

# **Inconstitucionalidade do Artigo 1º da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Na parte em que modificou o Artigo 313, Inciso I, do Código de Processo Penal - Possibilidade de Controle Judicial pela Via Incidental**

**Aylton Cardoso Vasconcelos**

*Juiz de Direito da Vara Única de Arraial do Cabo*

Não obstante os avanços decorrentes da previsão de novas modalidades de medidas cautelares diversas da prisão a Lei nº. 12.403, de 04 /05/2011, introduziu mecanismos alternativos para salvaguarda dos direitos processuais das partes, sem que a prisão se coloque como único remédio à disposição do Juiz. É inegável que as restrições impostas à decretação de prisão preventiva merecem análise mais atenta, ante os limites que se colocam à atividade legislativa, quando esta interfere de forma direta na esfera de competência reservada pela Constituição ao Poder Judiciário.

Com efeito, o artigo 5º., inciso XXXV, da Constituição da República estabelece que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Por outro lado, é certo que, por meio da jurisdição cautelar, nas situações mais sensíveis, o Poder Judiciário é chamado a intervir no sentido de preservar bens jurídicos cuja lesão não pode ser tolerada, examinando-se imediatamente o cabimento de provimentos judiciais que assegurem a efetividade da tutela jurisdicional de mérito e o próprio resultado útil do processo.

Essa característica é própria da jurisdição cautelar em todas as suas dimensões e não poderia ser diferente no processo penal.

Na realidade, embora nem sempre esse aspecto tenha merecido a devida atenção em sede doutrinária, o processo penal e o direito penal não se destinam apenas à preservação das garantias constitucionais dos cidadãos diante do *jus puniendi* estatal, mas também, e primordialmente, têm em vista a proteção dos bens jurídicos considerados mais fundamentais para a existência civilizada de uma sociedade, os quais são igualmente protegidos em sede constitucional.

Por isso mesmo se diz, acerca do direito penal, tratar-se da última esfera de proteção contra determinadas condutas, utilizada de forma excepcional quando já não se consideram suficientes as sanções jurídicas de ordem civil, administrativa e fiscal e outras sanções sociais de natureza moral, que atuam de forma simultânea e independente quanto à reprovação do indivíduo.

É por meio do direito penal e do processo penal que se instaura a última linha de proteção dos direitos à vida, liberdade, propriedade e tantos outros, sem os quais nenhum grupo social é capaz de conservar sua integridade.

Outrossim, dentro do sistema processual aceito pela Constituição, admite-se como regra a observância do contraditório e da ampla defesa de forma prévia à imposição de sanções penais em sentenças condenatórias, cujo trânsito em julgado se faz imprescindível para o início de cumprimento das penas.

Todavia, em diversas situações reguladas no direito processual penal sempre foram previstas modalidades de prisão cautelar, mesmo antes de ser proferida sentença condenatória, com o escopo de assegurar a aplicação da lei penal, preservar a instrução criminal ou proteger a ordem pública, notadamente nos casos em que a possibilidade de reiteração da conduta delituosa faça periclitare de forma intolerável os bens jurídicos tutelados pelo direito penal.

Antes do advento da Lei nº. 12.403, de 04 de maio de 2011, o inciso I, do artigo 313, do Código de Processo Penal admitia a possibilidade

de decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena de reclusão, i.e., os delitos mais graves previstos no direito penal.

Essa disposição legal permitia o exercício da jurisdição cautelar criminal de forma ampla no caso de crimes punidos com pena de reclusão, e de forma restrita no tocante àqueles punidos com pena de detenção, visto que apenas em casos especialmente previstos nos incisos II a IV do mesmo artigo é que seria admissível, em tese, a prisão preventiva.

Ocorre que a nova Lei passou a restringir o cabimento da prisão preventiva aos crimes punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos, interditando-se a utilização do mais contundente instrumento processual por meio do qual se exerce a jurisdição cautelar, no que se refere a extenso rol de delitos.

Apesar das penas relativamente brandas cominadas a esses crimes, nem por isso tais delitos deixam de representar séria ameaça aos bens jurídicos tutelados pela norma, e em diversos casos, a jurisdição cautelar necessita utilizar o meio mais extremo de coerção, qual seja, a prisão preventiva do réu ou indiciado, pois que, sem esse recurso, o Juiz não teria meios de obstar a ameaça aos direitos subjetivos fundamentais assegurados pela Constituição.

Nesse sentido, o próprio legislador de reforma admite a possibilidade de prisão preventiva diante de crimes aos quais nem sequer é cominada pena de reclusão, desde que a medida extrema seja necessária para assegurar medidas protetivas de urgência em delitos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, conforme estabelece a nova redação do inciso III, do artigo 313, do Código de Processo Penal.

