

A lei 12.403 e suas alterações no código de processo penal: Prisão preventiva e medidas cautelares diversas da prisão

12.403 Act and its alterations in the Criminal Procedure Code: Preventive arrest and diverse precautionary measures of the prison

Alisson Thales Moura Martins¹; Francesco Carlos Messias²

Resumo: Com vigência desde 04 de julho de 2011, a Lei 12.403 modificou o sistema das prisões cautelares, trazendo inovações muito bem vistas no ordenamento jurídico, dando, inclusive, nova vida ao instituto da fiança e positivando a prisão domiciliar como medida cautelar. A vontade do legislador é claramente encontrada na intenção de diminuir a população carcerária, sendo o Brasil um dos países recordistas em manter preso o acusado ainda que lhe falte uma condenação transitada em julgado, em ofensa ao Princípio da Presunção de Inocência, em alguns casos. Referida Lei cria a figura de nove medidas cautelares, que devem ser utilizadas à frente da prisão preventiva, que passou a ser medida de exceção, somente podendo ser utilizada como *ultima ratio*.

Palavras-chave: Prisão Preventiva; Medidas Cautelares; Processo Penal.

Abstract: Having been put into effect since the fourth of July/2011, the 12.403 Act modified the system of precautionary arrests, bringing well seen innovations for the legal system, giving, inclusive, new life to the financing institute and stating the domiciliary arrest as a precautionary measure. The legislator's will is clearly found in the intention to diminish the number of prisoners, considering Brazil the top country in keeping the defendant in prison even when there is not a conviction performed in judgment, offending the Principle of Presumed Innocence, in some cases. The Act brings nine precautionary measures, which should be used facing the preventive arrest, and can only be used as the last ratio.

Keywords: Preventive arrest. Precautionary measures. Criminal Procedures

INTRODUÇÃO

• Prisão e Liberdade

No Brasil, a evolução das penas fica claramente demonstrada quando é realizado um pequeno estudo histórico de nossa cultura. Com a intenção de punir aquele que agia de maneira errada para com as normas impostas pelo Estado, este, na maioria das vezes, cometia verdadeiras atrocidades com punições que eram constantemente mais cruéis que a própria prática delituosa cometida pelo apenado.

É notório pelos estudiosos que a princípio a área no direito responsável pela punição do delinquente era denominada por Direito Criminal, onde não se importava qual o crime cometido, a punição era sempre a pena capital, realizada por diversas e criativas formas. Alguns países ainda utilizam esta nomenclatura, muito embora não mais possuindo o mesmo intuito de outrora. Com alguma evolução, passou-se a se importar com a punição, aparecendo o caráter preventivo, além do repressivo, onde surgiu a mudança na terminologia, vindo a ser chamada de Direito Penal.

Ainda com esta evolução, foram necessários diversos momentos históricos e importantes para que se chegasse à época em que vivenciamos a Constituição Federal de 1988, que trouxe verdadeiras modificações na criação e aplicação da lei penal e processual penal,

entre outras. Entretanto, o Direito Penal e Processual Penal continuam sofrendo alterações paulatinas, pois, infelizmente, ainda não foi realizada uma reforma processual, devida para a combinação dos referidos textos normativos com a Constituição Federal.

O *Ius Puniendi* Estatal, que por muito tempo foi realizado a mãos de ferro, ainda hoje possui características dessa dolorosa época, e, como consequência de um sistema penal ultrapassado, a população carcerária brasileira é uma das maiores do mundo. Chegando ao ponto em que o número de encarcerados preventivamente é quase tão grande quanto o de prisões por condenação transitada em julgado.

A intenção do legislador, na criação da Lei 12.403, foi dar um tratamento diferenciado aos acusados, facilitando a estes, em casos específicos, responder à acusação em liberdade, diminuindo assim a população carcerária, bem como, o dano causado ao sujeito que responderia o processo preso, estando sujeito ao contato com qualquer tipo de delinquente, sendo que não se tem naquele momento a certeza de sua culpabilidade.

Assim, a liberdade, que é regra dentro do ordenamento jurídico, foi se transformando em exceção, o que torna cada vez mais necessário a criação de normas que tentem trazer à atualidade jurídica penal, novas direções no que tange a sua restrição. Pois, não deve bastar uma acusação, para que seja mantida uma prisão.

