

## Os limites da aplicação imediata da Lei 12.403/11

André Machado Maya\*

Foi publicada, no dia quatro de maio do corrente ano, a Lei 12.403/11, que dispõe sobre a prisão, as medidas cautelares e a liberdade provisória no âmbito do processo penal brasileiro, inovando significativamente ao estabelecer uma série de medidas *alternativas* à prisão preventiva, a qual, segundo se depreende do próprio texto legal, assume agora uma natureza efetivamente excepcional, apenas podendo ser imposta quando não for cabível a imposição de alguma das *outras* medidas cautelares (artigo 282, §4º). Dentre várias questões merecedoras de destaque em relação à nova regulamentação legal das medidas cautelares, uma, de inegável relevância, diz respeito à retroatividade ou não da nova lei. A ela destacamos as linhas que seguem.

A eficácia temporal da lei processual penal é questão controvertida no âmbito da doutrina especializada. Desde um aporte tradicional e conservador, em uma autêntica interpretação literal do artigo 2º do CPP, tem-se que as normas processuais penais possuem aplicabilidade imediata, incidindo, pois, a todos os atos processuais praticados após a sua vigência. É o denominado princípio *tempus regit actum*, do qual resulta a retroatividade das leis processuais penais, pois aplicáveis mesmo aos processos que apuram fatos praticados antes da sua entrada em vigor. Contemporaneamente, porém, buscando uma aproximação do referido dispositivo legal ao texto da Constituição Federal, alguns autores têm sustentado que também as normas processuais penais devem obedecer ao critério de irretroatividade das leis penais, de modo que apenas tenham aplicabilidade imediata (e portanto retroativa) aquelas cujo conteúdo se apresente mais benéfico aos réus. Neste sentido, Taipa de Carvalho explica que a aplicação irrestrita do critério *tempus regit actum* parte de uma equivocada e limitada compreensão da natureza meramente adjetiva das regras processuais, que ignora a existência de leis processuais que afetam diretamente direitos e garantias

---

\* Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Doutorando em Ciências Criminais (PUCRS) e assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul com atuação junto à 3ª Câmara Criminal. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal – IBRAPP.

fundamentais, sendo, pois, *regras de garantia* (1997, p. 259). Giacomolli, nessa esteira, destaca que a dinâmica interna do processo evidencia uma alta conectividade entre pena e processo, direito material e direito processual, sendo, pois, inequívoca a direta ligação entre as regras processuais penais e o direito material (2008, p. 114), no que é acompanhado por Lopes Jr., segundo quem “não há como pensar o Direito Penal completamente desvinculado do processo e vice-versa.” (2010, p. 217) Daí o entendimento de que apenas as regras processuais penais benéficas, assim compreendidas como aquelas que, de alguma forma, ampliam o espectro de garantias fundamentais dos acusados em processo penal, obedeçam ao princípio da imediatidade disposto no artigo 2º do CPP, enquanto as demais, restritivas de direitos e garantias fundamentais, que de algum modo reduzem os padrões de garantias processuais, teriam aplicação apenas aos fatos praticados após a sua vigência (RANGEL; VIEIRA, 2004). Tal forma de compreensão do problema encontra, de fato, melhor aderência constitucional, ao equiparar os efeitos temporais das leis penais e processuais penais e emprestar maior eficácia aos direitos e garantias fundamentais. Com efeito, o fundamento da não aplicação imediata de uma lei processual penal é o mesmo da irretroatividade das leis penais mais graves. Daí Lopes Jr. afirmar que a aplicação literal do artigo 2º do CPP não resistiria a uma filtragem constitucional (2011, p. 217) É, pois, tendo como base essa compreensão, que deve ser analisada a retroatividade ou não da nova lei das medidas cautelares.

Em uma primeira leitura, não há dúvidas de que a Lei 12.403/11, ao criar medidas cautelares alternativas à prisão, tornando essa a exceção, apenas possível de ser decretada *em último caso* (artigo 282, §4º), amplia a esfera de proteção dos direitos e garantias individuais. Desde esse ponto de vista, sua aplicação deve, sim, ser imediata, alcançando os processos já em curso e, inclusive, justificando a revisão das prisões preventivas já decretadas, de modo a verificar a possibilidade e adequação da sua substituição por alguma das novas cautelares alternativas à prisão. Trata-se, no ponto, de disposições legais mais benéficas que atuam diretamente sobre o *status libertatis* dos acusados, motivo pelo qual impõe a revisão das prisões anteriormente decretadas inclusive de ofício pela autoridade jurisdicional. Com efeito, se a prisão preventiva pode ser

determinada *apenas quando não for cabível sua substituição por outra medida cautelar* (artigo 282, §6º), por óbvio que também só pode ser *mantida* quando não for possível essa mesma substituição.

Merece atenção, porém, a situação dos réus que, na entrada em vigor da Lei 12.304/11, respondem a processos em liberdade. Aqui, impõe-se um recorte de interpretação, de modo a evitar, com a aplicação imediata de uma lei em tese mais benéfica, a criação de uma situação mais gravosa ao acusado. Estando o réu em liberdade na data da vigência da nova lei, a imposição de quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão depende de uma alteração da situação de fato, do surgimento da necessidade de imposição dessas cautelares, do *periculum libertatis*, a justificar a restrição da liberdade. Assim é porque se deve presumir que, estando o réu solto quando da entrada em vigor da nova lei, é porque não havia necessidade de restrição da sua liberdade, restando vedada, portanto, a imposição imediata de qualquer medida alternativa à prisão sem a demonstração de uma alteração fática a caracterizar um atual e novo *periculum libertatis*. Apenas quando demonstrada, no caso concreto, a necessidade de restrição da liberdade, por situação fática superveniente à edição da nova lei, é que será possível (e obrigatória, por força do artigo 2º do CPP) a imposição das medidas cautelares alternativas à prisão. *Possível* porque demonstrada a sua necessidade e *obrigatória* porque se trata de regra processual mais benéfica aos réus e, portanto, incidentes imediatamente em todos os processos em curso.

Com efeito, não é possível, pelo simples fato de a nova lei prever medidas alternativas à prisão preventiva, em tese menos restritivas da liberdade, que de imediato sejam elas impostas a réus que respondem ao processo em liberdade, sem que nenhuma alteração fática se verifique a justificar a medida, com o que se estaria fazendo uso de uma lei que em tese amplia o espectro de direitos e garantias fundamentais para, concretamente, restringi-los. Idêntica situação seria a fixação de fiança nos exorbitantes valores agora previstos pela Lei 12.403/11, que permite o aumento do valor arbitrado em até mil vezes (artigo 325, §1º, III).

Em síntese, entendemos ser a Lei 12.403/11 aplicável, sim, aos processos já em curso, conforme o critério *tempus regit actum*, pois em tese mais benéfica aos acusados, inclusive com a revisão das prisões preventivas anteriormente

decretadas, apenas com o importante destaque de que, nos processos nos quais, na data da entrada em vigor da nova lei, não haviam medidas cautelares decretadas, a sua incidência deve ser precedida de análise casuística e ponderada, de modo a evitar que sob o pretexto de aplicar uma lei em tese mais benéfica se crie, na verdade, uma situação fática mais gravosa aos acusados.

## Referências

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. v.1. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antonio. *Retroatividade da lei processual penal e garantismo*. In: Boletim IBCCRIM, n. 143, 2004.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra editora: Coimbra, 1997.