



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

FRANCISCO EVALDO FERREIRA DE MORAIS FILHO

**A CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO
PREVENTIVA À LUZ DA LEI 13.964/2019.**

FORTALEZA

2021

FRANCISCO EVALDO FERREIRA DE MORAIS FILHO

A CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA
À LUZ DA LEI 13.964/2019.

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Sérgio Bruno Araújo Rebouças.

FORTALEZA
2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M825c **Morais Filho, Francisco Evaldo Ferreira de.**
A CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DA
LEI 13.964/2019 / Francisco Evaldo Ferreira de Moraes Filho. – 2021.
52 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2021.

Orientação: Prof. Dr. Professor Sérgio Bruno Araújo Rebouças.

1. Pacote Anticrime. Legalidade. Conversão ex officio. Prisão Cautelar. Prisão Preventiva. I. Título.
CDD 340

FRANCISCO EVALDO FERREIRA DE MORAIS FILHO

A CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA
À LUZ DA LEI 13.964/2019.

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Aprovada em: 08 / 04 / 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Alex Xavier Santiago da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Raul Carneiro Nepomuceno
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

Aos meus pais, familiares e amigos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, que sempre me concedeu saúde e disposição para buscar meus sonhos e maturidade de compreender que tudo nesta vida é possível, mas nada nela é fácil.

À Universidade Federal do Ceará, instituição da qual fiz parte com muito orgulho, onde adquiri conhecimentos técnicos e experiências de crescimento pessoal.

Ao Professor Sérgio Bruno Araújo Rebouças, por ter me orientado nesta monografia.

À minha mãe, Silvana, pessoa que foi e é meu maior exemplo de perseverança e honra, que, apesar da pouca instrução, foi sábia em seus ensinamentos de vida e foi a minha maior apoiadora na concretização do sonho da graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Ao meu pai, Evaldo, o qual tenho orgulho de carregar o nome, que sempre esteve presente em minha vida e que me ensinou que o amor cura qualquer ferida e transpõe qualquer obstáculo.

Ao meu irmão, Samuel, a quem devo os momentos mais sublimes da minha infância, de quem tenho orgulho, pela resiliência e fé.

À minha namorada, Lívia, que sempre me apoiou de maneira acolhedora e amorosa. Que me ensina diariamente onde se encontra a felicidade dos pequenos momentos e torna meus dias mais cheios de vida e amor.

Aos integrantes do grupo “2020”, que, mesmo já completo à época de meu ingresso na Universidade, tão bem me integraram e me fizeram sentir parte. Hoje, sem dúvidas, não são apenas um grupo de colegas de turma, mas de amigos de vida. Sobretudo, agradeço ao sempre cordial e receptivo, Luís Eduardo, vulgo “Zé”, por ter sido a mão amiga a me inserir no “2020”.

Ao amigo, Caio Franklin, pela lealdade fraternal que teve comigo ao longo dos anos.

Aos meus amigos de escola, Luan, Mateus, Esaú, Judecir e Rosa, que tenho os mais sinceros sentimentos de compadrio e gratidão.

Ao amigo, Ângelo Gadelha, pela experiência profissional a qual me proporcionou em seu escritório de advocacia, durante a época de estágio.

Ao amigo, Chagas Lopes, pelas conversas e lições de vida tão importantes.

A todos aqueles que direta ou indiretamente foram significativos em minha vida.

“Não basta estabelecer o que são os direitos fundamentais. Para garanti-los é necessário introduzir instituições de garantia que devem ser independentes do poder político”

Luigi Ferrajoli

RESUMO

O presente trabalho trata das modificações conferidas pela Lei 13.964/2019 (Lei do Pacote Anticrime) na aplicação da conversão *ex officio* da prisão preventiva decorrente da prisão em flagrante, à luz da Jurisprudência dos Tribunais Superiores. Como objetivo mais específico, este estudo reteve-se a apresentar as inovações trazidas pela Lei 13.964/2019 no aspecto da prisão preventiva e do sistema acusatório brasileiro. Com isso, busca-se verificar a legalidade da conversão de ofício da prisão preventiva decorrente da flagrancial. No aspecto metodológico, a pesquisa terá um caráter bibliográfico e descritivo, utilizando-se de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como do entendimento do Ministério Público Federal. Sobre os resultados, a pesquisa revelou que as alterações conferidas pela Lei do Pacote Anticrime ainda causam certas dúvidas aos estudiosos e aos operadores do direito de uma forma geral, o que reflete na aplicação da lei em caso concreto, podendo ocasionar prejuízos irreparáveis aos cidadãos que têm seus direitos violados.

Palavras-chave: Pacote Anticrime. Legalidade. Conversão *ex officio*. Prisão Cautelar. Prisão Preventiva.

ABSTRACT

The present study examines the modifications conferred by Law 13.964 / 2019 (Law of the “Anti-crime” Package) in the application of the ex officio conversion of preventive detention resulting from the arrest in flagrante delicto, in the light of the Jurisprudence of the Superior Courts. As a more specific objective, this study retained the presentation of innovations brought by Law 13.964 / 2019 in the aspect of pre-trial detention and the Brazilian accusation system. With this, we seek to verify the legality of the conversion of office of the preventive prison resulting from the fragrant. In the methodological aspect, the research will have a bibliographic and descriptive character, using the Jurisprudence of the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice, as well as the understanding of the Federal Public Ministry. Regarding the results, the research revealed that the changes conferred by the “Anticrime” Package Law still cause certain doubts to scholars and legal operators in general, which reflected in the application of the law in a specific case, which may cause irreparable damage to citizens that their rights violated.

Keywords: Anti-crime package. Legality. Conversion ex officio. Prison Precaution. Preventive imprisonment.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. PRISÃO PREVENTIVA.....	9
2.1 Prisão cautelar.....	9
2.2 Relação Gênero Espécie	9
2.3 Prisão Temporária.....	10
2.4 Prisão em Flagrante	10
2.4.1 Flagrante próprio perfeito, real ou verdadeiro.....	11
2.4.2 Flagrante impróprio, imperfeito, irreal ou quase flagrante.....	11
2.4.3 Flagrante presumido ou ficto.....	11
2.4.4 Flagrante preparado, provocado, crime de ensaio ou delito putativo por obra do agente provocador	11
2.4.5 Flagrante esperado.....	12
2.4.6 Flagrante prorrogado, protelado ou retardado	12
2.4.7 Flagrante forjado, fabricado ou maquiado.....	12
2.5 Prisão Preventiva	12
2.5.1 Preventiva no Brasil	13
2.5.2 Requisitos da preventiva.....	14
3 DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO BRASILEIRO	19
3.1 Sistemas Processuais Penais.....	19
3.1.1 Sistema Inquisitivo	19
3.1.2 Sistema Acusatório	20
3.1.3 Sistema misto.....	21
3.2 Sistema Adotado no Brasil	22
4 A LEGALIDADE DA APLICAÇÃO EX OFFICIO DA HIPÓTESE CONSTANTE NO ART. 310, II DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	27
4.1 Inovações trazidas pela lei 13.964/2019 no aspecto da aplicação da prisão preventiva em respeito ao sistema acusatório brasileiro.	27

4.2 Conversão de ofício do flagrante em preventiva	28
4.3 Posicionamento dos doutrinadores.	30
4.4 Posição do STJ	32
4.4.1 Habeas Corpus nº 583.995 – Superior Tribunal Justiça	33
4.4.2 Habeas Corpus nº 590.039 – Superior Tribunal Justiça	37
4.5 RHC 131263/GO	38
4.6 Posição do STF.....	39
4.6.1 Habeas Corpus nº 188.888 – Supremo Tribunal Federal	39
4.6.2 Habeas Corpus 192.586 – Supremo Tribunal Federal.....	41
4.7 Posicionamento do MPF.....	42
5 CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS	44

1. INTRODUÇÃO

Com a constante evolução da sociedade, o modelo de persecução criminal do Brasil já assumiu diversas roupagens com o passar das décadas. Hodiernamente, exige-se um maior grau de compreensão e estudo dos institutos da *persecutio criminis*, visto a natureza *sui generis* das suas principais leis, ou seja, Código Penal e Código de Processo Penal. Estas legislações foram redigidas sob a égide de uma Constituição outorgada, de raízes autoritárias, e sofreram várias modificações em suas respectivas redações e no seu “espírito”, tendo em vista o Brasil ter passado por um processo de redemocratização após a Constituição de 1988, sendo hoje um Estado Democrático de Direito.

Ademais, a opção do constituinte pelo modelo acusatório quanto ao sistema de processo penal, foi evidente, contudo, o Código de Processo Penal adotava claramente o modelo inquisitorial. Décadas e mais décadas de discussões sobre o sistema de processo penal do Brasil, e sobre a adequação do Código de Processo nesse sistema, foram necessárias até o advento da Lei 13.964/2019, popularmente conhecida como Lei do “Pacote Anticrime”.

A novel legislação veio para pôr fim ao debate quanto ao modelo de sistema processual penal brasileiro. Trouxe consigo o art. 3º - A, que foi de encontro ao modelo acusatório constitucional de maneira literal. Entretanto, alguns dispositivos continuaram controversos entre os estudiosos e os tribunais quanto à maneira de sua aplicação. Nesse ponto, destaca-se o art. 310, inciso II do CPP, cujo seja objeto de análise deste trabalho.

A situação descrita no inciso II do art. 310 do CPP, incluída pela Lei 12.403/2011, trata da conversão da prisão em flagrante em preventiva. A controvérsia orbita em torno da possibilidade desta conversão ser aplicada *ex officio*, ou seja, sem a provocação do magistrado. Ante a relevância do tema, a questão central deste trabalho está relacionada à legalidade da aplicação de ofício deste instituto pelos membros do Poder Judiciário, após as modificações trazidas pela Lei 13.964/2019.

Isto posto, a partir de pesquisas bibliográficas, documentais, sobretudo de documentos legais, e jurisprudenciais, busca-se avaliar a legalidade da conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva, após as modificações dadas pela Lei 13.964/2019 ao instituto.

O presente trabalho acadêmico se desenvolverá, além deste introito, em três capítulos. O primeiro capítulo, abordará os aspectos pertinentes ao histórico e a conceituação da prisão preventiva, bem como a relação de gênero – espécie que existe entre àquela e a prisão cautelar. Explanará a prisão temporária, bem como a legislação correlata; a prisão em flagrante delito, desde a etimologia até as várias classificações doutrinárias que se adotam no Brasil. Por fim, a

prisão preventiva de fato e todos os seus requisitos legais, sejam os gerais, sejam os específicos, assim como a análise jurisprudencial no que for mais relevante.

O segundo capítulo, por seu turno, tratará dos sistemas processuais penais no mundo, modelo inquisitório, modelo acusatório ou modelo misto. Para tanto, é necessária uma explicação desde o momento histórico de surgimento até a ruína ou prosperidade, dependendo do modelo. Ademais, apresentará uma breve conceituação histórica do momento político vivenciado pelo Brasil na era Vargas, momento em que nasceram os principais diplomas legislativos no tocante à persecução criminal, como também uma avaliação sobre a opção do constituinte originário pelo sistema processual penal brasileiro e a sua repercussão no ordenamento jurídico.

Já o terceiro capítulo, destinar-se-á a trazer as inovações conferidas pela Lei 13.964/2019 no aspecto da aplicação da prisão preventiva, com ênfase na conversão de ofício do flagrante em preventiva. Contará, ainda, com o posicionamento de alguns dos maiores doutrinadores do Brasil. Ademais, analisará o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal na condução e julgamento dos processos. Bem como, trará pareceres pertinentes do Ministério Público Federal para auxiliar na avaliação.

2. PRISÃO PREVENTIVA

Antes de adentrar no mérito do assunto que nomeia o presente capítulo, é necessário fazer observações preliminares, cujo serão explicitadas nos próximos subtópicos.

2.1 Prisão cautelar

Impossível seria tratar da prisão preventiva sem conceituá-la dentro das prisões cautelares. Entende-se por prisão cautelar aquela que é decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; sua finalidade precípua nada mais é que a de assegurar a eficácia da persecução criminal.

A segregação cautelar (antecipada) não é novidade na ordem jurídica. O modelo de processo penal Grego já previa a possibilidade de prisão cautelar, sob a espécie de prisão preventiva, sendo aceita a liberdade provisória do segregado que prestasse caução (KATO, 2015, p. 11).

