

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O FLAGRANTE DELITO E A LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA, NA FORMA DA LEI 12.403/2011

MARCELLUS POLASTRI LIMA¹

A nova Lei 12.403/2011 faz modificação no tratamento dado ao flagrante delito, que, tradicionalmente, era considerado uma cautelar pessoal autônoma, impondo ao juiz a obrigação de, sendo caso de manutenção da prisão provisória, fazer a convalidação em prisão preventiva.

A chamada cautelar da prisão em flagrante delito era uma conjugação de um ato administrativo com um judicial, pois, segundo DANIELA CRISTINA RIOS GONÇALVES:

... consubstancia-se, inicialmente, em um ato de natureza administrativa, já que a captura do flagrado é efetivada fora da esfera processual, sem mandado, por qualquer do povo e, em regra, pela Polícia Judiciária, sendo esta última também responsável pela determinação da custódia(...) Torna-se em um segundo momento, por previsão constitucional, que determina a imediata comunicação da prisão ao juiz competente (art. 5º, LXII), de natureza **jurisdicional e processual**, uma vez que convalidada pelo juiz e projeta conseqüências na relação processual que se estabelece no júízo penal.²

Segundo AURY LOPES JR., autorizava-se a exceção porque "existe a visibilidade do delito, o *fumus commissi delicti* é patente, e principalmente porque essa detenção deverá ser submetida ao crivo judicial no prazo máximo de 24h".³

Porém, ressalte-se que, mesmo na nova lei, não há a exigência, de que a detenção em flagrante deva ser apreciada judicialmente no prazo máximo de 24 horas, pois o que o Código prevê é que a "a prisão de qualquer pessoa deve ser feita **imediatamente** ao juiz competente" (art. 306) o que, diga-se de passagem, a reforma de 2011 preservou.

¹ Procurador de Justiça-RJ . Doutor e Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Professor-Doutor da UFES e Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

² Gonçalves, Daniela Cristina Rios. *Prisão em Flagrante*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 22-23.

³ Lopes Jr., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 214.

Agora, outra coisa é o “encaminhamento” dos autos de flagrante, que segundo o parágrafo primeiro do art. 306, será feito em até 24 horas. Vale dizer: o “encaminhamento pela autoridade policial pode ocorrer em até 24 horas (inclusive na 24ª hora), o que não significa que o “crivo” judicial se dará neste período, pois pode haver algum impedimento, como no de caso finais de semana, feriados, inexistência de plantão na Comarca etc, não tendo o juiz obrigação de exarar decisão neste período, pois somente a terá quando receber os autos. Na verdade, tradicionalmente as 24 horas eram para a entrega da nota de culpa.

É bom deixar isto claro, pois senão fica a impressão de que se o juiz não tomar uma das providências do art. 310 do CPP em 24 horas, haveria uma ilegalidade, e como visto, não é bem assim, até pela interpretação literal da lei.

Aliás, é de se indagar se seria de bom alvitre o juiz de plantão, ao receber a comunicação de flagrante, fazer tal convocação, pois o que se receberá no plantão é apenas a comunicação com cópia do auto de prisão de prisão em flagrante e não os consequentes autos do procedimento iniciado através do flagrante, sendo certo que estes podem ser concluídos em 10 dias, na forma do previsto no artigo 10 do CPP. É importante a distinção, pois, com base somente na comunicação, mesmo acompanhada de cópia do auto de prisão em flagrante o juiz, por vezes, não terá condições de aferir se o caso é de substituição por medida cautelar diversa da prisão (art. 319 do CPP, com redação da nova lei), ante a precariedade de dados para aferir a adequação e necessidade da substituição. Na prática tal fará com que os juízes plantonistas acabem por decretar a preventiva (pelo menos esta será a *opinio* do representante do Ministério Público no plantão) para que, depois, o juiz competente possa, se for o caso, reconsiderar já com o procedimento em mãos. Fora dos casos mais leves ou bem instruídos, que podem justificar desde já a liberdade provisória com ou sem fiança ou a substituição por medida menos gravosa, aquele poderá ser, na prática, o procedimento adotado, até que a doutrina e a jurisprudência venham a interpretar de outro modo o artigo 310 do CPP.

Mas, o que é certo é que a Lei 12.403/2011, amparada na doutrina que afirmava ser o flagrante uma medida pré-cautelar, acabou por procurar retirar autonomia da prisão em flagrante como medida cautelar, ao menos na fase processual.

Assim, como se a detenção em flagrante fosse apenas uma medida “pré-cautelar”, o legislador da Lei 12.403/2011, dispõe que, recebidos os autos, o juiz deverá, se for o caso, decretar a prisão preventiva, pois a prisão em flagrante não mais pode subsistir por si só.

