

Da Interpretação Prospectiva da Lei nº 12.403/11

Érika Bastos de Oliveira Carneiro¹

Neste estudo, passo a dissertar acerca dos temas ministrados no Curso de Aperfeiçoamento de Magistrados da EMERJ, ressaltando-se que a abordagem a ser feita será atrelada à praticidade do tema, na medida do possível, diante da dificuldade de localização de julgados acerca da matéria, por se tratar de recente modificação legislativa.

Muito foi dito no curso acerca das alterações trazidas pela Lei nº 12.403/11, em especial quanto à necessidade de sua compatibilização com o sistema processual ora vigente. Contudo, saliento alguns pontos, por compreendê-los como nodais para a correta abordagem deste tema de suma importância.

Inicialmente, foi ressaltado que a nova lei deve receber uma interpretação prospectiva em detrimento de uma interpretação retrospectiva. Isso significa dizer que os institutos por ela introduzidos no ordenamento jurídico não podem ser lidos à luz da sistemática do CPP, que está sendo alterada. Nessa esteira, foi evidenciado por todos os palestrantes, sem exceção, que o grande objetivo da Lei nº 12.403/11 foi conformar a legislação ordinária à CRFB/88, em especial no que se refere às previsões trazidas pelos incisos LXI a LXVI do art. 5º da Magna Carta.

A formatação da prisão em flagrante, no Código de Processo Penal, era de juízo de antecipação da pretensão punitiva. A certeza visual da prática de determinado delito permitia essa antecipação. Ocorre que, desde a promulgação da CRFB/88, já se determinava uma releitura dessa previsão.

¹ Juíza de Direito - 1ª Vara de São Pedro da Aldeia.

A prisão em flagrante perdeu esse caráter antecipatório e a sua natureza jurídica passou a ser de medida cautelar pessoal, cujos fundamentos são: a proteção à vítima, a garantia à paz social, a preservação da qualidade probatória, dentre outros. No que se refere às demais características do instituto da prisão em flagrante, é importante destacar que os artigos 301 a 305, 307 e 308 do CPP não foram alterados.

Já o *caput* do art. 306, reprodução de um dos direitos fundamentais previsto na CRFB/88, contém inovação, ao determinar a obrigatoriedade de se comunicar a prisão em flagrante também ao Ministério Público, o que não existia anteriormente. Os parágrafos deste artigo sofreram alteração redacional, mas permanecem iguais na sua essência.

O art. 309 foi revogado tacitamente, porque os incisos do art. 321 foram revogados expressamente. Aliás, antes mesmo dessa alteração, a doutrina já defendia que não subsistia mais a classificação de liberdade provisória vinculada (mediante fiança ou termo de compromisso) e sem vínculo, tendo em vista que a liberdade sem vínculo caracterizaria a própria liberdade plena. Nesse particular, a alteração legislativa apenas corrigiu a redação da lei, não havendo mais previsão de liberdade “provisória”, nas hipóteses em que o acusado livra-se solto, independentemente de fiança.

Importante alteração realizada pela Lei n° 12.403/11 foi a positivação de rol de medidas cautelares diversas da prisão, no art. 319 do CPP, outra não previstas expressamente e aplicadas ao processo penal por força da subsidiariedade das normas de processo civil, segundo o entendimento de alguns operadores do direito.

Como bem salientado pelo Professor Gustavo Badaró, não haveria mais apenas a opção entre liberdade e prisão. Para ele, tais medidas seriam alternativas e não substitutivas, uma vez que não se chega a decretar a prisão preventiva.

Pela atual sistemática, conforme nova redação trazida pelo art. 310 do CPP, o juiz, recebendo a comunicação da prisão em flagrante, a qual deve ser realizada pela autoridade policial no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, possui três caminhos: o primeiro seria relaxar o flagrante, se ficar evidenciada que a prisão é ilegal. Não houve qualquer alteração nesse parti-

cular; o segundo, seria conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

A liberdade provisória, na qualidade de contracautela processual, é direito subjetivo do indiciado a se contrapor à prisão, condicionando-se ao seu comparecimento aos atos do processo. Nesse aspecto, saliento que a regulamentação da fiança sofreu algumas modificações. A fiança, como direito subjetivo constitucional, permite que o agente, indiciado ou acusado, mantenha a sua liberdade até a sentença penal definitiva.

Uma primeira mudança é que haverá maior preocupação com a vítima, já que a fiança também servirá para pagamento de prestação pecuniária, decorrente da aplicação de pena restritiva de direito. A fiança agora está prevista como cautelar, mas não houve grandes alterações em relação aos demais regramentos a ela pertinentes, ressaltando-se que o valor máximo que poderá ser alcançado é de aproximadamente 106 milhões de reais.

