

A (im)possibilidade da conversão da prisão em flagrante de ofício

Uma análise à luz do sistema acusatório e das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime)



LUCAS CÉSAR DIAS BARRETO AMBRÓSIO

Assessor Jurídico do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT, com atuação na área criminal. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Pós-graduando em Investigação Criminal e Psicologia Forense pelo Centro Universitário UniAmérica, bem como pós-graduando em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Legale.

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a responsável por consagrar, em matéria processual penal, o sistema acusatório. Porém, foi somente com o advento da Lei nº 13.964/19, derivada do projeto de lei conhecido como “Pacote Anticrime”, que o referido modelo processual restou expressamente reconhecido em sede infraconstitucional. Isso, somado à diversas outras alterações legislativas no tocante à regulamentação das medidas cautelares no âmbito do Código de Processo Penal, acirrou a discussão acerca da possibilidade de o magistrado, seja na fase investigatória, seja na etapa processual, decretar a prisão preventiva do investigado/acusado sem qualquer requerimento prévio. Diante deste plano de fundo, o presente trabalho tem por objetivo específico analisar a (im)possibilidade de o juiz converter a prisão em flagrante do autuado em preventiva de ofício, analisando, para tanto, o que entende doutrina e jurisprudência sobre o assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Pacote Anticrime. Lei nº 13.964/19. Conversão de prisão em flagrante em preventiva de ofício. Sistema acusatório.

1 INTRODUÇÃO

Em relação à forma de início do processo criminal, dois são os sistemas processuais de maior destaque na doutrina pátria, quais sejam, o inquisitivo e o acusatório (JÚNIOR, 2008).

Resumidamente, o sistema/princípio inquisitorial pode ser compreendido como aquele em que havia a concentração das funções de investigar, acusar, defender e julgar em um só sujeito/órgão. Neste modelo, a prisão no curso do processo era tida como a regra, até porque facilitava a obtenção da confissão como rainha das provas (NICOLITT, 2019), que, no geral, era conquistada por intermédio da tortura e da concepção de que o acusado não era sujeito de direitos, mas sim um mero objeto à disposição da persecução penal.

Por outro lado, “de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente, é a separação entre juiz e acusação” (FERRAJOLI, 2002). Com efeito, o sistema acusatório caracteriza-se justamente pela clara separação das funções de acusar, defender e julgar, havendo a nítida concepção de que a liberdade do indivíduo é a regra, ao passo que sua segregação cautelar é medida excepcional.

Segundo o entendimento majoritário, foi este o sistema que, ao menos implicitamente, restou acolhido pela Constituição Federal de 1988, que acabou por outorgar ao Ministério Público Brasileiro, dentre outras atribuições, a de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (BRASIL, 1988) (Art. 129, inciso

I, da CRFB/88).

A propósito, tal modelo processual foi fortemente confirmado pela Lei nº 13.964/19, que, no art. 3º-A do CPP, determinou que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 1941).

À vista disso, o presente trabalho buscará, de forma sucinta e objetiva, analisar o impacto que a Lei nº 13.964/19, nacionalmente conhecida como Pacote Anticrime, teve em relação às medidas cautelares pessoais, notadamente no que tange à (im)possibilidade de o juiz converter a prisão em flagrante do autuado em preventiva, independentemente de requerimento prévio do Ministério Público ou de representação da autoridade policial.

2 OS REFLEXOS PROMOVIDOS PELA LEI Nº 13.964/19 NO ATO CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA PREVISTO NO INCISO II DO ART. 310 DO CPP

Adentrado ao tema das medidas cautelares pessoais, observa-se que, segundo a Lei nº 7.960/89, a prisão temporária, que tem seu espectro de incidência limitado à etapa da investigação preliminar, jamais permitiu que o juiz decretasse tal medida cautelar de ofício (art. 2º, *caput*, da Lei nº 7.960/89), estando, por isso mesmo, em conformidade com o sistema acusatório trazido pela Constituição Federal de 1988 (DE LIMA, 2020) (art. 129, inciso I).

