

Considerações sobre a Lei nº 10.403/2011

Márcia Paixão Guimarães Léo¹

A Lei 10.403/2011, que entrou em vigor no dia 04 de julho de 2011, trouxe para o ordenamento jurídico, mais uma vez, a consagração do princípio constitucional da Presunção de Inocência. Agora, mais do que nunca, tem-se a previsão de que o acusado do processo penal tem, como regra, o direito de responder solto ao processo, sendo a prisão uma exceção. Além disso, também restou positivado mais uma vez o entendimento de que a prisão cautelar visa a assegurar, acautelar, proteger o curso do processo, não servindo para aplicação de pena privativa de liberdade de forma antecipada.

Os entendimentos a respeito da aplicação de referida legislação ainda são divergentes, o que é compreensível, tendo em vista que estamos ainda nos primeiros passos de sua vigência.

É pacífico, entretanto, o entendimento de que, agora, a fundamentação para a decretação da prisão preventiva deve ser efetuada de forma profunda, com a análise do caso concreto, não sendo mais possível a mera fundamentação geral de que estão presentes os requisitos legais e de que o acautelamento se faz necessário para a preservação da ordem pública, garantia da instrução ou aplicação da lei penal.

A prisão com fundamentação precária gerará a soltura do acusado, ainda que concretamente coubesse a sua permanência no cárcere.

Mais uma novidade é o reconhecimento do legislador quanto à natureza precauteladora da prisão em flagrante. A prisão em flagrante é efetivada pela autoridade administrativa e não judiciária, mas, anteriormente, ela era mantida por longo tempo, meses, até que fosse substituída pela prisão decorrente da sentença penal condenatória. Agora, isto não é mais possível,

¹ Juíza de Direito da 4ª Vara Criminal de Duque de Caxias.

pois é obrigação do magistrado a verificação da necessidade de sua decretação e conseqüente conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Cabe ainda anotar nesta introdução a modificação do artigo 313 do CPP, que passa a prever o cabimento da prisão preventiva somente para os crimes dolosos cuja pena privativa de liberdade máxima seja superior a quatro anos; ou se já tiver sofrido condenação anterior; ou, ainda, nos casos de violência doméstica.

Outra grande inovação da Lei é a positivação de medidas cautelares diferentes da prisão. Observe-se que muitas destas medidas que estão previstas no atual artigo 319 do Código de Processo Penal já existiam no ordenamento jurídico, outras eram aplicadas pelos magistrados através do Poder Geral de Cautela, que era importado do Processo Civil.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se à análise dos artigos alterados pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.

O artigo 282 traz o cabimento das medidas cautelares. Para referida aplicação, mister a presença dos requisitos de necessidade e adequação. Esses requisitos são para qualquer medida cautelar, e não somente para a prisão preventiva. A regra é o acusado responder solto ao processo sem qualquer restrição a sua liberdade, e, assim, somente será imposta uma medida cautelar ao réu, por menos restritiva que seja, se estiverem, naquela situação, presentes os pressupostos desse artigo.

Os parágrafos 2º e 4º desse dispositivo legal autorizam a decretação de medidas cautelares ou sua substituição de ofício por parte do magistrado. Esse posicionamento vai em oposição aos princípios que norteiam o sistema acusatório. Em contrapartida, o parágrafo 3º traz o princípio constitucional da ampla defesa para a fase pré-processual ao determinar que, para a decretação das medidas cautelares, deve-se ouvir a parte contrária, como regra. Já o parágrafo 6º traz o conceito de que a prisão deve ser a *última ratio*, e somente será aplicada se as outras medidas cautelares não surtirem efeito.

Através da redação do artigo 283, verifica-se a impossibilidade da decretação de qualquer medida cautelar aos delitos para os quais não se aplique pena privativa de liberdade, ou seja, as contravenções penais. Refe-

rida determinação uma vez mais ratifica a ideia da prisão-exceção.

Para o professor Eugênio Pacelli, seguindo essa linha de raciocínio, igualmente não cabe medida cautelar para as infrações de menor potencial ofensivo, nas que caibam suspensão condicional do processo, desde que aceita pelo réu, e nos crimes culposos.

O inciso II do artigo 310 igualmente traz novo conceito ao ordenamento jurídico. Com o recebimento do flagrante, deverá o juiz analisar a situação do preso, para, se for o caso, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva. Aqui começam a surgir as divergências doutrinárias.

Para a grande maioria, o momento que o juiz dispõe para referida análise é o do recebimento do auto de prisão em flagrante. A autoridade policial, consoante o disposto no artigo 306, tem o prazo de 24 horas para encaminhar o auto de prisão em flagrante para a autoridade competente. Dessa forma, o magistrado analisará a situação do preso em pouco mais do que 24 horas do momento de sua prisão. Desse ponto, o professor Paulo Rangel discorda. Para ele, o momento propício para essa análise é o previsto no artigo 10 do CPP, pois somente nessa hora estarão anexadas aos autos as peças técnicas pertinentes, sendo certo que a lei deu tal prazo à autoridade policial para efetivação das devidas investigações.

Em uma primeira análise, parece que o posicionamento do Desembargador Rangel é *contra legem*, na medida em que a lei é clara ao dizer “ao receber o auto de prisão em flagrante”.

