

Considerações sobre a Lei nº 12.403/11, que alterou o Código de Processo Penal

Luciana da Cunha Martins Oliveira¹

Diversas mudanças foram introduzidas no Código de Processo Penal com o advento da Lei 12.403/11, especialmente em relação às medidas cautelares, incluindo-se a mais gravosa delas, que é a prisão preventiva.

Durante os cinco dias de palestras, os Magistrados discutiram muito a mencionada Lei e uma das questões que mais divergências gerou foi a relativa às alterações dos artigos 306 e 310, CPP. A grande dúvida dos Juízes foi em que momento seria analisado se a prisão em flagrante deveria ou não ser convertida em prisão preventiva.

É certo que, quando o julgador recebe o comunicado da prisão em flagrante, deve analisar se a prisão ocorreu dentro dos pressupostos legais. Tal conduta já era realizada antes da entrada em vigor da Lei 12.403/11 e deve continuar a ser.

Diante da nova redação dos artigos 306 e 310, CPP, alguns Juízes sustentaram que o momento oportuno para o pronunciamento judicial é o recebimento da comunicação do flagrante, porque o *caput* do artigo 306 menciona *comunicado*, e o espírito da Lei seria o de evitar a manutenção de uma prisão desnecessária e em desconformidade com os ditames legais.

Deve também ser ressalvada a posição de que o momento oportuno para a eventual conversão da prisão em flagrante em preventiva é o recebimento do auto de prisão em flagrante, assim entendido como a conclusão do inquérito que foi instaurado em razão da prisão em flagrante ocorrida. Tal posição parece a mais acertada, uma vez que o *caput* do artigo

¹ Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal de Nova Iguaçu.

310 expressamente menciona o auto de prisão em flagrante. Além disso, já constam elementos para a análise da necessidade da conversão da prisão em preventiva ou a possibilidade de se aplicar uma medida cautelar.

Em realidade, o comunicado da prisão em flagrante é um documento extremamente sucinto, que apenas leva ao conhecimento do Magistrado a existência da prisão com uma breve narrativa da dinâmica dos fatos. Já no momento da análise do auto de prisão em flagrante é possível ler os depoimentos, verificar se a vítima sente-se ou não ameaçada pelo indiciado, além da consulta dos laudos já constantes do auto. Todo esse conjunto permite ao Julgador fundamentar com mais clareza as medidas que deverão, ou não, ser aplicadas.

Apesar de entender que o momento oportuno para o pronunciamento judicial é o recebimento do auto de prisão em flagrante, na segunda semana de vigência da lei decidi passar a realizar a conversão ou não no comunicado, tendo em vista as inúmeras divergências sobre o tema, e para evitar eventual declaração de nulidade por ausência de manifestação judicial no prazo de vinte e quatro horas.

Outra questão que suscitou debates foi o fato de se deve ou não o Ministério Público se pronunciar antes da decisão de conversão, ou não, da prisão em flagrante em preventiva. Muito se falou sobre a conveniência de que deve o Magistrado se pronunciar no momento do recebimento do documento (quer seja o comunicado da prisão em flagrante, quer seja o auto de prisão em flagrante). O fundamento dessa corrente é que a intenção da lei é evitar as prisões desnecessárias; se não é caso de se manter o flagrante, o Juiz deve imediatamente pôr em liberdade o indiciado.

Também é utilizado para embasar esta posição o fato de que a Lei 12403/11, ao alterar o artigo 306, apresentou a obrigação de se comunicar ao Ministério Público, no prazo de vinte e quatro horas, a existência da prisão em flagrante. Assim, não é dever do Poder Judiciário a mencionada comunicação, e querendo, deve o Ministério Público se manifestar em Juízo para requer a conversão ou a aplicação de medida cautelar.

Ocorre que a Constituição da República Federativa do Brasil prevê a existência do princípio do sistema acusatório, no qual cabe ao Ministério

Público realizar a função de acusador no processo penal. Portanto, entendo que o artigo 310, CPP, deve ser interpretado conforme a Constituição e o Ministério Público deve ter a oportunidade de se pronunciar antes da decisão judicial.

No caso de ausência de manifestação do Ministério Público, o Poder Judiciário, no primeiro momento, em que despacha no processo, fará um juízo de valor quanto à classificação dos fatos narrados, o que não é sua função. Para verificar se o delito possui uma pena superior ou não a quatro anos de prisão, o Juiz terá que fazer uma capitulação, antecipando seu julgamento e saindo da posição de imparcialidade que a Constituição impõe.

O Magistrado, ao receber o comunicado ou o auto de prisão em flagrante, não pode ser obrigado a se vincular à capitulação dada pela autoridade policial, o que seria uma inversão de valores e subtração de atribuições do Ministério Público. Por outro lado, se o Julgador, ao receber o comunicado de prisão em flagrante, imediatamente manifestar sua posição e afirmar que tal conduta se adéqua melhor a outro tipo penal, também estará exercendo atividade acusatória que é totalmente inconstitucional.

