

Aspectos Positivos e Negativos da Lei n.º 12.403/2011

Gerlado Cavalcante Amorim

Juiz titular da 9ª Vara Criminal
da Capital e respondendo pela
17ª Vara Criminal da Capital

A reforma introduzida pela Lei 12.403/2011 foi bem-vinda, por ter reorganizado o processo cautelar na esfera penal e ter trazido, de forma expressa e organizada, a previsão de decretação de medidas cautelares alternativas à prisão, quais sejam o comparecimento periódico em juízo para informar e justificar atividades, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares para evitar o risco de novas infrações, a proibição de manter contato com pessoa determinada, a proibição de ausentar-se da Comarca, o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, a internação provisória em estabelecimento psiquiátrico, a fiança e a monitoração eletrônica – todas, agora, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, alguns pontos da reforma imediatamente trouxeram consigo algumas polêmicas, tanto na sociedade em geral – que, incitada por parcela da imprensa, passou a temer a soltura de criminosos perigosos – quanto no círculo dos operadores do Direito – que logo perceberam lacunas jurídicas nas novas previsões legais.

Como ponto positivo principal, a reforma pôs fim a um sistema processual penal cautelar bipolar (prisão ou soltura), substituindo-o por um sistema de progressão organizada entre as medidas cautelares. Antes, o Magistrado tinha previstas no Código apenas as opções de decretar a prisão preventiva e de manter a prisão em flagrante quando presentes os fundamentos da prisão preventiva, ou de conceder a liberdade ao acusado. Agora, o Magistrado, para decretar a prisão, deve fundamentar *porque* deixa de aplicar uma das medidas cautelares alternativas, pois o art. 282, § 6º, após a mudança instituída pela Lei, passou a determinar que a prisão preventiva só será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

Ressalte-se, contudo, que a novidade não está necessariamente nas medidas cautelares alternativas, mas sim na necessidade de o Magistrado fundamentar porque deixa de se valer delas.

De fato, de todas as medidas cautelares alternativas expostas pela nova Lei no art. 319 do CPP, entendemos que apenas a “monitoração eletrônica” não era antes aplicada de alguma forma. Várias das outras medidas cautelares já estavam inseridas no poder geral de cautela que detém o juiz para determinar as providências cabíveis para proteger o processo, as testemunhas ou as vítimas, geralmente deferidas com a concessão de liberdade provisória após a prisão em flagrante, e a assinatura de “termo de compromisso” (proibição de sair da Comarca, retenção do passaporte, proibição de saída noturna e de comparecimento a determinados lugares, por exemplo). Outras estavam previstas em leis especiais – como as medidas protetivas da lei Maria da Penha, que prevê a possibilidade de o juiz proibir que o réu se aproxime da vítima ou mantenha contato com ela. A internação provisória, de igual forma, já estava prevista no próprio CPP, embora condicionada à decretação da prisão preventiva (art. 150).

A monitoração eletrônica, por sua vez, é novidade bastante polêmica, pois a lei não previu como será efetivada e nem a quem incumbirá sua fiscalização. Dependerá, é certo, da conjugação de esforços entre os Poderes Judiciário e Executivo, para que sua instituição prática seja a mais eficaz possível. Vale destacar que essa medida não poderá ser imposta contra a vontade do acusado, sob pena de ser violado o direito à intimidade, previsto no art. 5º, X, da Constituição (Eugênio Pacelli de Oliveira). Isso, por outro lado, não pode ser invocado pelo acusado para se eximir de *qualquer outra* medida cautelar que a ela possa substituir.

De outra banda, também como ponto positivo, podemos elencar que a norma agora é

enfática ao determinar que, diante de uma prisão em flagrante, o juiz só poderá manter o indivíduo preso se convertê-la em prisão preventiva, e somente poderá fazê-lo quando mostrar serem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Antes, a regra era o juiz simplesmente homologar a prisão em flagrante, fundamentando a necessidade de mantê-la apenas depois que houvesse pedido de liberdade provisória (e era nesse sentido o texto da lei).

Como aspectos negativos, acreditamos que houve um exagero desnecessário no trato da prisão como medida excepcional – se antes era medida excepcional, agora é excepcionalíssima.