Além disso, segundo a legislação mosaica ou Lei de Moisés, seria possível a prisão preventiva, desde que ocorresse o flagrante delito do potencial criminoso. Já na Lei Romana, o cidadão de Roma acusado do cometimento de algum crime deveria prestar fiança e indicar fiadores idôneos para permanecer em liberdade até o julgamento.

Conforme apontamentos de TORNAGHI (1963), inexistiam no Direito romano privação de liberdade como pena a crimes comuns, esta surgiu com a função de acautelar a efetividade do processo penal na aplicação da pena principal e definitiva, que poderia ser de exílio ou de escravidão. Ocorre que, nos crimes não comuns, que causassem danos graves à coletividade, primordialmente, os relacionados às obrigações de caráter militar e os crimes internacionais, a segregação da liberdade do cidadão, era imposta como pena alternativa à pena de morte.

2.2 Relação Gênero Espécie

Conforme acima descrito, o instituto da segregação cautelar surgiu como forma de garantir a efetividade da aplicação da lei penal, não sendo esta entendida como pena. Com a evolução do instituto, percebeu-se que, sob a ótica processualista, a prisão cautelar é um gênero que comporta algumas espécies. No caso do Brasil, existem três tipos de prisões cautelares possíveis; a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva, a qual será estudada de forma mais aprofundada ao longo do presente trabalho.

2.3 Prisão Temporária

Bem, a prisão temporária é a prisão cautelar decretada por autoridade judiciária competente e com tempo pré-determinado de duração, visa assegurar a conclusão com êxito da fase preliminar de investigações, objetivando obter elementos de informação quanto à autoria e materialidade do crime. Conforme a legislação ensina, a prisão temporária não é cabível para todas e quaisquer infrações penais, apenas para aquelas mencionadas no artigo 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, bem como para os crimes hediondos e equiparados a hediondos, conforme vaticina o artigo 2º, parágrafo 4º da Lei 8.072/90.

2.4 Prisão em Flagrante

No que tange à prisão em flagrante, é necessário entender o que seria flagrante. Este é um termo importado do latim “*flagrare*” que, em sentido literal, significa queimar, no léxico, algo evidente ou notório. Em termos jurídicos, o estado de flagrância é uma característica pós-cometimento delitivo, significa dizer que a infração está queimando no mundo, ou seja, está sendo cometida ou acabou de o ser.

Dito isso, para LIMA (2020, n.p.) a prisão em flagrante é entendida como uma “medida de autodefesa da sociedade, consubstanciada na privação da liberdade de locomoção daquele que é surpreendido em situação de flagrância, a ser executada independentemente de prévia autorização judicial (CF, art. 5º, LXI)”.

Esta espécie de reclusão cautelar não necessita de autorização judicial, diferentemente da prisão temporária, e possui natureza jurídica de mero ato administrativo. Extrai-se do art. 301 do Código de Processo Penal que qualquer pessoa poderá prender quem esteja em estado de flagrância. Cabe mencionar que há hipóteses de exceções em que não se poderá ser efetuada a prisão em flagrante delito, tais situações estão relacionadas à imunidade prisional do flagranteado. Entretanto, não é pertinente tal análise no presente trabalho, por hora, entende-se que, em regra, qualquer pessoa poderá ser presa em flagrante delito.

As situações de estado de flagrância estão descritas taxativamente no artigo 302 do Código de Processo Penal: “Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”. (BRASIL, 1941).

O rol de hipóteses acima descrito não poderá comportar o emprego de analogia e/ou interpretação extensiva, havendo constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do indivíduo

que seja preso em situações que não se amoldem especificamente às descritas no artigo supramencionado, cabendo, em caso de descumprimento, o relaxamento da prisão, ante sua patente ilegalidade, conforme é entendido da leitura do artigo 5º, LXV da Constituição Federal.

Ao tratar do estudo da prisão em flagrante, a doutrina brasileira costuma classificar esse instituto como: flagrante próprio, perfeito, real ou verdadeiro; flagrante impróprio, imperfeito, irreal ou quase flagrante; flagrante presumido ou ficto; flagrante preparado, provocado, crime de ensaio ou delito putativo por obra do agente provocador; flagrante esperado; flagrante prorrogado, protelado ou retardado; flagrante forjado, fabricado ou maquinado.

Como a prisão em flagrante não é objeto de estudo do presente trabalho, ater-se-á a descrever de maneira sucinta todas as espécies acima mencionadas.

2.4.1 Flagrante próprio perfeito, real ou verdadeiro

Dito isso, o flagrante próprio, perfeito, real ou verdadeiro é a espécie de flagrante que ocorre quando o agente é surpreendido no exato momento da prática delitativa ou quando acaba de cometê-la, de forma que não tenha sequer afastado da vítima.

2.4.2 Flagrante impróprio, imperfeito, irreal ou quase flagrante

Já o flagrante impróprio, imperfeito, irreal ou quase flagrante, ocorre quando há perseguição do agente imediatamente depois de ter cometido a infração penal, em situação que seja presumível ser ele o autor do crime. Em tese, não há tempo predeterminado para a concretização do flagrante, desde que a perseguição se inicie logo após a prática do crime.

2.4.3 Flagrante presumido ou ficto

Por sua vez, o flagrante presumido ou ficto, como o próprio nome sugere, o agente é encontrado logo depois com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam se presumir ser ele o autor da infração (BRASIL, 1941).

2.4.4 Flagrante preparado, provocado, crime de ensaio ou delito putativo por obra do agente provocador

No que toca ao flagrante preparado, provocado, crime de ensaio ou delito putativo por obra do agente provocador, importa expor que se trata da hipótese em que o agente cometedor do crime é instigado por terceiro, seja ele particular ou autoridade policial, ao cometimento do ilícito, a fim de resultar em sua prisão em flagrante delito. Ocorre que, ao cometer um crime induzido, o agente se encontra diante da espécie de crime impossível (art. 17 do Código Penal)

pela ineficácia absoluta dos meios empregados no cometimento do ilícito, sendo considerada atípica sua conduta delitativa, o que enseja relaxamento de prisão pelo juiz competente.

Ademais, há de se observar a Súmula de número 145 do Supremo Tribunal Federal, que preceitua o seguinte: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. (SUPERIO TRIBUNAL FEDERAL, 1963). Ou seja, não sendo consumado o delito não há crime, todavia, havendo consumação, mesmo que tenha sido o agente induzido, será válida a prisão.

2.4.5 Flagrante esperado

O flagrante esperado é, como o próprio nome sugere, a espécie na qual o indivíduo aguarda o momento do cometimento do delito para realizar a prisão em flagrante delito. Há de se observar que o flagrante esperado em nada se confunde com o flagrante provocado, visto que, nessa modalidade, não há a figura do agente provocador.

2.4.6 Flagrante prorrogado, protelado ou retardado

Por seu turno, o flagrante prorrogado, protelado ou retardado, é uma variante da ideia típica de flagrante. Neste tipo de flagrante, a autoridade policial é autorizada a postergar o flagrante para momento posterior mais oportuno, ou seja, há uma mitigação do dever de flagrante obrigatório que a lei impõe a estas pessoas. Este tipo de flagrante está intimamente ligado ao instituto da ação controlada, trazida pela Lei de Drogas e pela nova Lei de Organizações Criminosas. Infelizmente, o estudo pormenorizado deste instituto, como também da aplicação do flagrante prorrogado, não é objeto de estudo do presente trabalho, contudo, acredita-se ser de grande valia para o leitor o aprofundamento posterior do tema em comento.

2.4.7 Flagrante forjado, fabricado ou maquinado

Por último, mas não menos importante, o flagrante forjado, fabricado ou maquinado, é uma espécie de flagrante falso ou artificial. Nesta modalidade, um terceiro, seja particular, seja autoridade policial, forja provas de um crime que não existe, com a finalidade obscura de tornar legítima uma eventual prisão em flagrante. Por isso, é chamado de forjado ou fabricado.

2.5 Prisão Preventiva

A prisão preventiva, como as anteriormente mencionadas, é uma espécie do gênero prisão cautelar. Esta modalidade é capaz de cercear a liberdade do indivíduo por tempo indeterminado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Obviamente, os

excessos devem ser combatidos e há requisitos objetivos que devem ser preenchidos para a decretação da cautelar, conforme será estudado no presente capítulo.

2.5.1 Preventiva no Brasil

Inicialmente, importa destacar que, após a independência política da nação brasileira, a prisão cautelar sofreu inúmeras modificações até a atualidade.

Com a outorga da Constituição Política do Império do Brasil de 1824, para que houvesse a prisão, passou a ser exigido a formação de culpa. Note-se:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as. (BRASIL, 1824).

Com a leitura do documento legal, atenta-se para a necessidade da formação de culpa. Conforme aponta Rogério Schietti Machado Cruz, em sua obra “Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas”, a culpa era:

Um filtro para a admissibilidade da acusação tinha como apoio as provas até então produzidas (perícias, testemunhos e interrogatório do acusado) e, uma vez pronunciada a convicção judicial, o nome do réu era lançado em livro próprio e era ordenada, automaticamente, sua prisão. (CRUZ, 2006, p. 21).

Além disso, a Constituição previa exceção a esta regra, que seja, prisão sem formação de culpa. Em tais hipóteses, o indivíduo poderia ser preso apenas em flagrante delito ou caso fosse acusado de algum delito que não comportasse fiança:

(...) a conjuntura de ser preso em flagrante – e não a avaliação da concreta necessidade de alguém ser preso – não impedia que o autuado fosse posto em liberdade, mediante o pagamento de fiança, em relação aos crimes classificados como afiançáveis, ou sem qualquer ônus, por tratar-se de infração de que o autuado —livrava-se solto (contravenções ou crimes puníveis com até seis meses de prisão – posteriormente reduzidos a três meses – ou de desterro, desde que não vadios e com domicílio certo). Não tendo sido preso em flagrante, a sorte do suspeito dependia do mero arbítrio judicial e da classificação do crime, visto que poderia ser decretada a prisão do indiciado por crime inafiançável, ou aquele que, embora respondendo por crime afiançável, não houvesse recolhido o valor da fiança definido pela autoridade judiciária. (...) Fora dos casos de flagrante delito, ninguém poderia ser preso cautelarmente senão em virtude de ordem da autoridade competente, que, lembre-se, não era necessariamente um juiz de direito. (CRUZ, 2006, p. 42-43).

Em 1841, ou seja, cerca de dezessete anos após a outorga da Constituição do Império, a estrutura de persecução criminal foi amplamente reformada. Com a reestruturação, foram

acrescidas às atribuições da autoridade policial, além das já existentes de investigar e executar prisões, as de acusar e pronunciar os indivíduos acusados de delitos de menor importância para a coletividade.

Desta forma, as funções da polícia judiciária se confundiam com as da própria autoridade judiciária. Traço marcante disso constava na autorização dos delegados de polícia poderem processar e julgar crimes cuja pena fosse inferior a seis meses.

Após isso, no ano de 1871, houve nova mudança legislativa, esta retirou dos chefes de polícia a competência para julgamento de certas infrações penais. Entretanto, ainda era possível que estes profissionais arbitrassem a fiança dos acusados (CRUZ, 2006)

Ocorre que, setenta anos depois, em 1941, já na Era Vargas, no ápice do chamado Estado Novo de Getúlio Vargas, foi elaborado o atual Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. O novel código passou a permitir a prisão preventiva, bem como a prisão em flagrante, de maneira arbitrária. A preventiva teve seus limites alargados, sendo prevista a modalidade de “prisão preventiva obrigatória” para os crimes cuja pena fosse maior ou igual a dez anos.

Com o advento do Código de 1941, houve um significativo avanço e, para compensar, um injustificável retrocesso [...]. Avanço, porque se passou a exigir – ao menos no texto legal – que a prisão preventiva do indiciado ou acusado fosse precedida de análise quanto a sua necessidade, por critérios que, a despeito de nem sempre precisos, conferiram maior objetividade a tal decisão. Retrocesso, porque se introduziu a regra inexorável da prisão obrigatória para crimes punidos com pena máxima igual ou superior a 10 anos de reclusão. (CRUZ, 2006, p. 43).

Apenas com a redemocratização trazida pela atual Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias inerentes ao ser humano voltaram ou passaram (dependendo do ponto de vista do leitor) a ser respeitados.

Com a Constituição Cidadã, mostra-se inegável a valorização do indivíduo frente ao Estado, inclusive na seara processualista penal. Deste modo, o processo penal passa a ser o grande defensor dos inocentes, ou seja, o status de inocência ganha caráter constitucional e deve ser mantido até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 39).