Esta, aliás, era a posição da doutrina supra referida, *verbis*:

“A prisão em flagrante é 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(...) homologando a prisão em flagrante, deverá, sempre, enfrentar a necessidade ou não da prisão preventiva..."⁴

Mas deve ser ressaltado que, agora, apesar da prisão em flagrante ter que ser convalidada pelo juiz em preventiva, após este receber os autos, enquanto o juiz não faz isto a prisão em flagrante subsiste, mesmo que precariamente, pois o agente permanecerá detido, a título cautelar, ainda que por curto espaço de tempo, em razão do flagrante delito. É equivocado, portanto, se afirmar que a prisão em flagrante foi expurgada do nosso direito, pois, tanto não foi que continua regulada no CPP e prevista na própria Constituição Federal. Caso contrário a que título permaneceria preso o agente enquanto não ocorresse a convalidação em preventiva?

De qualquer forma, para nós, esta alteração feita pelo legislador não foi a mais acertada. Ora, a prisão em flagrante, após ser ratificada pela autoridade judicial, **sempre foi uma forma autônoma de prisão cautelar**, conforme se depreende do texto constitucional. O que ocorria é que se tratava de medida excepcional, pela qual eram autorizadas a captura, a lavratura do auto de flagrante e a detenção, sem prévia ordem judicial, por estar evidentemente presente o *fumus commissi delicti*.

É justamente por se tratar de exceção, que a prisão deveria ser comunicada ao juiz, propiciando que fosse feita a apreciação da existência do fundamento do *periculum libertatis* pelo juiz e, somente com este ato, se completava a medida cautelar.

Destarte, o que existia era o fracionamento desta cautelar em dois atos distintos, a detenção pela autoridade policial e a apreciação do *periculum libertatis* por parte do juiz, só se completando a sua natureza cautelar com a ratificação judicial. Frise-se: tínhamos, administrativamente, por ato do Delegado de Polícia, a **captura, a lavratura do auto próprio e o recolhimento prévio ao cárcere**, mas a medida cautelar de prisão em flagrante não se esgotava nestes atos, sendo instituto complexo, que abarcava, ainda, a necessidade de ratificação pelo juiz apreciando o *periculum*. Portanto, só perdurava aquele encarceramento cautelar após a decisão ratificatória do juiz.

Mas isto não autorizava uma previsão legal de que a cautelar sempre e necessariamente deveria ser "substituída" pela prisão preventiva, pois uma vez ratificada a prisão em flagrante pelo juiz ela deveria se manter como

⁴ Lopes Jr., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 214-215. pp. 215-216.

modalidade autônoma cautelar: a da cautelar de prisão em flagrante delito, tal como é prevista na própria Constituição Federal. De certa forma a nova lei de 2011 que modifica o CPP, neste ponto, até subverte a disposição constitucional que dá à prisão em flagrante um verdadeiro *status* de medida cautelar autônoma.

O que irá ocorrer é que a decisão do juiz que tinha uma fundamentação mais simples, pois bastava se manter o flagrante por estar presente o *periculum libertatis*; agora, deverá ser mais complexa, examinando todos os pressupostos cautelares, quando, por se tratar de um “flagrante” já havia mais do que um *fumus*, tratando-se um de verdadeiro “incêndio”, o que tornava desnecessária a reapreciação do *fumus commissi delicti*. Queremos crer que isto só trará procrastinação e questionamentos, via de *habeas corpus*, sobre a decisão judicial.

Como se verifica no inciso III do artigo 310, o juiz pode, se não for caso de não se converter a prisão em flagrante em preventiva (inciso II), ou não estiver presentes os motivos da prisão preventiva (inc. III do art. 310 e 321 do CPP, ou vislumbrar em tese a presença de excludente de ilicitude (parágrafo único do art. 310), conceder a liberdade provisória sem fiança ou com fiança nos casos previstos de aplicação da mesma.

O que muitos ainda não estão percebendo é que o antigo 310 e seu parágrafo único previa a hipótese de liberdade provisória quando o agente tivesse praticado o fato em excludente de ilicitude, e em seu parágrafo único, quando não presentes os motivos de preventiva, **mediante termo de comparecimento aos atos processuais**.

Agora o dispositivo mudou, sendo que a liberdade provisória com vínculo próprio (o de comparecimento aos atos do processo), pelo CPP, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, só se dará nos casos de fatos cometidos com excludentes de ilicitudes, como se vê do parágrafo único do art. 310:

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

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.” (grifo nosso)

Porém, no art. 321, não se refere a qualquer vínculo quando a liberdade provisória for “sem fiança” com base na ausência de requisitos para a preventiva, o que pode parecer estranho, até porque tal agente teria mais motivos para ficar com uma obrigação ou vínculo do que aquele em que “em tese” já se vislumbra poder estar em amparo em um excludente de ilicitude (neste caso o parágrafo único do art. 310 prevê o vínculo). Ou seja, parece tratar a lei com maior rigor o agente que tenha a seu favor a dúvida de ter cometido o fato, por exemplo, em legítima defesa do que aquele que, tem maior demonstração de ter praticado o fato ilicitamente.