¹Mestrando em Direito da Sociedade da Informação da FMU (SP); Professor da Faculdade de Direito da Fundação de Ensino Superior de Passos (FESP/UEMG). Email: alissonfesp@hotmail.com

²Discente de Direito da Fundação de Ensino Superior de Passos (FESP/UEMG).

LEI 12.403, DE 04 DE MAIO DE 2011

• Princípio da Presunção de Inocência

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII, preceitua que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sendo esta a garantia da não culpabilidade, colocando sob o acusado um manto protetor que lhe permite, como parte, receber tratamento digno e direito ao contraditório. A doutrina de MOUGENOT (2011. pag. 78), nos ensina que:

Nos casos em que não for provada a existência do fato, não existir prova de ter concorrido para a prática da infração penal ou não existir prova suficientemente segura para fundamentar o juízo condenatório (art. 386, II, V e VII, do CPP), será o juiz obrigado a absolver o acusado, não se lhe podendo imputar a culpa por presunção.

A presunção de inocência está presente nos fatos. Trata-se de um estado transitório, onde, se for comprovado, ainda através de fatos, que o acusado é culpado, estará a presunção quebrada, e sua inocência extinta para aquele processo. Importante ressaltar que, tal Princípio serve como fundamento ao Princípio do “favor rei”, ou *in dubio pro reo*, onde, se os fatos, tanto os apresentados quanto os requeridos, não forem suficientemente idôneos para quebrar o estado de dúvida do magistrado, será impossível aplicar sentença condenatória, devendo prevalecer a não culpabilidade do acusado, em razão de que na dúvida deve-se favorecer o réu.

A jurisprudência é pacífica em afirmar que as modalidades de prisão que não são decorrentes de sentença condenatória, não ferem o Princípio da Presunção de Inocência, por entender que se faz necessário acautelar a tutela penal com a prisão do acusado por diversos motivos, entre eles, o não comparecimento nos atos processuais e a tão falada ordem pública.

Cabe ao órgão de acusação apresentar provas na intenção de quebrar o estado de inocência do réu, o que ocorre, na maioria das vezes, com o andamento processual. Assim sendo, manter o réu preso cautelarmente exige pressupostos essenciais, por se tratar de momento ainda de incerteza, não cabendo ao acusado apresentar provas de sua inocência, mas sim, ser liberado na ausência de provas irrefutáveis apresentadas pelo órgão de acusação.

Ocorre que, o Brasil é um dos países que possuem maior índice de prisões anteriores a sentença condenatória transitada em julgado, sendo esta uma das maiores preocupações do legislador, e esta sua vontade também foi colocada na Lei 12.403/11, que dá ao acusado tratamento diferenciado, sendo possível, inclusive, a prisão domiciliar, entre outras medidas cautelares, o que certamente vem trazer para o ordenamento jurídico maior respeito ao Princípio da Presunção de Inocência, bem como, ao Princípio base de todos os outros, o da Dignidade Humana.

• As Novas Medidas Cautelares

Responder o processo em liberdade é uma garantia que foi dada ao réu primário, primeiramente pela Lei 5.941/73 e, alguns anos após esta, pela Lei 6.416/77. Que permitem conceder a liberdade provisória ao acusado, desde que preenchidos certos requisitos.

A 12.403 não é tão diferente das normas supracitadas, mas sim, mais ampla. A vontade do legislador em sua criação compreende desde a intenção de diminuir o grande número de detidos sem condenação transitada em julgado, até a busca pela adaptação da norma processual penal à Constituição Federal de 1988. Dando vital importância força cautelar da prisão preventiva, que vinha se banalizando.

Com a entrada em vigor da norma em comento, após 60 dias de *vacatio legis*, a prisão cautelar passa a ser regida apenas pela prisão preventiva, que passa a ser utilizada apenas como medida de ultima ratio, e prisão temporária, nas restritas hipóteses da Lei 7.960/89. Deixa de ter relevância como espécies de prisões cautelares, a prisão administrativa e prisão em flagrante.

A figura da prisão em flagrante continua existindo, porém, não mais poderá perdurar por todo o processo, perdendo seu caráter cautelar. A forma como é realizado o flagrante continua sendo a mesma, porém, passa a ser obrigatoriamente transitório, devendo o juiz analisar se ele se encontra em ordem ou não, para tomar as necessárias providências.