2.5.2 Requisitos da preventiva

Por se tratar de cerceamento antecipado de liberdade, devem ser seguidos atentamente alguns requisitos essenciais para a licitude da prisão. No caso especial da prisão preventiva, devem ser observados de forma cumulativa os requisitos gerais das prisões cautelares e os específicos da preventiva. Para tanto, observar-se-á nos próximos subtópicos.

2.5.2.1 Requisitos gerais das cautelares

Como já mencionado acima, a decretação de qualquer prisão não pode ser arbitrária e disponível ao bel prazer do julgador, deve-se sempre observar que a liberdade é a regra, sendo a prisão uma exceção, parece ser salutar visualizar a prisão ainda como uma exceção excepcionalíssima. Para tanto, é necessário que certos requisitos sejam atendidos, por isso, tratar-se-á dos pressupostos necessários à decretação da prisão preventiva no ordenamento brasileiro.

Em primeiro, deve ser tratado dos pressupostos gerais das medidas cautelares, que seja, *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. Esses institutos se assemelham aos já conhecidos no Direito Processual Civil, o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, entretanto, há de existir prudência nesta fala. Pois, não se pode dizer que existe um “bom direito” na prisão de alguém, pelo contrário, a prisão é uma lesão ao próprio direito. A semelhança se apresenta na cognição sumária da autoridade competente, bem como na urgência no deferimento de tal medida. Nesse sentido:

Se o delito é a própria negação do direito, como se pode afirmar que a decretação de uma prisão cautelar está condicionada à comprovação da fumaça do bom direito? Ora, não é a fumaça do bom direito que determina ou não a prisão de alguém, mas sim a comprovação por elementos objetivos dos autos que formam uma aparência de que o delito foi cometido por aquela pessoa que se pretende prender. Daí o uso da expressão *fumus comissi delicti*, a ser entendida como a plausibilidade do direito de punir, ou seja, plausibilidade de que se trata de um fato criminoso, constatada por meio de elementos de informação que confirmem a presença de prova da materialidade e de indícios de autoria do delito. (LOPES JR, 2005, p. 49 *apud* LIMA, 2020, p. 939).

Dito isso, observa-se que o *fumus comissi delicti* é formado pela prova inequívoca da existência do crime e indícios de autoria. Já o *periculum libertatis*, apresenta-se como sendo um risco real e concreto na permanência do indivíduo em liberdade, seja para a desenvoltura exitosa da persecução criminal, seja para a segurança da coletividade.

Ademais, vê-se que o *periculum libertatis* deve ser contemporâneo ao risco, a doutrina costuma conceituar como o princípio da atualidade do perigo. Não faz sentido aplicar qualquer medida cautelar quando já se encontra cessado o risco que ensejou sua decretação.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. DESCUMPRIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE ATUALIDADE E DE CONTEMPORANEIDADE DOS FATOS. FALTA DO PERICULUM IN MORA. 1. Consoante dispõe a reiterada jurisprudência desta Corte, o descumprimento de medida protetiva, estabelecida com fundamento na Lei n. 11.340/2006, não configura o crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal, mas pode servir de fundamento para o decreto de prisão preventiva do agente. 2. Mesmo que não haja prazo de duração para as medidas protetivas de urgência, diante do efetivo descumprimento de qualquer uma delas, a prisão com base nessa motivação há de guardar atualidade e contemporaneidade com os fatos justificadores da extrema cautela. 3. No caso, o recorrente foi intimado das medidas protetivas em 12/8/2014, no dia seguinte houve o registro de ocorrência

narrando fatos consistentes em ameaça de morte a sua ex-companheira, mas a prisão foi decretada quase um ano depois, em 30/6/2015, sem nenhuma referência a outro evento ocorrido nesse intervalo. Nesse contexto, o *periculum in mora* ficou totalmente descaracterizado, desautorizando o decreto de prisão. 4. Recurso provido para revogar a prisão preventiva do recorrente, se por outro motivo não estiver preso e com a advertência de que ele deve observar as medidas protetivas já aplicadas e em vigor em relação à sua ex-companheira. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

Desta maneira, com exposto acima, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado sobre o tema em discussão.

2.5.2.2 *requisitos específicos da prisão preventiva*

O requisito inicial está previsto no artigo 313 do Código de Processo Penal, que disciplina as hipóteses e os delitos que comportam prisão preventiva.

Sendo o caso concreto albergado pelo supramencionado artigo, cabe ao juiz competente analisar a presença do *fumus comissi delicti*, que seja a simultaneidade da prova inequívoca sobre a existência do crime e os indícios de autoria.

Por terceiro, há de haver a presença do *periculum libertatis*, anteriormente conceituado como um risco real e concreto na permanência do indivíduo em liberdade, seja para desenvoltura exitosa da persecução criminal, seja para a segurança da coletividade. Há de lembrar que o risco deve ser atual.

O quarto pressuposto tem caráter residual. Deverá ser exaustivamente analisada a possibilidade da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão ao caso em comento, não existindo tal possibilidade ou essa sendo inadequada ou insuficiente, o magistrado se pronunciará de maneira justificada e fundamentada, observando os elementos do caso de forma individualizada e pormenorizada. Nesse sentido, assegura a nova redação do parágrafo 6º do artigo 282 do CPP, após modificações trazidas pela Lei n. 13.964/19, conhecida como lei do “Pacote Anticrime”. Note-se:

(...)

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (BRASIL, 2019).

Após tal situação, autoriza-se a análise dos requisitos objetivos, que constam no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Da leitura do *caput* do artigo, constata-se a possibilidade da decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública, da ordem econômica, garantia de aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal. Para tanto, não é necessária a presença cumulativa

de todas as garantias, basta apenas uma para ser possível o decreto prisional. Dessa forma, será tratada cada uma das hipóteses previstas no *caput*.

2.5.2.2.1 *Prisão preventiva com garantia da ordem pública*

Ao pensar na garantia da ordem pública, primeiro deve-se entender o que seria ordem pública. LAZZARINI (1987) ensina que a ordem pública é a ausência de desordem, apesar de singela, é pertinente a explicação. A ausência de desordem pode ser entendida como segurança pública eficiente, tranquilidade pública e salubridade pública. Entretanto, pelo grau de vaguidade não existe consenso no que seria a ordem pública, bem como sua “garantia”. Por isso, ater-se-á à corrente doutrinária e jurisprudencial mais pertinente para fins deste trabalho.

Dito isso, a prisão preventiva como garantia da ordem pública é respaldada na ideia de prevenção. Percebe-se que a liberdade assegurada ao indivíduo trará um alto risco à sociedade, ante a possibilidade concreta da sua reiteração delitiva em virtude da periculosidade do agente.

Conforme acima mencionado, a periculosidade do agente deve ser observada casuisticamente a fim de constatar a necessidade ou desnecessidade da segregação cautelar. Há de se diferenciar periculosidade do agente e a gravidade em abstrato do delito; o primeiro está associado ao risco de o indivíduo voltar a delinquir. Com isso, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça permite, desacertadamente, que inquéritos policiais e processos criminais em andamento possam servir, por si só, de fundamento que justifique a decretação da prisão preventiva (STJ, 2015). É evidente que a ordem pública deve ser garantida, entretanto, não se pode legitimar que uma medida extremada, como uma prisão, tenha seus requisitos mitigados, que seja uma fundamentação exauriente e casuística. Ou seja, a existência de processos criminais em andamento e/ou inquéritos policiais pode, e deve, ser utilizada como fundamentação do decreto prisional, desde que não seja utilizada como único ou principal argumento, respeitando sempre a presunção de inocência constitucionalmente assegurada.

No que trata da gravidade em abstrato do delito, observa-se que é inaceitável a decretação da segregação cautelar com base unicamente neste motivo. Todavia, outra situação é o caso da comprovação da gravidade delitiva em concreto, seja pelo *modus operandi*, seja pela condição subjetiva do agente. Nessa perspectiva, torna-se possível a decretação de prisão preventiva em virtude da periculosidade do agente.

Por derradeiro, segundo a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a prisão preventiva pode ser decretada como garantia da ordem pública em casos de reiteração delitiva, participação em organizações criminosas, gravidade em concreto da conduta, periculosidade social do agente ou pelas circunstâncias em que é praticado o delito (*modus operandi*).

2.5.2.2.2 Prisão preventiva como garantia da ordem econômica

A prisão preventiva como garantia da ordem econômica em muito se assemelha à prisão preventiva como garantia da ordem pública. Em verdade, esta pode ser entendida como uma modalidade mais específica daquela.

A decretação da prisão preventiva como garantia da ordem econômica é cabível em situações de risco à ordem econômica, ou seja, poderá ser utilizada nos casos em que há risco de o agente acusado de cometer algum crime contra a ordem econômica voltar a delinquir.

2.5.2.2.3 Prisão preventiva por conveniência da instrução criminal

Entende-se prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal, aquela cujo intuito é garantir que o agente não impeça ou dificulte a livre produção de provas. É cabível nos casos em que o agente intimida testemunhas, adultera documentos, alicia peritos ou cometa qualquer outro ato capaz de embargar a busca pela verdade real.

2.5.2.2.4 Prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal

A prisão preventiva para assegurar a lei penal é, como o próprio termo aduz, um meio de garantir que a lei penal seja efetivamente cumprida. Nesse sentido, é uma espécie de preventiva aplicada quando o agente demonstrar animus de fugir do distrito da culpa, a fim de embaraçar uma eventual execução de pena em caso de condenação.

3 DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO BRASILEIRO

Neste ponto, é imprescindível explicar os modelos de sistemas processuais penais mais relevantes para fins deste trabalho, bem como o modelo adotado pelo Brasil.

3.1 Sistemas Processuais Penais

Bem, assim como ocorre com a prisão preventiva, já fartamente debatida no capítulo anterior, o sistema acusatório é gênero da espécie “sistemas processuais penais”.

Consideram-se sistemas processuais penais, os modelos político-jurídicos desenvolvidos ou adotados por determinado Estado para início e desenvolvimento da persecução criminal em juízo, ou seja, da peça acusatória inicial, queixa ou denúncia, por exemplo, até o resultado derradeiro da prestação jurisdicional. (MARCÃO, 2020)

Dito isso, a evolução da história do Direito apresenta o desenvolvimento de três sistemas processuais penais que, dependendo dos princípios adotados pelo ordenamento, podem apontar para um ou para outro. São eles: o sistema inquisitivo, o sistema acusatório e o sistema misto. (TOURINHO FILHO, 2003 p.88 *apud* TÁVORA; ALENCAR, 2017).

3.1.1 Sistema Inquisitivo

Inicialmente adotado pelo Direito Canônico, a partir do século XIII, o sistema processual penal inquisitivo foi amplamente utilizado em toda a Europa. Os ordenamentos europeus abraçaram o modelo inquisitorial, tendo adotado suas premissas tanto na seara criminal quanto na jurisdição dos tribunais civis até meados do século XVIII (LIMA, 2020).

O sistema inquisitivo é marcado pela concentração de poder nas mãos de uma só pessoa. Segundo MARCÃO (2020), é o sistema próprio de regimes totalitários ou absolutistas, que não respeitam quaisquer direitos e/ou garantias fundamentais inerentes à democracia. Tem como característica marcante a concentração dos poderes de acusar, defender e julgar nas mãos do juiz inquisidor, em um monopólio do *actum trium personarum*.

Este sistema inquisitorial normalmente era secreto e totalmente alheio à ampla defesa e ao contraditório, o devido processo legal era inexistente e o julgador utilizava o valor das provas por meio do sistema de provas tarifadas, que, normalmente, tinha como rainha de todas as provas a confissão do acusado. Essa contava com valor absoluto, não cabendo qualquer tipo de argumentação em sentido contrário, sem importar o meio, que normalmente era a tortura, utilizado para sua obtenção (MARCÃO, 2020).

Além disso, a frenética necessidade de segurança e o ideário de retribuição do mal célere, transformam o réu, neste sistema processual, em mero coadjuvante. Sendo mais um objeto da persecução penal do que um sujeito de direitos (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

No sistema inquisitorial, o acusado é mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos. Na busca da verdade material, admitia-se que o acusado fosse torturado para que uma confissão fosse obtida. O processo inquisitivo era, em regra, escrito e sigiloso, mas essas formas não lhe eram essenciais. Pode se conceber o processo inquisitivo com as formas orais e públicas. (LIMA, 2020, p. 41).

