

A Lei 12.403/2011 e as Alterações Promovidas no Código de Processo Penal

Vilson Farias

No dia 05 de maio do presente ano foi publicada no DOU a Lei nº 12.403/2011, a qual alterou vários dispositivos do CPP relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, bem como outras medidas cautelares.

Estamos no período de *vacatio legis*. A lei entrará em vigor 60 (sessenta) dias após publicada, e, neste período, muitas opiniões ocuparão os canais de comunicação em busca de uma acertada compreensão da mesma.

Desta forma, com respaldo no princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII da CF, inovou a referida lei ao acrescentar um conjunto de medidas cautelares alternativas à prisão.

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"

Salienta-se que como a liberdade de locomoção constitui um direito fundamental do indivíduo, a opção por qualquer das medidas cautelares deve atender ao princípio da proporcionalidade, ou seja, deve-se observar qual das medidas é a mais adequada e necessária para atender a gravidade do caso concreto.

A primeira mudança que houve no CPP foi a inclusão da expressão "Medidas Cautelares" à nomenclatura do Título IX, passando a "Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória".

Neste sentido, conforme estabelece o § 6º do art. 282 do CPP, vê-se que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, ou seja, a mesma será aplicada somente quando as demais medidas não sejam eficazes ou adequadas para garantir a persecução penal.

"Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º 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.

§ 3º 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.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º *A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).*" (NR)

As medidas cautelares são regidas por dois princípios legais: necessidade e adequação, ou seja, deve ser proporcional a gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado.

Pelo princípio da fungibilidade das medidas cautelares, presente no § 4º do artigo acima referido, de ofício ou mediante requerimento do MP, de seu assistente ou do querelante poderá, de ofício, observando o descumprimento de qualquer das obrigações impostas, substituir a medida adotada, ou ainda, impor outra em cumulação, ou em última hipótese, decretar a prisão preventiva.

Outras pequenas mudanças são observadas no art. 289, estabelecendo que acusado quando for preso em outra unidade da federação, deverá ser removido pelo juiz processante, no prazo máximo de trinta dias, contados da efetivação da medida.

"Art. 289. Quando o acusado estiver no território nacional, fora da jurisdição do juiz processante, será deprecada a sua prisão, devendo constar da precatória o inteiro teor do mandado.

§ 1º Havendo urgência, o juiz poderá requisitar a prisão por qualquer meio de comunicação, do qual deverá constar o motivo da prisão, bem como o valor da fiança se arbitrada.

§ 2º A autoridade a quem se fizer a requisição tomará as precauções necessárias para averiguar a autenticidade da comunicação.

§ 3º O juiz processante deverá providenciar a remoção do preso no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida." (NR)

José Luiz Oliveira de Almeida, com a experiência de uma carreira brilhante como juiz, promotor de Justiça e Desembargador, faz uma oportuna crítica ao artigo:

"O legislador, no seu proverbial delírio, só esqueceu de dizer como e com quais recursos se viabilizará a remoção.

Eu me arrisco a dizer que, fora alguma excepcionalidade, tudo continuará como dantes, ou seja, os presos na mesma unidade jurisdicional não serão apresentados a tempo e hora, e os presos em outras unidades da Federação, via precatória, jamais serão removidos no prazo de trinta dias." 1

Importante destacar a nova redação do Art. 310, do CPP:

"Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá *fundamentadamente*:

I – relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança."

Recebendo o auto de prisão em flagrante, o juiz poderá; 1. Relaxar o flagrante em caso de irregularidade (flagrante preparado ou forjado, etc.); 2. Conceder liberdade provisória (com ou sem fiança); 3. Novidade trazida pela nova lei, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. Antes da nova lei, a prisão em flagrante perduraria durante o processo. Agora o juiz poderá convertê-la em prisão preventiva.

O Ilustre Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, José Luiz Oliveira de Almeida se pronuncia da seguinte maneira acerca do artigo destacado:

"Esse dispositivo põe termo, definitivamente, a acerba discussão que tem sido travada nos Tribunais – e na doutrina – quanto à necessidade de fundamentação do despacho homologatório do auto de prisão em flagrante, para fins de manutenção do ergástulo.

