

LEI 12.403/11: (IM)PERTINÊNCIA?

LAW 12.403/11: RELEVANCE OR IMPERTINENCE?

Guilherme Schroeder Abreu / Ana Cláudia da Silva Abreu

Mestres pela UFPR. Professores da Faculdade Campo Real – Guarapuava/PR

RESUMO

Surge a Lei 12.403/11, a qual trata de matéria atinente à prisão e medidas cautelares, cuja aplicação se opera antes do trânsito em julgado de um eventual decreto condenatório. O objetivo está, ao revés da análise minudente dos diversos artigos, em investigar e refletir sobre a pertinência da reforma. Se a referência deve ser a Constituição, desta evidenciam-se duas opções: a presunção de inocência e a adoção implícita do modelo acusatório. Se o parâmetro é constitucional e o tratamento no que tange à prisão e medidas cautelares é excepcional, ante a regra liberdade, qual a finalidade, então, da Lei 12.403/11?

PALAVRAS CHAVE: Prisão. Lei 12.403/11. Pertinência.

ABSTRACT

There is the Law 12.403/11, which is about the arrest and precautionary measures, whose implementation operates before the final judgment. The goal isn't a detailed analysis of various articles, but to investigate and reflect on the relevance of the reform. If the Constitution is the reference, it shows two options: the presumption of innocence and the adoption of the accusatory system. If the parameter is constitutional and the arrest and precautionary measures are exceptional, being freedom the rule, what is the purpose of the Law 12.403/11?

KEYWORDS: Prison. Law 12.403/11. Effectiveness.

INTRODUÇÃO

Passado algum tempo da publicação da Lei 12.403/11, há lugar para a elaboração de ponderações que, por opção, não estarão no senso comum da apreciação individualizada dos dispositivos legais, mas sim na sua pertinência.

Sendo assim, a resposta ao que se propôs no parágrafo anterior compreenderá: a concepção de sistema e sua adoção pelo processo penal; o contexto da prisão cautelar nos modelos processuais penais; a pertinência da Lei 12.403/11.

DESENVOLVIMENTO

Todo sistema, tendo em vista seu significado, nos conduz à ideia de organização, a fim de propiciar seu funcionamento consoante o modo pelo qual foi engendrado.

Neste sentido, FERRAZ JR (1976, p. 9) define-o como uma “totalidade construída, composta de várias partes”, a recair num “todo fechado, onde a relação deste com suas partes

entre si estão perfeitamente determinadas segundo regras lógicas de dedução [...], cujo princípio básico propõe uma relação de identidade entre o todo e a soma das partes”. Em suma, mas agora pela concepção de BOBBIO (1999, p. 71) trata-se de “uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”.

Estas definições têm lugar no Processo Penal, independente do sistema que lhe é aplicado (acusatório ou inquisitório). Assim, se o processo penal é sistêmico, seus institutos devem obedecer à lógica do sistema, que no âmbito brasileiro não permaneceu a mesma.

Sendo assim, no intuito de justificar a pertinência da Lei 12.403/11, o que se almeja é revelar o contexto da prisão cautelar consoante os momentos históricos do CPP de 1941 e da CF de 1988, de acordo com os sistemas processuais penais que lhes são inerentes.

As disposições legais compreendidas no CPP revelam a adoção do sistema inquisitório, uma vez que seu elemento central - gestão da prova - também poder recair no juiz. Neste sentido, LOPES JR (2005, p. 168) afirma que o “ponto nevrálgico é a identificação de seu núcleo, ou seja, do princípio informador, pois é ele quem vai definir se o sistema é inquisitório ou acusatório e não os elementos acessórios (oralidade, publicidade, separação de atividades, etc.)”.