Somente, no parágrafo único do art. 310, parágrafo que se refere exclusivamente às excludentes de ilicitude, ou seja, quando a concessão da liberdade provisória se dá porque o fato teria sido cometido, em tese, mediante excludente de ilicitude, é que existe um vínculo previsto. Já no art. 321, o texto deixa transparecer que as medidas alternativas do art. 319 seriam substitutivas da prisão preventiva. Fica ao menos a dúvida ao afirmar o legislador no art. 321 que o juiz “imporá, se for o caso uma das medidas do art. 319”. Não deixa claro o legislador se esta imposição é a título de vínculo, até porque as medidas do art. 319 seriam, a princípio, alternativas à prisão preventiva, e também porque o § 6º do art. 282 diz que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, indicando expressamente o art. 319. E o art. 321 determina a adoção do art. 282.

Assim, no art. 321 do CPP, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, o legislador não se refere a um vínculo de maneira expressa para ser cumulado com a liberdade provisória quando esta é decretada por estarem ausentes os requisitos da prisão preventiva.

Mas, não temos dúvida em afirmar que o quadro agora é: caso a prisão provisória se der por ausência dos requisitos da preventiva o juiz para impor um vínculo deve fazê-lo com as medidas cautelares do art. 319, como por exemplo, deferindo a liberdade provisória, mas cumulada, por exemplo, com a “obrigação de se apresentar em juízo, proibição de se ausentar da Comarca etc.” É neste sentido que se deve interpretar o “impondo, se for o caso, uma das medidas do art. 319”

E isto tanto é verdade que, com a Lei 12.403/2011, passamos a ter um novo princípio cautelar que é da cumulatividade, quando a regra anterior era a da não cumulatividade das cautelares. Isto está claro no § 1º do art. 282 do CPP, *verbis*:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

. I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

Como a regra é de que a liberdade vinculada sem fiança deve ser vinculada (até porque é provisória) o juiz na verdade deverá aplicar cumulativamente uma ou mais das medidas do art. 319 (art. 282, I, II e § 1º), quando concedida a liberdade provisória no caso de ausência de requisitos da prisão preventiva. Assim, preserva-se a proporcionalidade ou adequação, pois o tratamento para este agente é pelo menos tão vinculado como aquele que em tese cometeu o fato “em tese” em excludente de ilicitude.

Salvo as hipóteses de pena de multa ou prisão até três meses ou simples, quando em vista da não imposição abstrata de pena privativa de liberdade ou sendo esta pena diminuta no tipo abstrato da lei penal, poderá resolver o magistrado impor a liberdade provisória sem qualquer vínculo, o que tecnicamente, deveria ser chamado só de “liberdade”, as formas de liberdade provisória, somente podem assim ser reconhecidas, quando forem vinculadas, ou seja, a liberdade é realmente precária ou “provisória”, pois, o imputado que poderia estar preso preventivamente é agraciado com uma liberdade cautelar que pode vir a ser revogada no descumprimento de qualquer condição imposta.

Portanto, o dispositivo do art. 310 parece ter sido mal elaborado, deixando entrever que seria melhor que seu parágrafo único deveria fazer menção também à liberdade provisória resultante da ausência de requisitos de preventiva, não deixando para prevê-la somente em separado no art. 321, dispositivo este, por sua vez, que também é duvidoso ao não prever a utilização das medidas do art. 319 como vínculo, Entretanto, nos parece que a ideia do legislador foi prestigiar os princípios da adequação e proporcionalidade, já que fica com um rol de medidas para usar como vinculação, dependendo do caso em concreto e das condições do agente.

Outra falha da lei foi a não previsão de manifestação prévia do Ministério Público nos casos de concessão de liberdade provisória. Pois, sendo este aquele que promove exclusivamente a ação penal pública (129, I, CF) deveria ser previamente ouvido pelo juiz ao apreciar a concessão de liberdade provisória. Entretanto, queremos crer que como se prevê agora no art. 306 inclusive a **comunicação** da prisão ao Ministério Público, o promotor sempre deve ser ouvido na hipótese de decretação da preventiva, e, da mesma forma, sendo aquele que promove a ação penal pública, o juiz deverá ouvi-lo para decretar a liberdade provisória, seja no momento de apreciação do auto de flagrante delito, seja posteriormente.