Na prática, quando recebi o comunicado de prisão em flagrante, analisei a legalidade formal da prisão, se estava presente efetivamente a situação de flagrância e se todos os requisitos legais tinham sido cumpridos. Após, remeti os autos ao Ministério Público para compatibilizar o artigo 310, CPP com a Constituição da República e evitar que praticasse atos que são inerentes a atividade acusatória.

Existe, ainda, discussão sobre a existência ou não do prazo de vinte e quatro horas. O artigo 306, §1º, CPP, menciona que, em até vinte e quatro horas, deve ser encaminhado ao Juiz o auto de prisão em flagrante. A divergência aqui é a mesma: se a lei menciona a comunicação ou o auto. Entendo que é a comunicação e que o artigo 10, CPP, continua em vigor para permitir a conclusão das investigações.

Tal prazo de vinte e quatro horas também existiria para o julgador se pronunciar sobre a conversão ou não da prisão? Há posição de que o Juiz deve se manifestar em vinte e quatro horas para evitar a perpetuação

de uma prisão desnecessária. Por outro lado, o artigo 310, *caput*, CPP, não menciona o prazo de vinte e quatro horas, apenas dispõe que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o Juiz deverá proceder na forma de seus incisos.

Com a entrada em vigor da Lei 12.403, houve dúvida quanto a se na decisão que converte a prisão em flagrante em prisão preventiva deveria ser expedido mandado de prisão. Parece razoável adotar tal medida porque o preso possui direito a conhecer qual é o título de sua prisão. Assim, a expedição do mandado de prisão e seu efetivo cumprimento pelo Oficial de Justiça Avaliador permite que o indiciado saiba que a legalidade de sua prisão em flagrante foi avaliada e que estão presentes os requisitos para a manutenção de sua custódia cautelar com base nos pressupostos da prisão preventiva.

Outra questão que apresentou enorme divergência entre os colegas foi a possibilidade ou não de aplicação das medidas cautelares para crimes com penas máximas inferiores a quatro anos. Existe uma corrente que entende não ser possível tal aplicação porque o artigo 313, I, do Código de Processo Penal, ao estabelecer que a prisão preventiva só é cabível para os delitos com pena máxima superior a quatro anos, impede a aplicação de outras medidas cautelares, já que são substitutivas da prisão; e se a prisão não é possível, muito menos será possível a aplicação de outras medidas.

Entretanto, o artigo 319, *caput*, CPP, apenas menciona que são medidas cautelares distintas da prisão, não havendo óbice em aplicá-las dentro dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Há também que se ressaltar a discussão sobre a possibilidade ou não de prisão em casos em que o acusado de crime com pena máxima igual a quatro anos está ameaçando testemunhas, atrapalhando a conveniência da instrução processual. Para alguns, a prisão não seria possível por expressa determinação do artigo 313, I, CPP. Entretanto, existe outro posicionamento de que a decretação da prisão preventiva seria possível por força da parte final do artigo 313, parágrafo único, CPP, pela seguinte redação: “salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.”

Na realidade, parece razoável afirmar que os artigos 312 e 313, I, possuem instrumentalidade autônoma, e o artigo 282, § 4º (todos do

Código de Processo Penal) possui instrumentalidade subsidiária, ou seja, os artigos 312 e 313 devem ser analisados isoladamente pelo Magistrado, conforme explicitado pelo Desembargador Paulo Rangel.

A Lei 12.403 também trouxe dúvidas quanto a sua aplicabilidade aos crimes cometidos antes de sua entrada em vigor. O que o Magistrado deve fazer quando despacha pela primeira vez nos autos? Deve converter a prisão se presentes os requisitos ou se quedar silente? Alguns dos palestrantes que enfrentaram o tema afirmaram que, apesar de ser uma norma constante do Código de Processo Penal, possui uma natureza material e seria mais gravosa ao réu. Portanto, não deveria ser aplicada. Outra corrente sustenta que seria uma norma processual referente a uma medida cautelar e possui aplicação imediata. Para se evitar nulidades, deve o Magistrado aplicar a Lei 12.403 e fundamentar sua decisão afirmando que estão presentes os requisitos para a prisão preventiva, e convertê-la.

Quanto às medidas cautelares elencadas no artigo 319, CPP, foi possível verificar, no primeiro mês de vigência da Lei 12.403, a dificuldade da autoridade policial em arbitrar fiança da forma correta. Algumas vezes, foi concedida a fiança em delitos que o Delegado não poderia ter arbitrado, como delito com pena máxima superior a quatro anos e em casos de concurso formal ou material.

Em relação à fiança, há divergência quanto a se esta medida cautelar pode ser aplicada em conjunto com o comparecimento mensal mencionado no artigo 319, I, CPP, porque seria inócua, e a aplicação da fiança mais gravosa já supre a necessidade de comparecimento ao cartório, até porque o réu não é obrigado a comparecer a todos os atos processuais, devendo escolher como proceder em sua autodefesa.

Todos esses temas foram tratados nos dias de palestras do curso e serão fundamentais no momento de aplicação da nova Lei. Muitas dúvidas, divergências e novos posicionamentos irão surgir, mas é salutar o encontro de Magistrados apresentando suas ideias e dificuldades na interpretação e aplicação da Lei, sendo primorosa e oportuna a atuação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em nos auxiliar neste momento. ♦