Ante a opção inquisitória, mas com enfoque na prisão cautelar, destaca-se que a condição do acusado em geral é de presumido culpado. A corroborar expõe ROSA (2006, p. 138) raciocínio oposto à presunção de inocência:

A tradição ‘Inquisitória’ herdada solapa esta garantia, partindo da prévia contenção do agente que é ainda mero acusado, na melhor perspectiva da ‘Criminologia Positiva’, segundo a qual o desviante, dada sua *periculosidade*, deve ser objeto de atenção estatal, para evitar uma hipotética violação da sociedade, tudo em nome da ‘Defesa Social’.

Portanto, extrai-se pela redação original do Código, que a prisão cautelar era a regra, a revelar uma liberdade provisória e conseqüentemente uma presunção de culpabilidade, deixando como legado uma mentalidade inquisitória ao operador do direito, passível de dedução pelo comentário de ROSA (2013, p. 136) ao afirmar que “parcela majoritária da magistratura entende que a prisão cautelar torna as cidades seguras, o acusado deve permanecer preso antecipadamente, quem sabe cumprir toda a pena, até que se confirme a decisão. Pensam conforme a matriz inquisitória”.

Por outro lado, com a adoção implícita do modelo acusatório pela CF, mas para o contexto da prisão, este se identifica a um tratamento oposto ao previsto ao acusado no âmbito do sistema inquisitório, pois passa a tratá-lo como um sujeito de direitos.

Diante desta nova condição, revela-se, por opção constitucional, a garantia da presunção de inocência, prevista no art. 5º LVII, responsável por desencadear um raciocínio lógico no qual a prisão cautelar passa a ser uma exceção, a exigir sua necessidade.

Assim, a CF retrata um novo contexto histórico e ideológico, calcado em um Estado Democrático de Direitos, o qual conforme PRADO (2006, p. 28), “o processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamadas”.

Diante de um CPP inquisitório e uma CF acusatória a prevalência é desta. Assim, há necessidade de uma oxigenação constitucional do Código, defendida por SOUZA NETTO (2008, p. 33), o qual dispõe que, “com efeito, muitos de seus dispositivos estão a merecer uma releitura ante certos princípios consagrados na nova ordem constitucional”. Não obstante, há dificuldade em suplantar a herança inquisitória do Código, posta em dúvida por COUTINHO (2009, p. 9) mesmo diante de um novo Código: “enfim, pode-se ter um novo CPP, constitucionalmente fundado e democraticamente construído *mas ele será somente linguagem se a mentalidade não mudar.*”

Assim, como fatores de reiteração da mentalidade inquisitórias e aposta no ensino jurídico, no concurso público arraigados na legislação infraconstitucional, sem contextualização constitucional bem como pelo desconhecimento da maioria dos magistrados de que o Processo Penal é sistêmico, uma vez que forjados no contexto mencionado. (ABREU, 2008, p. 90-106). Justifica-se, portanto, tratar da (im) pertinência da Lei 12.403/11.

Não obstante o desiderato em propiciar o desabarrotamento das prisões, apoiado por GOMES; MARQUES (2011, p. 15-16) quando afirmam que “por força do alto índice de prisões cautelares, era mesmo necessário cuidar de medidas alternativas para elas”, questiona-se: as inovações da Lei 12.403/11 realmente são necessárias para o propósito referido? Já não teria sido atingido independente da Lei?

Ante a adoção do modelo acusatório pela CF, a prisão cautelar apresenta-se excepcional, com o amparo de NUCCI (2012, p. 13-14) quando afirma que: “considerando-se ser o acusado inocente, até prova definitiva em contrário, não deve ser recolhido ao cárcere *antes da hora*. Disso deduz-se, com lógica, ser a prisão cautelar um momento excepcional na vida do indiciado ou réu”.

Pela perspectiva do juiz garantidor (modelo acusatório), talvez não existissem tantos presos provisórios após 1988. Não obstante, a Lei 12.403/11 estabeleceu no artigo 319 novas medidas cautelares, como alternativa aos casos concretos onde nem a liberdade (regra), nem a prisão (exceção) eram adequadas. Assim, conforme NUCCI (2012, p. 104), “muitos

acusados, que merecem algum tipo de restrição em sua liberdade, pelo fato de estarem respondendo a processo-crime, em virtude da prática de crime grave, não precisam, necessariamente, seguir para o cárcere fechado.