Ante todo o exposto, percebe-se que o sistema processual penal do inquisitivo se afasta muito da ideia de processo democrático e, conseqüentemente, de processo justo. Portanto, qualquer remota ideia inquisitiva de processo deve ser combatida, sobretudo no que toca à seara do Direito Criminal. Em verdade, qualquer tipo de concentração de poder deve ser combatida sob risco de serem cometidas atrocidades, conforme a história ensina.

Ocorre que, mesmo o Brasil sendo um Estado Democrático de Direito, com um sistema processual penal acusatório delineado de forma cristalina na Constituição Federal desde 05 de outubro de 1988, o Código de Processo Penal adotado na nação tem raízes autoritárias. Segundo o que foi visto no capítulo de prisão preventiva, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, atual Código de Processo Penal, foi elaborado na Era Vargas, no ápice de sua ditadura, o Estado Novo de Getúlio Vargas. Como mencionado anteriormente, a legislação previa modalidades de prisões obrigatórias, dentre outras atrocidades, em sua redação original, numa clara adoção ao modelo inquisitorial. Por hora, o exposto é o suficiente, haja vista que a discussão será aprofundada adiante, ainda no corpo do presente capítulo.

3.1.2 Sistema Acusatório

O início do sistema acusatório remonta ao Direito Grego (TÁVORA; ALENCAR, 2017) e teve duração durante praticamente toda a antiguidade greco-romana. Vale destacar que o sistema foi adotado pelos povos que se utilizavam do Direito bárbaro Germano durante a Idade Média e pelo Direito Inglês, até o seu declínio no século XIII, ante a ascensão do sistema inquisitorial (LOPES JR., 2007, p. 58 *apud* BRITO, FABRETTI; LIMA, 2015).

O modelo de sistema processual em comento é típico dos regimes democráticos e tem como característica a separação absoluta das funções de acusar, defender e julgar, que devem ser desempenhadas por pessoas distintas. O sistema processual é chamado acusatório pelo fato de que o indivíduo apenas poderá ser chamado em juízo por meio de uma acusação formal, cuja esta deverá conter o fato ora imputado e todas as circunstâncias relevantes (AVENA, 2017).

Segundo NUCCI (2016), além da separação entre os poderes de acusar e julgar, a acusação goza de plena liberdade, sendo reconhecido o direito da vítima (ofendido). Há ainda

isonomia processual no que tange às partes, a publicidade é a regra, o contraditório é indispensável, as provas são livres para serem produzidas e a liberdade do acusado é a regra.

Segundo Ferrajoli, são características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento. Lado outro, são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução. (FERRAJOLI, 2006, p. 518 *apud* LIMA, 2020, p. 42).

Ante o exposto, percebe-se que o sistema acusatório está bem próximo ao ideário do que seria justiça. A desconcentração das funções de acusar, defender e julgar, e o modelo de gestão livre de prova, sem qualquer valor predeterminado das mesmas e desde que devidamente fundamentadas todas as decisões, parece ser o sistema processual penal mais correto.

Atento a isso, o constituinte originário adotou o sistema acusatório no Brasil. A Constituição Federal traz, em seu artigo 129, inciso I, a seguinte redação: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. (BRASIL, 1988). Depreende-se da leitura a clara intenção do constituinte de incumbir ao órgão ministerial o monopólio da função de acusar.

Ademais, apesar de ser constitucionalmente previsto o sistema acusatório, a Carta Política não utilizou, de maneira expressa, o termo “sistema acusatório”, o que deu margem, durante muitos anos, para parte da doutrina e da jurisprudência defender a aplicação de institutos inquisitoriais trazidos pelo Código de Processo que, como dito anteriormente, tem raízes inquisitivas.

Ocorre que, a Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), colocou fim à discussão ao dar a seguinte redação ao artigo 3º-A: “Art. 3º-A. 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, 2019). Hodiernamente, o sistema acusatório brasileiro é previsto literalmente na legislação.

3.1.3 Sistema misto

O sistema processual penal misto, como o próprio nome sugere, é uma verdadeira mistura entre os anteriores, que seja acusatório e inquisitivo.

Seu surgimento tem estreita ligação com o sistema inquisitorial, pois esse se espalhou por toda a Europa a partir do século XIII, como visto acima, e, ao chegar na França, sofreu significativas modificações para se adequar ao modelo napoleônico, funcionando como uma verdadeira fusão entre os dois sistemas anteriores. Dessa forma, em 1808, surge o *Code*

d'Instruction Criminelle, código francês com institutos inquisitoriais e acusatórios. Por isso, o sistema misto também é conhecido como sistema francês (LIMA, 2020).

O sistema francês se afasta de um modelo puro, por isso, parte da doutrina que sustenta se tratar de um sistema inquisitivo-garantista. Entretanto, essa nomenclatura não parece ser a mais acertada. A visualização do sistema misto é evidente, tratando-se de um modelo estruturado em duas etapas: uma inquisitiva, com rito de instrução secreta e com prevalência da palavra escrita; e outra acusatória, com contraditório e publicidade garantidos, e com a prevalência da forma oral (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

Para o sistema misto, existe clara divisão entre as funções de acusar, defender e julgar. Contudo, em situações excepcionais, é legítimo ao magistrado praticar atos de acusar e de defender (AVENA, 2017).

3.2 Sistema Adotado no Brasil

Por início, observa-se que o Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, como anteriormente mencionado, passou a integrar o ordenamento jurídico no ápice do chamado Estado Novo de Getúlio Vargas (1941), sob a égide da Constituição de 1937. Nesse contexto, é necessário fazer breves considerações acerca da Magna Carta de 37.

O Brasil da década de 30 passava um período instável, marcado pelo antagonismo forte entre uma pseudodireita fascista, com ideias autoritárias, e o movimento de esquerda, com ideologia comunista. No dia 11 de julho de 1935, o Governo Federal fechou a Aliança Nacional Libertadora (ANL), forte expoente do ideário comunista no Brasil da época, com base na Lei de Segurança Nacional, após o lançamento do manifesto por Luís Carlos Prestes (LENZA, 2016).

Em novembro do mesmo ano, o Governo Federal decretou estado de sítio em razão da Intentona Comunista, que foi uma insurreição político-militar apoiada pelo Partido Comunista Brasileiro e ex-tenentes do exército, cujo objetivo principal era retirar Getúlio Vargas da presidência e instalar o socialismo no Brasil. Após, Getúlio, com o aval do Congresso Nacional, decretou estado de guerra (LENZA, 2016).

A situação perdurou até setembro de 1937, quando, no dia 30, os jornais mais importantes do país divulgaram a descoberta de um suposto plano comunista do Estado-Maior do Exército brasileiro para tomar o poder (“Plano Cohen”). Ante tal situação, o Congresso Nacional decreta novo estado de guerra. Já Vargas, apoiado por Góis Monteiro e Eurico Gaspar Dutra, ambos generais do Exército, sendo o primeiro Chefe do Estado-Maior e o segundo Ministro de Guerra, dá o golpe de Estado, fecha o Congresso Nacional e outorga a Constituição

de 1937 ou Constituição Polaca, em razão da influência sofrida pela Constituição fascista da Polônia de 1935 (LENZA, 2016).

Diversos são os dispositivos autoritários da Constituição Polaca, dentre eles é destacada a aberração constitucional no que tange às alterações ou emendas constitucionais. De acordo com as regras desta Constituição, foi implementado um sistema de natureza dúplice para as alterações. Explicar-se-á. Tratando-se de caso em que o projeto de reforma tivesse iniciativa na Câmara dos Deputados, a Carta de 37 aboliu a figura do Senado Federal, o processo seria rígido, mais dificultoso; já, quando as alterações fossem pretendidas pelo Presidente da República, a forma a ser seguida era flexível e mais simples. Ademais, a referida Lei Maior previa, em seu art. 99, que a atuação do Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público Federal, dar-se-ia junto ao Supremo Tribunal Federal com livre nomeação e demissão do Presidente da República (MORAES, 2003).

Como explica Maria Helena Diniz, "o fato do preceito constitucional submeter-se a determinadas formalidades de produção e alteração é importante para a fixação de sua eficácia, pois se pudesse ser modificada sem que houvesse processo especial, comprometida ficaria a produção concreta de seus efeitos jurídicos". (DINIZ, 1992 *apud* MORAES, 2003, n.p.).

Ainda sobre a Carta Política de 1937:

O diploma teve curta duração. Em 1937, o país já estava sob a regência de uma Constituição outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, acompanhando o golpe de Estado do mesmo ano. A Constituição foi apodada de polaca, devido à influência que nela se encontrou da Constituição polonesa, de linha ditatorial, de 1935. A tônica da Carta do Estado Novo foi o fortalecimento do Executivo. O Presidente da República era, por disposição expressa do art. 37, a "autoridade suprema do Estado". Podia adiar as sessões do parlamento, além de lhe ser dado dissolver o Legislativo. Habilitou-se o Presidente da República a legislar por decreto-lei. A Constituição eliminou a justiça federal de primeira instância, reduziu os direitos fundamentais proclamados no diploma anterior e desconstitucionalizou o mandado de segurança e a ação popular. No plano do controle de constitucionalidade, o art. 96, parágrafo único, estabelecia que o Presidente da República poderia submeter uma decisão do Supremo Tribunal Federal declaratória da inconstitucionalidade de lei à revisão pelo Parlamento, que poderia afirmar a constitucionalidade do diploma e tornar sem efeito a decisão judicial. A Carta também previa que, em sendo declarado o estado de emergência ou o de guerra, os atos praticados sob esse pressuposto seriam insindicáveis em juízo. Os direitos fundamentais ganharam referência, mas apenas simbólica. A pena de morte voltou a ser adotada, agora para crimes políticos e em certos homicídios. Institucionalizaram-se a censura prévia da imprensa e a obrigatoriedade da divulgação de comunicados do Governo.

As casas legislativas foram dissolvidas e o parlamento não funcionou no regime ditatorial, desempenhando o Presidente da República, por si só, todas as atribuições do Legislativo, inclusive a de desautorizar a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF. Com isso, tornaram-se irrisórios os juízos de inconstitucionalidade que o Tribunal se animasse a formular sobre atos normativos do Presidente da República. O término da Segunda Guerra Mundial e a derrocada dos regimes autoritários influíram sobre os acontecimentos políticos brasileiros, erodindo as bases ditatoriais do Estado Novo. Vargas foi deposto em outubro de 1945, e, em fevereiro de 1946, instala-se a assembleia constituinte. A nova Constituição é promulgada em setembro do mesmo ano. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 152 - 153).

Bem, o Código de Processo Penal é inserido no ordenamento brasileiro neste período, precisamente em 1941. Por isso, buscou-se trazer inspirações fascistas para a sua elaboração, sendo uma verdadeira paráfrase do Código de Rocco (BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015).

Dessa forma, percebe-se o enorme descompasso entre o Código de inspirações fascistas e a Constituição Federal de 1988, iminentemente garantista:

O Garantismo é uma consequência da evolução dos direitos humanos. Ao longo dos anos, foi se percebendo a necessidade de normas que promovessem os direitos inerentes ao ser humano contra o forte poder intervencionista estatal. Por esse motivo, principalmente após as guerras mundiais, os países firmaram declarações conjuntas plenas de normas protetivas, com o intuito de que os seus signatários honrassem o compromisso de respeitar os direitos básicos do indivíduo. No mesmo sentido, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõem ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos humanos. Nas palavras de Flávia Piovesan, “ao conjugar o valor da liberdade com o da igualdade, a Declaração (Universal dos Direitos Humanos de 1948) demarca a concepção contemporânea de direitos humanos, pela qual esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível. (BRITO, FABRETTI e LIMA, 2015, p. 28-29).

Ante o patente desencontro do “espírito” do Código e o da Constituição Federal, aquele não foi recepcionado nas partes que afrontavam a Carta Política. Ademais, a forma técnica de processo trazida pela Lei Maior foi a do sistema acusatório, conforme se depreende da leitura do artigo 129, inciso I.

Na doutrina, há quem entenda ser o sistema misto o adotado pelo Estado brasileiro. Para NUCCI (2016) a ordem constitucional conta com inúmeros princípios de direito processual penal que apontam para o sistema acusatório. Contudo, entende o autor que a Constituição apenas prevê o modelo acusatório sem o impor, deixando ao arbítrio do Código de Processo Penal. Por isso, defende ter sido adotado no Brasil o sistema francês.

