

APORTES (CRÍTICOS) PARA UM ESTUDO PRELIMINAR DA LEI N° 12.403/11: AS (IN)FELIZES MUDANÇAS NO CPP À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

ADRIAN BARBOSA E. SILVA¹

E-mail: adrian_abs26@hotmail.com

RESUMO: A fim de que se pudesse buscar mudanças benéficas para o Processo Penal brasileiro, sobretudo no que concerne ao falido sistema carcerário e ao respeito e cumprimento dos ditames normativos e principiológicos constitucionais, depois de publicada, entra em vigor a Lei 12.403/11, que altera dispositivos do Código de Processo Penal referentes à temática das prisões processuais e das medidas acautelatórias do processo. Neste sentido, o presente artigo, sem a pretensão de esgotar o tema, visa traçar um breve ensaio crítico acerca das (in)felizes alterações e suas implicações práticas trazidas pela nova lei, a partir de uma reflexão interpretativa cujo paradigma é a Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT: In order to seek beneficial changes for the Brazilian Penal Procedural Law, especially with concerning the failed prison system and the respect and observance of constitutional normative dictates and principled, after the publication, enters in vigor the Law 12.403/11, that changes devices of the Penal Procedural Code concerning the theme of procedural prisons and the precautionary measures of process. In this sense, the present article, without pretending to exhaust the theme, aims to delineate a little brief critical essay about the (un)happy changes and the practical implications brought about by new law, from a interpretative reflection which the paradigm is the Federal Constitution of 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Lei N° 12.403/11; Alterações; Prisões; Medidas Cautelares; Constituição Federal.

KEY-WORDS: Law N° 12.403/11; Changes; Prisons; Precautionary Measures; Federal Constitution.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Lei 12.403/11 e a Respeitabilidade Constitucional. 3. Dos Limites do Intervencionismo Penal: a Liberdade, as Medidas Cautelares e a Prisão Preventiva. 4. A Constituição e os Poderes Acautelatórios Policiais, Judiciais e Ministeriais. 6. Da Inexistência de Documentos Pessoais do Indiciado: A Criminalização da Pobreza. 7. Da Aplicabilidade Imediata da Nova Lei (Lex Mitior). 8. À guisa de conclusão (?).

¹ Acadêmico do 6º período do curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Estagiário do Núcleo Avançado de Atendimento Criminal - NACRI, na Defensoria Pública do Estado do Pará. É Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, Colaborar do Portal Conteúdo Jurídico e Editor do *blog* “Discurso Racional (?)” [www.discursoracional.blogspot.com/].

1. INTRODUÇÃO

A partir da Portaria Nº 61/2000, de iniciativa do Ministro José Carlos Dias, o Ministério da Justiça constituiu uma comissão de notáveis juristas responsáveis pelos trabalhos de modernização da legislação processual penal, dentre os quais os inestimáveis Luiz Flávio Gomes, René Ariel Dotti, Ada Pellegrini Grinouver, Rui Stoco, entre outros, que deu origem ao Projeto de Lei Nº 4.208², em 2001.

10 anos depois, após tramitação bicameral do projeto no Congresso Nacional que culminou na sanção dada pela Presidente Dilma Rousseff, fora publicada a Lei Nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Conforme seu art. 289-A, § 3º, que estipulou o prazo de *vacatio legis* equivalente a 60 dias, ou seja, o lapso temporal entre a data da publicação e a data da produção formal de efeitos jurídicos no ordenamento. A lei entrou em vigor no dia 4 de julho deste mesmo ano.

A nosso ver, a Lei Nº 12.403/11, dando seqüência à praxe de reformas legislativas no ordenamento jurídico-processual brasileiro e, no específico caso, às reformas referentes ao Código de Processo Penal, desponta com a ousada e pretensiosa intenção de reforçar cada vez mais o respeito ao Princípio da Supremacia da Constituição, e não somente respeitá-lo, mas (em tese) tornar factível seus postulados democráticos (muita das vezes, meramente programáticos) materializados em princípios, preceitos, mandamentos normativos e garantias e direitos fundamentais. No entanto, como se verá a frente, por mais que se constitua como uma nova figura legal, a nova Lei ainda jaz com fragilidades e vícios.

Quanto à respeitabilidade constitucional, a Lei altera dispositivos do Decreto-Lei Nº 3.689, de 1941 —o Código de Processo Penal—, relativos a prisões, fiança, liberdade provisória e medidas acautelatórias processuais. A nova figura legal pretende somente recolher em cárcere, ante a espera de uma sentença penal condenatória, os presos que efetivamente se apresentem na condição de perigosos para o processo (e não para a sociedade, já que não é essa a função da prisão provisória, como se verá no decorrer do trabalho), de modo que, esta “periculosidade” não deve ser presumida, mas comprovada.

Deste modo, fica evidente a tentativa de cumprimento do princípio constitucional da presunção de inocência, ou seja, o indiciado/réu não pode ser

² A referida comissão apresentou, em Dezembro do ano de 2000, 7 (sete) Anteprojotos de Lei que, além do Projeto de Lei Nº 4.208/01, deu origem aos Projetos de Lei Nº 4.203/2001 (júri), 4.204/2001 (interrogatório), 4.205/2001 (provas), 4.206/2001 (recursos e ações de impugnação), 4.207/2001 (procedimentos), e 4.209/2009, investigação criminal).

considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Ademais, não se pode esquecer que segundo a Norma Fundamental, a liberdade, enquanto bem essencial ao desenvolvimento humano, é a regra; a prisão, a exceção.

Ao longo da nova Lei, resta clara a, também tentativa, de preservação de princípios como o da proporcionalidade, da motivação das decisões judiciais e do contraditório e da ampla defesa, é claro que, como se verá ao longo do desenvolvimento deste trabalho, em vezes, os “garante” de uma forma clara e compreensível, porém, em outras, consegue ser nebulosamente atônita.

Com a mudança, os atores da empreitada processual (e pré-processual), o delegado de polícia (representante da Autoridade Policial), o promotor de justiça (representante do Ministério Público) e o juiz (representante do Poder Judiciário) adquirem “variações potestativas” –que devem ser compreendidas com atenção– na atuação na fase inquisitorial, prévia ao possível oferecimento da ação penal, bem como uma importante atenção com enfoque direcionado às pessoas do indiciado/réu e vítima.

Também, deixam de existir outras modalidades de prisão cautelar diversas da prisão preventiva e da prisão temporária. As demais –a prisão para apelar, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, a prisão da sentença de pronúncia e a prisão administrativa– estão fora do sistema processual penal brasileiro.

Deste modo, a partir das promessas da nova legislação, faz-se necessário um (breve) estudo delineadamente crítico da mesma –sem a pretensão de esgotar o tema–, é claro, diante da ótica da respeitabilidade da ordem constitucional do sistema jurídico brasileiro atualmente vigente.

2. A LEI Nº 12.403/11 E A RESPEITABILIDADE CONSTITUCIONAL

Antes de mais nada, necessário se faz apontar que este trabalho objetiva traçar aportes teóricos com visibilidade prática acerca da nova Lei a partir da interpretação constitucional da mesma, afim de que se possa esclarecer a análise interdisciplinar, Direito e Processo Penal sob a ótica do Direito Constitucional, a partir de um brevíssimo intróito atinente à democratização destas Ciências Criminais no Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 surge com a proposta de “constitucionalizar” o Direito (neste instante, o Penal e o Processual Penal) no sentido de que cada uma de suas ramificações atue em conformidade com a mesma, ou seja, respeite e atenda a efetividade de seus paradigmas. A “constitucionalização” ocorre por conta da chamada *Rigidez Constitucional*, isto é, sendo a Constituição a norma fundamental de todo o Estado –por ser a Carta que conclama a forma de estruturá-lo

e organizá-lo (portanto, a mais importante de todas as codificações)– ela possui, por via lógica, maior dificuldade de modificação se comparada com as demais, infraconstitucionais. A rigor, ela detém uma superioridade no que concerne à sua produção (processo legislativo) e conteúdo (matéria constitucional de inspiração aos ramos do Direito).

Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais (BARROSO, 2009:2). A isto, atende-se a chamada *Supremacia Constitucional*³. Ante ao fenômeno, os postulados constitucionais objetivam democratizar o Direito, impondo parâmetros de interpretação, inclusive. Segundo, Eugênio Pacelli (2009), deve-se compreender:

(...) a noção de Estado Democrático de Direito orientada pela necessidade de reconhecimento e de afirmação da prevalência dos direitos fundamentais, não só como meta da política social, mas como critério de interpretação do Direito, e, de modo especial, do Direito Penal e do Direito Processual Penal. E isso não só é possível, como necessário, na medida em que a intervenção penal vem explicitamente admitida no texto constitucional (...) (OLIVEIRA, 2009:24).

Destarte, a Constituição Federal tutela direitos fundamentais do homem e também o funcionamento dos órgãos da soberania nacional. Com isso estabelece limites às normas punitivas que o legislador deva promulgar, pois serão inconstitucionais as leis que violarem as fronteiras traçadas pela Constituição (MARQUES, 2002:40).

Portanto, a intervenção tanto do Direito Penal e do Processo Penal, a partir de seus operadores e do Estado, deve atender aos limites interpretativos, explícitos ou não, na Norma Fundamental sob pena de qualquer violação estar sujeita ao teste propugnado pelo Controle de Constitucionalidade, seja ele difuso ou concentrado.

É certo que é preciso dotar o Estado de instrumentos necessários de defesa social. Mas não se pode sobrepô-los à Constituição. Deve-se encontrar um caminho constitucional, que, sem dúvida, existe e que aponta para a ponderação de bens constitucionais, para a efetividade do processo e da pena e, conseqüentemente, para

³ “A *supremacia da Constituição* revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo –na verdade, nenhum ato jurídico– poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição”. (BARROSO, 2009:1)

a rápida solução da lide. Talvez esses sejam os grandes instrumentos de defesa social e de combate à criminalidade. Mas não se pense que a multiplicação das modalidades de intervenção cautelar de natureza processual responderá, eficazmente, pelo anseio de diminuição da criminalidade. A História já demonstrou esse equívoco inúmeras vezes. Como também já demonstrou que a justiça humana é capaz de levar à condenação injustamente, do que dão conta, ou de que foram vítimas, grandes personagens da nossa História (CARVALHO, 2006:4).

Portanto, os direitos e garantias fundamentais⁴ e todo o rol de proteção destes, a exemplo de outros postulados constitucionais, como, principalmente, a base principiológica constitucional⁵ (que será bastante explorada neste trabalho), são considerados como o limite mínimo de respeitabilidade que devem estar atentos os atores do pré-processo (inquérito policial), do processo (de conhecimento [penal]) e do pós-processo (execução penal) para com a Constituição.

A Lei Nº 12.403/11, portanto, como sendo uma figura legal recentemente instituída deve, tal como todas as ramificações do Direito, atender a esta realização. É deste modo que esta singela crítica procurará esclarecer certas achegas iniciais a respeito da nova temática atinente às prisões e medidas cautelares no Processo Penal brasileiro, objetivando, é claro, o efeito factível do compromisso democrático de tutela dos bens fundamentais a que ela se presta (ou que pelo menos deveria se prestar), sempre sob a ótica da esfera de tutela das vítimas que possuem seus direitos fundamentais violados, seja através dos particulares ou do Estado.

3. DOS LIMITES DO INTERVECCIONISMO PENAL: DA LIBERDADE, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA PRISÃO PREVENTIVA

A Lei Nº 12.403/11, portanto, como já dito, é uma lei que explicita novas maneiras de atuação procedimental, principalmente, nos instantes policialescos (inquisitoriais) preliminares ao possível processo. Através da (correta) interpretação constitucional, os atinentes dispositivos servem como uma espécie de redoma de proteção ao poder punitivo proclive a arbitrariedades, de forma a

⁴ Que segundo Grandinetti Carvalho (2006:12), quanto à distinção entre ambos: “Os direitos fundamentais seriam declarações da imprescindibilidade de um rol de situações jurídicas de vantagem que corresponderia a um núcleo mínimo de direitos necessários, essenciais e fundamentais para o desenvolvimento do homem. As garantias seriam os mecanismos de proteção de tais direitos. As garantias institucionais protegeriam certas instituições às quais corresponderiam determinadas funções ou tarefas que o Estado se propõe a cumprir”.

⁵ Princípios, então, que se apresentam como normas *fundantes* do sistema processual, sem os quais não se cumpriria a tarefa de proteção aos direitos fundamentais. O Direito Processual Penal, portanto, é, essencialmente, um Direito de fundo *constitucional* (OLIVEIRA, 2009:25).

tolher o intervencionismo penal exacerbado, a princípio, no que concernem os regramentos das prisões cautelar e preventiva.

Logo de início, o art. 282 (e seus incisos) prevê as circunstâncias autorizadoras da aplicação das medidas cautelares, quais sejam: a *necessidade* e a *adequação*.

Nota-se que o atual legislador foi menos técnico em relação àquele que elaborou o art. 156, I, do CPP, eis que lá, a par de cobrar-se a presença da “idoneidade” e “adequação”, condicionou-se ainda a ação do magistrado à “proporcionalidade da medida”, preenchendo, pois, clara e insofismavelmente a integralidade dos sub-requisitos do princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) (BONFIM, 2011:27).

Deste modo, há de se constatar a adoção, ainda que tecnicamente imprecisa (por não explicitar o teste da proporcionalidade *stricto sensu*), do princípio da proporcionalidade que, em termos práticos, tende a reforçar a intervenção mínima do Direito Penal nas relações sociais humanas na visão judicial.

Ou seja, afim de que se possa satisfazer o princípio da presunção de inocência e trazer a lume o postulado constitucional de que a prisão é a exceção (portanto, atendendo o respeito ao direito à liberdade humana), ao passo que, antes de se pensar em decretar uma medida cautelar mais gravosa (prisão preventiva) –privativa de liberdade–, há de se pensar antes em medidas menos gravosas (cautelares diversas da prisão) restritivas de liberdades, isto é, quando não for possível conceder a liberdade provisória (com ou sem fiança)⁶.

É neste sentido que a Lei Nº 12.403/11 inova ao estabelecer um rol de medidas acautelatórias diversas da prisão –previstas no art. 319⁷– que poderão

⁶ É como tive a oportunidade de esclarecer em outro momento: “Desta forma, a consignação da proporcionalidade entre os direitos de liberdade e a segurança pública a ser observada pelo Estado, deve alcançar o fim proposto, qual seja da limitação das arbitrariedades do Estado e também da contenção da criminalidade (adequação), deve se justificar frente à conjuntura do Estado de Direito, garantido direitos de acordo com suas limitações (necessidade) e também deve garantir ambos os direitos e não escolher apenas um em detrimento do outro, segundo uma restrição equilibrada e necessária de cada direito (proporcionalidade em sentido estrito)” (SILVA, 2010:153).

⁷ “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I. comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II. proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III. proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV. proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V. recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI. suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de

ser decretadas pelo juiz (de ofício ou a requerimento das partes, quando da fase processual, ou a requerimento da autoridade policial competente e/ou do Ministério Público durante a fase de investigação criminal [art. 282, §2º]), isolada ou cumulativamente (art. 282, § 1º), lembrando ser a *ultima ratio*, a decretação da preventiva.