Supre-se uma lacuna que antes era vedada ao juiz, ante o não cabimento no Processo Penal do poder geral de cautela. Neste sentido CÂMARA (2011, p. 99-100) afirma que “a contemplação, pela nova Lei, de um rol cautelar articulado parece por fim a essas discussões e permite negar com veemência um poder geral de cautela na esfera processual penal. Espécies cautelares são somente aquelas contempladas expressamente na Lei”.

Em suma, a reforma no que tange aos juízes democráticos apresenta-se relativamente pertinente, pois desde a entrada em vigor da Constituição, ao açambarcarem a mentalidade democrática e o caráter instrumental das medidas cautelares em geral, desde 1988 já deflagraram esta política de descarcerização. Contudo, há o efeito positivo por propiciar ao juiz a alternativa das medidas cautelares (art. 319) alocadas entre a liberdade (regra) e a prisão (exceção).

Por outro lado, com enfoque no juiz inquisidor, os efeitos são positivos, pois a previsão explícita na legislação infraconstitucional (CPP) é o lugar seguro deste operador que na realidade inquisitória está. Não obstante, não serão poucos os que continuarão na “ultima ratio” prisão, mesmo quando cabíveis as novas medidas alternativas. Revela-se, portanto, o alheamento a uma interpretação constitucionalizada do Código, quiçá pelo temor ao Tribunal, pela preservação da zona de conforto (segurança da regra processual *versus* os princípios/garantias constitucionais), que aliadas as já aludidas, vêm corroborar a não implantação do que deve ser, o que comprova-se pela ácida crítica de ROSA (2013, p. 1):

A primeira questão, com efeito, a ser enfrentada é a do “ator jurídico analfabeto funcional”, ou seja, ele sabe ler, escrever e fazer conta; vai até à feira sozinho, mas é incapaz de realizar uma leitura compreensiva. Defasado filosoficamente e hermeneuticamente, consegue ler os códigos, mas precisa que alguém – do lugar do Mestre – lhe indique o que é certo.

É, portanto, por intermédio desta alusão possível a afirmação que muitos dos operadores do direito, notadamente aqui o juiz, estão alheios, a uma interpretação constitucionalizada do processo penal.

CONCLUSÃO

Conforme se vislumbrou pela reflexão desenvolvida, à finalidade indicada (diminuição da população carcerária), o que já se tinha (Constituição Federal de 1988) era e é suficiente ao cumprimento desta medida de cunho político criminal.

Não obstante, a Lei 12.403/11 ensejou alternativas à segregação da liberdade sem condenação definitiva, apresentando-se como um apelo infraconstitucional, cuja utilidade direciona-se notadamente aos juízes de mentalidade inquisitorial, recalcitrantes a qualquer tentativa de oxigenação constitucional, pois o apego ao lugar seguro do Código prevalece ao modelo extraído da Carta da República.

Por outro lado, aos juízes garantidores, o parágrafo acima justifica sua criação, pois embora não seja totalmente despropositada, já que propicia medidas alternativas à prisão, *bastaria apenas fazer valer a Constituição!*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Guilherme Schroeder. **Sistema Processual Penal Acusatório e o Juiz no Processo Penal**: pressupostos de (in)efetividade. 2008. p. 135f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Teria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Unb, 1999.
- CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas Cautelares Pessoais**: prisão e liberdade provisória. 2ed. Curitiba: 2011.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Novo código de processo penal, nova mentalidade. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Nota Dez, ano 9, n. 33, p. 7-9, 2009.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Conceito de Sistema no Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. (Coord.) **Prisão e Medidas Cautelares**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- LOPES JR, Aury Celso Lima. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**: a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.