O terceiro caminho é aplicar uma das medidas cautelares e, não havendo opção, decretar a prisão preventiva. O art. 310, II, do CPP prevê a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, observando-se o art. 312 e desde que não sejam adequadas e suficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Pelo sistema anterior, a conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva era considerada como erro por parte de muitos doutrinadores, até porque o próprio STF permitia a manutenção do flagrante até a condenação definitiva, independentemente de decisão judicial fundamentada, a qual somente era exigida nos casos em que fosse indeferida a concessão de liberdade provisória, com base na presença dos requisitos da prisão preventiva.

Agora, pelo novo sistema, a prisão em flagrante passou a ter duração curta. Nessa matéria, já começaram a surgir diversas controvérsias sobre a correta aplicação dessa norma. Em primeiro lugar, o art. 310, II, do CPP só fez remissão aos requisitos do art. 312, e não às condições do art. 313; é defendido por alguns que bastaria a presença dos requisitos do art. 312, sendo conversão de flagrante em preventiva coisa distinta de decretação de prisão preventiva. Em segundo lugar, como muito bem salientado pelo Desembargador Paulo Rangel, a referida conversão somente deveria ocor-

rer depois da manifestação do Ministério Público, sob pena de violação do sistema acusatório, já que o Juiz não poderia formar *opinio delicti*, nem tampouco influenciar a formação do convencimento do promotor preferindo decisão prematura. Ademais, continua a previsão de que a prisão preventiva pode ser decretada durante a investigação policial e no curso da ação penal, havendo alteração apenas para restringir a hipótese de decretação de preventiva de ofício pelo Juiz quando já estiver em curso a ação penal.

Desse modo, continua a crítica doutrinária sobre a possibilidade de decretação da preventiva na fase do inquérito, porque, havendo justa causa para a decretação da preventiva, haveria também justa causa para o oferecimento da denúncia. Por conseguinte, permanece a crítica de que a decretação da preventiva no curso do inquérito caracterizaria constrangimento ilegal, até porque subsiste a prisão temporária.

Por fim, para a decretação da prisão preventiva, devem ser observados a natureza do crime e o perfil subjetivo do agente. Pode ser decretada a preventiva se o crime imputado ao agente possuir como sanção pena privativa de liberdade, se for doloso, e com pena máxima superior a 4 anos (já que, em tese, há possibilidade de substituição por pena restritiva de direito ou aplicação do regime aberto). Aliás, para crimes que não forem apenados com pena privativa de liberdade não cabe a aplicação de qualquer medida cautelar. Pode ser decretada a preventiva, ainda, se o agente for reincidente em crime doloso, caso em que a pena máxima pode ser até inferior a 4 anos.

Decreta-se a preventiva, ainda, quando o crime envolver violência doméstica, para assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência, em especial aquelas previstas na Lei Maria da Penha. Últimos casos, quando houver descumprimento de medida cautelar imposta no processo e dúvida quanto à identidade do acusado, sendo certo que, uma vez esclarecida a identidade, o indivíduo deve ser posto em liberdade.

Para se decretar uma medida cautelar, o juiz deve ouvir previamente a parte contrária. E isso se aplica à prisão preventiva? Isso não deve ser sustentado, já que a prisão preventiva incute medo e o instinto de fuga pode acarretar a impunidade.

Outra inovação é a possibilidade de aplicação da medida de segurança de internação provisória, o que resolve grande problema, já que muitas vezes o inimputável ficava custodiado juntamente com o imputável.

O juiz não pode decretar a prisão preventiva se houver suspeita fundada de que o agente agiu sob o abrigo de uma causa excludente de ilicitude, nos termos do art. 314 do CPP. A prisão preventiva passa a poder ser substituída pela prisão domiciliar (que também tem natureza cautelar). Ocorre que a prisão domiciliar do art. 318 do CPP não pode ser confundida com a prisão albergue domiciliar, prevista no art. 117 da LEP, já que esta última é forma de cumprimento da pena.

Entendo, ainda, que o art. 10 do CPP deve sofrer uma releitura. O prazo para a conclusão do inquérito policial em dez dias continua o mesmo quando o flagrante for convertido em preventiva. Mas será de 30 dias quando não houver a referida conversão. Isso também altera o prazo para oferecimento da denúncia.

Por fim, ressalto que essa é apenas uma breve exposição sobre os inúmeros temas tratados no módulo ministrado, que muito contribuiu para a discussão e a reflexão dos magistrados integrantes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. ◆