Valendo ainda ressaltar a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal “*A gravidade do crime imputado ao réu, por si só, não é motivo suficiente para a prisão preventiva*” (*Habeas Corpus* Nº 67.850-5/DF, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU, de 30.03.1990, p. 2339)⁸, então: se pela avaliação a partir da proporção para a decretação de uma medida mais gravosa (prisão preventiva), como se poderia estabelecer a adequação da medida cautelar (mais “benigna”) à gravidade do crime –tal como assevera o inciso II do art. 282– como meio para a decretação desta? Somos da opinião de que para este juízo (de decretação) o que deve ser avaliado são as circunstâncias de fato. E ainda, a mesma ramificação do dispositivo ainda trata das “condições pessoais do indiciado ou acusado”, que, a nosso ver, dá margem –não que esta seja a regra prática– para que os magistrados incorram no gravíssimo erro de embasar seus juízos em um “direito penal do autor” e não “do fato” (típico, ilícito e culpável).

Uma inexorável inversão da teoria do delito ao inverter conceitos de *culpabilidade* para *periculosidade*, inadmissível ante a vigência da Constituição Federal de 1988 já que ninguém deve sequer ser considerado culpado ante uma sentença condenatória transitada em julgado, quanto menos seria ser taxado como perigoso, a partir da dedução de suas “condições pessoais”. Uma verdadeira perversão com estampa de “estereótipo” com culpabilidade presumida.

Em meio a esta celeuma, impossível deixar de mencionar as palavras do in-crível Raúl Zaffaroni (2007:81-82):

Na América Latina opera-se com uma generalizada medida de segurança por periculosidade presumida (sob a forma de prisão preventiva pervertida) e só excepcionalmente com penas. Com isso, toda proposta de destinar penas ou medidas de mera contenção para os *inimigos* perde muito de seu sentido, uma vez que estas

suu utilização para a prática de infrações penais; VII. internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII. fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica. (...).”

⁸ Neste mesmo sentido temos ainda os HC 65.950, HC 76.730 e HC 79.204, dentre outros, todos do STF.

são empregadas desde o começo mesmo do processo de criminalização secundária e indiscriminadamente. É preciso entender que na América Latina quase todos os prisioneiros são tratados como *inimigos* no exercício real do poder punitivo.

Quanto ao reforço da ideia de cerceamento de liberdade enquanto a última razão do Direito Penal, somos do mesmo pensamento que advoga Antonio Scarance Fernandes (2011:7) ao dizer que “esse rol de medidas constituiu importante mudança, pois retira o juiz dos limites estreitos da prisão preventiva ou da liberdade provisória com a única obrigação de comparecimento aos atos do processo”, afinal de contas, encerrou-se o absolutismo do sistema processual penal brasileiro, segundo o qual o magistrado só tinha duas opções antes do trânsito em julgado da condenação, a liberdade ou a prisão. Esse sistema gerava o decreto de prisões provisórias desnecessárias ou a concessão de liberdade com restrições ilegais, não previstas em lei (Bandeira, 2011).

Portanto, neste viés, a prisão em flagrante deixou de ser *formalmente* uma medida cautelar. “Formalmente” porque, em nosso juízo, ela sempre foi uma medida pré-cautelar⁹, tal como já asseverava o emérito professor Aury Lopes Júnior ainda em 2010; nesta baila, a prisão em flagrante então era e (formalmente) passou a ser:

(...) uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não. (LOPES JR., 2010:72)

Assim, a prisão em flagrante deixa de ser uma espécie de prisão provisória ou cautelar, e subsiste apenas como forma de execução da prisão, como dispõe o mesmo artigo 283, em consonância com a CRFB/88 no artigo 5º, LXI (Bandeira, 2011). Com isso, sepultam-se, de vez, as absolutamente ilegais prisões em flagrante que perduravam por vários dias, muitas vezes até a conclusão do inquérito policial (!), sem a necessária decretação e fundamentação da prisão preventiva (LOPES JR, 2011:38).

⁹ “Do art. 5º, LXI, da CF, retiramos autorização para que pessoas possam ser presas em flagrante, mas a interpretação da regra deve ser feita em harmonia com o citado inciso LXVI, do qual se extrai que, após a prisão em flagrante, a pessoa não poderá continuar presa e, portanto, ser levada ao cárcere, se cabível a liberdade provisória, daí a necessidade de análise desta situação jurídico-constitucional já no momento do controle jurisdicional imediato, a demonstrar absoluta impropriedade em se afirmar a possibilidade de que alguém possa permanecer preso *por força do flagrante*” (MARCÃO, 2011:10).

Não existirá mais (e juridicamente nunca existiu...) o manter-se alguém preso, além das 24h, sem uma decisão judicial fundamentada, decretando a prisão preventiva. E mais: essa prisão preventiva –a nosso juízo– somente poderá ser decretada se houver um pedido (do Ministério Público ou autoridade policial), pois constitucionalmente é inconcebível que o juiz o faça de ofício (LOPES JR, 2011:39).

Não sendo o caso do decreto preventivo, portanto, deve o juiz soltar imediatamente o indiciado (mediante fiança ou não) ou decretar a(s) medida(s) cautelar(es), caso hajam elementos suficientes para tanto, sempre fundamentando a necessidade¹⁰.

O que não se pode deixar de esquecer é a questão dos indiciados/réus presos antes do advento da nova Lei que a partir da entrada em vigor permanecem presos pela prisão (em flagrante) que sequer é mais medida cautelar. Somos da opinião de que se naquele instante o juiz não averiguou estarem presentes os elementos ensejadores do decreto da preventiva, agora já não mais poderá fazê-lo (convertendo a prisão em flagrante em preventiva), e se caso o faça, haverá a possibilidade de incorrer em um gravíssimo erro ao tentar criar situações para fazer com que o indiciado/réu permaneça privado de sua liberdade no cárcere, e, ainda mais, estará ofuscando uma imagem de parte (de acusação), violando o sistema acusatório.

Então, se naquele momento o juiz só podia optar pelo sim ou pelo não –prisão ou liberdade–, a nova Lei trouxe as medidas cautelares para tentar solucionar este problema de decretações de medidas desproporcionais; neste caso, então, parece que o mais adequado seria o juiz soltar a pessoa, a depender das circunstâncias, mediante uma ou mais medidas cautelares, quando presentes ou não os requisitos autorizadores.

A questão já existente é a de saber até quando poderão permanecer as medidas impostas. Na inexistência de disciplina a respeito deve-se, em princípio, seguir as normas sobre prisão preventiva e fiança. Em princípio, a medida pode perdurar até a sentença, se antes nada justificou a sua revogação ou substituição e, na sentença, se condenatória, deve o juiz resolver sobre a continuidade da medida, como, aliás, prevê o artigo 387, parágrafo único (FERNANDES, 2011).

¹⁰ A aplicação de uma medida cautelar será, agora, precedida de uma intimação da parte contrária, que poderá se manifestar sobre o requerimento ou a representação. Isso não será observado nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida. A providência é novidade (§3º). Representa fortalecimento do contraditório, mas o faz com comedimento de modo a não tornar inócua a medida a ser imposta (FERNANDES, 2011:6).

Portanto, quando da impossibilidade de decretação das medidas acautelatórias diversas da prisão, ou seja, quando presentes os elementos ensejadores do decreto da prisão preventiva (previstos no art. 312¹¹) –a medida cautelar mais gravosa–, deve o juiz realizar a conversão do flagrante em preventiva (obviamente quando se tratar de indiciado preso em flagrante delito) ou decretá-la ao longo da empreitada processual, quando da insurgência de seus elementos ensejadores.

