

## Prisão e liberdade: as novidades trazidas pela Lei 12.403/2011

Guilherme de Souza Nucci

A edição da Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, em *vacatio legis* por sessenta dias, provoca ampla modificação no cenário da prisão e da liberdade no Código de Processo Penal. Constitui-se reforma de natureza positiva, privilegiando o espírito constitucional de 1988, além de seguir os princípios básicos do processo penal, dentre os quais o que prevê a liberdade como regra e a prisão como exceção.

A principal novidade diz respeito à introdução de medidas cautelares, restritivas da liberdade, diversas da prisão. São elas: comparecimento periódico em juízo para justificar as atividades; proibição de acesso e frequência a determinados lugares; proibição de manter contato com determinada pessoa; proibição de ausentar-se da Comarca; recolhimento domiciliar; suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica ou financeira; internação provisória; fiança; monitoração eletrônica (art. 319, CPP).

A ideia essencial é a substituição da prisão cautelar pelas medidas alternativas, tal como, hoje, se faz no contexto do Direito Penal, trocando-se a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Trata-se da mesma política de *desprisionalização*, ou seja, reservar o cárcere - provisório ou não - para casos realmente importantes. Não se pode banalizar a prisão, mormente no cenário provisório, quando ainda vigora o princípio constitucional da presunção de inocência.

É crucial salientar, entretanto, que as medidas cautelares constituem autênticas restrições a direitos, logo, à liberdade individual, não podendo ser decretadas sem base legal, nem tampouco se deve aplicá-las de forma padronizada. Em nossa obra *Prisão e liberdade*, apontamos a expressão *individualização das medidas cautelares*, fazendo um paralelo ao princípio penal da individualização da pena, tendo em vista as condições exigidas pela lei para a aplicação dessas novas medidas.

O art. 282 do CPP institui os requisitos para as medidas cautelares, alternativas à prisão. Basicamente, há dois critérios a observar: *necessariedade* e *adequabilidade*.

Quanto ao primeiro, dividem-se as condições em: a) para a aplicação da lei penal; b) para a investigação ou instrução criminal; c) para evitar a prática de infrações penais. Em relação ao segundo, são as seguintes condições: a) gravidade do crime; b) circunstâncias do fato; c) condições pessoais do indiciado ou acusado.

É preciso conjugar a necessidade e a adequabilidade, vale dizer, são critérios cumulativos. Porém, dentro de cada um deles, há três hipóteses alternativas, significando que o preenchimento de uma delas é suficiente. Ilustrando: a necessidade vem demonstrada pela exigência da investigação criminal; a adequabilidade estampa-se pela gravidade concreta do delito. Associadas ambas as condições, decreta-se a medida cautelar, dentre as disponíveis (art. 319, CPP), que podem ser isoladas ou cumulativas.

Para a aplicação das medidas cautelares, não se exige prova segura da materialidade e indícios suficientes de autoria, tal como se fosse uma prisão preventiva. São restrições mais brandas e merecem acompanhar o parâmetro utilizado para a prisão temporária, ou seja, haver um mínimo de provas em relação à existência do crime e de sua autoria, mas em grau diminuído, quando confrontado com a preventiva.

Desse modo, a necessidade para aplicação da lei penal difere, em gradação, do critério para a decretação da prisão preventiva (assegurar a aplicação da lei penal). Há dois fatores básicos para tanto: a) na medida cautelar, não há indispensabilidade de prova da materialidade e indícios suficiente de autoria; b) a necessidade de aplicação da lei penal não pode ser de tal monta, a ponto de justificar a preventiva. Exemplificando: havendo dúvidas se o indiciado pretende ou não fugir, em lugar de se partir diretamente para a prisão cautelar, pode-se decretar a medida cautelar de proibição de se ausentar da Comarca, recolhendo-se o seu passaporte. Se houver certeza de que ele pretende evadir-se, torna-se caso de preventiva.

Outro ponto interessante é a menção à gravidade do crime, como critério de adequabilidade. Por certo, deve-se entender a gravidade *concreta* do delito, baseada em fatos e não em meras suposições. Afinal, essa tem sido a tendência da jurisprudência no contexto da prisão preventiva, quando a gravidade do crime é invocada no cenário da garantia da ordem pública.

Permite-se, a partir da edição da Lei 12.403/2011, maior participação da vítima no processo penal, podendo requerer, por seu advogado (assistente de acusação), a decretação de medidas cautelares e da prisão preventiva.

Especifica-se, com rigor técnico, haver três possibilidades para o juiz, ao tomar conhecimento do auto de prisão em flagrante: a) considerando a prisão ilegal, deve relaxá-la; b) não sendo ilegal a prisão e estando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, deve *converter* a prisão em flagrante em preventiva; c) não sendo ilegal a prisão, nem estando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, deve conceder ao indiciado ou acusado o benefício da liberdade provisória, com ou sem a fixação de fiança.

Deixa-se bem claro, na esteira das anteriores reformas ocorridas em 2008, que a base da prisão cautelar constitui-se dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem a presença de tais elementos, a regra deve prevalecer, ou seja, o réu responde livre ao seu processo.

Abandona-se, com razão, para efeitos de decretação da prisão cautelar, a espécie de pena privativa de liberdade, se reclusão ou detenção. Como critério, passa-se a permitir a prisão preventiva, quando se tratar de crime doloso, punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. Sob tal prisma, ilustrando, o furto simples já não comporta prisão preventiva.

Cria-se a figura da *prisão preventiva utilitária*, quando houver suspeita em relação à identidade civil do autor do delito. Decreta-se a prisão com o fim de esclarecer tal dúvida; atingido o intento, coloca-se o preso em liberdade.

Surge a figura da prisão domiciliar, que representa o cumprimento de prisão cautelar em domicílio, quando o agente for maior de 80 anos, extremamente debilitado por doença grave, imprescindível aos cuidados especiais de menor de seis anos ou deficiente e gestante a partir do sétimo mês ou com gravidez de alto risco. Para a concessão do benefício, deve-se provar tais requisitos. Não se pode banalizar a aplicação da prisão domiciliar, concedendo-a a qualquer acusado, pois significaria o descrédito em relação ao instituto da prisão cautelar, afinal, se é possível manter o preso em sua casa, naturalmente, pode-se supor não ser tão perigoso a ponto de ter a preventiva decretada. As hipóteses mencionadas nos

**incisos I a IV do art. 318 do CPP evidenciam pessoas frágeis, cujo aprisionamento em casa pode ser eficiente. No mais, passa-se à incontestável impunidade.**

**Finalmente, o instituto da fiança foi reabilitado, com valores compatíveis à realidade, fixados em salários mínimos. Quem não puder pagar, pode ser dispensado, recebendo o benefício da liberdade, sem fiança, com termo de comparecimento aos atos processuais. Porém, torna-se fundamental que o magistrado criminal passe a se valer da fiança, sempre que perceber ser viável ao acusado custeá-la. Do contrário, a alteração cairá no vazio.**

**Em suma, esses são alguns aspectos da novel Lei 12.403/2011, que depende da atuação de todos os operadores do Direito para ganhar corpo e atingir eficiência no processo penal.**