Contudo, esse rol não é suficiente para compreender todas as situações nas quais, em tese, é possível cogitar da necessidade inafastável de utilização da prisão preventiva como último recurso para preservação dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, verificando-se inequívoca precipitação do legislador de reforma, ao limitar abstratamente o exercício da jurisdição cautelar de forma tão ampla, mesmo porque, nenhum ser humano tem condições de prever todas as situações fáticas que podem se

apresentar diante do Juiz em determinado processo, e isso se verifica exatamente no âmbito do processo cautelar, cuja regulamentação usualmente se faz por meio de cláusulas abertas em face dessa característica.

Para melhor ilustração desses conceitos, tome-se a hipótese da ação de um bando armado com revólveres, que semanas antes das eleições se ponha a ameaçar sistematicamente os eleitores de determinado município, com o intuito de constrangê-los a votar em determinado candidato, efetuando disparos de arma de fogo e explodindo botijões de gás em frente à casa dos eleitores que deixem de manifestar publicamente seu apoio ao referido candidato.

Nenhuma pessoa em sã consciência deixará de admitir que a prisão preventiva dos indiciados é condição indispensável para que eleições livres ocorram naquela cidade.

Apesar disso, a nova Lei processual não admite, mesmo em tese, a prisão cautelar para quaisquer dos delitos acima cogitados. É que o artigo 301 do Código Eleitoral prevê pena máxima de quatro anos de reclusão para o crime de coação aos eleitores com emprego de violência ou grave ameaça; os artigos 14 e 15 da Lei nº. 10.826 de 2003 também prevêem pena máxima de quatro anos para os delitos de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e disparo de arma de fogo em via pública; o artigo 251, §1º., do Código Penal prevê pena máxima de 04 (quatro) anos de reclusão para o delito de explosão sem uso de dinamite ou substância de efeitos análogos; e, por fim, o artigo 288 do Código Penal prevê pena máxima de reclusão de três anos para o crime de quadrilha ou bando.

Nessa e em diversas outras hipóteses, a evidente falta de razoabilidade da legislação de reforma no tocante à proteção dos direitos e garantias fundamentais tutelados pelas normas penais parece colocar em segundo plano a missão precípua do direito penal e acaba por se colocar em conflito com a cláusula constitucional da inafastabilidade do controle judicial de lesões e ameaças a direitos.

É certo que se reconhece ao legislador a atribuição de regulamentar o exercício da jurisdição cautelar; entretanto, se este restringe os instrumentos processuais indispensáveis ao cumprimento da missão do Poder

Judiciário, em tal nível que inviabilize por completo o cumprimento da função judicante e a proteção aos direitos fundamentais, as leis assim editadas serão manifestamente inconstitucionais.

Esse é exatamente o caso da legislação de reforma no ponto em análise.

O entendimento acima é corroborado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, muito bem examinada em palestra proferida em 23/05/2011, na EMERJ, pelo eminente Desembargador Nagib Slaibi Filho, acerca da história do controle de constitucionalidade.

Com efeito, na representação de inconstitucionalidade nº. 933, a mais alta Corte do país estabeleceu precedente segundo o qual o poder geral de acautelamento é inerente à função jurisdicional.

No aresto em foco, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, mesmo diante da inexistência (na época) de previsão para a concessão de liminares em sede de representação de inconstitucionalidade, entendeu que o poder cautelar não estava condicionado à previsão legal, visto que decorria da própria natureza da função jurisdicional.

Face à relevância da matéria, transcreve-se relevante trecho do voto do eminente Ministro José Geraldo Rodrigues de Alckmin, proferido no julgamento acima citado, na forma seguinte, *verbis*:

*“(...) Senhor Presidente, com a devida vênua, acompanho o eminente relator, entendendo que há um poder geral de acautelamento inerente ao próprio exercício da função jurisdicional: nenhum juiz deve proferir uma sentença ou ser compelido a fazê-lo ciente de que esta não deva produzir seus efeitos, ou dificilmente venha a produzi-los. Daí esse poder acautelador e geral, que é inerente ao próprio exercício da função, um dos tipos fundamentais de tutela jurídica, como a execução, como o processo de conhecimento. (...)”* (apud SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 23 de maio de 2011).

Com efeito, se mesmo em face da ausência de norma legal prevalece o poder cautelar do Juiz, com maior razão este deve conservar sua eficácia, diante de leis que, sob o pretexto de regular o seu exercício, acabem por suprimir a sua substância, sem observar critérios minimamente plausíveis de razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que o legítimo desempenho da função judicante tem sede constitucional.