Já Lopes Júnior (2019) acredita que apontar o sistema como misto é o mesmo que não dizer nada sobre ele. Para o autor, o essencial é verificar o princípio fundante do sistema. Nesse entender, defendia que o processo penal brasileiro é inquisitorial ou neoinquisitorial, pois a gestão da prova pertence ao magistrado.

Não obstante, após as modificações trazidas pela Lei 13.964/2019, Lopes Jr. (2019) passou a defender que houve uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório. Para tanto, os dispositivos contrários ao modelo acusatório foram revogados. Por isso, acredita que, após a edição do Pacote Anticrime, a estrutura acusatória foi expressamente consagrada no Código de Processo Penal, não havendo mais razão para defender a existência de outro sistema de processo penal brasileiro, senão o acusatório (LOPES JR., 2020).

Com a devida e máxima vênia aos posicionamentos iniciais acima delineados, estas posições não parecem ser as mais acertadas. Pois, embora exista um Código de Processo Penal com dispositivos inquisitoriais, a Constituição Federal, coração do ordenamento jurídico brasileiro, é cristalina ao determinar a adoção ao sistema acusatório.

É certo que não se pode iniciar a persecução penal apenas com as regras constitucionais, é necessária a aplicação de normas de processo. Para tanto, mais acertado fosse considerar os dispositivos que se contrapõem à Constituição não recepcionados por essa, ou dar-lhes interpretação conforme.

Hodiernamente, pode-se afirmar, sem quaisquer dúvidas, que o Brasil adota o sistema acusatório. Acontece que existe essa confusão pelo fato de haver uma fase pré-processual sigilosa e sem observância de contraditório, ou seja, inquisitorial. Entretanto, esta fase investigativa é anterior ao processo e tem o objetivo de formar a opinião do detentor da ação penal quanto à necessidade ou desnecessidade de propô-la.

Em outras palavras, a definição de um sistema processual deve se limitar ao exame do processo, ou melhor, da atuação do julgador no curso do andamento processual. A fase de investigação não é processo. Desta forma, não há que se defender a existência de um sistema misto de processo penal sob tal argumento. (OLIVEIRA, 2020)

Em verdade, “o fato de antes existirem juízes criminais que ignoram as exigências constitucionais não justifica a fundamentação de um modelo processual brasileiro misto”. (OLIVEIRA, 2020, p. 41).

Ademais, ante a hipótese de participação do acusado e de seu defensor no interrogatório, não é possível abdicar do conceito acusatório de processo penal (OLIVEIRA, 2020).

Para TOURINHO FILHO (2017) o sistema processual penal brasileiro é acusatório, contudo, não é ortodoxo, sendo entendido como um sistema acusatório com manchas inquisitoriais.

Nesse sentido, REBOUÇAS (2017) reflete sobre as garantias constitucionais e legais de imparcialidade do julgador, observadas na separação entre juízo e acusação, bem como na instituição do *Parquet* como titular da ação penal pública. Dessa maneira, defende ser inabalável a convicção de o Brasil tenha adotado o sistema acusatório.

Na doutrina brasileira, além dos mestres acima mencionados, defendem o Brasil ter adotado o sistema acusatório de processo os escritores CAPEZ (2012) e MIRABETE (2004).

Importa destacar que o artigo 155 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.690/2008, veda ao magistrado a possibilidade de fundamentar suas decisões com base apenas em elementos de informação colhidos na fase pré-processual. O legislador faz ressalva

no tocante às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, pois estas provas são produzidas em respeito ao contraditório e mesmo na fase de inquérito, o que ocorre é uma postergação do momento que o réu tem de exercê-lo.

Nesse sentido, a jurisprudência dos tribunais superiores é enfática em inadmitir condenações que tenham exclusivamente fundamentos obtidos durante a fase de investigações e que não tenham respeitado o contraditório e a ampla defesa, destaca-se as exceções das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas que têm o contraditório diferido. Observe-se:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA TAL FIM. CONDENAÇÃO QUANTO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. I. Esta Corte Superior de Justiça vem reiterando em inúmeros julgados ser inadmissível a prolação de decreto condenatório exclusivamente com base em notícias colhidas durante investigações preliminares, que não tenham sido submetidas ao crivo do devido processo legal, em seus consectários do contraditório e da ampla defesa. II. Vigem em nosso ordenamento jurídico o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o magistrado pode livremente apreciar as provas, adotá-las ou recusá-las mediante convicção motivada. Contudo, há proibição expressa de fundamentação exclusiva nos elementos do inquérito, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Inteligência do art. 155 do Código de Processo Penal. III. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

(STJ - HC: 156333 ES 2009/0240042-9, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 05/04/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/04/2011)

Ademais, recentemente, as inovações trazidas pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) referendaram a escolha pelo sistema processual penal acusatório, dando nova redação a diversos artigos e inserindo artigos novos à luz do sistema acusatório constitucional.

4 A LEGALIDADE DA APLICAÇÃO *EX OFFICIO* DA HIPÓTESE CONSTANTE NO ART. 310, II DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Analisar-se-á a legalidade da conversão de ofício da prisão preventiva decorrente da flagrancial após as modificações conferidas pela Lei 13.964/2019. Para tanto, será apresentado o instituto, os mais diversos posicionamentos dos operadores do direito, bem como dos tribunais superiores.

4.1 Inovações trazidas pela lei 13.964/2019 no aspecto da aplicação da prisão preventiva em respeito ao sistema acusatório brasileiro.

Enfim, chega-se ao mérito propriamente dito do presente trabalho. Não mais havendo dúvidas sobre as espécies de prisões cautelares acerca da organização doutrinária da prisão em flagrante delito. A respeito de todos os requisitos autorizadores da prisão preventiva ou no que concerne ao sistema processual penal acusatório e sua adesão pelo constituinte e pelo legislador ordinário, analisar-se-á a constitucionalidade da conversão de ofício da prisão em flagrante delito em prisão preventiva pelo magistrado.

Bem, primeiramente há de se observar o artigo 310 do Código de Processo Penal em sua redação original e modificações legislativas posteriores.

Como bem se sabe, desde sua redação original, o mencionado artigo sofreu algumas modificações, com a inclusão de incisos e parágrafos, tornando-o completamente distinto do inicialmente trazido pelo Código. As alterações redacionais foram fruto das seguintes leis: Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977; Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011 e Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

Para fins de estudo do presente trabalho, serão abordadas, com mais atenção, as inovações da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011 e da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

Dito isso, observa-se que na redação originária do artigo 310 do Código de Processo Penal, não constava qualquer inciso, alínea ou parágrafo. Esta era a previsão:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, ns. I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. (BRASIL, 1941).

Com as inovações da Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, o artigo 310 passou a ter a redação base do que se tem hoje, apenas sendo modificado seu *caput* pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964).

A lei mencionada acima introduziu a possibilidade da conversão do flagrante em preventiva, conforme inciso II, hipótese que perdura até hoje.

A atual redação do *caput* do mencionado artigo, conferida pela Lei nº 13.964, assegura a realização de uma audiência de custódia no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após a prisão; em sede desta audiência que será observada a legalidade da prisão, ao juiz será lícito relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Em verdade, a novel legislação não trouxe qualquer modificação na escrita do inciso II do artigo 310 do Código de Processo Penal, mas inviabilizou qualquer interpretação que não seja a da nítida separação das funções de acusar, defender e julgar. Dessa forma, a controvérsia orbita em torno da possibilidade ou não da aplicação *ex officio* do mencionado inciso.

4.2 Conversão de officio do flagrante em preventiva

Já se sabe que o código tem raízes inquisitoriais que foram cortadas ao longo das décadas, sobretudo, após a Constituição Federal de 1988 determinar, expressamente, a adoção ao sistema acusatório.

Ocorre que não é novidade que a adequação de um diploma legal a uma sistemática processual completamente diferente, não acontece do dia para a noite, especialmente quando as referidas sistemáticas são antagônicas. Por isso, essas passaram por uma série de reformas ao longo de sua história.

Dessa forma, a Lei 12.403/2011 alterou diversos institutos na sistemática das prisões, das medidas cautelares e da liberdade provisória. Dentre as inovações, vedou a decretação *ex officio* da prisão preventiva na fase pré-processual de investigações. Com isso, a mencionada lei prestigia, ainda em 2011, a opção do legislador pelo modelo de sistema acusatório, afastando a figura do juiz inquisidor.

A controvérsia da aplicação da *ex officio* na conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, surgiu juntamente com o instituto, após a Lei 12.403/2011. Pois, havendo a lei afastado a possibilidade da decretação *ex officio* da prisão preventiva na fase pré-processual, não seria possível, também, a sua conversão sem provocação, visto afronta ao sistema acusatório.

Entretanto, como já visto em capítulo anterior, a doutrina não era unânime sequer quanto ao sistema processual penal brasileiro. Uns entendiam como misto, outros como inquisitório e muitos como acusatório.

Desta maneira, não havia consenso quanto à possibilidade ou não da aplicação *ex officio* da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Grande motivo para tanto eram os

mais variados entendimentos quanto ao sistema acusatório, pois determinados estudiosos não entendiam ser esse o sistema brasileiro e, por isso, não havia necessidade de ser respeitado.

Outra razão de dissenso doutrinário acerca do tema, constava na redação anterior do artigo 311¹ e do parágrafo 2º² do artigo 282 do CPP.

Ante a leitura desses dois institutos, percebe-se o poder que era dado ao magistrado de agir *ex officio* no curso da fase processual. Desse modo, a prisão preventiva poderia ser decretada pelo juiz sem a sua provocação no curso do processo, bem como a autoridade judiciária poderia decretar medidas cautelares de ofício no curso do processo penal.

Ocorre que, mesmo com a autorização legislativa, não parece ser a melhor opção de entendimento conferir ao magistrado o poder de agir de ofício, sobretudo no tocante às cautelares, sejam elas prisões ou cautelares diversas, pois cerceiam direitos e garantias fundamentais previstas constitucionalmente.

Conferir ao juiz a possibilidade de agir sem provocação do Ministério Público afronta o sistema acusatório implementado pela Constituição Federal. O sistema acusatório é estático no que tange à separação das funções de acusar, defender e julgar. Qualquer cumulação destas funções põe em risco o bom funcionamento da sistemática processual penal brasileira, bem como afronta diretamente o que determina a Lei Maior do país, devendo ser combatida.

Apesar de não se concordar com esta linha de raciocínio e defender que se combata a todo custo qualquer resquício inquisitorial no processo penal brasileiro, entende-se a confusão legislativa causada.

O legislador ordinário conferiu redação inquisitorial a diversos dispositivos do Código em 2011, com a Lei 12.403, ou seja, vinte e três anos após a promulgação da Constituição Federal, tal atitude causou estranheza e um caos. Uma vez que, apesar de claramente o sistema constitucionalmente adotado determinar uma separação estanque entre acusar, julgar e defender, o legislador optou por seguir em outra linha. Com isso, alguns doutrinadores entenderam se tratar de um processo penal acusatório com raízes inquisitoriais, isto é, misto.

Entretanto, mesmo sem qualquer necessidade, observando a hierarquia da Constituição Federal, o advento da Lei 13.964 fez uma “faxina” processual em diversos dispositivos do Código de Processo Penal, referendando o sistema acusatório constitucional e adequando o

¹ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (BRASIL, 2011).

² § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (BRASIL, 2011).

processo penal à luz da Constituição e dos tratados internacionais sobre os Direitos Humanos que o Brasil ratificou.

Com isso, caiu por terra toda e qualquer confusão no que diz respeito à possibilidade de o magistrado agir de ofício na decretação das cautelares. Conforme se observam as novas redações do artigo 311³ e do parágrafo 2^{o4} do artigo 282 do CPP.

Nota-se que o legislador acertou ao retirar a expressão “de ofício” dos institutos. Além de ter previsto expressamente no artigo 3^o-A a estrutura acusatória de processo e vedado a iniciativa do magistrado na fase de investigação, bem como trazendo a impossibilidade do juiz de substituir o órgão acusatório na atuação probatória.

4.3 Posicionamento dos doutrinadores.

Por mais que a legislação seja cristalina, após o advento da Lei 13.964, há na doutrina quem defenda a aplicação da conversão de ofício do flagrante em preventiva e há quem recrimine esta possibilidade, ante a afronta ao sistema acusatório constitucional. A segunda posição parece ser a mais correta, em respeito ao mandamento constitucional.