Em relação à prisão preventiva, a situação era um pouco distinta. É que, pelo menos até o advento da Lei n. 13.964/19, o Código de Processo Penal vedava sua decretação de ofício pelo juiz durante a fase investigatória, mas legitimava a adoção de tal prática no curso do processo-crime. Ou seja, uma vez deflagrada à ação penal, era lícito ao juiz encarcerar provisoriamente o réu, independentemente de haver qualquer requerimento neste sentido.

Ocorre que a sistemática processual de prestígio ao modelo acusatório foi reforçada pelo advento da Lei nº 13.964/2019, que, recentemente, promoveu profundas alterações ao Código de Processo Penal.

Dentre as alterações feitas, extrai-se justamente a vedação ao magistrado de realizar a análise do auto de prisão em flagrante e decretar, de ofício, medidas cautelares pessoais ao investigado, devendo, pois, deixar a análise desta última questão às partes, a fim de não comprometer sua imparcialidade e de sorte a dar concretude ao princípio

do contraditório.

Segundo Renato Brasileiro de Lima, a nova redação legal prestigia, de fato, o sistema acusatório, o qual determina que “a relação processual somente pode ter início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne oadar judex er officio*)” (DE LIMA, 2020). Ainda consoante o aludido doutrinador, mais do que nunca:

Deve o juiz se abster de promover atos de ofício seja durante a fase investigatória, seja durante a fase processual. Afinal, graves prejuízos seriam causados à imparcialidade do magistrado se se admitisse e este pudesse decretar uma medida cautelar de natureza pessoal de ofício, sem provocação da parte ou do órgão com atribuições assim definidas em lei (DE LIMA, 2020, p. 946).

Complementando essa ideia, Aury Lopes Júnior explica que, ao decretar uma prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade (objetiva). Segundo o doutrinador, “é um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia” (LOPE JR., 2020).

É dizer, portanto, que, com a nova redação conferida aos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, ambos do Código de Processo Penal, pelo Pacote Anticrime, denota-se que, doravante, não mais poderá o juiz decretar nenhuma medida cautelar de ofício, pouco importando o momento da persecução penal.

Daí porque ganhou força na doutrina o entendimento de que, nesta atual quadra, não há mais como prevalecer o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ que vigia antes do advento da dita Reforma Processual. Tratava-se da diretriz jurisprudencial que, com fulcro no disposto no art. 310, II, CPP, compreendia como possível que o juiz, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, convertesse a prisão em flagrante do autuado em segregação preventiva por ocasião do recebimento do auto de prisão em flagrante (BRASIL, 2014).

O principal fundamento que respaldava esta concepção era o de que a hipótese prevista no art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal diferia daquela em que o magistrado, diante de uma investigação preliminar ou de processo-crime em curso, deliberasse por, de ofício, impor ao autor medidas cautelares pessoais. Isto porque, no caso do citado dispositivo, haveria uma providência obrigatória, que deveria ser adotada

pelo juiz por ocasião do recebimento do Auto de Prisão em Flagrante – APF, sob pena de constrangimento ilegal passível de ser analisado por intermédio da impetração de *Habeas Corpus* (AVENA, 2020).

Assim, reconhecendo a natureza distinta do ato de conversão da prisão em flagrante em preventiva e a existência da norma específica do art. 310, II, do CPP, tem-se o seguinte precedente do STJ:

(...) 2. Embora o art. 311 do CPP, aponte a impossibilidade de decretação da prisão preventiva, de ofício, pelo Juízo, é certo que, da leitura do art. 310, II, do CPP, observa-se que cabe ao Magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, proceder a sua conversão em prisão preventiva, independentemente de provocação do Ministério Público ou da Autoridade Policial, desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP, exatamente como se verificou na hipótese dos autos, não havendo falar em nulidade quanto ao ponto (BRASIL, 2020).

