

## **Breve análise crítica da Lei n.º. 12.403 de 2011 que modifica o regime das cautelares pessoais no Processo Penal brasileiro.**

*Geraldo Prado\**

*Antonio Pedro Melchior\*\**

### **1. Falar em reformas parciais em um Processo Penal democrático:**

A recente Lei n.º. 12.403, publicada no dia quatro de maio de 2011, atinge o Processo Penal onde a vida lhe toca mais profundamente: a prisão.

Concebido como um objeto de *desejo*<sup>1</sup>, o Código de Processo Penal incorpora as redes sociais mobilizadas em torno da manutenção do poder<sup>2</sup> e assim estabelece o diálogo entre a tradição autoritária inautêntica e a efetivação de um modelo de compreensão adequado ao projeto político democrático inscrito na Constituição.

O primeiro problema da Lei n.º 12.403/11 reside no seguinte: trata-se de mais uma reforma parcial do Código, à revelia do Projeto de Lei n.º 156 de 2009 que ainda tramita no Congresso Nacional, cuja finalidade é (ou era) estabelecer uma modificação global do Processo Penal. Há pelo menos dois anos, portanto, discute-se a elaboração de um novo Código de Processo Penal destinado a romper com a cultura autoritária e, dessa forma, interditar o olhar inquisitivo consolidado nas práticas punitivas do dia-dia.

---

PRADO, Geraldo e MELCHIOR, Antonio Pedro. *Breve análise crítica da lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro*. Boletim IBCCRIM. , v.ano 18, p.p.10 - 11, 2011.

\*Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Pós-doutor em História e Teoria das Ideias, pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito pela IGF, Professor-adjunto de Direito Processual Penal da UFRJ e do Curso de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da UNESA.

\*\* Graduado em Direito pela PUC-RIO, mestrando da UNESA, Bolsista da CAPES, pesquisador em Matrizes autoritárias do Processo Penal para além da influência do Código Rocco (Faculdade Nacional de Direito), Professor de Direito Processual Penal e Advogado Criminalista.

<sup>1</sup> É no Processo Penal que se consolidam as regras do jogo, concebidos como *entrave à turba sedenta pelo gozo sádico*. ROSA, Alexandre de Moraes da e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um Processo Penal Democrático: Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.87. Pode-se observar os desdobramentos da ordem social neoliberal na economia psíquica, por ex., em BIRMAN, Joel. *Mal-estar na Atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

<sup>2</sup> PRADO, Geraldo. *Em torno da Jurisdição*. op.cit. p.118. A compreensão da barreira simbólica que impede a consolidação do sentimento democrático no processo penal, dentre os quais o sistema acusatório, impõe o reconhecimento da disputa de poder no processo legislativo. Esta luta política oferece, nas palavras de Ângela Alonso, um *repertório* - concebido como um *conjunto de recursos às quais os agentes recorrem para definir suas linhas de ação* – cujo conhecimento é imprescindível para aproveitar as oportunidades políticas que façam valer o ideal democrático. (Cf. ALONSO, Ângela. *Ideias em movimento: a geração 1870 na crise do Brasil-Imperio*, São Paulo: Paz e Terra, 2002).

Falar em reformas parciais em um Processo Penal que implora por uma mudança estrutural exige cuidado. A promulgação de leis esparsas acarreta a perda de um referencial ideológico consistente, permitindo que a modificação legislativa escape da lógica sistêmica e enfraqueça a proteção das garantias, concebidas e preordenadas constitucionalmente à tutela dos direitos fundamentais<sup>3</sup>.

A nova Lei, fruto de uma reforma pontual, disciplina categorias importantes, suprime, altera, constrói, nos fala algo que demanda atenção: “Toda a fala é acompanhada de um cotejo de silêncios, que tem uma enorme eloqüência. O que não se diz é frequentemente mais significativo do que o que se diz”<sup>4</sup>.

A contigüidade em certas práticas do sistema criminal (com *fins declarados* ou *não*) expõe uma *simultaneidade de paradigmas* que exige a todo instante delimitar os *amalgamas de referencialidades* que ora caracterizam o patrimônio democrático, ora apontam para o patrimônio autoritário<sup>5</sup>.

A análise crítica da Lei nº. 12.403/11 deve seguir este olhar.

## **2. Breve análise das alterações:**

A presunção de inocência<sup>6</sup> identifica a estrutura processual democrática, por sua vez responsável por conceber um sistema processual que fixe o lugar do julgador (*garante* das “*regras do jogo*”), reforce as condições do diálogo processual (contraditório) e possibilite uma decisão *co-produzida democraticamente* pelo processo de mediação do discurso entre as partes.<sup>7</sup>

Quanto ao contraditório, a Lei nº. 12.403/11 dispõe na redação do art. 282, §3º que, ao receber o pedido da medida cautelar, seja determinada “a intimação da parte contrária” (por óbvio, o indiciado/acusado), modificação que, em tese, reforça o direito à informação sobre todas as repercussões pertinentes à dimensão fática e normativa da imputação.

---

<sup>3</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*, 5ª Ed. 2006, Trotta, Madri, p. 19.

<sup>4</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática: o Juiz Cidadão*. In: Revista ANAMATRA, São Paulo, nº. 21, 1994, p. 48. O “*inconsciente inquisitivo*”, desdobramento da tradição autoritária no Processo Penal, projeta mais do que instituições.

