



Novo CPP dificulta a conversão de prisão em flagrante em preventiva

04/05/2011

Dando sequência à reforma do Código de Processo Penal, no âmbito da comissão constituída pela Portaria 61/2000, foi encaminhado à sanção presidencial o Projeto de Lei 4.208/2001, que altera dispositivos do CPP relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares.

As medidas cautelares, cujo rol passa a consagrar autêntico poder geral de cautela do juiz criminal, poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente: no curso da investigação, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público; no curso da ação penal, de ofício ou a requerimento das partes. No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação ou, *em último caso*, decretar a prisão preventiva. A prisão preventiva será determinada apenas quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar menos gravosa.

A *prisão provisória* é a prisão de natureza processual, cautelar, decretada durante a persecução criminal, não se confundindo com a “prisão-pena” (privativa de liberdade). A finalidade da prisão provisória, em suas diversas modalidades, é de índole processual, devendo ser examinada, portanto, mediante fundamentos e princípios próprios (fora da teoria da pena, que é aspecto atinente à parte geral do Código Penal).

O Código de Processo Penal de 1941, originariamente, adotava a rigidez em matéria de prisão: a regra era a prisão ser mantida; a exceção, a liberdade provisória. Com as alterações posteriores, o sistema passou a adotar a liberdade provisória como regra, admitindo, em caso de excepcional necessidade, a prisão. Essa tendência agora se consolida com a previsão de cautelares diversas da prisão, que se reserva para casos graves e hipóteses de justificada necessidade e conveniência.

Com a reforma, teremos apenas três modalidades de prisão provisória: flagrante (artigo 301 e 302), preventiva (artigo 311 e 312) e temporária. A prisão pode ser cumprida a qualquer momento (dia ou noite), respeitadas as normas atinentes à inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, inciso XI), ou seja, a casa é asilo inviolável, salvo hipóteses de flagrante, desastre, socorro e ordem judicial (durante o dia).

De acordo com a reforma do CPP, diante de uma prisão em flagrante, para que se escolha, dentre as hipóteses cabíveis (prisão provisória, liberdade provisória e/ou cautelares), qual a mais adequada, devem-se obedecer aos seguintes critérios, aplicáveis a todas as modalidades de cautelar (prisão e diversas da prisão): a) necessidade para aplicação da lei penal; b) necessidade para a investigação ou a instrução criminal; c) necessidade para prevenção da prática de infrações penais; d) adequação à gravidade do crime; e) adequação às circunstâncias do fato; f) adequação às condições pessoais do destinatário da(s) medida(s). Tais critérios, além

de autênticas diretrizes hermenêuticas, têm força normativa, complementando, sistematicamente, a fundamentação dos motivos (artigo 312, *caput*, CPP) que autorizam a prisão preventiva ou, na sua ausência, determinam a liberdade provisória do investigado ou acusado (cumulada ou não com outras cautelares diversas da prisão).

Para que a prisão preventiva seja validamente decretada, além de prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria, necessários alguns requisitos: a) crime *doloso* apenado com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; b) reincidência em crime *doloso*, salvo se, em relação à condenação anterior, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação (artigo 64, inciso I, CP); c) crime violento praticado em circunstância doméstica ou familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência; d) caso de dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou ausência de fornecimento de elementos suficientes para esclarecê-la. Presentes os requisitos, a autoridade judicial deverá demonstrar que há *motivos* que fundamente a prisão preventiva: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) assegurar a aplicação da lei penal; e) descumprimento de obrigação imposta por força de outra medida cautelar.

O flagrante, em nossa Constituição, tem existência autônoma, sendo caso expresso de prisão anterior à condenação. Porém, sua força já se mostrava enfraquecida, diante da dicção do parágrafo único do artigo 310, do CPP, (agora com nova redação) que determinava ao juiz a concessão de liberdade provisória quando se verificava, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizavam a prisão preventiva. De tal maneira, o flagrante passou a ter função de “pré-cautela”, sendo suficiente para levar o autuado à prisão, mas não para mantê-lo preso.

Agora, com a lei oriunda do projeto 4.208/01, tal tendência se consolida e se explicita, pois a proposta de novo artigo 310, do CPP, diz que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, fundamentadamente, converter o flagrante em preventiva, desde que: a) a prisão seja legal; b) as medidas cautelares diversas da prisão se revelem inadequadas ou insuficientes; c) o agente não tenha praticado o fato em legítima defesa, estado de necessidade ou exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal; d) estejam presentes os requisitos para decretação da preventiva (artigo 312 do CPP); e) a autoridade policial ou o Ministério Público tenham requerido a preventiva. Caso contrário, será concedida liberdade provisória.

Ou seja, se não for caso de soltura do autuado, a prisão em flagrante deverá ser convertida em preventiva, consolidando-se a subjugação da força coercitiva do flagrante. Com a lei nova, não há dúvida de que a sociedade estará menos protegida, pois estão fora da previsão de prisão preventiva (salvo o caso de reincidência em crime *doloso*) os crimes para os quais a lei não prevê pena de prisão superior a quatro anos, tais como os crimes contra as finanças públicas (incluídos no Código Penal pela Lei 10.028/2000), contra a propriedade imaterial e intelectual, contra o privilégio de invenção e as marcas de indústria e comércio, de concorrência desleal e contra a organização do trabalho, além de crimes “graves” contra a administração da justiça, como, por exemplo, coação no curso do processo.



A lei nova, caso sancionado o projeto, entrará em vigor sessenta dias após a sua publicação.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2011-mai-04/previsao-preventiva-flagrante-cpp-traz-inseguranca/>