E, não obstante a reforma processual promovida, há quem entenda que esta sistemática não deve ser alterada. Afirma-se isso, sobretudo, porque a Lei nº 13.964/2019 não promoveu qualquer alteração redacional no inciso II do art. 310 do CPP, o qual permanece dispondo, como uma das faculdades judiciais subsequentes ao recebimento do APF pelo juiz, a conversão da prisão em flagrante em custódia preventiva ou em medidas cautelares diversas. Não há, portanto, qualquer condicionamento a requerimento ou representação prévia (AVENA, 2020).

Seguindo linha argumentativa semelhante, encontra-se o professor Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2020).

Com base em fundamento ainda mais pragmático, Anderson de Paiva Gabriel sustenta que “a realidade demonstra que podem surgir uma série de situações, como a existência de vítimas e testemunhas em risco imediato, a demandar a pronta decretação da prisão cautelar, de ofício, pelo juiz” (GABRIEL, 2020).

Não obstante tais posições, atualmente tem-se, majoritariamente, defendido que, no atual cenário processual, o que se reserva ao magistrado, na fase investigatória, é atuar somente quando provocado, tutelando liberdades fundamentais como a inviolabilidade domiciliar, a vida privada, a intimidade e, sobretudo, o direito de locomoção do indivíduo. É para isso, aliás, que, à luz da teoria da dissonância cognitiva (DE LIMA, 2020), se vislumbrou a necessidade de se instituir a figura do juiz das garantias.

De fato, é forte o entendimento doutrinário assinalando que, a partir de agora, o Ministério Público ou a Autoridade Policial devem se apresentar em Juízo e reivindicar a decretação da prisão preventiva (ou temporária) do agente, caso, em um juízo de

cautelaridade, entendam ser imprescindível a privação da liberdade do autor do fato ou, ainda, a imposição de medida cautelar diversa da segregação pessoal.

É neste sentido, aliás, a orientação dada pelo professor Renato Brasileiro de Lima em obra destinada a comentar as alterações promovidas ao sistema jurídico pela Lei nº 13.964/19:

Com o advento da Lei n. 13.964/19, pensamos que é hora de os Tribunais Superiores quanto à matéria. Ainda que se queira objetar que, nesse ponto, não houve nenhuma novidade legislativa – a decretação de cautelares *ex officio* na fase investigativa já era vedada desde a entrada em da Lei n. 12.403/11 – toda a sistemática introduzida no CPP pela Lei n. 13.964/19 visa retirar do magistrado, seja ele o juiz das garantias, seja ele o da instrução e julgamento, qualquer iniciativa capaz de colocar em dúvida imparcialidade. Logo, se ao magistrado não se defere a possibilidade de decretar uma prisão preventiva (ou temporária) de ofício na fase investigatória, há lógica nenhuma em continuar a se admitir esta iniciativa para fins de conversão (CPP, art. 310, II). (DE LIMA, 2020, p. 271).

Saliente-se que, em que pese o entendimento de que o ato de conversão seria um instituto autônomo, prevalece a concepção de que, ontologicamente, inexiste qualquer diferença entre a preventiva decorrente da conversão de anterior flagrante e a prisão provisória decretada em relação àquele indivíduo que se encontrava em liberdade (ROSA; LOPES JR, 2020).

Assim, como a conversão do flagrante em preventiva equivale à decretação da prisão preventiva, deve ela submeter-se aos mesmos requisitos para decretação desta. Afinal, “não se pode admitir que a sorte (ou azar) de uma pessoa no processo penal esteja condicionada ao simples fato de ela ter sido presa em flagrante ou não” (DE LIMA, 2020), para permitir-se sua custódia sem o devido requerimento do sujeito processual dotado de legitimidade para tanto.

