

Algumas Considerações sobre a Lei nº 12431/11

Carlos Marcio da Costa Cortazio Corrêa¹

O presente trabalho abordará brevemente questões alusivas à finalidade e aos aspectos técnicos atinentes à Lei 12.403/11, discutidos durante o curso que congregou magistrados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Com a Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, o Código de Processo Penal sofreu mais uma reforma parcial do regime jurídico das prisões processuais, objeto do PL 4.208 de 2001, em que pese haver em tramitação o PLS 156 para elaboração de novo Código de Processo Penal.

De início, é interessante ressaltar que a promulgação da citada Lei trouxe a lume diferentes linhas teórico-ideológicas na interpretação e justificativas para sua criação: para alguns, a iniciativa está alicerçada na busca de rápida resposta a uma dimensão do colapso do sistema carcerário brasileiro: a superlotação dos cárceres. Outros atribuem a providência a motivação econômica, vez que o propósito seria reduzir gastos decorrentes do encarceramento. Outros ainda acreditam que o diploma legal em comento veio dar cumprimento ao princípio constitucional da presunção de inocência, evitando-se com isso a antecipação da aplicação da pena, sem que a conduta imputada ainda tenha sido julgada, ou mesmo nos casos em que, ao final, na eventual hipótese de condenação, será substituída a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito.

A rigor, cumpre ressaltar que a novel legislação trouxe alternativas diversas da prisão cautelar para garantir o bom desenvolvimento da persecução criminal e a futura aplicação da pena, as medidas cautelares expressamente elencadas nos atuais artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, tornando-se, para alguns, um rol taxativo e não exemplificativo.

¹ Juiz Titular da 1ª Vara Criminal de Nilópolis.

Antes, porém, afirmava-se que ao Juiz era atribuído o poder geral de cautela, invocando, para tanto, a norma processual civil prevista no artigo 798 do Código de Processo Civil, apesar de parte da doutrina sustentar que tal poder feria o princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual.

Pretendeu-se, ainda, com a referida Lei, dar efetividade ao princípio da jurisdicionalidade; em especial, a toda e qualquer prisão cautelar, referindo-se à prisão em flagrante, eis que sua validade dependerá de ato judicial confirmatório, após a análise da existência do *periculum libertatis*, convertendo-a em prisão preventiva, certo que o auto de prisão em flagrante deverá ser encaminhado ao juiz competente em até 24 (vinte e quatro) horas, como determina o artigo 306 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.403/11.

Segundo alguns doutrinadores, consolidou-se a ideia de que a prisão em flagrante nada mais é do que uma forma de prisão pré-cautelar, não mais subsistindo por si só, o que já era determinado pela Resolução 66 do Conselho Nacional de Justiça.

Nessa oportunidade, como dispõe o atual artigo 310 do Código de Processo Penal, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I- relaxar a prisão ilegal; ou II- converter a prisão em flagrante em preventiva, se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III- conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

É forçoso consignar que, inicialmente, deverá ser analisado o aspecto formal do auto de prisão em flagrante, bem como a legalidade ou ilegalidade do próprio flagrante por meio da verificação dos requisitos do artigo 302 do Código de Processo Penal. No caso de ilegalidade, deverá relaxar a prisão. Mas, sendo legal a prisão em flagrante, caberá verificar a possibilidade de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, a eventual imposição das demais medidas cautelares alternativas, de forma isolada ou cumulativa, previstas nos atuais artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, observando-se o disposto no § 6º do artigo 282 do mesmo diploma legal, e, por fim, inviabilizadas as hipóteses anteriores, como última alternativa, deverá enfrentar a necessidade ou não da prisão pre-

ventiva, observados seus requisitos, bem como de forma fundamentada, deverá elencar os motivos pelos quais não aplicou as medidas cautelares, como forma menos gravosa de resguardar o bom andamento do processo e a eventual e futura aplicação da pena, observando-se, em todos os casos, o princípio da proporcionalidade.

Há que se verificar também, de início, o cabimento da prisão preventiva para a suposta conduta ilícita imputada, uma vez que somente será permitida sua decretação para crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, exceto no caso de indiciado reincidente, se o fato envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, como dispõem os três incisos do atual artigo 313 do Código de Processo Penal, ou mesmo no caso de seu parágrafo único, quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Cabe esclarecer que foi fixada como parâmetro a pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos para decretação da prisão preventiva em razão do que dispõe o artigo 44 do Código Penal, o qual autoriza a substituição da pena privativa de liberdade fixada por restritiva de direitos no caso de condenação não superior a 04 (quatro) anos, observados outros requisitos, que neste momento não merecem destaque, o que deixa claro que, nessas hipóteses, não haveria razão para antecipar o que jamais ocorreria após a prolação de sentença.