Nesse sentido, a doutrina de Aury Lopes bem explica:

Com isso, sepultou-se a chamada “prisão para averiguação” e coisas do gênero, pois somente haverá prisão nos dois casos mencionados. Recordemos ainda, que a prisão em flagrante é pré-cautelar e sua precariedade exige que o auto (de prisão em flagrante) seja encaminhado em até 24h para o juiz, que então, de forma escrita e fundamentada, irá enfrentar a possibilidade de concessão de liberdade provisória ou, se necessário e houver pedido por parte do Ministério Público ou da polícia, decretará a prisão preventiva. Então, a manutenção da prisão (agora como preventiva) exigirá uma decisão escrita e fundamentada do juiz. (LOPES JUNIOR. 2011. pag. 56).

Assim, entende-se que a prisão em flagrante não deverá durar mais que 24h, pois este é o prazo que possui o magistrado para analisar a prisão. No caso de a prisão em flagrante encontrar-se sem vícios, poderá transformá-la em preventiva, isto é, se preenchidos forem os requisitos para esta. Pode ainda, estando em ordem o flagrante, conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com qualquer uma, ou mais de uma, das medidas cautelares trazidas pelo art. 319, CPP.

O art. 282, CPP, com nova disposição, traz os requisitos para a aplicação das medidas cautelares, quais sejam: a) necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e, nos casos ex-

pressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; b) adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Necessário se faz, analisar com bastante cuidado o primeiro requisito, pois deve-se evidenciar de forma clara que há o risco do acusado causar qualquer transtorno no andamento processual, se não existir não será necessário utilizar qualquer medida cautelar. Quanto ao segundo requisito, este encontra-se intimamente ligado ao princípio da proporcionalidade, devendo a restrição ser equivalente a necessidade que o caso impor, sob pena de ocorrer em afronta ao Princípio da Presunção de Inocência, pois o que sustenta a possibilidade de acautelamento se tratando de agente ainda não comprovadamente culpado, é justamente a necessidade e adequação da medida.

É preciso tamanho cuidado, pois as medidas cautelares possuem grande impacto na vida da pessoa a quem lhe for impostas, e jamais deverão ser utilizadas com caráter punitivo, pois este só poderá existir com a prisão pena.

São as novas medidas cautelares, apresentadas pelo art. 319, CPP:

(A) Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades: é livre ao juiz determinar qual será o lapso temporal entre um comparecimento e outro, entretanto, deve se cuidar para que não seja determinado prazo curto, o que seria prejudicial ao acusado ou indiciado, quando não for caso de necessidade. Em regra, o prazo para o comparecimento é de 30 dias, mas pode ser determinado, *e.g.*, comparecimento diário.

Informar e justificar as atividades contribui para que o judiciário venha a tomar conhecimento do atual comportamento do indivíduo, bem como, no caso de estar ele sob a imposição de uma outra medida cautelar, vir a contribuir na fiscalização desta, fator de grande importância na eficácia das cautelares.

Não se pode confundir o comparecimento periódico em juízo com o comparecimento nos atos processuais. Em verdade, o obrigatório comparecimento aos atos processuais não mais se encontra como regra para a concessão de liberdade provisória, com as alterações sofridas no art. 319, CPP. É plausível tal separação, pois o comparecimento do acusado em um ato processual, tal como em uma audiência, não deve suprir a necessidade do comparecimento em juízo como medida cautelar imposta.

O professor Aury Lopes acrescenta que “teria anadado melhor o legislador se tivesse permitido ao juiz fixar dias e horas, conforme a jornada de trabalho do imputado” (LOPES JUNIOR. 2011, pág. 128), assim o acusado poderia ser beneficiado com o horário em que lhe fosse menos prejudicial para o cumprimento da im-

posição.

(B) 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: a reincidência é hoje um fator que gera grande inquietação. É notório que existem criminosos que agem em locais específicos, como bares e boates, sem falar na grande chance de que influenciado pelo álcool ou outras substâncias, venha o indivíduo a cometer novamente infrações, sejam elas de mesma natureza ou não.

Como sempre, deve-se evitar o exagero, sob pena de se aplicar medida mais grave até mesmo que a própria prisão preventiva. Entre as cautelares, é a que menos demonstra habilidade para combater o andamento processual prejudicado, pois possui caráter preventivo, mas mais direcionado ao comportamento do acusado ou indiciado, do que do próprio andamento processual.