Em complementação a este entendimento, Aury Lopes assevera que “a tal ‘conversão de ofício’ da prisão em flagrante em preventiva é uma burla de etiquetas, uma fraude processual, que viola frontalmente o art. 311 do CPP (e tudo o que se sabe sobre sistema acusatório e imparcialidade)” (LOPES JR, 2020).

A bem da verdade, não é novo o reconhecimento de que a custódia preventiva, mesmo que decorrente de conversão de prisão em flagrante, não pode ser decretada de ofício. Este já era o entendimento do eminente professor Andrey Borges de Mendonça antes mesmo do advento do Pacote Anticrime:

“(…) o Juiz não pode converter a prisão em flagrante em prisão preventiva

de ofício. Não se trata de mera ‘manutenção’ da prisão em flagrante, mas sim da conversão – o próprio legislador utiliza esta expressão –, que significa literalmente mudar, transformar, transmutar, comutar, substituir. Assim, há a mudança do título prisional, ou seja, da prisão em flagrante – que já esvaiu sua função – para a prisão preventiva, que possui requisitos e condições de admissibilidade próprios, além de finalidade distinta. Na verdade são medidas completamente díspares, tanto ontológica quanto funcionalmente. Sem requerimento do MP haveria, portanto, iniciativa e atuação proativa do magistrado. Tanto existe esta iniciativa que há uma nova decisão, prolatada pelo magistrado. O que o juiz pode fazer sem provocação é o controle da legalidade, que é automático e deflui de sua função constitucional. Porém, caso não haja pedido do MP, o juiz deve liberar em seguida, sendo inadmissível a decretação da prisão preventiva sem requerimento, pois, do contrário, estaria dando causa a uma nova medida, sem autorização constitucional e legal para tanto. Não bastasse, a conversão de ofício traz maiores riscos de violação inútil da liberdade do detido, uma vez que o magistrado poderia converter em prisão preventiva em situações nas quais o MP entende que não há elementos para imputar ou em que a qualificação do fato não admite a decretação da prisão preventiva, à luz do art. 313. Além de trazer riscos para a imparcialidade do juiz, sem qualquer razão relevante que justifique a exceção ao princípio do sistema acusatório na fase de investigação, pode prejudicar a estratégia da investigação. (...).” (DE MENDONÇA, 2016, p. 404/405).

A partir da Lei nº 13.964/19 este entendimento apenas ganhou ainda mais força. Destarte, é neste novo contexto normativo que os autores Antônio Edilberto Oliveira Lima e Igor Pereira Pinheiro, na obra *Lei Anticrime Comentada*, sustentam que, seja pela ausência de previsão legal que autorize a decretação de medidas cautelares de forma oficiosa pelo juiz, seja pelo reconhecimento expresso do sistema penal acusatório no bojo do processo penal (art. 3º-A do CPP), mostra-se absolutamente inaceitável a decretação de medidas cautelares sem prévio requerimento das partes (LIMA; PINHEIRO, 2020).

Registre-se que, para além dos argumentos referentes ao respeito aos princípios acusatório e da imparcialidade, não se pode negar que, doravante, do ponto de vista sistêmico, mostra-se mais nítida a necessidade de manifestação das partes para imposição de medidas cautelares, tanto as originárias como as derivadas, isto é, aquelas decorrentes de descumprimento de uma primeira providência instrumental.

Diz-se isso porque o § 4º do art. 282 do Código de Processo Penal, quando estabelece que, no caso de descumprimento de medidas cautelares, a decisão judicial que impõe outra medida ou mesmo aplica uma terceira em cumulação precisa observar o prévio requerimento das partes. E, conquanto o § 1º do art. 312 da Legislação Adjetiva permita a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento de outras medidas cautelares, deve-se observar que referido dispositivo se insere no conjunto geral da disciplina da prisão preventiva, estabelecida, principalmente, pela nova redação do art.

311, que exige que a decretação da constrição cautelar seja precedida de requerimento do órgão com legitimidade para tanto (LIMA; PINHEIRO, 2020).

