

Considerações sobre a Lei 12.403/2011 e as polêmicas prisões provisórias

No próximo dia 04 de julho[1], entrarão em vigor as novas regras da prisão processual, fiança, liberdade provisória e medidas cautelares alternativas, previstas na Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, editada com o escopo de evitar o encarceramento do indiciado ou acusado antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória

Agora, antes da condenação definitiva, o sujeito só pode ser preso em três situações: flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária. Mas somente poderá permanecer preso nas duas últimas, não existindo mais a prisão em flagrante como hipótese de prisão cautelar garantidora do processo. Ninguém responde mais preso a processo em virtude da prisão em flagrante, a qual deverá se converter em prisão preventiva ou convolar-se em liberdade provisória.

Antes da sentença final, é imprescindível a demonstração dos requisitos de necessidade e urgência para a prisão cautelar. Além da prisão temporária, cabível nas restritas hipóteses da Lei n. 7.960/89 e somente quando imprescindível para a investigação policial de alguns crimes elencados em rol taxativo, só existe a prisão preventiva, como modalidade de prisão provisória. Mesmo assim, quando couberem outras medidas coercitivas menos drásticas, como, por exemplo, obrigação de comparecer ao fórum mensalmente, proibição de se ausentar da comarca, submeter-se ao monitoramento eletrônico *etc*, não se imporá a prisão preventiva, a qual passa a ser medida excepcional, ou como se costuma dizer, a *ultima ratio*.

Sem necessidade e urgência, nenhuma medida restritiva será imposta, devendo o juiz conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança; Pena igual ou inferior a 04 anos, delegado de polícia arbitra a fiança (no valor de 01 a 100 salários mínimos). Pena máxima superior a 04 anos, só o juiz pode fixar (no valor de 10 a 200 salários mínimos). O valor pode ser aumentado em até mil vezes, dependendo da situação econômica da pessoa investigada ou acusada.

Em se tratando de infrações inafiançáveis, como crimes hediondos, racismo, tráfico de drogas *etc*, não havendo necessidade de prisão preventiva, nem de providências cautelares alternativas, também caberá liberdade provisória. Só que aqui, não existe a possibilidade de o juiz optar pela fiança, já que esta é vedada para tais crimes. Em vez de gravame, ao que parece, estamos diante de um benefício: mesmo que o juiz queira impor uma fiança de 200 mil salários mínimos para um traficante, a lei o impedirá, pois se trata de crime inafiançável. Com efeito, essa estranha figura da liberdade provisória sem fiança (criada pela Lei n. 6.416/77), torna mais vantajoso responder por um crime inafiançável do que por crime afiançável, já que a liberdade provisória, quando for o caso, jamais poderá ser concedida acompanhada pela incômoda fiança.

A prisão preventiva não será imposta nas infrações de menor potencial ofensivo e naquelas em que a lei não prevê pena privativa de liberdade.

No caso de prisão em flagrante, o auto lavrado deverá ser encaminhado ao juiz no prazo máximo de 24

horas, sob pena de abuso de autoridade. O magistrado terá então, três possibilidades: (a) relaxar a prisão, quando ilegal; (b) conceder a liberdade provisória com ou sem fiança ou (c) converter o flagrante em prisão preventiva. Assim, ou está demonstrada a necessidade e a urgência da prisão provisória, ou a pessoa deverá ser imediatamente colocada em liberdade.

1ª Questão polêmica: segundo a nova lei, só cabe prisão preventiva para crimes punidos com pena máxima superior a 04 anos (CPP, art. 313). Nos demais, mesmo que demonstrada a necessidade e urgência, a medida não poderá ser imposta^[2]. Imaginemos a hipótese, por exemplo, de um sujeito preso em flagrante por praticar na presença de uma criança de 09 anos, ato libidinoso a fim de satisfazer lascívia própria (CP, art. 218-A). Há indícios de ameaça à vítima e testemunhas, pondo em risco a produção da prova. O juiz constata a necessidade de decretar a prisão preventiva, mas não pode, tendo em vista que a pena máxima do crime não é superior a 04 anos. E agora? Entendemos que, mesmo fora do rol dos crimes que autorizam a prisão preventiva, o juiz poderá converter o flagrante em prisão preventiva, desde que presente um dos motivos previstos na lei: (1) necessidade de garantir a ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal + (2) insuficiência de qualquer outra medida cautelar para garantia do processo. É que a lei, ao tratar da conversão do flagrante em preventiva não menciona que o delito deva ter pena máxima superior a 04 anos, nem se refere a qualquer outra exigência prevista no art. 313 do CPP. Conforme se denota da redação do art. 310, II, do Código de Processo Penal, para que a prisão em flagrante seja convertida em preventiva, basta a demonstração da presença de um dos requisitos ensejadores do *periculum in mora* (CPP, art. 312), bem como a insuficiência de qualquer outra providência acautelatória prevista no art. 319. Não se exige esteja o crime no rol daqueles que permitem tal prisão.