Poderá, ainda, ser decretada a prisão preventiva em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, como autorizam o parágrafo único do atual artigo 312, e o § 4º do atual artigo 282, ambos do Código de Processo Penal, sendo certo que, nesse caso, não há que se observar o disposto no inciso I do artigo 313 do Código de Processo Penal, aplicável a qualquer crime independentemente do *quantum* da pena privativa de liberdade máxima cominada. Porém, antes, deverá analisar a viabilidade de aplicação de outra medida cautelar diversa da mais gravosa, de forma alternativa ou até mesmo cumulativa.

Tudo, entretanto, com observância do princípio da proporcionalidade.

Entenderam alguns que as medidas cautelares são substitutivas da prisão preventiva e não alternativas e, por isso, somente nos casos de cabimento destas seria possível a aplicação daquelas, o que não é verdade, mormente ao se atentar para o disposto no artigo 283, § 1º do Código de Processo Penal, única vedação legal de cabimento das medidas cautelares. Portanto, não há necessidade de uma interpretação sistemática, eis que há norma expressa que regula a matéria.

Há quem sustente que, no caso de decretação da prisão preventiva em decorrência de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, esta deverá ocorrer por curto período de tempo. Entretanto, tal entendimento não encontra suporte legal, com o que não concordo.

Os requisitos autorizadores da prisão preventiva ainda estão elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Já os requisitos das medidas cautelares encontram-se descritos no atual artigo 282 do Código de Processo Penal, sendo certo que não se aplicam à infração que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade, vedação expressamente prevista no § 1º do artigo 283 do mesmo diploma legal.

Deve-se observar a necessidade da medida para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e, ainda, para evitar a prática de infrações penais, sendo que esta última, alguns doutrinadores, como também foi sustentado por alguns palestrantes do curso, entendem ser inconstitucional, assim como já sustentavam quanto ao requisito autorizador da prisão preventiva da garantia da ordem, uma vez que não se está a tutelar o processo e, portanto, não é cautelar, tratando-se, em verdade, segundo alegam, de antecipação de pena.

Este entendimento, a meu ver, não pode prosperar, eis que se busca evitar a reiteração da conduta, havendo a necessidade de resguardar a sociedade de novos ilícitos tal como aquele supostamente praticado, impedindo que o autor continue sua atividade criminosa, visando a segurança de bens juridicamente protegidos e a necessidade de preservação da boa

convivência social, o que não deve se confundir com o clamor social. Este sim, poderá transmudar em verdadeira vingança ou revolta, o que não pode ocorrer.

É necessário também verificar a adequação da medida cautelar à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Andou bem o legislador ao determinar, com alguma exceção, a prévia aplicação do contraditório para a análise do pedido de decretação de algumas das medidas cautelares.

Não se deve olvidar que não é automática a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento das medidas cautelares impostas, sendo autorizado que, a qualquer tempo, verificadas as circunstâncias do fato, poderá a medida ser substituída, cumulada com outra ou, em último caso, decretada a prisão preventiva.

As medidas cautelares foram elencadas no atual artigo 319 do Código de Processo Penal. Não se trata de medidas novas, mas apenas de novas roupagens, eis que similares já eram previstas no artigo 89 da Lei 9.099/95 e até mesmo as medidas protetivas presentes no artigo 22 da Lei 11.340/06, dentre outras.

Cabe registrar, ainda, a possibilidade da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar nas hipóteses excepcionais constantes do atual artigo 318 do Código de Processo Penal, como mais uma alternativa diversa da medida mais gravosa.

Merecem igualmente atenção as modificações relativas à concessão da fiança, inclusive quanto à hipótese de fixação pela autoridade policial, questões que não mereceram maiores considerações, eis que a Lei foi bastante clara nesse aspecto.

Destaque-se que a Lei 12.403/11 não trouxe qualquer modificação quanto à prisão temporária, estando ainda em pleno vigor o seu caráter cautelar, porém, voltada para a investigação e não para o processo. Por fim, não se pode deixar de mencionar que a maior discussão, não tendo se chegado a um consenso, foi quanto ao cumprimento do disposto no artigo 310 do Código de Processo Penal, eis que é fato que um inquérito policial

não é concluído em 24 horas e, portanto, as indagações diziam respeito a qual documento seria hábil para o cumprimento do dispositivo legal mencionado, a comunicação da prisão em flagrante ou do auto de prisão em flagrante, o que não quer dizer que seja o inquérito concluído. Alguns sustentaram que se deveria aguardar a conclusão do inquérito no prazo fixado no artigo 10 do Código de Processo Penal, que não foi revogado; outros entendiam que a decisão acerca da verificação da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva deveria ocorrer com o auto de prisão em flagrante, que é diverso da mera comunicação daquela prisão. A Lei, como se viu, em alguns pontos não foi clara, deixando margem a conclusões diversas e, para tanto, somente o tempo resolverá, com as decisões e suas conseqüentes reformas, ou não, pela Superior Instância. ◆