Tudo isso faz com que a ausência de mudança na redação do art. 310, inciso II, do CPP seja totalmente desimportante. É que tal dispositivo não pode ser interpretado de forma topológica ou isolada, mas sim deve ser lido de maneira conjugada com os demais dispositivos consagrados no Código de Processo Penal e, sobretudo, a partir do sistema acusatório plasmado na Constituição Federal.

Apesar disso, deve-se consignar que, em sede jurisprudencial, há certa controvérsia a respeito do tema.

Advogando a impossibilidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva ser efetivada independentemente de requerimento prévio do Ministério Público ou de representação da autoridade policial, há importante precedente que fora lavrado do Ministro Celso de Mello nos autos do HC nº 188.888/MG.

Para o Ministro, “tornou-se inadmissível, em face da superveniência da Lei nº 13.964/2019 (‘Lei Anticrime’), a conversão, ‘*ex officio*’, da prisão em flagrante em preventiva, pois a decretação dessa medida cautelar de ordem pessoal dependerá, sempre, do prévio e necessário requerimento do Ministério Público, do seu assistente ou do querelante (se for o caso), ou, ainda, de representação da autoridade policial na fase pré-processual da ‘*persecutio criminis*’” (BRASIL, 2020).

Seguindo tal entendimento, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, em 20/10/2020, o HC n. 590.039/GO, firmou, por unanimidade, o entendimento no sentido de que, após as alterações legislativas promovidas pela Lei n. 13.864/2019 (Pacote Anticrime), mostra-se inadmissível ao magistrado converter a prisão em flagrante em preventiva *ex officio*. Senão vejamos:

(...) 2. A Lei n. 13.964/2019 promoveu diversas alterações processuais, deixando clara a intenção do legislador de retirar do Magistrado qualquer possibilidade de decretação *ex officio* da prisão preventiva. 3. O anterior posicionamento desta Corte, no sentido de que “não há nulidade na hipótese em que o magistrado, de ofício, sem prévia provocação da autoridade policial ou do órgão ministerial, converte a prisão em flagrante em preventiva”, merece nova ponderação em razão das modificações trazidas pela referida Lei n 13.964/2019, já que parece evidente a intenção legislativa de buscar a efetivação do sistema penal acusatório. 4. Assim, a partir das inovações trazidas pelo Pacote Anticrime, tornou-se inadmissível a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva. Portanto, a prisão preventiva somente poderá ser decretada mediante requerimento do Ministério Público, do assistente ou querelante, ou da autoridade policial (art. 311 do CPP), o que não ocorreu na hipótese dos presentes autos (BRASIL, 2020).

Como se observa, à semelhança do aqui defendido, tal entendimento jurisprudencial

está fundamentado na ideia de que as alterações do Pacote Anticrime denotam “a intenção legislativa de buscar a efetivação do sistema penal acusatório”, vontade esta que estaria bem explicitada, por exemplo, na alteração do art. 311 do CPP, que suprimiu a expressão “de ofício” ao tratar da possibilidade de decretação da prisão pelo magistrado, bem como na recente inclusão do art. 3^a-A no CPP, que dispõe que “o Processo Penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória pelo órgão de acusação”. Por isso, o novo entendimento a ser seguido seria o de que é indispensável o prévio requerimento das partes, do Ministério Público ou da autoridade policial para que o juiz aplique qualquer medida cautelar (BRASIL, 2020).

Contudo, cabe salientar que outro foi o entendimento da Sexta Turma do STJ, que, ao julgar o HC 583.995/MG, decidiu, por maioria, pela legalidade desta conversão.

Segundo o Ministro Rogério Schietti Cruz, “não há, em tal situação, uma atividade propriamente oficiosa do juiz, porque, a rigor, não apenas a lei obriga o ato judicial, mas também, de um certo modo, há o encaminhamento, pela autoridade policial, do auto de prisão em flagrante para sua acurada análise, na expectativa, derivada do dispositivo legal (art. 310 do CPP), de que o juiz, após ouvir o autuado, adote uma das providências ali previstas, inclusive a de manter o flagrante preso, já agora sob o título da prisão preventiva” (BRASIL, 2020).