(C) Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante: proibir o acusado ou indiciado de se aproximar de pessoa determinada é uma limitação mais eficiente do que a proibição de frequentar determinados lugares, sendo, inclusive, mais fácil de visualizar a tutela às provas do processo. Se a pessoa determinada for a vítima, ou até mesmo uma testemunha, e o acusado ou indiciado se aproximar dela, a própria pessoa determinada poderá denunciar o descumprimento para as autoridades, facilitando a fiscalização e aumentando a eficácia da medida.

(D) Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução: a cautelar que proíbe a saída da Comarca em que esteja correndo o processo é ampla, podendo ser vários os motivos pelos quais o judiciário necessitará da presença contínua do indiciado ou acusado no local, devido ao fato de o legislador ter utilizado os termos conveniente e necessária. Previne também a fuga, embora de pouco peso, e, assim como as demais medidas cautelares deve ser retirada quando o motivo que ensejou a decretação da medida não mais existir.

(E) Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalhos fixos: entre as novidades realizadas pela 12.403, encontra-se o Recolhimento Domiciliar, que possui natureza diferente da Prisão Domiciliar que prevê a Lei de Execuções Penais em seu art. 117, pois esta cabe como prisão pena, ou seja, apenas após uma condenação transitada em julgado, com verdadeira intenção de punir, enquanto aquela é de

caráter cautelar, podendo incidir apenas como medida processual de acautelamento no decurso da ação penal, pois se trata de medida de segurança.

Não deve o Recolhimento Domiciliar ser confundido também com a Prisão Domiciliar que trata o artigo 317 e 318 do CPP (modificados pela Lei 12.403/11), pois este cabe apenas como substituição à prisão preventiva, em situações especiais, como a idade do agente ser superior a oitenta anos; se encontrar ele debilitado por motivo de doença grave; imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência; e ser gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Vale reforçar que quando não for possível a prisão preventiva, também não poderá ser aplicada a Prisão Domiciliar dos artigos 317/318, já que esta serve apenas para substituir aquela. Assim, se presente estiverem os requisitos para as medidas cautelares, poderá ser aplicada a medida cautelar de recolhimento domiciliar.

(F) Suspensão do exercício de função pública ou de atividades de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais: esta cautelar é considerada a mais grave de todas, pois trata de seria restrição a ser imposta ao indivíduo, sendo que as medidas cautelares não possuem tempo máximo de duração, poderá ocorrer por tempo prejudicial ao acusado ou indiciado.

Se faz indispensável, para a aplicação de uma medida tão pesada, cuidado extremo com a necessidade da cautela. Suspender o exercício de qualquer atividade que resulte em lucro por vezes pode ser considerada mais grave que a prisão preventiva do agente.

Forçoso reconhecer que tal medida também não tutela o processo, e a prova dentro dele, mas sim a prática de novas infrações penais, o que não deveria por si só motivar a existência de uma cautelar.

(G) 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: se tratando de normas que regulem assuntos relacionados à inimputável ou semi-imputável, sempre houve controvérsias. E a internação provisória não é exceção.

Quando se fala em provisório, logo se questiona qual é o tempo ou critério de sua transitoriedade. As medidas cautelares não possuem prazo máximo determinado, mas sempre devem cessar quando não mais existir a razão que motivou a sua decretação. Entretanto, neste caso a situação se complica, pois é necessário perícia para a devida comprovação da inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente, não devendo este permanecer internado por tempo indeterminado aguardando que seja decidido se ele é ou não imputável.

Pode o juiz usar de outra medida cautelar até que se comprove se há ou não a aptidão no agente para ser culpável, como monitoração eletrônica e comparecimento periódico em juízo, devendo sempre evitar que o acúmulo de medidas cautelares supere a gravidade que o agente sofreria com a prisão preventiva.

(H) 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: a fiança é uma garantia patrimonial que se destina ao pagamento de despesas processuais, multa e indenizações, em caso de condenação. Possui grande relevância como fator inibidor da fuga, e necessária relação com a gravidade do delito, bem como, com a possibilidade de pagamento do acusado ou indiciado.

A Lei 12.403 trouxe importantes modificações na fiança, podendo agora ser aplicada como medida cautelar diversa de prisão, ou vinculada à liberdade provisória, segundo o art. 310, CPP.