A situação é diversa, contudo, no que se refere à decretação da prisão preventiva, já que para esta, por ser a mais drástica das cautelares, expressamente exigiu o legislador, ademais dos “indícios de autoria”, também a “prova da materialidade do crime”, conforme expressamente prevê o art. 312 do CPP. Destarte, tem-se que os indícios de autoria são requisitos comuns a todos os tipos de cautelares, mas a prova da materialidade é requisito específico para a decretação da custódia preventiva (BONFIM, 2011:27).

Então, o legislador conservou os requisitos previstos anteriormente à nova Lei, quais sejam: o *periculum in libertatis* e o *fumus comissi delicti*. Valendo relembrar que o *periculum in libertatis*, advindo do *periculum in mora* presente nas medidas cautelares de natureza extrapenal, consiste na demonstração do efetivo risco da liberdade ampla e irrestrita do agente, assegurando-se o resultado prático do processo. Assim, se *verbi gratia*, o juiz constatar que o réu dê efetivas demonstrações de que pretende se ausentar da Comarca em que reside, poderá lançar mão de medidas cautelares para evitar que ele se furte à aplicação da lei penal no caso de vir a ser condenado pela prática do crime em que supostamente incursionou (BONFIM, 2011:28).

O *fumus comissi delicti* é representado pelas expressões *prova de existência do crime* e *indícios suficiente de autoria*. *Prova de existência de crime* refere-se à materialidade do ilícito penal, ou seja, a existência do corpo de delito, que deverá ser atestada pelo laudo pericial, documentos ou prova testemunhal idônea. *Indícios de autoria* não são provas contundentes, robustas e que geram a certeza absoluta do indiciado ou acusado. Basta (*sic*) apontamentos de que o indigitado ou acusado é o autor do fato. Elementos que apontem a fumaça no sentido de que o acusado é autor do ilícito penal que ora se apura (RANGEL, 2009:715).

¹¹ *In verbis*: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia de ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Estes dois pressupostos acima apontados, que se encontram presentes no dispositivo supracitado (art. 312), deverão ser pressupostos para a aplicação das hipóteses de prisão preventivas expressas pelo art. 313, visto que, depreendendo-se por regras hermenêuticas de interpretação, a expressão “nos termos do art. 312 deste Código”, prevista neste último dispositivo, indica a interpretação/aplicação coadunada.

Como prevêem os artigos 310, parágrafo único e 314, tendo o juiz verificado –a partir das provas acostadas nos autos (ou seja, vale não só para o processo, tão bem como no inquérito)– que o suposto autor do crime agiu de acordo com os incisos I a III do art. 23 do Código Penal (ou seja, em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou em exercício regular de direito), pode conceder, de imediato, a liberdade provisória (com ou sem fiança) do indivíduo, sem necessidade, portanto, do decreto preventivo.

Após a breve revisão, nota-se a inovação: mais duas possibilidades de decretação da prisão preventiva. A primeira diz respeito à carência de elementos que identifiquem a pessoa do indiciado/acusado, prevista no art. 313, parágrafo único (que será discutida no sexto tópico deste trabalho), e a segunda, diz respeito à decretação da preventiva quando do desobedecimento das medidas cautelares diversas da prisão. Quanto a esta última hipótese, urge a polêmica: será possível a decretação da prisão preventiva nos crimes com pena máxima *in abstracto* não superior a 4 (quatro) anos, mesmo quando o art. 313, inciso I, prevê a impossibilidade de imposição de tal medida à crimes que possuam este *quantum* máximo de pena?

Guilherme Nucci (2011) adota a posição de que, sim, seria possível a medida extremada até mesmo nos crimes abaixo do limite de 4 (quatro) anos de pena máxima *in abstracto*, como se segue:

As medidas cautelares, alternativas ao cárcere, são salutares e representam a possibilidade real de esvaziamento de cadeias. Porém, elas precisam de credibilidade e respeitabilidade. Não sendo cumpridas as obrigações fixadas, nos termos estabelecidos no art. 282 § 4º, parte final, do CPP, pode-se decretar a preventiva, como última opção. Assim sendo, soa-nos válida a hipótese para qualquer espécie de delito. Ilustrando: o réu, preso em flagrante por furto simples, recebe liberdade provisória, com a obrigação de comparecer em juízo, justificando suas atividades; o furto simples, como regra, não mais comporta a decretação de preventiva; porém, se descumprir a obrigação fixada, não havendo outra solução, pode o magistrado decretar a preventiva (NUCCI, 2011:69).

Com a devida vênia ao ilustre doutrinador, não podemos acolher tal pensamento visto que a proposta deste trabalho –como já temos frisado– é a interpretação

da nova Lei a partir dos postulados constitucionais, e neste sentido, não há de se fugir da análise meio-fim no processo, ou seja, a medida cautelar preventiva (privativa de liberdade) e a prisão-pena, em que a prisão provisória não pode ser mais gravosa que aquela pena resultante da sentença (princípio da proporcionalidade), porque, em última análise o réu estaria sendo punido antecipadamente pelo processo¹², no qual, no fim, poderia até mesmo ser absolvido, ou mesmo que não o fosse, a sentença ainda assim poderia ser menos gravosa que a medida acautelatória privativa de liberdade, a exemplo dos crimes com pena privativa de liberdade abstrata máxima de 4 (quatro) anos¹³.

Além do mais, não há de ser esquecida a previsão legal expressa de que nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima inferior a 4 (quatro) anos não há a possibilidade de ser decretada prisão preventiva (art. 313, I/CPP), a menos que se trate das hipóteses previstas nos incisos II (reincidência em crime doloso) e III (violência doméstica e familiar ou com vítima vulnerável) do 313/CPP, haja vista não serem cumulativos.

A prisão preventiva, por fim, poderá ser revogada ou substituída por outras medidas cautelares quando da constatação de inexistência ou cessação dos motivos que ensejaram sua decretação, como sempre, de forma fundamentada pelo juiz (art. 315/CPP).

¹² Quanto à punição antecipada causada pelo processo, ressalta ironicamente Luigi FERRAJOLI (2010:716): “A captura do imputado suspeito imediatamente após o fato representa, indubitavelmente, *medida de defesa social mais eficaz*: primeiro se pune, e, depois, se processa, ou melhor, se pune processando. E se configura como a forma mais conspícua da mutação do processo em pena informal” (grifo nosso).

¹³ A par de contestarmos tal opinião sob a argumentação constitucional da proporcionalidade, os próprios aspectos institucionais da processualística penal já são suficientes para a resolução da questão, como bem preleciona Paulo RANGEL (2009:680): “(...) admite-se prisão preventiva em um crime de **furto simples**? A resposta é negativa. Tal crime, primeiro, **permite a suspensão condicional do processo**. Segundo, se houver condenação, não haverá pena privativa de liberdade face à **possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos**. Nesse caso, não haveria homogeneidade entre prisão preventiva a ser decretada e eventual condenação a ser proferida. O mal causado durante o curso do processo é bem maior do que aquele que, **possivelmente**, poderia ser infligido ao acusado quando de seu término. Entendemos, em uma visão sistemática do sistema penal como um todo, que, nos **crimes de médio potencial ofensivo**, ou seja, aqueles que admitem a suspensão condicional do processo (cf. art. 89 da Lei Nº 9.099/95), não mais se admite prisão cautelar, seja a manutenção da prisão em flagrante ou a decretação da prisão preventiva. Não podemos confundir a prisão em flagrante no crime de furto simples (ou agora até o qualificado, diante do novo entendimento da suspensão condicional do processo em crimes com pena mínima de até 2 anos), por exemplo, com sua manutenção até final do processo. Preso em flagrante delito, deve ser concedida a liberdade provisória por ausência de homogeneidade. O mesmo deve ocorrer nos crimes que, em tese, admitem a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Assim, estaremos operando com uma visão sistemática das medidas cautelares (cf. obra de Vicente GIMENO SENDRA, Víctor MORENO CATENA e Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ citada, p. 475)”.