Deve-se mencionar, inclusive, que há entendimento, minoritário, é verdade, de que este artigo 10 estaria revogado pela nova sistemática processual. Entretanto, a referida posição também não é a melhor, haja vista que, como já mencionado por Rangel, continua a autoridade policial com período de tempo para proceder suas investigações.

Outra divergência nesse ponto é no sentido da possibilidade do juiz efetuar a conversão de ofício, ou se há a necessidade de requerimento do Ministério Público nesse sentido. Para alguns, pode o juiz decretar de ofício, para outros, é prudente a oitiva do Ministério Público (mas não necessária), e, para uma terceira corrente, somente é cabível a conversão se houver requerimento expresso do Ministério Público, e, caso não haja,

deverá o juiz libertar o preso.

Aqui surge um outro problema. Para os que entendem que o magistrado pode fazer a conversão de ofício, o que fazer em uma situação na qual a autoridade policial classifica um delito como furto, mas o juiz entende que se cuida de roubo? A *opinio delict* é do titular da ação penal, no caso, o Ministério Público. Nessa situação, pode acontecer de o juiz converter o flagrante em prisão preventiva por entender que se trata de roubo e não furto, e o *Parquet*, no momento do oferecimento da denúncia, entender de forma diversa. Além disto, não estaria o magistrado antecipando seu posicionamento em situação inoportuna, pois o juiz somente pode analisar a situação meritória ao final da instrução?

Talvez a melhor corrente seja a que preceitua a conveniência da oitiva do Ministério Público. Isto porque não parece razoável libertar um traficante de entorpecente que foi preso em flagrante com imensa quantidade de drogas e armamentos, somente pelo fato de o Ministério Público ter se omitido no pedido de prisão preventiva.

O artigo 312, em sua nova redação, não trouxe mudança muito significativa. Existe posicionamento no sentido de que a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem econômica e da ordem pública fere o princípio constitucional da presunção de inocência. Para o Desembargador Grandinetti, a ordem pública é diferente, pois pressupõe o funcionamento correto das instituições públicas e visa a resguardar direitos e garantias individuais.

Em verdade, a garantia da ordem pública não visa apenas a evitar que os acusados voltem a praticar a mesma ou outras infrações, mas sim acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça e, principalmente, sua repercussão.

Para a grande maioria da doutrina, a conversão prevista no parágrafo único do artigo 312 é permitida inclusive para as situações de crimes com penas menores do que quatro anos de prisão. Para outros, entretanto, isto não é possível em razão do princípio da proporcionalidade. Aliás, há quem entenda, de forma minoritária, que as medidas cautelares dispostas no artigo 319 só são cabíveis para os crimes com pena privativa de liber-

dade maior de 4 anos, justamente para que, no caso de descumprimento, ser possível a conversão. Para esta parte da doutrina, entender de modo diverso significaria uma burla ao comando legislativo.

Entretanto, não é isto que diz a lei. Para a conversão da medida cautelar em prisão preventiva, não é necessário o preenchimento dos requisitos do artigo 313. A nova legislação não limitou a aplicação das medidas cautelares, como fez com a prisão preventiva, razão pela qual é possível sua aplicação para crimes que apresentem penas privativas de liberdade inferiores a quatro anos. Em outro prisma, o parágrafo único do artigo 312, que autoriza a conversão da medida cautelar em prisão preventiva, não traz qualquer limite para esta conversão.

O artigo 313 traz, em sua nova redação, as situações em que são cabíveis a decretação da prisão preventiva.

As medidas cautelares típicas estão previstas nos artigos 319 e 320. Agora, para a grande maioria da doutrina, não mais é possível a aplicação de medidas cautelares atípicas.

As medidas cautelares podem ser aplicadas isoladamente ou de forma cumulativa, e, ainda, com o intuito de assegurar o cumprimento de outra medida cautelar. Existe uma gradação de restrição da liberdade do indivíduo, e isto deve ser ponderado no momento de aplicação da medida, tendo-se sempre em conta sua necessidade e adequação.

Há quem entenda, em função do princípio do direito penal (trata-se de lei de natureza mista), da impossibilidade de retroação da lei penal mais gravosa, que as medidas cautelares somente poderão ser aplicadas para as infrações cometidas após a entrada em vigor da Lei 12.403/2011. Entretanto, quando o acusado já se encontra preso preventivamente, poderá, se for o caso, ser convertida a prisão em outra medida cautelar.

O que é importante frisar é que a regra é a liberdade plena do acusado. Haverá aplicação de medida cautelar, por menos restritiva que seja, somente se presentes os requisitos do artigo 282 do CPP.

Dentre as medidas tipificadas, interessante a prevista no inciso VIII do art. 319. Tentou-se a revitalização do instituto da fiança, que estava praticamente em desuso. Em verdade, a fiança, hoje, pode substituir o

flagrante, bem como pode ser medida cautelar. A fiança teve também novo regramento com o advento da Lei 12.403/2011.

Não há previsão de tempo quanto à aplicação das medidas cautelares, assim, devem elas ser regularmente reavaliadas pelo juízo.

A Lei 12.403/2011 trouxe grandes e importantes inovações ao ordenamento jurídico, apesar de, em verdade, muitas cautelares já estarem previstas de forma dispersa na legislação. Cabe, agora, aos aplicadores da lei, o seu exercício, sempre buscando o resguardo dos direitos individuais do acusado, em equilíbrio com o direito de toda a coletividade. ◆