Agora, ao que se pode inferir do dispositivo legal, o juiz, ao receber o flagrante, não poderá mais se limitar a analisá-lo nos seus aspectos puramente formais. Terá, sim, que fundamentar as razões pelas quais mantém preso o provável autor do fato.

De qualquer sorte, a manutenção do autor do fato preso em flagrante só se legitimará se o juiz convolar a prisão em preventiva, o fazendo desde que presentes – e cumpridamente demonstrados – os seus pressupostos legais." 2

Aury Lopes, que foi, em seu tempo de estudante, meu estagiário no Ministério Público de Rio Grande, em sua excelente obra "Direito Processual e sua Conformidade Constitucional", já defendia em seus escritos, antes da novel legislação, seu ponto de vista quanto ao procedimento que deveria ser adotado pelos juízes no momento do recebimento do auto de prisão em flagrante:

"Para que fique bem claro: se estiverem presentes os requisitos formais do flagrante, o juiz deverá homologá-lo, chancelando a legalidade do ato. Contudo, se o flagrante for ilegal (forjado, provocado, etc.), seja porque a situação fática de flagrância não estava presente ou porque há alguma falha formal, o juiz deverá relaxar a prisão, determinando a imediata soltura do detido."

E destaca ainda que:

"Homologado o flagrante, passa o juiz para um segundo momento, obedecendo ao disposto no art. 310 do CPP, especialmente no seu parágrafo único: deverá verificar a necessidade da prisão cautelar. O próprio art. 310 remete para os arts. 311 e 312 do CPP, que disciplina a prisão preventiva. É como se o texto legal dissesse: em que pese o flagrante, a prisão somente poderá ser mantida se estiverem presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, podendo então ser decretada a prisão preventiva." 3

Por sua vez, Eugênio Pacelli de Oliveira, a propósito do tema em comento, chamava a atenção para o equívoco da simples homologação do auto de prisão em flagrante:

"Adota-se postura passiva, como se ao aprisionado coubesse *comprovar* a *desnecessidade* da manutenção da custódia. Em uma palavra, extrai-se do flagrante consequência ou de *antecipação de culpabilidade* ou, o que é igualmente inaceitável, de *presunção de necessidade da prisão*." 4

Discussões sobre a matéria levaram o STJ a se pronunciar em julgamento de Habeas Corpus, entendendo dever confirmar as homologações e as prisões delas decorrentes, sem a devida fundamentação acerca da necessidade da manutenção da prisão, como se colhe, por exemplo, da decisão abaixo, *litteris*, trazida pelo Desembargador José Luiz Oliveira de Almeida:

"A praxe judiciária de homologação, pelo juiz, do auto de prisão em flagrante, consubstancia mero exame das formalidades legais e tem por consequência, prevenir a jurisdição, não se exigindo seja tal despacho fundamentado, salvo se for para ordenar o seu relaxamento. (STJ, 6ª Turma, à unân., HC nº 5.650/RS, rel. Min. Vicente Leal, DJU, 01.09.97, p. 40.885)." 5

Portanto, agora o juiz, ao decidir pela permanência do réu segregado, deverá explicitar as suas razões para mantê-lo, pondo fim à discussão que divergia doutrinadores e STJ.

Transcrevemos os arts. 312 e 313 do CPP, regulador da prisão preventiva:

"Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para

assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)." (NR)

"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).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida." (NR)

No que tange à prisão preventiva não houve alterações relacionadas aos fundamentos para a decretação da mesma, eis que permanece a garantia da ordem pública e econômica, a conveniência da instrução criminal, bem como a decretação para assegurar a aplicação da lei penal.

Álvaro Orlando Pérez Pinzón faz importantes considerações acerca do princípio que na Colômbia é conhecido como *Favor Libertatis* ou *Favor Rei*, que na doutrina brasileira é conhecido como *in dubio pro reu*:

"Su fundamento es el respeto hacia uno de los estados de naturaleza humana, conocido como libertad, o potestad de desplazamiento libre.