Com o fim da força cautelar da prisão em flagrante, o juiz deve conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, em casos onde não forem preenchidos os requisitos necessários para a prisão preventiva. Portanto, de forma clara, a fiança não é requisito para a concessão da liberdade provisória.

Prevista também no art. 319, VIII, a fiança possui agora o caráter cautelar, e terá eficácia principalmente se for utilizada em conjunto com outra medida cautelar, como em caso de descumprimento de uma delas.

Surgiu também, o caráter punitivo na fiança, tratada na segunda parte do art. 310, CPP, que diz que a fiança poderá ser aplicada em caso de descumprimento de ordem judicial, o que não torna o sistema claro, podendo ser prejudicial ao imputado, quando ofender seu direito de silêncio, por exemplo.

O valor da fiança também mudou, agora muito mais amplo do que antes, pode alcançar de forma eficaz aqueles que possuem renda extremamente alta. Calculada com base no salário mínimo vigente no país, pode ser diminuída em 2/3, ou elevada em até mil vezes. Este elevado valor pode prevenir a fuga, justamente pelo motivo de retirar do acusado ou indiciado sua fonte de sustento em caso de pretender ele se esconder da justiça.

(J) Monitoração Eletrônica: a monitoração eletrônica é um instrumento antigo no meio jurídico penal, mas que devido a dificuldade de manter um aparelho preso ao corpo do apenado, bem como, a precária tecnologia necessária para diversos tipos de controle, teve sua eficácia perdida ao decorrer do tempo. Entretanto, a tecnologia dos tempos atuais tem permitido não só a diminuição do tamanho dos aparelhos utilizados, mas também o aprimoramento do próprio sistema de operação.

A Lei 12.403 da nova atenção a monitoração eletrônica, mas desta vez como uma medida cautelar alternativa à prisão, não mais apenas a pena de prisão, como era antes, pois agora pode ser utilizada durante o processo, para contribuir com a garantia do bom mandamento processual, e, inclusive, para ajudar a reforçar a eficácia de outras medidas cautelares, tais como a proibição de se ausentar da Comarca, ou de frequentar determinados lugares.

Assim como na maioria das medidas cautelares, esta também deve ser utilizada com muito cuidado. Há quem diga que seja esta a mais severa das cautelares, pois é se trata de uma visível proibição carregada pelo acusado ou indiciado, havendo grande chance de deixar um estigma no usuário.

CONCLUSÃO

Alguns juízes já se encontravam aplicando sentenças no sentido das medidas cautelares, determinando limitações de contato e frequência em determinados lugares, porém, agora possuem eles o apoio da lei para utilizarem dessa forma de coação.

Deve-se ter o cuidado, neste caso aos magistrados, com as medidas cautelares que se encontram com de-

terminações em aberto, como o comparecimento periódico em juízo, pois em caso algum pode ser deferido limitação que supere a prisão preventiva em relação ao dano sofrido pelo acusado ou indiciado, já que as medidas cautelares são para substituir a preventiva, bem como, o mau causado por esta.

Passa então a prisão preventiva ser tratada como medida de ultimo ratio. Somente será aplicada quando seus requisitos forem preenchidos, e, não o sendo, entra em cena as medidas cautelares, que também possuem seus requisitos a ser obedecidos, no sentido da devida necessidade e proporcionalidade que o caso apresentar.

Enfim, importante ressaltar que as medidas cautelares trazidas pela 12.403 são novas, mas que em muito se confundem com outros institutos já existentes no âmbito do direito penal e processual penal. Portanto, é necessário muito cuidado do operador do direito no momento em que for trabalhar com elas, para que não haja conflito entre os institutos, e, muito menos, uma evolução negativa nos assuntos tratados por esta legislação. Assim, como em todo o ordenamento jurídico deve ser, nos será permitido analisar a recepção da norma, e, se necessário, traçar novas mudanças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade. As reformas processuais penais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 4ª Tiragem* Editora Revista dos Tribunais. 2011. pág. 09.
- BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal. 6ª Ed.* São Paulo: Saraiva. 2011. pág. 78.
- LOPES JUNIOR, Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12.403/2011. 2ª Edição.* Rio de Janeiro. Editora Lúmen Júris. 2011. pág. 56.
- LOPES JUNIOR, Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12.403/2011. 2ª Edição.* Rio de Janeiro. Editora Lúmen Júris. 2011. pág. 128.
- Lei 12.403, de 04 de maio de 2011.