O que talvez seja mais uma falha da legislação é a impossibilidade de decretação de prisão preventiva para crimes como, *v.g.*, coação no curso do processo (art. 344/CP) e formação de quadrilha ou bando (art. 288/CP), haja vista serem crimes cujas penas máximas não extrapolam o *quantum* de 4 (quatro) anos (penas de reclusão de 1 um a quatro anos e de um a três anos, respectivamente) apesar de serem crimes que ofendem bem jurídicos de extrema importância à sociedade, como é o caso da administração pública (da justiça) e a paz pública. A nosso ver, quanto a esta questão, uma reforma legislativa seria uma paliativo ao elevar o preceito secundário (máximo) de tais delitos para além dos 4 (quatro) anos.

4. A CONSTITUIÇÃO E OS PODERES ACAUTELATÓRIOS POLICIALESCOS, JUDICIAIS E MINISTERIAIS

A Lei Nº 12.403/11 traz mudanças significativas no que tange aos poderes de atuação da Autoridade Policial, do Poder Judiciário e do Ministério Público, e, ao mesmo tempo, traz a necessidade de uma harmonização destas figuradas para a apuração do Inquérito Policial.

Com o advento da nova Lei, o delegado de polícia, representante competente da autoridade policial, passa a adquirir papel fundamental quanto ao objetivo da preservação, sempre que possível, do direito de liberdade do cidadão. O delegado de polícia passa a poder conceder fiança nos casos de infrações penais cuja pena privativa de liberdade máxima *in abstracto* não ultrapasse 4 (quatro) anos (art. 322/CPP), nos termos do art. 325, I/CPP, ou seja, podendo o valor monetário variar entre 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos. Valendo lembrar que quando o valor prestado se mostrar insuficiente, deverá a fiança, chamada de inidônea, ser reforçada, de ofício ou a requerimento das partes ou durante o inquérito do ofendido. O art. 340 enumera as hipóteses de reforço da fiança¹⁴ (Bonfim, 2011:101).

Quando necessário (art. 312/CPP), o delegado de polícia ainda pode requerer ao juiz a decretação de medidas cautelares (art. 282, § 2º/CPP) ou, quando da insuficiência ou ineficácia das medidas cautelares, a decretação da prisão preventiva (art. 311/CPP) do(s) indiciado(s), em qualquer fase da investigação policial.

O Ministério Público, através da figura do promotor de justiça, é também incluído no rol de comunicação imediata da prisão em flagrante quando da la-

¹⁴ Art. 340. Será exigido o reforço da fiança: I. Quando a autoridade tomar por engano fiança insuficiente II. quando houver depreciação material ou perecimento dos bens hipotecados ou caucionados, ou depreciação dos metais ou pedras preciosas; III. quando for inovada a classificação do delito.

vratura do Auto de Prisão em Flagrante - APF (art. 306/CPP), o qual, antes, era apenas comunicado à autoridade judiciária e ao(s) familiar(es) do indiciado ou qualquer outro conhecido por ele indicado¹⁵. Interessante a mudança, e, necessária, já que a fase inquisitorial está intimamente ligada ao ofício de acusação e cumprimento da lei penal pelo Ministério Público (justamente para que possa ter embasamento para o oferecimento da denúncia), e, com a alteração, o promotor pode e deve requerer ao juiz, quando necessária, a decretação da prisão preventiva, seja pela inicial presença dos elementos ensejadores da extrema cautelar (art. 312, 312, parágrafo único e 313/CPP) ou pelo eventual descumprimento da(s) medida(s) cautelar(es) (art. 282, § 4º/CPP), e, neste caso, o requerimento do decreto preventivo deve ser a *extrema ratio*, dando-se prioridade pela alternância ou pela cumulação de medidas cautelares que não a preventiva (art. 282, § 6º/CPP) previstas no art. 319/CPP.

O juiz, por sua vez, deve conceder ao réu a liberdade provisória, com ou sem medidas acautelatórias, sempre que possível, de modo que faça com que o réu possa responder ao processo penal em liberdade. Nesta compreensão, se dá prioridade à liberdade do ser humano, sendo a(s) medida(s) cautelar(es) somente decretada(s) como *ultima ratio*, apenas quando for(em) necessária(s) e adequada(s) e, a prisão preventiva (seja decretada de pronto, no inquérito, a partir da conversão da prisão em flagrante ou ao longo da caminhada processual, a partir da evidenciação dos requisitos previstos nos arts. 312, 312 parágrafo único e 313/CPP), a *ultima ratio*, somente quando a liberdade provisória e a(s) medida(s) cautelar(es) não se mostrarem idôneas para o processo e para a sociedade, é claro que, atendendo aos requisitos necessários, a partir de decisão devidamente fundamentada.

A nosso ver, a nova legislação foi feliz ao expressar no art. 311, a necessidade de requerimento prévio do delegado ou do promotor de justiça para a decretação da prisão preventiva na fase inquisitorial, já que o juiz, haja vista o modelo processual adotado no Brasil – ainda que misto, essencialmente acusatório (já que não se pode, de modo algum, excluir os direitos e garantias fundamentais do indiciado na suposta fase “inquisitorial” de Inquérito Policial), não ser parte, já que:

(...) a violação ao sistema acusatório se daria na medida da permissão (...) da intervenção judicial para a tutela de *funções investigativas*, que, como se sabe, encontra-se

¹⁵ Vale lembrar que, segundo a Constituição Federal, não há a exigibilidade de comunicação da prisão ao Ministério Público. *In verbis*: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (art. 5º, inciso LXII).

a cargo de órgãos públicos específicos (Ministério Público e Polícia Judiciária). É dizer: permitir-se *valoração jurídica* acerca da necessidade da custódia por órgão que não tem competência constitucional para o exercício da respectiva função, isto é, a função *investigativa* e a função *acusatória*, contraria o sistema acusatório. E mesmo a prisão para *garantia de ordem pública*, cuja fundamentação ultrapassa as fronteiras dos interesses investigatórios *daquele processo* no curso do qual é decretada, não deve ser feita sem provocação (Oliveira, 2009:8).

É que, como o principal requisito para qualquer prisão cautelar é o da existência de indícios veementes de autoria e materialidade, deve-se reservar a referida valoração (jurídico-penal) apenas para a fase de *jurisdição*, salvo provocação dos interessados, na mesma linha de proteção das liberdades públicas (Oliveira, 2009:8). Já, neste último caso, uma vez tramitado o processo para uma vara penal, sob a competência de outro juiz (diferente à pessoa daquele que participou da fase de inquérito), a imparcialidade e a livre convicção, pelo menos em tese, não estariam comprometidas.

Deste modo, qualquer atuação prévia do juiz sem provocação, na fase pré-processual de polícia, seria incompatível com a ordem constitucional vigente, haja vista que se daria vazão à ilegalidade (por violar os dispositivos do CPP que restringem a atuação *ex officio* do juiz ao processo penal, isto é, os arts. 282, § 2º e 311/CPP) e inconstitucionalidade (por violar o sistema acusatório, ou seja, em última análise, não tendo o juiz, segundo a Constituição, competência investigatória, não pode atuar como parte na acusação) patentes¹⁶.