Desta forma, Oliveira (2020) acredita que compete ao Poder Judiciário proteção da efetividade processual em busca dos interesses da Justiça Penal. Por isso, o Juiz Criminal pode dispor de quaisquer medidas necessárias à garantia de tal efetividade, visto que o interesse jurídico do Processo Penal não diz respeito a uma pessoa específica, mas de toda a coletividade potencialmente atingida pela infração penal. Dessa forma, acredita-se que não se pode deixar exclusivamente a critério do *Parquet* o juízo da necessidade da proteção efetiva do processo, por não ser seu interesse exclusivo, mas da Justiça Penal e, conseqüentemente, de toda a coletividade. Desta maneira, supõe-se ser perfeitamente possível a conversão do flagrante em preventiva *ex officio*.

Para Nucci (2020) a Lei 12.403 organiza a sistemática das prisões ao autorizar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, diferentemente do que ocorria antes. Pois que, ao magistrado, era lícito simplesmente manter o flagrante, já, após o diploma legislativo anteriormente mencionado, o juiz passa a ter o dever de justificar a prisão cautelar de acordo com os requisitos da prisão preventiva. O autor defende que a conversão do flagrante

³ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (BRASIL, 1941).

⁴ § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (BRASIL, 1941).

em prisão preventiva de ofício é possível, pois não se trata de uma decretação prisional *ex officio* e sim uma regularização da situação já existente, visto que o indivíduo já está preso, não havendo mudança fática. Dito isso, o autor acredita não ter havido qualquer modificação no instituto com o advento da Lei 13.964 (Pacote Anticrime). Nesta situação, acredita-se ser perfeitamente possível a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício, desde que o indivíduo preencha os requisitos desta segregação cautelar.

Para Távora e Alencar (2017), desde as inovações trazidas pela Lei 12.403, havia a necessidade da competente representação da autoridade policial ou do requerimento do membro do Ministério Público para a conversão da prisão em flagrante em preventiva, sendo vedada a conversão *ex officio* em prestígio ao sistema acusatório consagrado pela Constituição Federal desde 1988.

No mesmo sentido, Lopes Júnior (2020) advoga a tese de que, após a análise de legalidade da própria prisão em flagrante, observando o artigo 302 do Código de Processo Penal, o magistrado deverá sempre enfrentar a necessidade ou desnecessidade da prisão preventiva, desde que, e somente nesta hipótese, haja pedido do *Parquet*.

Ademais, mesmo que haja requerimento do *Parquet*, a conversão do flagrante em prisão preventiva deve ser devidamente fundamentada e estar respeitando os requisitos autorizadores da prisão, sejam gerais, *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, e específicos, ambos tratados no capítulo primeiro do presente estudo. Em decisão, o magistrado deve explicitar todos os motivos pelo que julgou serem insuficientes e/ou inadequadas as medidas previstas no artigo 319⁵ do mesmo diploma legislativo, optando, assim, pela segregação cautelar.

Para Lopes Júnior (2020), a dita conversão do flagrante em prisão preventiva não pode, em hipótese alguma, ser decretada de ofício pela autoridade judiciária competente sem o requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. Ocorre que,

⁵ “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.” (BRASIL, 1941).

mesmo se tratando de situação diversa, pode gerar confusão a redação do *caput* do artigo 316⁶ do Código de Processo Penal. A previsão trazida no mencionado artigo autoriza a possibilidade de o magistrado atuar de ofício para revogar a prisão preventiva, atuando como garantidor da legalidade; e a hipótese de o magistrado voltar a decretar o cárcere, no caso de o imputado que está em liberdade e descumpra medidas cautelares diversas. Ademais, acredita-se que o artigo 311 é expresse e não autoriza em nenhuma situação a decretação de prisão preventiva de ofício pela autoridade judiciária competente, ou seja, veda a decretação da prisão preventiva sem o pedido do *Parquet* ou representação da autoridade policial.

Para Lima (2020), com a recente redação do art. 310, inciso II do Código de Processo Penal, após verificada a legalidade da prisão em flagrante delito, ao magistrado será lícito convertê-la em prisão cautelar na modalidade preventiva. Desde que estejam presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, já exauridos em capítulo anterior, e se constatado que se revelem serem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão no caso concreto. Para isso, entende o autor ser indispensável que a autoridade judiciária seja provocada no sentido de decretar a prisão preventiva, sendo-lhe vedada a conversão da prisão em flagrante delito em prisão preventiva de ofício pelo magistrado, sob violação da ordem constitucional e dos artigos 3º-A, 282, §2º e §4º, e 311 do CPP.

Em suma, percebe-se que a doutrina brasileira diverge acerca da atuação de ofício do magistrado no tocante à conversão do flagrante em prisão preventiva. Infelizmente, esta divergência não é exclusividade doutrinária, a jurisprudência dos Tribunais Superiores também não é unânime quanto à possibilidade de atuação de ofício acima delineada.

4.4 Posição do STJ

Apesar do esforço do legislador ordinário em separar as funções de acusar, defender e julgar, fazendo uma cristalina adoção ao modelo acusatório de processo penal, inclusive de maneira literal, a interpretação dos Tribunais Superiores não é unânime a assim entender.

Observando a estrutura do referido tribunal, percebe-se que é composto por seis turmas que têm competência para apreciar as mais variadas matérias. Para fins deste trabalho, notar-se-á o posicionamento das turmas que cuidam de assuntos em matéria de direito criminal, que sejam, quinta e sexta turmas.

⁶ “Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.” (BRASIL, 1941).

A mais recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aponta para a divergência de entendimento entre as turmas, no tocante a conversão do flagrante em preventiva de ofício.

Antes de analisar o posicionamento das turmas, importa destacar as suas composições. Sendo a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça composta pelo Senhor Ministro Felix Fischer, Senhor Ministro João Otávio de Noronha, Senhor Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Senhor Ministro Ribeiro Dantas e Senhor Ministro Joel Ilan Paciornik.

A sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, é composta pelo Senhora Ministra Laurita Vaz, Senhor Ministro Sebastião Reis Júnior, Senhor Ministro Rogerio Schietti Cruz, Senhor Ministro Nefi Cordeiro e Senhor Ministro Antônio Saldanha Palheiro.

4.4.1 Habeas Corpus nº 583.995 – Superior Tribunal Justiça

Em primeiro, observar-se-á o *Habeas Corpus* (HC) nº 583.995 – MG, julgado pela sexta turma do STJ. O julgado conta com a relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, acórdão por conta do Senhor Ministro Rogerio Schietti Cruz, conta com a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais como impetrante, o Tribunal de Justiça do Estado De Minas Gerais como impetrado, Lucas Henrique Junio Costa como paciente e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais como interessado.

Em síntese, trata-se de *Habeas Corpus* (HC) com pedido de liminar, impetrado contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado De Minas Gerais, onde o impetrante busca a liberdade do paciente. Em sua argumentação, o impetrante defende haver a ocorrência de constrangimento ilegal, ante a ilegalidade na decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado de piso, por violação da nova redação do artigo 311 do Código de Processo Penal.

Alega, ainda, que a prisão em flagrante foi convertida em preventiva sem elementos concretos. Por fim, requer a concessão do mandamento constitucional e a liberdade provisória do paciente.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais se manifestou pelo não conhecimento do HC.

Em sede de julgamento, o relator restou vencido. Em seu voto, o Ministro expõe que nos termos do inciso II do artigo 310 do CPP, após homologada a prisão, quando constatada a legalidade do flagrante, deve ser apreciada fundamentadamente a necessidade ou não da custódia preventiva, bem como a hipótese de conceder a liberdade do acusado mediante fiança.

Para o Ministro, a redação dada ao artigo 311 do CPP dada pela Lei 13.964/2019 é inédita, pois expressa a adoção do princípio acusatório e da inércia para a fixação da prisão preventiva, inserindo a necessidade de requisição deste gravame pela autoridade competente.

Desta maneira, passa a custódia preventiva a exigir o pedido expresso de prisão ao magistrado, justa causa, gravidade do delito, riscos processuais ou sociais previstos taxativamente, e risco pessoalizado do agente.

Na visão do Ministro, a prisão em flagrante prévia não é apta a superar os requisitos legais da prisão preventiva. Entende que, como se trata de uma norma processual, é regida pelo princípio da imediatidade, estando já vigente a Lei 13.964 à época da conversão, não seria possível o magistrado proceder com a conversão da prisão em flagrante em preventiva sem provocação. Por isso, vota por conceder o *habeas corpus* e pela soltura do paciente.

Houve pedido de vista do Ministro Rogerio Schietti Cruz que, em momento oportuno, proferiu seu voto nos termos a seguir destacados.

Em sede de considerações iniciais, o ministro observa se tratar de controvérsia sobre a manutenção ou não da Jurisprudência sedimentada no Tribunal, que autoriza a conversão de ofício da prisão em flagrante em medida cautelar pessoal.

Após breves considerações, o Ministro explica detalhadamente o modelo processual penal brasileiro sob sua ótica. Para não correr o risco de cometer o descabro de omitir detalhes importantes nesta parte do voto em uma paráfrase, reproduzir-se-á o necessário a seguir:

A solução do caso sob exame passa pela compreensão teórica das características do processo penal brasileiro e por uma avaliação pragmática sobre como a jurisprudência pátria tem enfrentado a ocorrência de situações aparentemente contrárias ao que se espera de um modelo de persecução penal moderno. Conforme expus em voto proferido no HC 367.156-MT, é inarredável a percepção de que o Brasil, após a sua independência política, da qual resultou produção legislativa distinta da que regia Portugal, sempre se deixou permear por um maior ou menor inquisitorialismo na sua estrutura de processo penal. De fato, o Brasil optou, com seu pioneiro Código de Instrução Criminal do Império (1832), por manter práticas inquisitoriais que nos colocavam mais próximos do sistema francês – cuja marca-mor era o Juizado de Instrução (modelo reformado ou misto) – do que do modelo adversarial inglês, simbolizado pelo julgamento popular, o *Trial by Jury*.

Essa falta de identidade própria de nosso modelo punitivo gerou nefasta confusão normativa e funcional dos papéis que juízes, promotores e policiais desempenhavam na persecução penal, com interferências recíprocas em atribuições e competências que deveriam possuir demarcação mais nítida. Nada a estranhar, portanto, que, em semelhante policialismo judiciário, eventualmente a juízes se desse atribuição para investigar e a policiais, para acusar e julgar.

Tal estrutura sofre algumas pequenas alterações até a entrada em vigor da Lei n. 2.033, de 20/9/1871, diploma de grande amplitude, cujo maior objetivo foi o de instituir o Inquérito Policial, o que resolveu parte do problema, porquanto se definiu, com maior propriedade, o papel da polícia judiciária. No entanto, continuamos a não estabelecer bem as diferentes funções a serem desempenhadas pelos órgãos integrantes da justiça criminal.

É certo que, por ocasião da elaboração do Código de Processo Penal de 1941, rejeitamos a proposta de um modelo assumidamente inquisitorial, como era a feição do Projeto Vicente Ráo, caracterizado pela proposta de instituição do Juizado de Instrução, em voga na Europa daqueles tempos. Preferimos, contra a maioria de então, adotar um modelo no qual ao juiz fosse reservado o papel de apenas julgar, e não o de também investigar e acusar – com exceções referentes a determinados crimes –, o que, de certo modo, nos colocou em vantagem com relação a povos de maior tradição,

como a França, a Espanha e a Itália e mesmo Portugal, que apenas no final do Século passado se renderam a reformas tendentes a instituir uma estrutura mais acusatória a seus procedimentos penais.

Ainda assim, permanecemos com fortes ranços inquisitoriais tanto em alguns dispositivos da legislação processual, especialmente os que dizem respeito ao procedimento e às iniciativas judiciais ao longo do inquérito policial e da ação penal. Vale recordar que os avanços foram muitos com a Constituição de 1988. Não mais vigem normas que outrora permitiam, v.g., ao magistrado, ou até mesmo à autoridade policial, dar início ao processo criminal, instaurando os assim chamados processos judicialiformes, tais quais os que se aplicavam às hipóteses positivadas nos arts. 26 c/c o 531 do CPP e 1º da Lei n. 4.611/1965.