Por ello, dentro de la actuación penal:

1. La libertad es la regla general.

2. La libertad solamente puede ser disminuida en casos muy excepcionales, sobre todo en relación con la probable comisión de delitos bastante graves.

3. Si el poder judicial necesariamente tiene que restringir la libertad, el mismo poder judicial debe acudir a los instrumentos que el ordenamiento jurídico, al máximo, debe prever para recuperarla, de manera pronta, bien porque ya no sea imprescindible su reducción, bien porque ha sido menguada ilegal o ilícitamente.

4. Si al interpretar la ley surge incertidumbre entre su reconocimiento y su desconocimiento, se debe aplicar el *principio in dubio pro libertate*. Si la duda se presenta en torno a la prueba, se debe acoger el mismo principio, como integrado al *in dubio pro reo*." 6

Contribuição excepcional da amiga e colega de anos de advocacia, Josiane Petry Faria, Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul, hoje professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, a respeito da inconstitucionalidade de algumas prisões cautelares:

"(...) hipóteses de cabimento de prisão preventiva poderiam ser execradas do ordenamento, por estarem em flagrante descompasso com os princípios constitucionais. São os casos de prisão preventiva para manutenção da ordem pública, da ordem econômica e as baseadas no clamor social. Esses motivos são ilegítimos para fundamentar a ordem prisional, porque não possuem qualquer intento cautelar ou instrumental para o processo, na verdade, deixam explícito o seu desígnio de antecipar a punição do réu, gerando uma violenta inconstitucionalidade." 7

O texto da Constituição, em seu art. 5º, LVII, refere que nenhum cidadão pode ser considerado culpado sem que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado, assim como é inaceitável a privação da liberdade do indivíduo sem a ocorrência de um devido processo legal, devendo estar vinculada qualquer norma penal a esses preceitos constitucionais.

Falha do poder estatal, que não revogou a norma, e, surpreendentemente a ratificou ao editar e sancionar a nova lei comentada, ferindo o princípio da inocência e do devido processo legal.

"No que pertine as demais prisões provisórias, o caso mais grave parece ser o da prisão temporária, que encarcera o suspeito de um crime antes do início do processo penal em que seja réu, possuindo uma finalidade investigatória. Resumindo, restringe-se a liberdade para possibilitar a investigação.

(...)

Destarte, constata-se que essa espécie de prisão provisória representa um abuso ofensivo a tudo o que a Constituição estabelece. Se esta norma prevê que ninguém sofrerá privação de sua liberdade sem o devido processo legal, e que nenhum cidadão será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de que forma explicar que adentra no ordenamento jurídico uma lei que permite a prisão temporária? Como uma lei que possibilita encarcerar um cidadão que não possui processo algum tramitando em seu desfavor, em outras palavras, é preso durante a fase investigatória, é aprovada pelo Poder Legislativo e passa a gerar seus nefastos efeitos? São questões de difíceis respostas e que

somente comprovam o fato de que os ideais ditatoriais que, em tese, foram dizimados com a promulgação da Constituição de 1988, continuam latentes na mente dos legisladores e dos operadores de direito nacionais mesmo passadas duas décadas desse grande marco na defesa e proteção dos direitos humanos." 8

Vale destacar que a prisão preventiva, conforme o inciso I do art. 313, só pode ser decretada em crimes dolosos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos.

No entanto, devido às alterações introduzidas pela lei, a prisão preventiva poderá ser decretada nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima inferior a 4 (quatro anos) quando o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ou ainda, 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.

Em caso de dúvida sobre a identidade do agente, poderia ser decretada sua prisão temporária (conforme a Lei nº 7.960/89), no entanto, de acordo com o Parágrafo Único do art. 313 do CPP, caberá prisão preventiva, o que nos leva a concluir que a lei da prisão temporária foi parcialmente revogada pela nova lei em comento.

