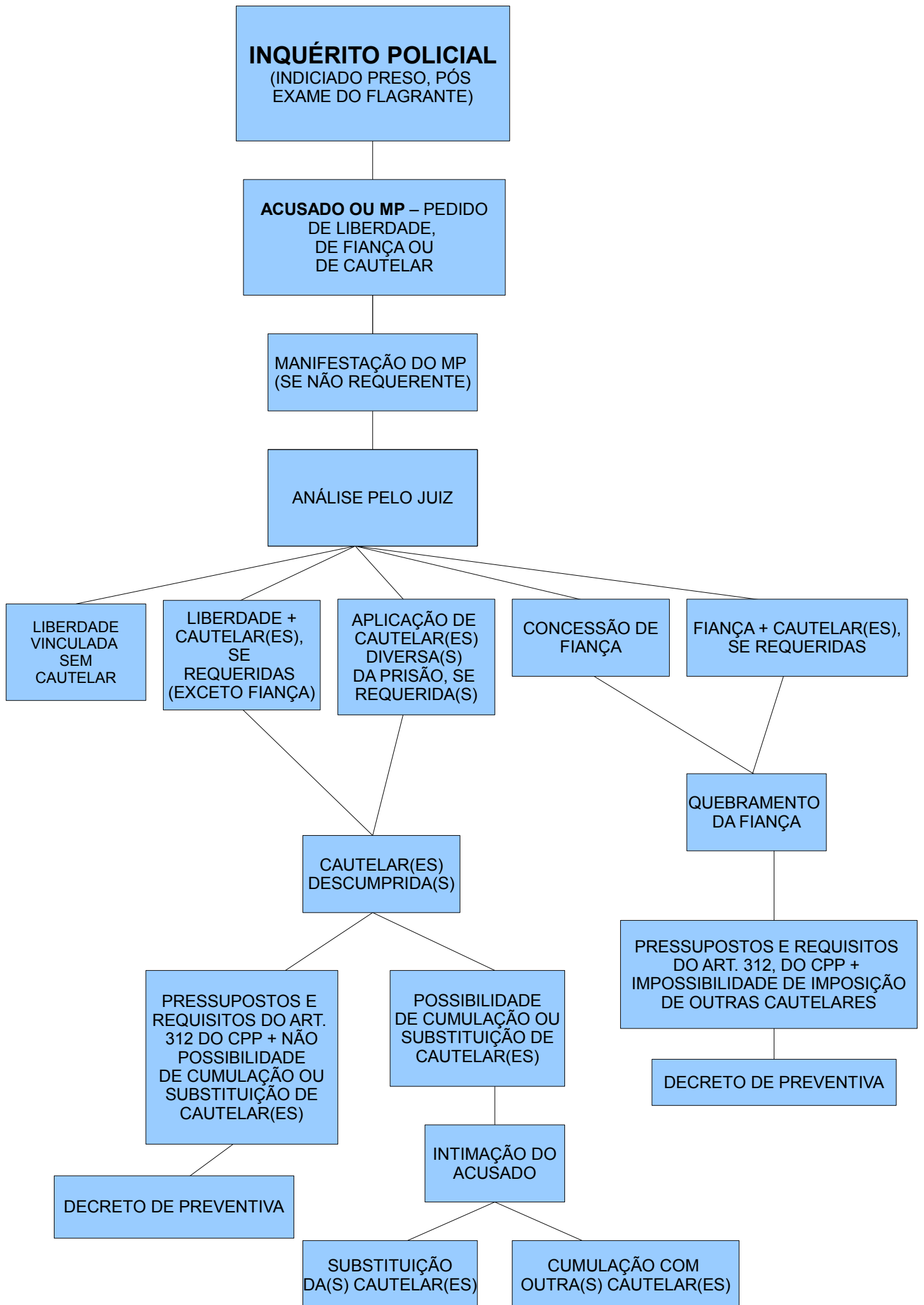
Só com a aplicação da lei se poderá dizer se a ampliação dos casos de fiança será benéfica, se a prisão preventiva será último recurso e se resumirá a casos pontuais. Diga-se o mesmo quanto às medidas cautelares, se substituirão com eficácia a prisão preventiva. A dificuldade de fiscalização das novas medidas, seja por falta de aparato pessoal do Estado, seja pelas próprias dificuldades técnicas de instrumentos de controle, como a monitoração eletrônica, ainda ensejarão a decretação da prisão preventiva, pois como a própria lei diz, o cárcere cautelar é medida cabível diante da ineficácia das cautelares diversas da prisão.