Assim é que, além da violação da cláusula prevista no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição – que obsta a atividade legislativa tendente a excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito – verifica-se, simultaneamente, transgressão ao princípio do devido processo legal, visto que, em última análise, interditado de forma absoluta o emprego do mais eficaz mecanismo de exercício da jurisdição cautelar em matéria de processo penal em hipóteses nas quais sua utilização se mostra imprescindível a que o processo alcance o escopo de pacificação social com justiça, restará irremediavelmente comprometida a hierarquia de valores constitucionalmente estabelecida, quanto à proporcionalidade e razoabilidade do uso dos meios de coerção estatais para a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, visto que ao Estado não é permitido renunciar às suas competências constitucionais precípuas. Cabe acrescentar que, diante da gravidade do tema ora em análise, admitindo-se a prevalência da reforma legislativa contra o texto constitucional, assistiremos à progressiva desintegração do tecido social decorrente do enfraquecimento das forças jurídicas encarregadas de preservar sua unidade e coerência.

Pelo exposto, é de concluir pela inconstitucionalidade do artigo 1º, da Lei nº. 12.403, de 04 de maio de 2011, na parte em que modificou o artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, cuja declaração é suscetível de ocorrer pela via do controle judicial incidental de constitucionalidade.

**APÊNDICE**  
**RELAÇÃO EXEMPLIFICATIVA DE TIPOS PENAIIS**  
**ATINGIDOS PELA LEGISLAÇÃO DE REFORMA,**  
**SEGUNDO A QUAL NÃO É CABÍVEL, MESMO**  
**EM TESE, A DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA.**

**CÓDIGO PENAL**

Crimes contra a Vida

Aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante - Art. 126.

Crimes contra a honra

Injúria com utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência – Art. 140, §3º.

Crimes contra a liberdade individual

Sequestro e cárcere privado – Art. 148.

Crimes contra o patrimônio

Furto – Art. 155.

Extorsão indireta – Art. 160.

Apropriação Indébita – Art. 168.

Duplicata simulada – art. 172.

Induzimento à especulação – art. 174.

Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações – art. 177.

Emissão irregular de conhecimento de depósito ou “warrant” – art. 178.

Receptação – art. 180.

### CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

Invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. Sabotagem.  
– Art. 202.

Crimes contra o respeito aos mortos

Violação de sepultura – Art. 210.

Destruição, subtração ou ocultação de cadáver – Art. 211.

Crimes sexuais contra vulnerável

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente – art. 218-A.

Crimes de lenocínio e tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual

Mediação para servir a lascívia de outrem – art. 227.

Rufianismo – art. 230.

### CRIMES CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR

Abandono material – art. 244.

### CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA

Explosão sem uso de dinamite ou substância de efeitos análogos – art. 251, §1º.

Uso de gás tóxico ou asfixiante – art. 252.

Perigo de inundação – art. 255.

Desabamento ou desmoronamento – art. 256.

### CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA

Quadrilha ou bando – art. 288.

### CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

Falsificação de papéis públicos mediante supressão de carimbo ou sinal indicativo de sua inutilização – art. 293, §2º.

Petrechos de falsificação – art. 294 e 295.

Fraude de lei sobre estrangeiro – art. 309, parágrafo único.

### CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO

#### CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

Peculato mediante erro de outrem – art. 313.

Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento – art. 314.

Crimes praticados por particular contra a Administração em Geral

Resistência, quando o ato legal deixa de ser executado – art. 329, §1º.

Contrabando ou descaminho – art. 334.

### CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Reingresso de estrangeiro expulso – art. 338.

Falso testemunho ou falsa perícia, inclusive se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta – art. 342 *caput* e §1º., e art. 343.

Coação no curso do processo - Art. 344.

Arrebatamento de preso – Art. 353.

### CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS

Contratação de operação de crédito sem prévia autorização legislativa – art. 359-A.

Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura – art. 359-C.

Ordenação de despesa não autorizada – art. 359-D.

Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura – art. 359-G.

Oferta pública ou colocação de títulos no mercado - art. 359-H.

ESTATUTO DO DESARMAMENTO – LEI Nº. 10.826, DE 2003.

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido – Art. 14.

Disparo de arma de fogo – Art. 15.

### **CÓDIGO ELEITORAL**

Indução à inscrição fraudulenta de eleitor - Art. 290.

Prisão ilegal de eleitor, membro de mesa receptora, delegado de partido ou candidato nos cinco dias antes ou nas 48 horas depois do encerramento da eleição – Art. 298.

Compra ou venda de votos – Art. 299.

Constrangimento ilegal para votar ou deixar de votar em alguém – Art. 301.

Votar ou tentar votar mais de uma vez ou no lugar de outra pessoa – Art. 309.

Fabricação, aquisição ou fornecimento de urnas, objetos, mapas, cédulas e papéis de uso exclusivo da Justiça Eleitoral – Art. 340. ◆