Em que pese tal linha argumentativa, a Terceira Seção do STJ – que congrega as duas Turmas de Direito Criminal –, em decisão datada de 24 de fevereiro de 2021, deu provimento ao recurso em *Habeas Corpus* nº 131.263/GO, de modo a invalidar a conversão automática feita pelo Judiciário, após prisão de suspeito em flagrante.

Prevaleceu, portanto, o entendimento de que, após a edição da Lei n.º 13.964/2019 – que, ao alterar a redação dos arts. 282, § 2º, e 311, do Código de Processo Penal, expressamente suprimiu a possibilidade de o magistrado decretar a prisão preventiva e medidas cautelares de ofício no curso da ação penal –, ao magistrado não é mais dada a possibilidade de converter, *ex officio*, a prisão em flagrante em prisão preventiva. Afinal, como dito, a interpretação sistemática dos dispositivos revela a imprescindibilidade de prévio requerimento ministerial ou de representação da autoridade policial, tudo em consonância com as características do sistema acusatório do processo penal pátrio¹.

1 Nesse sentido: TJDFT, Acórdão 1311058, 07513103720208070000, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 10/12/2020, publicado no PJe: 8/1/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.

Outrossim, vale ressaltar que, dada a natureza meramente descritiva do Auto de Prisão em Flagrante – APF, é impossível que se infira a existência de representação tácita da autoridade policial, no sentido de que, com o ato de encaminhamento do preso à autoridade judiciária competente, objetive que haja, no âmbito da audiência de custódia, a conversão da prisão em flagrante do paciente em prisão preventiva (BRASIL, 2020).

Como a segregação cautelar é sempre marcada pela pecha de ser medida excepcional e extrema, é dever dos órgãos persecutórios indicar, de forma precisa, os elementos concretos que justificam o encarceramento preventivo do agente. Com efeito, mesmo nos casos de infrações abstratamente graves, não se pode presumir a satisfação dos requisitos e pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, os quais devem ser fundamentadamente apontados pelo requerente.

Em suma, a interpretação sistemática do Código de Processo Penal, notadamente em seus arts. 282, § 2º e 310 a 312, aliada à adequada importância que a ordem constitucional pátria conferiu ao sistema acusatório, ampara o entendimento de que, no atual cenário normativo, não é mais possível qualquer modalidade de imposição de prisão preventiva de ofício.

Apesar disso, uma coisa precisa ficar bem clara: há vedação de prisão sem prévio requerimento do sujeito processual com legitimidade adequada, e não vinculação do juiz àquilo que fora pugnado. É dizer, portanto, que pode o magistrado modular o requerimento formulado, de modo que, na hipótese de o órgão ministerial pedir a conversão do flagrante em preventiva, pode o julgador entender que as medidas previstas no art. 319 do CPP são suficientes ao caso. De forma distinta, em caso de pedido de cautelares diversas, pode o julgador, de forma fundamentada, optar pela decretação da segregação provisória (LIMA; PINHEIRO, 2020).

Noutros termos, uma vez quebrada a inércia através do requerimento formulado pelas partes, a jurisdição move-se por impulso oficial e, por não estar adstrito àquilo que fora pedido, pode o juiz, com certa discricionariedade e atento às particularidades do caso concreto, avaliar a medida restritiva mais adequada e proporcional, pelo que se apresenta viável a decretação de cautelar mais severa, mesmo que diversa daquela outrora postulada².

