

A questão dos requisitos da prisão preventiva

A Lei de Prisão (Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011), dispondo sobre novas regras da prisão preventiva, após mencionar seus requisitos genéricos (art. 312 do Código de Processo Penal), aponta os específicos no art. 313 do mesmo estatuto, constando no inc. I:

“Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos;”

Cuidando-se de pena privativa de liberdade abstrata igual ou inferior a 4 anos, reclusão ou detenção (salvo as exceções dos incs. II, III e parágrafo único do mesmo dispositivo), fica impedida a prisão preventiva. Regra: nesses casos, a prisão preventiva não pode ser imposta, ainda que presentes as condições do art. 312 do CPP. Significa: levando-se em conta a pena cominada e consideradas eventuais qualificadoras e causas de aumento e de diminuição, não cabe a prisão do suspeito, indiciado ou acusado nos delitos dolosos cuja sanção abstrata não supere o patamar legal. Assim, no crime de tipo simples, não havendo circunstâncias legais genéricas e especiais, a pena máxima abstrata tem eficácia decisiva. Ex.: furto simples (art. 155, *caput*, do Código Penal), cuja sanção detentiva é de 1 a 4 anos de reclusão. Se a pena é de 4 anos, impossível é a decretação da prisão preventiva. Havendo, contudo, uma qualificadora do furto, no qual a reclusão varia de 2 a 8 anos, é cabível a medida. Da mesma forma, ocorrendo uma causa de diminuição de pena, como a tentativa, não é cabível a medida privativa de liberdade.

A nova regra difere da anterior (antigo art. 313 do CPP), a qual, em relação à pena, permitia a prisão preventiva em qualquer crime punido com reclusão ou detenção (nesse caso, quando o agente fosse vadio ou se apresentasse dúvida sobre sua identidade). Hoje, nos crimes dolosos, sem depender da espécie de pena, há um parâmetro quantitativo intransponível: é necessário

que a norma imponha sanção detentiva superior a 4 anos. Fora disso não há exceção, bastando observar o art. 282, I, princípio que entendemos aplicável a todas as regras da lei nova: as medidas são somente permitidas “nos casos expressamente previstos”.

Ocorrendo concurso material ou crime continuado, respectivamente, são considerados o cúmulo material (soma das penas abstratas) e a causa de aumento para efeito de satisfação da exigência da quantidade da pena. Imagine-se que, cometido um furto simples e preso o autor em flagrante, o juiz lhe conceda a liberdade, impondo uma medida cautelar alternativa (art. 319 do CPP, em sua nova redação). Solto, comete outro furto simples. Preso novamente em flagrante, o Juiz converte a detenção numa segunda medida cautelar alternativa de maior gravidade, ainda não decretando a prisão preventiva (art. 282, § 6.º). Descumprida uma condição da medida, poderá o Juiz decretar a prisão preventiva?

Não sob a ótica de ser desprezado o art. 313, I, do CPP, por aplicação exclusiva do art. 312. Deverá aplicá-la segundo as regras do concurso material e do crime continuado. Quer dizer: colocando o verbo no presente, a decisão baseia-se em que, aplicadas as regras do concurso de crimes, a pena privativa de liberdade é superior a 4 anos. Como dizem Jorge Assaf Maluly e Pedro Henrique Demercian, “a decretação da prisão preventiva sempre será possível se houver o concurso de crimes, material ou formal, ou a continuidade delitiva e a soma das penas máximas exceder a quatro anos, como ocorria com uma das situações de impossibilidade de concessão de fiança nos crimes punidos com reclusão”, lembrando a Súmula n. 81 do Supremo Tribunal Federal e decisões do Pretório Excelso (por todos os acórdãos: RT, 847/496) (A prisão preventiva e as suas hipóteses previstas no art. 313 do CPP, conforme a Lei n. 12.403, de 2011. Disponível em: <www.apamagis.com.br/doutrina/?doutrina=29583>. Acesso em: 13. jul. 2011.). De maneira que, no fato aventado, o Juiz não pode decretar a prisão preventiva à revelia do art. 313, I, do CPP, só com fundamento no art. 312. Inexiste previsão de prisão preventiva fora do art. 313, sob pena de torná-lo inútil. Tanto é que, como vimos, o art. 282, I, do CPP, aplicável ao fato objeto da pergunta, determina que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se, para evitar a prática de infrações penais, “nos casos expressamente previstos”.

O legislador, no art. 310 do CPP, dispõe:

“Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

[...]

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código [...].”

No referido inc. II, a ausência de menção ao art. 313, do qual constam os requisitos específicos da medida cautelar, em face da expressa referência ao art. 312, onde se encontram os genéricos, não significa o desprezo daqueles. A lei não quis afirmar que a prisão cautelar pode ser decretada à revelia da condição da quantidade da pena (4 anos). Fora das exceções legais, o princípio é imperativo: não cabe prisão preventiva quando a pena abstrata é igual ou inferior a 4 anos. O inc. II só menciona o art. 312 porque os pressupostos de fato das condições por ele enumeradas devem ser expressamente fundamentados pelo Juiz na decisão de conversão da prisão em flagrante em preventiva (art. 315), configurando elementos normativos do tipo impositivo (decisão judicial constitutiva), enquanto os requisitos previstos no art. 313 são elementares típicas objetivas, bastando que sejam declarados (decisão judicial declaratória), não exigindo fundamentação. Como observa Victor Gonçalves, em artigo a ser publicado, eles “dispensam justificativa judicial”. Estamos diante de uma “cláusula legal objetiva”, no dizer de IVAN LUÍS MARQUES (Sobre as mudanças da Lei 12.403/11: resumo em 15 tópicos, São Paulo, junho de 2011, n. 8).

Pode ser decretada a prisão preventiva no caso de descumprimento das condições se convertida a prisão em flagrante em medida cautelar alternativa?

Suponha-se que o sujeito seja preso em flagrante por crime de furto simples. Substituída a prisão em flagrante por uma medida cautelar alternativa (art. 310, II), ele descumpra suas condições. É possível a prisão preventiva?

A lei nova dispõe afirmativamente (arts. 282, § 4.º e 312, parágrafo único). Cremos que não, pois essas normas desobedecem ao princípio constitucional da proporcionalidade. Caso contrário, o descumprimento de uma medida cautelar seria de efeito mais grave do que o da infração penal. Ora, no caso indicado, se diante do crime não era permitida a prisão preventiva em face da quantidade da pena, como permiti-la em face do não cumprimento de uma condição, como “comparecimento periódico em juízo”, “ausentar-se da comarca”, “recolhimento domiciliar” noturno” etc., que não são delitos? Como poderia a inobservância das condições do decreto judicial operar efeito mais grave do que a do crime?

29 de agosto de 2011