Existe agora, com a nova lei sancionada, uma nova modalidade de prisão domiciliar, que vem a ser uma alternativa a prisão preventiva): 1. Nos casos em que o preso tiver mais de 80 (oitenta) anos; 2. Ser portador de uma doença grave debilitante; 3. Quando o preso for imprescindível para menor de 6 (seis) anos ou com deficiência; ou 4. Gestante a partir do 7º (sétimo) mês ou gravidez de risco.

"Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial." (NR)

"Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I – maior de 80 (oitenta) anos;

II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo."

Não cabendo manter o réu preso, por não estarem presentes os requisitos do art. 312 e 313 (acima transcritos), deverá o juiz adotar medidas cautelares previstas no art. 319 do nosso CPP.

"Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II – 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;

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI – 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;

VII – 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;

VIII – 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;

IX – monitoração eletrônica.

(...)

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares." (NR)

Outra alteração de suma importância no CPP relaciona-se ao instituto da fiança, uma vez que antes da entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011, a competência do Delegado de Polícia para fixar a fiança, dava-se apenas com relação aos crimes punidos com pena de detenção ou prisão simples, não abrangendo crimes punidos com reclusão, que competia apenas à autoridade judiciária.

Entretanto, com o advento da referida lei, a concessão da fiança pelo Delegado de Polícia poderá ocorrer quando se tratar de infrações cuja pena privativa de liberdade máxima não for superior a 4 (quatro) anos.

"Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas." (NR)

Desta forma, observa-se que após as modificações introduzidas pelo diploma alterador, uma vasta lista de crimes previstos no CPB poderão ter a fiança arbitrada pelo Delegado de Polícia, tais como: homicídio culposo (art. 121, § 3º), aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento (art. 124), violência doméstica (art. 129, § 9º), perigo de contágio venéreo (art. 130, § 1º) sequestro ou cárcere privado (art. 148), furto simples (art. 155), dentre vários outros.

Situação interessante e, para muitos, controvertida é a possibilidade de se exigir o pagamento de fiança do réu pobre, pois o pagamento de fiança não é imprescindível para a concessão de liberdade provisória.

"Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:

(...)

I – de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos;

II – de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.

§ 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:

I – dispensada, na forma do art. 350 deste Código;

II – reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou

III – aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

(...)"

Todavia, para contornar tal impasse o operador do direito deve-se ater ao comando do art. 350 do CPP, pois nos casos em que couber a fiança, o juiz, verificando a condição econômica do preso, poderá conceder a liberdade provisória, mediante o cumprimento de algumas obrigações, sob pena de tal impossibilidade configurar constrangimento ilegal.

"Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.

Parágrafo único. Se o beneficiado descumprir, sem motivo justo, qualquer das obrigações ou medidas impostas, aplicar-se-á o disposto no § 4º do art. 282 deste Código." (NR)

Dando cada vez mais força ao Princípio da Celeridade Processual, o legislador, ao confeccionar a lei em análise, inseriu nos arts. 322 e 335 do CPP, um prazo de 48 (quarenta e oito) horas para o juiz manifestar-se acerca da fiança, quando a mesma é negada pelo Delegado de Polícia, ou tratar de crimes com pena superior a 4 (quatro) anos, em que o *decisum* é do próprio juiz.

Se encaminhando para um fechamento das ideias levantadas, salientar destacar que as medidas cautelares prisionais, quando utilizadas de maneira displicente e irresponsável, vão de encontro aos direitos fundamentais do cidadão que, como sabemos, são os pilares da democracia. No entanto, quando forem utilizadas de maneira adequada, as cautelares prisionais são um poderoso instrumento processual, visto que, sem sua decretação, o processo corre o risco de não atingir seu objetivo, sua determinação torna-se plenamente aceitável, pois, estruturada nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a medida não venha a ser um ato inconstitucional.

Com certeza vários argumentos surgirão em torno das alterações introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 no CPP, eis que a mesma aumentou consideravelmente o rol das infrações penais passíveis da concessão da liberdade provisória mediante fiança. O texto da lei ainda esta "queimando", sendo raros os posicionamentos doutrinários e inéditos os jurisprudenciais, razão pela qual deverei voltar ao assunto.