2 Neste sentido: (...) 3. **É discricionário ao magistrado decretar medida cautelar diversa em substituição ou cumulação com aquela pleiteada pela autoridade policial ou pelo Ministério Público**, no curso da investigação criminal, quando, pela evidência dos autos, entendê-la(s) necessária(s) à aplicação da lei penal, à investigação ou à instrução criminal e, nos casos previstos em lei, para evitar a prática de infrações penais, mediante fundamentação concreta idônea, o que ocorreu na espécie. 4. **Não houve atuação de ofício da Magistrada, em vista da representação da autoridade policial**

De qualquer sorte, é oportuna a lembrança de que, conquanto o Superior Tribunal de Justiça tenha reconhecido a nulidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva sem a devida provocação, em recente decisão, a Quinta Turma daquela Corte, ancorada na máxima processual de que não há nulidade sem demonstração de prejuízo (*pas de nullité sans grief*), assentou o entendimento de que “o posterior requerimento da autoridade policial pela segregação cautelar ou manifestação do Ministério Público favorável à prisão preventiva suprem o vício da inobservância da formalidade de prévio requerimento” (BRASIL, 2021).

3 CONCLUSÃO

Em sua origem, o Código de Processo Penal brasileiro, sob a influência de um regime com fortes resquícios inquisitório, legitimava que as medidas cautelares pessoais fossem, de ofício, decretadas pelo magistrado, tanto na fase investigatória, quanto no curso do processo-crime.

Todavia, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a lógica se inverteu. Isto porque a nova ordem constitucional impôs a observância do sistema acusatório, exigindo que, para além uma mera separação formal das funções de investigar, acusar, defender e julgar, houvesse instrumentos que impedissem que um ator processual usurpasse as atribuições que, explícita ou implicitamente, foram definidas em favor de outro.

Uma das consequências disso é a de que, como forma de assegurar a necessária equidistância do magistrado, não lhe é dado agir de ofício, sobretudo na etapa pré-processual.

Observando este novo marco hermenêutico, a Lei nº 7.960/89, editada já sob égide da Constituição Federal vigente, vedou, em absoluto, que a prisão temporária, como modalidade de prisão cautelar, pudesse ser decretada sem prévia representação da Autoridade Policial ou requerimento do Ministério Público (art. 2º, *caput*, da Lei nº 7.960/89).

Com a edição da Lei nº 12.403 de 2011, o tema ganhou novos contornos. Naquela

pela imposição de medidas cautelares. O que houve foi o exercício legítimo da discricionariedade do juiz em decidir qual (ou quais) das medidas previstas em lei será a mais adequada e suficiente para prover a situação concreta. 5. As medidas impostas foram justificadas na natureza do crime de extorsão e dos relatos da vítima quanto à prática de difamação, calúnia e ameaças pelo investigado. A fundamentação é idônea. 6. Recurso ordinário não provido. (STJ, RHC 112.356/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 12/09/2019)

ocasião, o título do Código de Processo Penal que cuida da disciplina da “prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória” foi significativamente alterado. Dentre as alterações mais importantes, estava a modificação da redação do art. 311 do Código de Processo Penal, que passou a dizer que a prisão preventiva poderia ser decretada de ofício pelo juiz, desde que no curso da ação penal. À contrário senso, a decretação da custódia cautelar do investigado em sede inquisitorial estaria condicionada à existência de pedido prévio neste sentido.

Por essa razão, mesmo sob a vigência da Lei nº 12.403/2011, diversos doutrinadores advogavam a tese de que era absolutamente impossível a conversão da prisão em flagrante em preventiva sem prévia representação do Delegado de Polícia ou sem anterior requerimento por parte do Ministério Público. Afirmava-se, portanto, que o inciso II do art. 310 do CPP havia sido tacitamente revogado.

O debate acerca do tema se acirrou com o advento da Lei nº 13.964/19, que, dentre as novidades positivadas, trouxe a inclusão do art. 3º-A ao Diploma Adjetivo pátrio. Assim, alinhando-se ao perfil acusatório definido pela Constituição Federal, estatuiu-se que o processo penal brasileiro terá estrutura acusatória, vedando-se a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição em relação ao órgão de acusação.