Devemos distinguir a prisão preventiva decretada autonomamente, no curso da investigação policial ou do processo penal, que é a prisão preventiva genuína, a qual exige necessidade e urgência, e só pode ser ordenada para crimes com pena máxima superior a 04 anos, da prisão preventiva imposta devido à conversão do flagrante, a qual se contenta com a existência do *periculum in mora*. Neste último caso, a lei só exige dois requisitos: uma das situações de urgência previstas no art. 312 do CPP + a insuficiência de outra medida cautelar em substituição à prisão (cf. redação do art. 310, II, do CPP). O tratamento foi distinto, tendo em vista a diversidade das situações. Na preventiva convertida, há um agente preso em flagrante e o juiz estaria obrigado a soltá-lo, mesmo diante de uma situação de *periculum in mora*, porque o crime imputado não se encontra dentre as hipóteses autorizadoras da prisão. Seria uma liberdade provisória obrigatória a quem provavelmente frustrará os fins do processo. Já na decretação autônoma da custódia cautelar preventiva, o réu ou indiciado se encontra solto e o seu recolhimento ao cárcere deve se cercar de outras exigências. Não se cuida de soltar quem não pode ser solto, mas de recolher ao cárcere quem vinha respondendo solto ao processo ou inquérito. Daí o tratamento legal diferenciado.

2ª Questão polêmica: com a entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011, poderá surgir posição no sentido de que o prazo de 10 dias para a conclusão do inquérito policial no caso de indiciado preso, não se conta mais a partir da lavratura do auto de prisão em flagrante, mas de sua conversão em preventiva, nos termos do art. 310, II, do CPP. Isto porque, agora, como já analisado acima, toda prisão em flagrante deverá ser comunicada ao juiz no prazo máximo de 24 horas com a seguinte finalidade: (a) seu relaxamento, quando ilegal; (b) concessão da liberdade provisória com ou sem fiança; (c) conversão do

flagrante em preventiva, quando presentes os seus requisitos (CPP, art. 312). Não há mais prisão provisória decorrente exclusivamente do fato de alguém ter sido preso em flagrante. Sem urgência e necessidade, não existe segregação cautelar. Ou é caso de prisão temporária, ou o flagrante é convertido em prisão preventiva, por estar presente um dos seus requisitos, ou não existe prisão antes da condenação transitar em julgado. A prisão em flagrante passou, assim, a ser uma mera detenção cautelar provisória pelo prazo de 24 horas, até que o juiz decida se o indiciado deve ou não responder preso à persecução penal. Desprovida do *periculum in mora* (cf. CPP, art. 312), a prisão em flagrante não será nada após o prazo de 24 horas, não podendo, portanto, ser considerada prisão provisória. A pessoa poderá “ser presa”, como diz o art 283 do CPP, mas não poderá *permanecer* presa durante a persecução penal, exclusivamente com base na prisão em flagrante. Assim, somente há inquérito policial com indiciado preso, após a conversão da prisão em flagrante em preventiva, de maneira que, a partir daí é que deve iniciar a contagem dos 10 dias para a conclusão das investigações, sob pena de relaxamento por excesso de prazo.

3ª Questão polêmica: aberta vista do respectivo auto ao MP, caso este requeira a conversão do flagrante em prisão preventiva, nos termos do art. 312, deverá imediatamente oferecer a denúncia? Isto porque referido dispositivo é expresso ao dizer: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da 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 indícios suficientes de autoria**” (destacamos). Ora, se há prova do crime e indícios de autoria, a hipótese é de oferecimento da denúncia. E se não há, não cabe a conversão do flagrante em preventiva, mas concessão de liberdade provisória.

Na verdade, está-se diante de uma autêntica gradação progressiva na valoração da prova indiciária sob o influxo do princípio *in dubio pro societate*. Os indícios para a conversão do flagrante em preventiva não são tão rigorosos quanto os exigidos para o oferecimento da denúncia, mesmo porque, a prisão cautelar decretada no curso das investigações, pode ser imposta inclusive para assegurar a sua eficácia e garantir novos acréscimos indiciários e indispensáveis à peça acusatória. Do mesmo modo, tomando-se como exemplo, os crimes dolosos contra a vida, os indícios necessários para a denúncia são menos aprofundados do que os da pronúncia, caso contrário, não haveria necessidade da instrução sumária da primeira fase do procedimento do júri. Há casos de denúncia recebida e réu impronunciado, o que revela que há uma diferente exigência quantitativa de prova indiciária para uma e outra fase. Tudo caminha dentro da marcha da persecução penal, em uma escala progressiva, até se chegar à exigência máxima do *in dubio pro reo* para a sentença definitiva de condenação. Deste modo, nada impede que o Ministério Público requeira a conversão do flagrante em preventiva, diante da urgência e necessidade da medida, bem como dos indícios de autoria, mas ainda não reúna todos os elementos para dar início, no prazo máximo de 10 dias, sob pena de relaxamento daquela prisão, à persecução penal em juízo.

Mas não é só. Muito mais polêmica está a caminho e outros pontos da lei são nebulosos e vão gerar dúvida. Há de se indagar, por que as leis no Brasil geram tanta confusão?

[1] Consoante seu art. 3º, a Lei nº 12.403/2011 entrará em vigor 60 (sessenta) dias após sua publicação oficial, tendo esta ocorrido no dia 05.05.2011. O prazo é contado de acordo com a Lei complementar

95/98, alterada pela Lei complementar 107/2001.

[2] Exceto se, por exemplo, o investigado ou acusado já tiver sido condenado por outro crime doloso; ou se o delito envolver violência doméstica e familiar; ou houver dúvida sobre sua identidade civil (cf. CPP, art. 313).

Date Created

29/06/2011