Restaram em vigor, porém, dispositivos como o art. 3º da Lei 9.296/1996, que permite ao juiz determinar, de ofício, a interceptação das conversas telefônicas de pessoa investigada (embora me pareça que, com a introdução do art. 8-A àquela lei, passa o juiz a somente agir por provocação); e artigos do Código de Processo Penal, como o art. 5º, II (que permite ao juiz requisitar a instauração de inquérito policial), ou o art. 10, § 1º (que torna a autoridade judiciária a destinatária do inquérito policial), ou, ainda, o art. 156, I (que faculta ao juiz ordenar, de ofício, a produção antecipada de provas, mesmo durante o inquérito policial, se considera-las “urgentes e relevantes”), bem como o art. 574, segunda parte (que determina ao juiz “recorrer” ex officio, de sua própria decisão, nos casos ali indicados).

Também se poderiam acrescentar a esse rol de dispositivos legal outras situações de provável comprometimento psicológico do juiz, como o mecanismo de controle do arquivamento do inquérito policial positivado no art. 28 do CPP – ainda em vigor, dada a suspensão, pelo STF, da vigência da nova redação dada a tal dispositivo pela Lei n 13.964/2019 – em decorrência do qual o juiz se substitui ao órgão de acusação no exame da suficiência de elementos informativos para dar início a uma ação penal, rejeitando promoção de arquivamento das investigações. Em tal hipótese, não rara no cotidiano forense, é de se reconhecer que recaem relevantes dúvidas sobre a imparcialidade do juiz que, após remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, recebe-os de volta com uma denúncia ofertada contra o investigado cujo inquérito o juiz se recusou a arquivar, mesmo com pedido do membro do Ministério Público.

Um último exemplo, a meu ver, é ainda mais difícil de imaginar como compatível com um processo penal moderno, sem resquícios inquisitoriais. Refiro-me ao art. 33 da LOMAN, que atribui a um desembargador ou ministro a função de investigar e colher prova, inquisitorialmente, antes mesmo de ser proposta ação penal contra magistrado a quem se atribui a prática de crime, previsão corroborada em julgado da Corte Especial do STJ (Apn 460/RO, Rel. Min. Eliana Calmon, Corte Especial, DJ 25/6/2007).

Conforme já mencionado, essa pletora de normas desconformes à Carta Política de 1988 deriva de uma tradição radicada em períodos de nossa história notabilizados por verdadeira confusão de papéis entre juízes, promotores e policiais. Em que pesem tais considerações, não houve declaração de inconstitucionalidade desses preceitos normativos que compõem o nosso sistema de justiça criminal.

Há, para acrescentar ao debate, situação outra que, a meu aviso e com todas as vênias dos eminentes pares, não privilegia a estrutura acusatória do processo penal. Refiro-me ao entendimento jurisprudencial que valida audiências de instrução e julgamento realizadas sem a presença do membro do Ministério Público. Confira-se:

Conforme consignado no decisum monocrático vergastado, o entendimento consolidado desta eg. Corte Superior é no sentido de que ‘(...) não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência (...)’ (REsp n. 1.348.978/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/02/2016). Precedente. (AgRg no REsp 1860108/AM, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020)

Segundo o entendimento majoritário desta Corte, não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência e o Magistrado, condutor do processo, formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, mormente nas hipóteses em que a defesa não

se insurge no momento oportuno e que não há demonstração de efetivo prejuízo (art. 563 do CPP). [...] (REsp n. 1.348.978/SC, Rel. Ministro Rogério Schietti, Rel. p/ acórdão Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 17/2/2016)

(...) I - Inexiste nulidade na ação penal por ter o Magistrado conduzido audiência de oitiva das testemunhas de acusação, inquirindo-as sobre os fatos constantes da denúncia, sem a presença do Membro do Ministério Público. II - Eventual prejuízo pela ausência do representante do Parquet, caso houvesse, só interessaria à acusação, sendo inadmissível o reconhecimento de nulidade relativa que só à parte contrária interessa. III - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.491.961/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 14/9/2015, destaqueei)

(...) 2. Esta Corte Superior de Justiça já pacificou o entendimento de que a simples ausência do órgão acusatório na audiência de oitiva de testemunhas não enseja a nulidade do ato, impondo-se à defesa a alegação oportuna do defeito processual, bem como a comprovação do prejuízo suportado pelo réu. Precedentes. 3. No caso dos autos, além de não ter havido a impugnação oportuna da defesa quanto à ausência do Ministério Público em algumas das audiências de instrução, seja porque o referido órgão estava atuando em outro processo, seja porque estava em substituição em outra comarca, tem-se que o próprio Código de Processo Penal permite que o juiz participe das inquirições, sendo-lhe facultada, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, o que afasta a alegação do prejuízo em tese suportado pelos acusados. (HC n. 312.668/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 7/5/2015, destaqueei)

Até mesmo a recente reforma do CPP, paradoxalmente - haja vista o novel e bem-vindo texto do art. 3º-A do CPP - persiste em autorizar essas iniciativas oficiosas. Com efeito, note-se que, logo após o dispositivo que anuncia a estrutura acusatória do processo penal brasileiro e a vedação a iniciativa do juiz na fase de investigação, prevê o art. 3-B, entre outras competências do juiz das garantias, as de X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação e a de XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental. Trago esses exemplos para sugerir que, não obstante a proclamada adoção, entre nós, de um processo com estrutura acusatória, a praxe judiciária tem agasalhado diversas situações em que se realizam atividades judiciais com inclinação inquisitorial. Em verdade, como bem observam Andrea Dalia e Marzia Ferraioli, 'mais do que de sistema inquisitorial ou de sistema acusatório, com referência à legislação processual penal moderna, é mais usual falar de modelos com tendência acusatória ou de formato inquisitorial (più che di sistema inquisitorio o di sistema accusatorio, con riferimento alla legislazione processuale penale moderna si è soliti parlare di modelli a tendenza acusatoria o di stampo inquisitorio)'

É preciso, portanto, considerar que a praxe judiciária não tem acolhido dogmas ou princípios de modo absoluto. As idiosincrasias de nosso país e do sistema de justiça criminal acabam por engendrar soluções sensíveis a argumentos de cunho prático. E não se há de identificar essa postura, necessariamente, como algo negativo, pois cada país precisa construir um complexo normativo que, sem desconsiderar as experiências estrangeiras, seja funcional e adaptado às características de nossa realidade.

Na parte III de seu voto, o Ministro analisa a necessidade de provocação para o decreto prisional. Entende que após a edição da Lei 13.964/2019 é vedado ao juiz, mesmo durante a fase processual, decretar a prisão sem provocação do Ministério Público.

Acredita ser correta a distinção que se faz entre as funções do magistrado durante a fase de investigação e durante a fase processual.

Entretanto, advoga a tese em que a provocação no Ministério Público é a regra, sendo excepcionalmente autorizada, em casos de urgência ou de risco à perda da eficácia da medida, ser decretada de ofício, mesmo com manifestação contrária do órgão ministerial. Acredita o

Ministro, que a prisão preventiva tem escopo de acautelar os meios ou fins do processo, não tendo natureza de acusação, pois, na visão do julgador, convive com a presunção de inocência.

Ademais, destaca haver uma significativa diferença entre a decisão que decreta uma medida cautelar e a que converte esta medida. Aduz que, na situação em que o indivíduo é preso em flagrante delito e constatada a legalidade da prisão, incumbe ao magistrado, com ou sem requerimento do Ministério Público, avaliar a necessidade de manter o acusado preso ou sujeito à cautelar diversa da prisão e, se for o caso, converter a prisão em flagrante na cautelar que melhor se adegue. Ao fim, o Ministro vota pela denegação do *habeas corpus*.

Em seguida, o Ministro Sebastião Reis Júnior acompanhou o entendimento do eminente relator.

Acordaram os Ministros da Sexta Turma, por maioria, denegar o *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Antônio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz. Votaram vencidos os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Sebastião Reis Júnior.

4.4.2 Habeas Corpus nº 590.039 – Superior Tribunal Justiça

O HC 590.039 – GO, julgado pela quinta turma do STJ, conta com a relatoria do Ministro Ribeiro Dantas e, ainda, com a Defensoria Pública do Estado de Goiás como impetrante, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás como impetrado, Claujoanei Damiao dos Santos e Daiane de Freitas Santos Chagas como pacientes e o Ministério Público do Estado de Goiás como interessado.

O julgado trata-se de *Habeas Corpus* (HC) sob o nº 590.039, no qual o impetrante, dentre outros argumentos, alega que o juiz não pode converter a prisão preventiva de ofício, seja durante o curso da investigação, seja durante o curso da ação penal, sem o requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, sob pena de violação ao sistema acusatório e os delineamentos advindos das alterações produzidas pela Lei 13.964/19, nos artigos 310 e 311 do Código de Processo Penal. Requer a nulidade da decisão que converteu a preventiva de ofício e o conseqüente relaxamento da prisão.

Em sede de julgamento, o ministro Ribeiro Dantas expôs, em seu voto, que a Lei 13.964 promoveu significativas mudanças na sistemática processual. Dentre elas, destaca a nova redação do parágrafo 2º do artigo 282 e do artigo 311 do Código de Processo Penal.

Para ele, o legislador suprimiu a expressão “de ofício”, corroborando a interpretação segundo a qual passou a ser imprescindível a representação prévia para a decretação da prisão cautelar, inclusive para a conversão do flagrante em preventiva.

Entende o Ministro que é clara a intenção do legislador ao retirar do magistrado qualquer possibilidade de decretação de prisão preventiva sem provocação.

Ademais, reconhece o entendimento anterior da corte que reconhecia a possibilidade de o magistrado, sem provocação, converter a prisão em flagrante em preventiva. Ocorre que, no sentir do Ministro, as modificações conferidas pela Lei 13.964/19 tiveram evidente intenção de efetivar o sistema penal acusatório.

Assim, explica que, após a vigência da Lei 13.964/19, a prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar, somente poderá ser decretada mediante provocação.

Por fim, acordam os Ministros, por unanimidade, conceder o *habeas corpus* de ofício nos termos do voto do relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

4.5 RHC 131263/GO

Ante a divergência das turmas sobre o entendimento do tema, o assunto foi levado à apreciação da terceira sessão do Superior Tribunal de Justiça. A terceira sessão nada mais é que o órgão de julgamento colegiado formado pela união da quinta turma e a sexta turma, bem como de seus respectivos ministros, com a finalidade de unificar o entendimento acerca de determinado assunto.

Pois bem, o tema foi apreciado em duas sessões ordinárias, a primeira no dia 09/12/2020 e a segunda no dia 24/02/2021.

O apontado recurso em *habeas corpus* se trata da análise de legalidade da conversão *ex officio* da prisão em flagrante do paciente em prisão preventiva.

Ante prévia e exauriente explanação dos argumentos dos ministros em sede do julgamento do *Habeas Corpus* nº 583.995 e do *Habeas Corpus* nº 590.039 do colendo Superior Tribunal Justiça, houve abstenção de reproduzir as argumentações trazidas repetidamente no julgamento do recurso em foco.

Dito isso, o Relator Ministro Sebastião Reis Júnior deu provimento ao recurso em *habeas corpus* para invalidade a conversão oficiosa da prisão em flagrante do paciente em preventiva, por entender ser ilegal. Votaram com o relator os Senhores Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, João Otávio de Noronha e Joel Ilan Paciornik. Voto

divergente do Ministro Rogério Schietti Cruz, concedendo a ordem de ofício, para anular o processo, *ab initio*, por ilegalidade da prova de que resultou a sua prisão, a qual, por conseguinte, deve ser imediatamente relaxada, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Antônio Saldanha Palheiro e Sra. Ministra Laurita Vaz.

Dessa forma, a Terceira Seção, por maioria, deu provimento ao recurso em *habeas corpus* para invalidar, por ilegal, a conversão, *ex officio*, da prisão em flagrante do ora recorrente em prisão preventiva, nos termos do voto do Ministro Relator.

Por fim, cabe informar que o Ministro Felix Fischer justificadamente não participou do julgamento. Já o Ministro Nefi Cordeiro o presidiu.

Desta maneira, de forma muito acertada e servindo aos interesses da justiça, o Superior Tribunal Justiça unificou entendimento no sentido não permitir a dita conversão *ex officio* da prisão em flagrante em prisão preventiva. Destaca-se ainda a atualidade do julgamento, realizado em 24/02/2021, e da importância da aplicação da tese jurídica no dia a dia dos tribunais, afim de coibir ilegalidades.

4.6 Posição do STF

É certo que, para avaliar a constitucionalidade da aplicação de ofício do artigo 310, II do Código de Processo Penal, deve-se passar pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal, ante seu dever fundamental de “Guardião da Constituição Federal”.

Para tanto, analisar-se-á alguns julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal proferidos após a Lei 13.964/2019.