Além disso, a aludida lei, ao tratar da possibilidade de decretação da prisão pelo magistrado, expressamente suprimiu dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, ambos do Código de Processo Penal, a expressão “de ofício”.

A partir disso, ganhou força a compreensão doutrinária que sustenta a necessidade de o Ministério Público ou a Autoridade Policial se apresentarem em Juízo para reivindicarem a decretação da prisão preventiva (ou temporária). Do contrário, a atuação oficiosa do magistrado estaria vedada, como forma de, a um só tempo, preservar o princípio acusatório e a imparcialidade do julgador.

Exposto o tema, é justamente a esta conclusão a que chega o presente trabalho científico.

Realmente, em que pese ainda persistam precedentes buscando legitimar o anterior entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício, concluímos que, mais do que nunca, o art. 310 e os demais dispositivos constantes do Código de Processo Penal devem ser interpretados de forma a prestigiar o regime do sistema acusatório vigente em nosso país desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, impenhido, assim, que haja a decretação de medidas cautelares pessoais *ex officio* pelo juiz.

Noutros termos, a partir da edição da Lei nº 13.964/2019, a interpretação do art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, invariavelmente, deve ser realizada em conformidade e em conjunto com os arts. 282, § 2º, e 311, do mesmo Diploma Normativo. E, da análise sistêmica de tais dispositivos, sobressai a conclusão de que, doravante, encontra-se inviabilizada a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em prisão preventiva. É imprescindível, pois, o prévio requerimento do Ministério Público enquanto *dominus litis* ou, alternativamente, representação da autoridade policial ou, quando for o caso, requerimento do querelante ou do assistente da acusação.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 12ª Ed. Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Ed. Método, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 13 fev. 2021.

_____. Decreto-Lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, HC 188.888/MG, Rel. Ministro Celso de Melo, Segunda Turma, julgado em 06/10/2020, noticiado no informativo nº 994, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/celso-mello-flagrante-preventiva-oficio.pdf>.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ, HC 280.980/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 07/03/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ, HC 581.811/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 10/08/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ, HC 590.039/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2020, DJe 29/10/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ, AgRg no HC 622.523/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 23/11/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ, HC 583.995/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/9/2020, DJe 7/10/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ, AgRg no RHC 131.312/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ, RHC 131.263-GO, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, por maioria, julgado em 24/02/2021, noticiado no informativo nº 686.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ, STJ. AgRg RHC 136.708/MS, Rel. Min. FELIX FISHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2021, noticiado no informativo nº 691.

DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*, 8ª ed., 2020, Salvador: Editora Juspodivm.

DE LIMA, Renato Brasileiro. *Pacote Anticrime – Comentário à Lei 13.964/19 – artigo por artigo*. 1ª Ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

DE MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011 – Análise de Acordo com Modelos Estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos*, Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GABRIEL, Anderson de Paiva. *Lei Anticrime – Comentários à Lei 13.964/2019*. Editora D'Plácido, 2020.

JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. *Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira. *Lei Anticrime Comentada*. 1ª Ed., São Paulo: Editora Jhmizuno, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

NICOLITT, André. *Juiz inquisidor com desejos moralistas: notas sobre O Santo Inquérito*. Disponível em: conjur.com.br/2019-jul-04/andre-nicolitt-juiz-inquisidor-desejos-moralistas. Acesso em: 04 fev. 2021.

NUCCI, Guilherme Souza. *Conversão de flagrante em preventiva e decretação de prisão cautelar de ofício*. Disponível em: <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/875328911/conversao-de-flagrante-em-preventiva-e-decretacao-de-prisao-cautelar-de-oficio>. Acesso em: 04 fev. 2021.

ROSA, Alexandre de Moraes; LOPES JR., Aury. *Juiz não pode converter flagrante em preventiva de ofício na audiência de custódia*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-11/limite-penaljuiz-nao-converter-flagrante-preventiva-oficio-custodia>). Acesso em 04 fev. 2021.