O cerne desse problema é a redação do art. 313, inciso I, do CPP, após a reforma, que passou a tornar a decretação da prisão preventiva possível apenas para os crimes cuja pena máxima seja superior a 4 anos, ressalvadas as raras hipóteses de o acusado já ter sido condenado (com trânsito em julgado) por outro crime doloso ou de estar sendo acusado de crime praticado com violência a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Assim, a menos que haja prévia condenação transitada em julgado por outro crime doloso, o juiz não pode mais decretar a prisão preventiva, apenas a título de exemplo, nos seguintes casos: furto simples, peculato mediante erro de outrem, porte ilegal de arma de uso permitido, resistência qualificada, receptação, formação de quadrilha (art. 288, *caput*, do Código Penal), reingresso em território nacional do estrangeiro antes expulso e coação no curso do processo.

Em alguns dos exemplos acima, tolhe-se a própria proteção ao bem jurídico dada pela lei penal. É o caso do reingresso do estrangeiro expulso: qualquer medida cautelar (diversa da praticamente inaplicável monitoração eletrônica) que se conceda a ele seria ineficaz para deixá-lo fugir em direção ao interior do país e lá se esconder.

Outro caso ainda mais grave é o caso da coação no curso do processo. A nosso ver, é inadmissível deixar imune à decretação da prisão a pessoa que ameaça de morte, com palavras o mais eloquentes possível, o juiz, o promotor, o defensor público, o advogado, o assistente do Ministério Público, a testemunha, a vítima e, até mesmo, os jurados, com o fim de obter vantagem em determinado processo (art. 344 do Código Penal). Em casos tais, não há medida cautelar alternativa que retire o risco do cometimento de crime mais violento ou da simples reiteração criminosa.

Nesse ponto, defendemos a inconstitucionalidade da vedação da prisão preventiva aos crimes aos quais é prevista pena privativa de liberdade de até 4 anos, dada a incompatibilidade com o direito individual e social à segurança, previsto nos arts. 5º, 6º e 144 da Constituição Federal.

Outra norma desnecessária é a do § 2º do art. 282, incluído pela reforma, que passou a condicionar a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva na fase do inquérito a requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. Sinceramente, não acreditamos que o juiz que decreta de ofício uma prisão na fase inquisitorial esteja sendo parcial, ou esteja interferindo indevidamente numa etapa em que não lhe compete diligenciar.

Por fim, reputamos necessário expor um ponto positivo da reforma que, no entanto, terá má aplicação prática. Trata-se do art. 289-A, que criou um banco de dados nacional (BNMP), a ser mantido e regulamentado pelo CNJ, com o fim de possibilitar o acesso aos mandados de prisão existentes por “qualquer agente policial”.

O problema, a nosso ver, é que o CNJ, mediante a Res. n.º 137/2011 extrapolou o poder regulamentar conferido pela legislação, interpretando que “uma das finalidades do banco de dados para registro dos mandados de prisão é facilitar-lhes o conhecimento por qualquer pessoa”. Por mais que isso tenha sido objeto dos debates legislativos, não foi isso que acabou expresso no texto da lei. E, embora o Conselho tenha admitido como *possibilidade* o juiz determinar que o mandado seja expedido em caráter restrito (art. 2º, § 2º), essa deveria ser a regra absoluta. Afinal de contas, só um *homo juridicus* (termo utilizado por Miguel Reale), modelado exatamente conforme o direito, seria capaz de, sabendo que há mandado de prisão contra si, entregar-se à polícia e deixar-se ser recolhido ao decadente sistema penitenciário brasileiro de modo gracioso. O CNJ, com essa Resolução, simplesmente presumiu que o indivíduo que descobre haver um mandado de prisão contra si tratá-lo-á como uma simples certidão positiva de débitos fiscais, ou um documento qualquer que exprimisse uma irregularidade a ser sanada perante um órgão aleatório do governo.

Em termos sucintos, a reforma trouxe normas exageradamente permeadas pelo mais

infantil “medo do Estado”, marcadas por uma tentativa esforçada – porém ineficaz – de defender os direitos de primeira geração, e esquecendo-se que há muito tempo o Estado passou a ter a função de proteger a sociedade em duplo viés: não mais apenas contra o arbítrio, mas também com a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, fazendo valer o direito fundamental à segurança previsto na Constituição.¹

¹ STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico**. Colhido in “Processo Civil – Aspectos Relevantes”. Coletânea de Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte. Método: São Paulo, 2006.