Portanto, o *habeas corpus*, então, tendo a natureza jurídica de ação, é remédio constitucional em tese eficaz para a proteção ou prevenção do *status libertatis* de qualquer cidadão que tenha o seu direito de liberdade de locomoção –de ir, vir e permanecer– violado¹⁷, no caso, a nosso ver, por parte do juiz, pela decretação *ex officio* das medidas cautelares, sem requerimento prévio das partes, do Ministério Público ou da autoridade policial, ou da prisão preventiva, também sem requerimento prévio das partes, da autoridade policial, do Ministério Público,

¹⁶ Neste sentido, Renato Marcão (2011:11) menciona sobre o juiz que: “*Não sendo ilegal*, deverá converter a prisão em flagrante em prisão preventiva quando presentes os requisitos legais (arts. 311 a 313 do CPP) e se a tanto provocado, pois não poderá fazê-lo *ex officio* durante a fase de investigação criminal”.

¹⁷ (...) por objetivar a determinação da inconstitucionalidade ou da ilegalidade de ato de agente do Poder Público, “seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”, a fim de obter-se a sua revogação ou modificação, assume essa espécie de *writ* a natureza de *ação*, que encontra na Lei Maior a explicitação genérica, em termos amplos, de sua cabência, e na legislação processual específica as diretrizes de sua propositura e tramitação, perante os órgãos, competentes, do Poder Judiciário. (TUCCI, 2004:420)

do querelante ou assistente, na fase inquisitória; o que não é difícil que ocorra na práxis forense cotidiana.

O juiz ainda pode, de forma – sempre – motivada – em respeito ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais¹⁸ –, quando do conhecimento da prisão em flagrante, comunicada em até 24h (art. 306, § 1º/CPP), relaxar a prisão, convertê-la em preventiva ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, incisos I, II e III/CPP). Uma vez tomada uma das decisões anteriores, o juiz deverá substituir ou cumular a(s) medida(s) cautelar(es) com outra(s) medida(s) cautelar(es) ou pode convertê-la(s) em preventiva se persistirem os requisitos do 312 c/c 313/CPP ou, ainda, revogar a(s) cautelar(es) ou decretar, substituir ou denegar a preventiva se o(s) motivo(s) ensejador(es) do(s) mesmo(s) deixar(em) de subsistir(em) (art. 282, § 4º, § 5º, art. 315/CPP).

Por fim, dentre as principais inovações, o juiz, uma vez verificando por meio do APF que o sujeito indiciado praticou o fato nas hipóteses excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal brasileiro, ou seja, em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito, a nosso ver, deverá (ao contrário do que estipula a lei em “poderá”) conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação (art. 310, parágrafo único/CPP), ficando sobrestada, deste modo, a possibilidade de conversão do flagrante em preventiva (art. 314/CPP). Tratando-se de fato atípico, deverá requerer junto ao Ministério Público, o arquivamento do inquérito.

6. DA INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTOS PESSOAIS DO INDICIADO: A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA

A nova Lei de prisões e medidas cautelares dispõe no art. 313, parágrafo único, o seguinte:

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (grifo nosso).

¹⁸ Art. 93, inciso IX/CF, *in verbis*: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)” (*grifo nosso*). Neste sentido, Paulo RANGEL (2009:721): “a ausência de fundamentação da decisão que decreta a custódia do acusado acarreta a nulidade da mesma, que deverá ser reconhecida pelo Tribunal, via *Habeas Corpus*.”

Pela breve leitura do dispositivo supracitado, se deduz uma nova hipótese que dá azo à decretação da prisão preventiva do indiciado, qual seja a da falta de elementos suficientes para a qualificação civil do mesmo. O dispositivo menciona “identidade civil” ou “elementos suficientes para esclarecê-la”. Antes de qualquer aporte crítico, vale lembrar que, antes mesmo da insurgência desta nova figura legal, o Conselho Nacional de Justiça, com a edição da Resolução Nº 66, de 27 de Janeiro de 2009 –criada com a pretensa finalidade de institucionalizar mecanismos de controle estatístico e, também, disciplinar um *modus operandi* para juízes e tribunais a propósito da decretação e do controle dos casos de prisão provisória–, já dispunha matéria semelhante logo em seu art. 1º, §1º, como se pode ver, *in verbis*:

Em até quarenta e oito horas da comunicação da prisão, não sendo juntados documentos e certidões que o juiz entende imprescindíveis à decisão e, não havendo advogado constituído, será nomeado um dativo ou comunicada a Defensoria Pública para que regularize, em prazo que não pode exceder a 5 dias.

Tal matéria deu ensejo para que muitos juízes se escudassem – tão somente – em tal resolução e deixassem de apreciar os pedidos de liberdade provisória nos casos em que o preso não dispusesse de documentação civil hábil, *verbi gratia*, carteira de identidade, CPF, comprovante de residência, comprovante de ocupação lícita (exercício de profissão ou ofício), etc, de modo que condicionava a apreciação da possível liberdade do indivíduo a esta juntada de documentos, sem ao menos justificar os fundamentos que respaldassem a necessidade de tal posicionamento, valendo lembrar que nem a própria resolução previa esta “condicionante”.

A grande questão então era trazida a lume: será mesmo que o juiz atuante junto à fase de inquérito policial podia realmente fazer isto? A resposta ficava na fundamentada reação da defesa técnica: era impetrado *habeas corpus* a fim de que esta custódia ilegal e inconstitucional findasse¹⁹.

A fundamentação era estritamente pautada nos postulados constitucionais: a) do princípio do livre convencimento motivado (art. 92, IX da CF/88), já que o juiz tinha por compromisso constitucional (por se tratar de direito público subjetivo da parte) a obrigação de conceder uma decisão com a devida fundamentação que a justificasse (por sinal, o texto do art. 310, *caput*, do CPP,

¹⁹ Art. 5º, inciso LXVIII da CF/88, *in verbis*: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

é bem claro ao exigir a motivação da decisão proferida); b) do princípio da inafastabilidade jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV da CF/88²⁰), já que, pelas mesmas circunstâncias, o juiz não podia se escudar na resolução do CNJ para que deixasse de sequer apreciar o pedido referente à liberdade do indivíduo²¹, por falta de previsão constitucional para tanto; c) do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), já que quando muito poderia, deixa de julgar, fazendo com que o processo se estenda ainda mais; e, principalmente, d) da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88); e, e) da proporcionalidade (latente na Carta Magna), já que, através de uma combinação de ambos, é patente e incontestável a injustiça que se poderia causar naquela situação visto que não era proporcional manter alguém recluso em cárcere simplesmente por não apresentar documentos em juízo, mas, que, seria, pelo menos em tese, plenamente justificável pela comprovação de existência de resquícios de materialidade e/ou autoria de crime; o que não era sequer analisado na situação prática.

Em última análise, a pessoa ficava presa por não possuir documentos, o que é em nossa opinião, uma atroz afronta à estrita legalidade penal, já que não havia previsão legal para tal reclusão (não enquanto tipo penal), e, nestas circunstâncias, sequer poderia se falar em respeito à dignidade humana já que o simples fato de inexistir documentação nos autos, a liberdade –bem humano fundamental– era sumariamente descartada; uma pretensa “ vaidade antijudicante”, na qual, ao agir da forma que agiu, o juiz causou um tumulto processual desnecessário, pois passou a transgredir direitos materiais e, inclusive processuais do indiciado, quais sejam os recursos que lhe são cabíveis, prejudicando, inclusive o duplo grau de jurisdição, não fosse o remédio constitucional do *habeas corpus* para que o resguardasse.