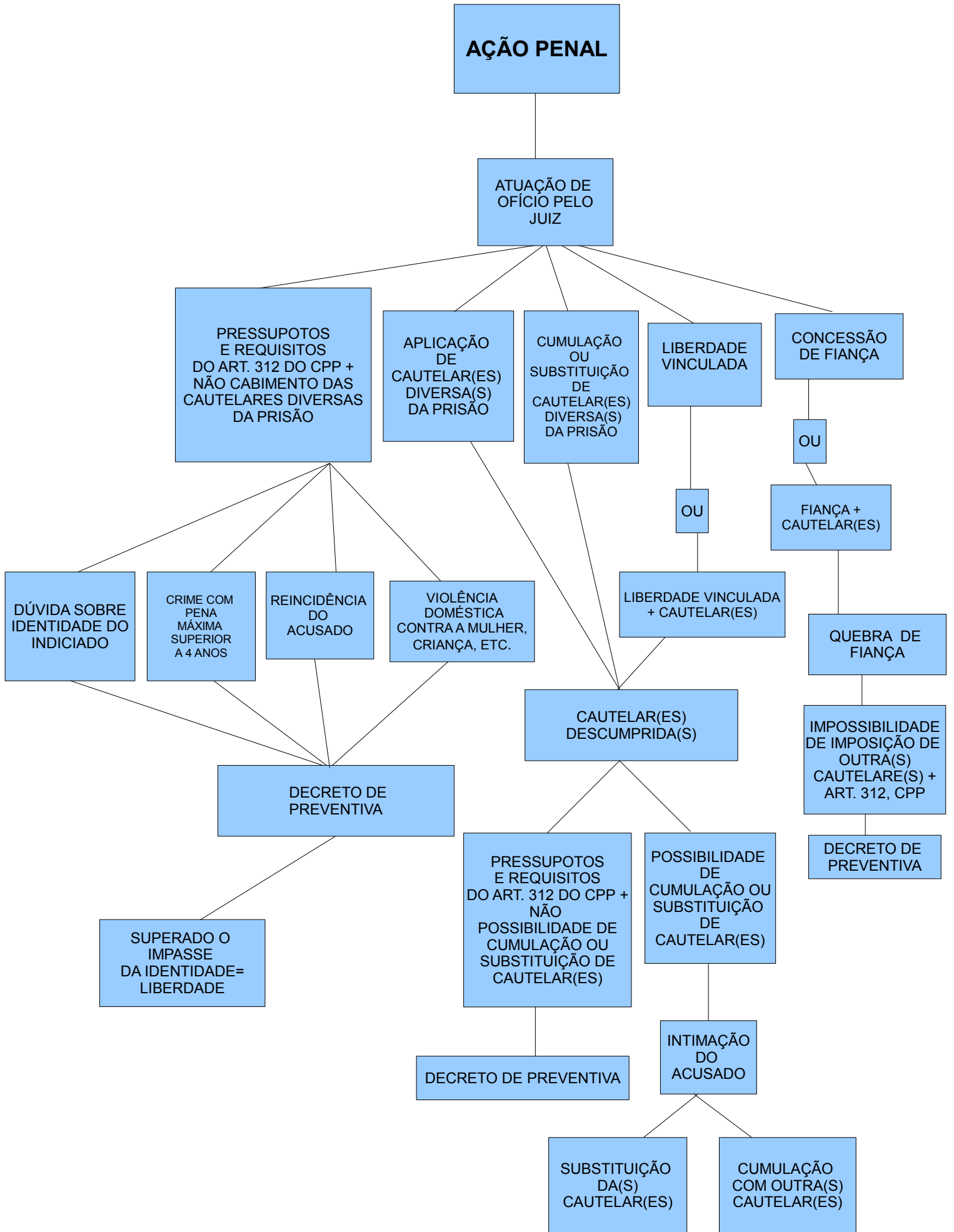
A Lei nº 12.403/11 trouxe avanços, sem dúvida, principalmente no aspecto de se evitar prática de nova infração penal pelo autor do fato, bem como garantir a aplicação da lei penal, sem se recorrer à prisão preventiva. No entanto, mostra-se urgente que o Estado envide esforços para tornar eficazes as medidas cautelares diversas da prisão, com maior dedicação, por óbvio, da que lida com a interrupção de sinal de celulares nos presídios. Aliás, em matéria de combate ao crime organizado, parece-nos claro que mesmo com a cumulação de medidas diversas da prisão, a princípio, elas serão ineficazes, cabendo a decretação da prisão preventiva pela harmonização entre normas constitucionais de resguardo de garantias e direitos individuais com as de salvaguarda da ordem pública.

PAULO SERGIO MARKOWICZ DE LIMA, Promotor de Justiça do Estado do Paraná, do Centro de Apoio das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais.









AÇÃO PENAL

ATUAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ

PRESSUPOTOS E REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP + NÃO CABIMENTO DAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

APLICAÇÃO DE CAUTELAR(ES) DIVERSA(S) DA PRISÃO

CUMULAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO DE CAUTELAR(ES) DIVERSA(S) DA PRISÃO

LIBERDADE VINCULADA

CONCESSÃO DE FIANÇA

OU

FIANÇA + CAUTELAR(ES)

OU

LIBERDADE VINCULADA + CAUTELAR(ES)

QUEBRA DE FIANÇA

IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE OUTRA(S) CAUTELAR(ES) + ART. 312, CPP

DECRETO DE PREVENTIVA

CAUTELAR(ES) DESCUMPRIDA(S)

DECRETO DE PREVENTIVA

SUPERADO O IMPASSE DA IDENTIDADE = LIBERDADE

PRESSUPOTOS E REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP + NÃO POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO DE CAUTELAR(ES)

DECRETO DE PREVENTIVA

POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO DE CAUTELAR(ES)

INTIMAÇÃO DO ACUSADO

SUBSTITUIÇÃO DA(S) CAUTELAR(ES)

CUMULAÇÃO COM OUTRA(S) CAUTELAR(ES)