<sup>5</sup> MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito, Brazilian Lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.105. A *democraticidade* constitui o *princípio unificador* responsável por assegurar a eliminação de mecanismos, elementos ou práticas que, embora presentes, passem negativamente sob o seu exame. (op. cit. p. 93).

<sup>6</sup> A tensão ideológica do Processo Penal chega a demandar um enfrentamento pela primazia da palavra, a considerar que, lavrando o sentido das coisas, estabelece o referencial semântico responsável por conformar a leitura de várias categorias do processo (inocência *versus* não-culpabilidade).

<sup>7</sup> ROSA, Alexandre Morais da, SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço, op. cit. p. 77.

A exigência de dar o mais abrangente conhecimento sobre os desdobramentos da persecução penal constitui uma pré-condição ao desenvolvimento de um “processo penal *equitativo*”, no sentido fixado, inclusive, pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos<sup>8</sup>. Falta estabelecer a forma de *reação* à medida<sup>9</sup>.

A par da relevância do contraditório, a alteração que talvez mais chame a atenção se refere a previsão do caráter subsidiário da prisão preventiva. Dispõe agora o §6º, do art. 282 que “*a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)*”.

A modificação, à primeira vista, é evidentemente positiva, mas para que cumpra o sentido constitucional é preciso ter em mente a “dimensão do silêncio” presente naquela fala.

Na Lei nº 12.403/11 permanecem categorias de inspiração inquisitiva, como a possibilidade de deferimento da medida cautelar de ofício (art. 282, §2º), o conceito de ordem pública, ordem econômica, etc., que passam a ser articuláveis com outras categorias também de fácil manipulação autoritária.

Por exemplo, a nova Lei trouxe a *proporcionalidade* como referência à aplicação da medida cautelar, fazendo inserir a suposição de “reiteração criminosa” como critério de *necessidade* para fins de decretação (art. 282, I). No que se refere à *adequação*, fez constar as *condições pessoais* do indiciado ou acusado.

Sobretudo pela descrença na bondade do poder punitivo<sup>10</sup>, é importante impedir que o conceito de *reiteração criminosa* presente na expressão “para evitar a prática de infrações penais” se torne um exercício de “futurologia perigosista” ou que a referência às condições pessoais do acusado seja utilizada para reforçar um *direito penal do autor* quando não servir à *seletividade*.

No que diz respeito às medidas cautelares alternativas, sem embargo de suas diversas modalidades (art. 319), o problema se encontra no risco de ampliação da rede

---

<sup>8</sup>Cf. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Derecho a un proceso penal equitativo* In: Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas Penales Europeos. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 339.

<sup>9</sup> “A exteriorização do *princípio do contraditório*, na proposta de Fazzalari, se dá em dois momentos. Primeiro com a *informazione*, consistente no dever de informação para que possam ser exercidas as *posições jurídicas* em face das normas processuais; e, num segundo momento, a *reazione*, manifestada pela possibilidade de movimento processual, sem que constitua, todavia, em obrigação”. ROSA, Alexandre Morais da, op. cit. p. 77.

<sup>10</sup> CARVALHO, Salo de. *Anti Manual de Criminologia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 74/75

de punitividade pelo seu “desvirtuamento”, a considerar a fluidez das categorias acima descritas.

Sob outro aspecto, mas na mesma direção, foi o que ocorreu com a Lei 9.099/95 que aumentou, ante o conceito de delito de menor potencial ofensivo, o controle social pelo direito criminal. Fazendo abarcar uma série de comportamentos insignificantes, o sistema se agigantou<sup>11</sup>.

No caso das medidas alternativas à prisão preventiva (art. 319) não se pode permitir que sejam utilizadas abusivamente, incidindo nos casos em que, a respeito da antiga redação legal, não gerariam nenhuma restrição aos direitos fundamentais.

A desconfiança no exercício do poder punitivo, reflexo do abismo entre as práticas penais e a expectativa democrática, remete à necessidade de acompanhar de perto a concretização das mudanças presentes na Lei nº. 12.403/11. Afinal, o Processo Penal é também o lugar da *política do sensível*<sup>12</sup>, e frequentemente, aquilo que não se vê ou pensa, produzirá mais significados.

---

<sup>11</sup> Cf. CARVALHO, Salo de e WUNDERLICH, Alexandre (org.) *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>12</sup> A expressão é rica em reflexões e tangencia os estudos do filósofo francês Jacques Rancière a respeito da “*partilha do sensível*”. Interessante entrevista com o autor sobre “*a associação entre arte e política*” encontra-se disponível em <http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/entrevista-jacques-ranciere/>, acessado em 12 de maio de 2011. “Penso que a política tem sempre uma dimensão estética, o que é verdade também para o exercício das formas de poder. De certa maneira, não há uma mudança qualitativa entre o discurso em torno do terrorismo hoje e o discurso midiático contra os trabalhadores no século 19, que dizia que os operários contestadores cortavam pessoas em pedaços. Sempre houve, digamos, uma série de discursos organizados pelo poder. Eventualmente, eles serviram como forma de ilustração. Não há novidade radical. A estética e a política são maneiras de organizar o sensível: de dar a entender, de dar a ver, de construir a visibilidade e a inteligibilidade dos acontecimentos. Para mim, é um dado permanente”.