Naquela oportunidade, o Código de Processo Penal sequer tratava da matéria da exigibilidade da documentação para a apreciação do pedido de liberdade provisória como condicionante à apreciação da liberdade provisória e, agora, com o advento deste novo dispositivo legal que trata da possibilidade de decretação da preventiva quando da falta da documentação, a nosso ver, se está, uma vez mais reforçando a ideia de que quando da inexistência de documentação civil em autos, o enclausuramento deve ser a “solução”. Isto dá margem – é

²⁰ *In verbis*: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

²¹ Neste sentido, até mesmo a **Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948** prescreve, *ipsis litteris*: “Article 10. Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him” (“Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele” [tradução nossa]).

claro, através de errôneas interpretações e do desrespeito à Constituição –, ao autoritarismo e ao inquisitorialismo que são inadmissíveis na atual esfera jurídico-política brasileira, isto é, a do Estado democrático de Direito.

Estamos cientes de que a documentação, mas, para além delas, as informações qualificadoras da pessoa do indiciado, são de extrema importância, tanto para a configuração do APF quanto para a comunicação e continuidade dos possíveis atos processuais, no entanto, quando não houver condições fáticas para a juntada destas documentações, estamos no sentido de que a prisão –que pelo menos em tese deveria ser a *ultima ratio*– é medida da mais repugnante desproporcionalidade.

Seriam exemplos práticos: o caso do mendigo de rua que supostamente pratica um furto simples (art. 155/CP), o qual sequer possui documentação pessoal –já que é um morador de rua e não possui residência– e a sanção máxima de punição de modo algum seria mais gravosa que o próprio processo²², tal como a situação do indivíduo que um dia antes de ameaçar alguém (art. 147/CP) tem sua carteira com documentos furtada ou roubada e não dispõe de familiares ou amigos que possam encaminhar outros documentos em juízo, enfim, são situações

²² Neste sentido, brilhante é a decisão (em excertos) do Juiz de Direito Flávio Sánchez: “Ora, o crime atribuído ao suspeito prevê uma pena, em abstrato, que varia entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de reclusão. Assim, tal delito –caso o Ministério Público ofereça denúncia e esta seja recebida pelo magistrado– admite a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95. Caso o agente não aceite tal benefício ou não preencha os requisitos legais para tanto, permite-se, ainda –caso ele venha a ser condenado – a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, ainda que o indiciado seja condenado à pena máxima, conforme preleciona o art. 44 do CP, com redação dada pela Lei Nº 9.714/98. Além disso, na vaga hipótese de o suspeito não tenha se beneficiado por nenhum daqueles institutos, a pena privativa de liberdade eventualmente aplicada, com certeza, será cumprida, inicialmente, em regime aberto, por força do disposto no art. 33, § 2º, ‘c’, do CP. (...) Destarte, não posso, na fase administrativa da persecução penal ou mesmo durante o processo, manter alguém preso cautelarmente em ‘regime’ (cadeia) muito mais rigoroso do que aquele eventualmente aplicável ao final, em caso de condenação. Isso seria ilógico, absurdo e desproporcional, sendo certo que, pelo princípio da proporcionalidade, toda medida cautelar tem de ser homogênea com a solução de mérito do processo, pois a prisão provisória é uma agressão que só se justifica na medida em que não exceda o mal que pode ser causado pela pena final. Ademais, a prisão provisória sem a perspectiva da homogeneidade pode trazer um mal ainda maior, que atinge toda a coletividade, qual seja: a supressão dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos submetidos a investigações criminais. Com efeito, prender cautelarmente uma pessoa que, previamente, já sabe que, em caso de ser condenado, ser-lhe-á imposta uma pena alternativa ou cumprirá a reprimenda em regime aberto, por exemplo, faz com que ela tema mais ao processo do que a própria sanção e, para abreviar o tempo de seu encarceramento, é possível que deseje ardentemente uma condenação sumária, o que conseguirá renunciando, durante a tramitação do processo, ao seu sagrado direito à ampla defesa e ao contraditório (p. ex.: deixa de arrolar testemunhas, confessa a prática de crime que não cometeu) (...)”. (Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Belém, 9 de Janeiro de 2011. Processo Nº 0001898-86.2011.814.0401. Flávio Sánchez Leão, Juiz de Direito da Vara de Inquéritos e Medidas Cautelares de Belém/PA). (grifo nosso)

que realmente demonstram que uma pessoa não deve ficar presa por não possuir documentos. Logo, há ainda que se considerar que tal argumento “antijudicante” é demais frágil, especialmente em um país desigual –em que muitos sequer dispõem de uma residência– e extremamente lento, arcaico e burocratizante no que tange aos serviços públicos de identificação.

Todavia, a despeito da já criticada atuação judiciária (com existência de incontestáveis e múltiplas exceções, é claro), o novo dispositivo é claro ao mencionar “elementos suficientes para esclarecê-la”, como já mencionado acima, e, deste modo, vemos outra possível saída que tenda à liberdade do indivíduo, isto é, quando não forem constatados os requisitos da preventiva ou por outro motivo pela qual a pessoa não deva permanecer presa (a exemplo de outro processo penal no qual o juiz já tenha decretado a prisão preventiva).

Ocorre que por não se tratarem os documentos de requisitos que a lei preveja para a apreciação do pleito, não pode o magistrado questionar a identidade do acusado, pois a mesma já foi colhida pela autoridade policial, quando do inquérito. O Delegado de Polícia, ao lavrar o auto de prisão em flagrante do indiciado, procede a sua identificação, como se depreende dos termos do próprio APF. A identidade constante do auto de prisão em flagrante não pode ser contestada, pois se houvesse dúvidas em relação à identificação do mesmo, a autoridade policial teria procedido à identificação criminal do mesmo, nos termos da Lei de Identificação Criminal (Lei Nº 12.037/09).

Ora, se não houve a identificação criminal do indiciado é porque indiscutível era sua identificação civil, não devendo sobrestar dúvidas a quando de gerar seus antecedentes criminais, que por sinal, de acordo com essa identificação, o mesmo não possui.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVIII, é categórica ao mencionar que: “*o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei*” (este mesmo dispositivo da Carta Constitucional é redigido *ipsi litteris* no art. 1º da Lei Nº 12.037/09), logo, quando da impossibilidade da identificação civil²³, faz-se a criminal²⁴. Para espantar qualquer dúvida, Luís Carlos Agudo (2003) é claro:

²³ Art. 2º A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos: I. carteira de identidade; II. carteira de trabalho; III. carteira profissional; IV. passaporte; V. carteira de identificação funcional; VI. outro documento público que permita a identificação do indiciado. Parágrafo único. Para as finalidades desta Lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares.

²⁴ Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Ponto extremamente importante na legislação e disciplinado no artigo citado é que a Autoridade Policial poderá, não só efetuar a identificação criminal através do processo datiloscópico, como também efetuar a **identificação fotográfica** (veja a parte final do dispositivo legal). Portanto, em não havendo a identificação civil, o preso em flagrante delito, o indiciado em inquérito policial, aquele que pratica infração penal de menor potencial ofensivo e os que tiverem contra si expedido mandado de prisão, não só poderão ser identificados datiloscopicamente como também fotograficamente. Assim, não haverá abuso de poder ou até mesmo constrangimento ilegal a prática nas delegacias de polícia da identificação fotográfica, nos casos mencionados (Agudo, 2003).

Agir da maneira que estamos contestando, é além do mais, se preocupar excessivamente com a identificação do acusado, por parte da autoridade coatora (qual seja o juiz), como se o juiz estivesse, em determinadas situações, tomando as vestes semelhantes à parte de acusação no processo, o que é completamente vedado pelo sistema acusatório constitucional do Processo Penal brasileiro.

Mas, de qualquer modo, a prisão é fator de pressão para a identificação necessária; tão logo seja esclarecido o cenário da sua identidade, será colocado em liberdade, salvo se os requisitos da preventiva estiverem presentes (NUCCI, 2011:68).

7. DA APLICABILIDADE IMEDIATA DA NOVA LEI (*LEX MITIOR*)

O art. 2 do Código de Processo Penal dispõe que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”, ou seja, a norma processual tem aplicação imediata (tendo como diretriz, portanto, o princípio *tempus reget actum*) e não retroage, ainda que mais benéfica (*lex mitior*) já que conserva a validade dos atos praticados anteriormente.

No entanto, pelo fato de a nova Lei Nº 12.403/11 se evidenciar, a nosso ver, como uma norma jurídico-penal de natureza mista (ou híbrida), ou seja, possui tanto elementos (conteúdo) de direito material (por englobar interferências diretas quanto à segregação ou não da liberdade do indivíduo) quanto de direito processual (por tratar da instrumentalidade, da procedibilidade jurídica cautelar processual), entendemos que a aplicação deveria ter sido –e ainda é– imediata nos termos do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, recepcionado pelo artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI/CF; art. 6º/LICC); em outras palavras, atribuir-se-á efeito retroativo ao dispositivo que for mais favorável ao réu (ultratividade e retroatividade benéfica). A *novatio legis in melius*

será sempre retroativa, sendo aplicada aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, ainda que tenham sido decididos por sentença condenatória transitada em julgado (GRECO, 110:2009). E, desta forma, como na visão de Edilson Mougenot Bonfim (2010:123):

Aplicar-se-á o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao acusado, estatuído no art. 2ª, parágrafo único, do Código Penal, posição que tem sido sustentada majoritariamente pela jurisprudência, especialmente por aqueles que entendem serem tais normas mistas, indecomponíveis, razão pela qual não poderiam retroagir para prejudicar o réu, tampouco poderiam ter aplicação parcial.

Ademais, ao nosso humilde entendimento, as alterações processuais, no que tange a benefícios para os indiciados/réus, já tinham eficácia jurídica já durante o período de *vacatio legis*. Como já se decidiu antes²⁵.

8. À GUISA DE CONCLUSÃO (?)

É inexoravelmente utópica a pretensão de se esgotar as discussões e polémicas entorno da Lei Nº 12.403/11 em um trabalho acadêmico como é a produção científica na estética de um artigo. Realmente não fora esta a pretensão deste.

A Lei Nº 12.403/11 é mais uma legislação criada com a finalidade de se aperfeiçoar cada vez mais a técnica jurídico-processual (penal) brasileira, no sentido de tornar cada vez mais o Direito (Penal e Processual Penal) consentâneo, almejando adequá-lo ao Estado Democrático. Como não poderia deixar de ser, a análise realizada neste estudo se restringiu à interpretação legislativa à luz da Constituição e, como se pode observar, tal medida, a partir deste estudo neófito, possibilitou realizar uma espécie de diagnóstico (análise preliminar da problemática) quando da comparação dos novéis dispositivos aos cânones, mormente, principiológicos de nossa Constituição.

²⁵ Rogério GRECO (2009:121) cita a decisão do extinto TARS (RT 667/330), tendo como relator o magistrado Vladimir Giacomuzzi: “*Lex mitior e vacatio legis* – Código de Menores e Estatuto da Criança – Aplicação do princípio constitucional da benignidade – A lei penal mais benigna, em razão dos princípios inscritos no art. 5º, XL e § 1º, da CF, tem aplicação imediata, não se sujeitando ao período de *vacatio legis*. O Estatuto da Criança e do Adolescente, que revoga o Código de Menores, muito embora esteja com suas regras gerais sustadas em razão do período de *vacatio*, na parte em que beneficia o agente, deve ser imediatamente aplicado, em razão da incidência do princípio constitucional da benignidade. Em razão deste entendimento, as pessoas internadas há mais de três anos ou que nesta situação tenham completado 21 anos de idade, devem ser compulsoriamente libertadas”.

Constatou-se, então, que a nova figura legal realizou uma mudança significativa quanto à temática das medidas cautelares e foi virtuosa ao estabelecer um “meio-termo” entre a liberdade e a prisão ao instituir as medidas cautelares, reforçando, deste modo, a necessidade de se acabar com a péssima cultura do encarceramento em nosso país. No entanto, peca ao estabelecer uma nova forma de decretação da prisão preventiva, aquela referente à questão da identificação, que, aparentemente, viola a regra da liberdade constitucional, e possibilita a manutenção em custódia a pessoa que não apresentar documentos pessoais de identificação.

A nova Lei reforça a noção de respeitabilidade constitucional, que, a nosso ver, era desnecessária, pois, na atual conjuntura, todo operador do Direito já deveria saber que esta é a regra (subentendida) do “jogo democrático”. Ainda assim, conseguiu através de sua precária técnica de digitação –notória em certos momentos– se contradizer, a exemplo, dos arts. 312, parágrafo único e 313, inciso, I, quando ao mesmo tempo, (im)possibilita a decretação da prisão preventiva nos crimes com pena máxima inferior à 4 anos ou ao mencionar no art. 310, inciso II, a conversão do flagrante em preventiva quando presente os requisitos do art. 312, mas, esqueceu de mencionar a necessidade dos do art. 313, que devem ser lidos em conjunto.

Por fim, a intenção deste trabalho, para além de se ter tentado esclarecer os problemas da Lei Nº 12.403/11 e, ao mesmo tempo, tentar integrá-los a partir da interpretação principiológica e garantista à luz da Constituição Federal de 1988, é, também, dar contribuição à dialética dos debates que estão sendo travados por toda a esfera jurídica brasileira. Quanto aos rumos interpretativos e aplicativos a serem dados, só o tempo futuro há de nos dar respostas e conclusões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- MARCÃO, Renato. “A Lei 12.403/11 e a Inafiançabilidade na visão do STF. Reflexões sobre a Constitucionalidade do novo art. 310 do CPP”. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCrim, ano 19, Nº 224, Julho, 2011.
- AGUDO, Luís Carlos. “A Identificação Criminal no Inquérito Policial”. Jus Navigandi. Teresina. Ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3592>>. Acesso em: 11, julho, 2011.
- BANDEIRA, Marcos Thompson. “O Fim da prisão em flagrante como espécie de prisão cautelar – Lei Nº 12.403/11”. São Paulo: Instituto Brasileiro de

- Ciências Criminais. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 19, Julho, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise da Jurisprudência. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONFIM, Edilson Mougenot. “Curso de Processo Penal”. *Revista e atualizada de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. “Reforma do Código de Processo Penal”: Comentários à Lei 12.403, de 4 de Maio de 2011. Prisão Preventiva, Medidas Cautelares, Liberdade Provisória e Fiança. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO, L. G. GRANDINETTI Castanho de. “Processo Penal e Constituição”: Princípios Constitucionais do Processo Penal. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Lumen Juris, 2003.
- FERNANDES, Antonio Scarance. “Medidas Cautelares”. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCrim, ano 19, Nº 224, Julho, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. Prefácio da 1ª ed. Italiana”, Norberto Bobbio. 3ª ed. rev. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010.
- GRECO, Rogério. “Curso de Direito Penal: Parte Geral”. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- LOPES JR., Aury. “Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional”. 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.
- _____. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. Atualizado –Lei 12.403/2011–. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. “Prisão e Liberdade”: As Reformas Processuais Penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

- SILVA, Adrian Barbosa e. “O Discurso Jurídico-Penal sob a Ótica Constitucional”: Os Direitos Fundamentais como Limite à Violência e ao Arbítrio Punitivo Estatal. São Paulo: *Revista USCS – Direito*. Ano XI, Nº 19, jul/dez, 2010.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Coleção Pensamento Criminológico, 14. Trad. Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