Antes da avaliação meritória, é salutar destacar a composição das turmas do Pretório Excelso: A primeira turma é composta pelo Ministro Dias Toffoli (presidente), Ministro Marco Aurélio, Ministra Rosa Weber, Ministro Luís Roberto Barroso e Ministro Alexandre de Moraes. Por sua vez, a segunda turma é composta pelo Ministro Gilmar Mendes (presidente), Ministro Ricardo Lewandowski, Ministra Cármen Lúcia, Ministro Edson Fachin e Ministro Nunes Marques.

4.6.1 Habeas Corpus n° 188.888 – Supremo Tribunal Federal

Preliminarmente, observa-se que o *habeas corpus* em questão conta com a relatoria do Ministro Celso de Mello que, infelizmente, não mais compõe o Pretório Excelso por motivos de aposentadoria, após 31 anos de serviços prestados à guarda da Constituição. Hodiernamente, seu lugar é ocupado pelo Ministro Nunes Marques. Optou-se por fazer este breve esclarecimento para não restarem quaisquer embaraços ou dúvidas.

Bem, o *habeas corpus* 188.88 conta com a relatoria do Ministro Celso de Mello, como pacientes tem o senhor Marcos Rayke Justino Dos Santos e Fábio Junio Pereira, Gabriel Arruda Ramos como impetrante e como impetrado o relator do HC N° 585.197 do Superior Tribunal De Justiça.

Observando os autos, vê-se que se trata de *habeas corpus* contra impetrado versus decisão monocrática proferida pelo impetrado em sede de outro *habeas corpus*. Busca-se com o pleito que seja revogada a conversão *ex officio* das prisões em flagrante delito dos pacientes em prisões preventivas, decretadas pelo magistrado de primeira instância.

Em sede de julgamento, o relator proferiu voto que preceitua o seguinte destacado. A ordem normativa instaurada no Brasil pela Constituição Federal de 1988, outorgou ao Ministério Público, dentre outras funções, a de promover privativamente a ação penal pública nos termos da lei. Isso significa dizer que a Magna Carta optou indiscutivelmente pelo sistema acusatório como modelo formal de persecução penal.

Destaca o ministro que, o exame do sistema acusatório sob um prisma democrático, como é o caso do Brasil, leva a entender como requisitos essenciais, a nítida separação entre as funções de investigar, acusar e julgar a impossibilidade de atuação *ex officio* dos magistrados (STF, 2020).

Ensina o ministro que a Lei 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” dos artigos 282, parágrafos 2° e 4° e a 311, todos do Código de Processo Penal, vedou de forma absoluta a decretação da prisão preventiva sem requerimento. Acredita que a conversão do flagrante em preventiva equivale à decretação da prisão preventiva, motivo pelo qual submete a referida conversão aos requisitos da decretação.

Salienta a necessidade de interpretar o artigo 310, II à luz das novas alterações conferidas pela Lei 13.964/2019. Por isso, a decretação da prisão *ex officio* deve ser inadmitida, sendo a conversão do flagrante em prisão preventiva equiparada à própria decretação, devendo ser precedida de provocação.

Ademais, o Ministro Edson Fachin proferiu voto em termos bem próximos ao do relator, assim estruturado.

O ministro entendeu que a Lei 13.964/2019 reforçou o sistema acusatório ao suprimir a expressão “de ofício” constante na redação anterior de alguns dispositivos do Código de Processo Penal e, desse modo, vedou a imposição de medidas cautelares pelo magistrado sem a representação da autoridade policial ou requerimento do *Parquet* (STF, 2020).

Leciona que o artigo 310, do aludido código, deve ser interpretado de maneira harmônica com os dispositivos que regem o tema. Pois, seja na hipótese de conversão, seja na

hipótese de decretação, o magistrado impõe a mesma situação jurídica ao indivíduo, não havendo qualquer distinção entre a prisão preventiva resultante de conversão em flagrante e a prisão preventiva resultante de decretação. Desta maneira, ambas as prisões têm como fundamento de legalidade a provocação do magistrado, para proceder com a sua conversão ou decretação.

Por fim, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em conceder a ordem de *habeas corpus* de ofício, para invalidar a conversão “*ex officio*” da prisão em flagrante do paciente em preventiva, ante a sua patente ilegalidade. Nos termos do voto do relator.

4.6.2 Habeas Corpus 192.586 – Supremo Tribunal Federal

O *habeas corpus* 192.586 conta com a relatoria do Ministro Marco Aurélio, como paciente a senhora Larissa de Oliveira Inácio, Douglas Jackson de Oliveira como impetrante e o presidente do Superior Tribunal de Justiça como impetrado.

O *habeas corpus* busca sanar o constrangimento ilegal suportado pelo paciente, ante a conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva.

Em sede de julgamento, o ministro relator, em seu voto, ensina que a Lei 13.964/2019 modificou a redação dos artigos 282, parágrafos 2º e 4º, e 311 do Código de Processo Penal, nas palavras do ministro: “afastando a possibilidade de o juiz, ausente manifestação do Órgão acusador ou prévia representação da autoridade policial, determinar a prisão preventiva durante a fase pré-processual ou no curso do processo-crime”. (STF, 2020).

Continua lecionando, mesmo o artigo 310, II, a prever a possibilidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva quando presentes os requisitos autorizadores, a partir de uma análise sistêmica dos dispositivos, mostra-se necessário o requerimento do órgão acusador ou representação da autoridade policial para a legal conversão.

Ocorre que, após a conversão ilegal da prisão em flagrante em preventiva, o magistrado de primeira instância, após a manifestação do Ministério Público, manteve a segregação cautelar em nova decisão. Para o eminente ministro, tal situação foi suficiente para suprir o vício decorrente da conversão ilegal.

Tal situação não parece ser a mais acertada, pois a possibilidade da requisição do *Parquet* se dá a qualquer tempo que pode transformar o requisito em letra morta da lei. Na prática, a atuação do juiz continua sendo oficiosa até que o Ministério Público decida provocá-

lo, apenas para cumprir uma formalidade sem qualquer aplicação real, visto que a confusão entre as funções de acusar e julgar já ocorreu.

Desta forma, a solução mais pertinente seria a redistribuição imediata do feito para outro juízo e a realização de uma nova audiência de custódia, na qual o novo magistrado reavaliará a necessidade da segregação cautelar e, desde que provocado para tanto, converterá o flagrante. Sem prejuízo de eventual indenização na seara cível.

O que não se pode admitir é a sanabilidade de uma nulidade absoluta, ante a posterior cumprimento do requisito legal. Esta hipótese se assemelha a máxima “os fins justificam os meios”, por isso, deve ser combatida.

Por fim, o *habeas corpus* foi indeferido por unanimidade nos termos do ministro relator.

4.7 Posicionamento do MPF

Por derradeiro, mas não menos importante, o Ministério Público Federal já se posicionou sobre o tema. Destaca-se duas manifestações da Subprocuradora Geral da República Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, em 27 agosto de 2020 e 28 agosto de 2020, no recurso em *habeas corpus* 129850/GO e recurso especial 1886757/MT respectivamente.

Sustenta a subprocuradora em seus pareceres o seguinte:

a partir da Lei 13964/2019, a interpretação do art. 310, II, do CPP passa a ser, obrigatoriamente, realizada em conformidade aos artigos 282, § 2º, e 311, também do Código de Processo Penal, de modo que se tornou inviabilizada a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em prisão preventiva, sendo imprescindível o prévio requerimento do Ministério Público ou representação dada autoridade policial, com oitiva do Ministério Público, ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente da acusação. (FRISCHEISEN, 2020, n.p.).

Segundo ela, a reforma conferida pela Lei 13.964/2019 trouxe, de maneira literal, a adoção ao sistema acusatório que já existia na Constituição Federal. Para tanto, a dita reforma retirou o poder do magistrado de agir de ofício, referendando o modelo de persecução criminal adotado (FRISCHEISEN, 2020).

Com isso, percebe-se que acerta o Ministério Público Federal em sua interpretação das inovações trazidas pelo Pacote Anticrime.

Desta maneira, parece não haver dúvidas quanto à inconstitucionalidade e ilegalidade da aplicação *ex officio* pelo magistrado do artigo 310, II do Código de Processo Penal, por confrontar o sistema acusatório previsto na Constituição Federal e no próprio código de processo.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, depreende-se que a ordem jurídica, inaugurada pela Constituição Federal de 1988, trouxe previsão expressa quanto à adoção do modelo acusatório de processo penal. Além disso, a Lei 13.964/94 trouxe inúmeras modificações no processo penal brasileiro, além de prever, mesmo que sem qualquer necessidade, de maneira expressa, a opção pelo sistema processual penal acima delineado; modificou diversos dispositivos inquisitoriais ainda existentes no Código de Processo Penal, suprimindo a expressão “de ofício”, numa clara intenção de dar aplicabilidade ao modelo acusatório.

Dessa forma, vê-se também que, para a aplicação de uma segregação cautelar na modalidade prisão preventiva, devem ser atendidos requisitos legais que legitimem a reclusão. Sendo vedada a decretação *ex officio* pelo magistrado, conforme expressa a previsão da Lei 13.964/94.

Nesse sentido, não há qualquer distinção entre a “decretação” de uma prisão preventiva e uma “conversão” proveniente de um flagrante, hipótese do art. 310, inciso II do CPP, ante igualdade no resultado das medidas. É certo que alguns estudiosos, inclusive mencionados no desenvolvimento do presente trabalho, pensam de modo diverso, contudo, não é a melhor opção.

Por isso, não restam dúvidas quanto à ilegalidade na conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva. Felizmente, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão recentíssima, unificou seu entendimento neste sentido. Tal jurisprudência é um avanço no respeito ao modelo acusatório de processo, assim como as garantias individuais, sobretudo a da presunção de inocência, e a própria Constituição Federal.

De maneira acertada, o Supremo Tribunal Federal tem posicionamento no mesmo sentido, como também o Ministério Público Federal.

Portanto, conclui-se com o presente trabalho, que não há espaços no Direito brasileiro para a decretação de prisão preventiva *ex officio*, seja uma decretação propriamente dita, seja uma conversão da prisão em flagrante. Espera-se que o posicionamento dos tribunais superiores seja cumprido pelos juízes de primeira instância, sem que seja preciso impetração de *habeas corpus* para garantir o fiel cumprimento da Lei e da Constituição.

REFERÊNCIAS:

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BRASIL. **Constituição Política Do Império Do Brazil de 1824**. Manda observar a Constituição Política do Império, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Brasília, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17960.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (Des) Razão da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 11.

LAZZARINI, Álvaro. **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**; 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal** (fundamentos da instrumentalidade garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MALTA, Toltes. **Da prisão preventiva**. São Paulo: Saraiva, 1935.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. II.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- TORNAGHI, Hélio. **Manual de Processo Penal: prisão e liberdade**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 194-197.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus 583995 MG 2020/0122296-6**. Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 15/09/2020, T6 - sexta turma, Data de Publicação: DJe 07/10/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1970304&num_registro=202001222966&data=20201007&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 27 mar. 2021.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus 590039 GO 2020/0146013-9**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data de Julgamento: 20/10/2020, T5 - quinta turma, Data

de Publicação: DJe 29/10/2020. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1986886&num_registro=202001460139&data=20201029&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 27 mar. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Habeas Corpus 052.402/BA. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 18/12/2014, DJe 05/02/2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Habeas Corpus 055.365/CE. Rel. Min. Jorge Mussi, j. 17/03/2015, DJe 06/04/2015; STJ, 6ª Turma. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1391700&num_registro=201500014510&data=20150406&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 27 mar. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Habeas Corpus 67534 RJ 2016/0022321-2. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 17/03/2016, T6 - sexta turma, Data de Publicação: DJe 31/03/2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=3386410&tipo_documento=documento&num_registro=200602165309&data=20071002&formato=PDF. Acesso em: 27 mar. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Habeas Corpus: 131263/GO (2020/0185030-3). Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 24/02/2021, terceira seção, Data de Publicação: DJe 24/02/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=COL&sequencial=119264036&formato=PDF&formato=undefined>. Acesso em: 27 mar. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 188888 MG 0098645-73.2020.1.00.0000. Relator: Celso de Mello, Data de Julgamento: 06/10/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 15/12/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345263485&ext=.pdf>. Data de acesso: 27 mar. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 192586 PR 0105463-41.2020.1.00.0000. Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 23/11/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: 12/02/2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345651143&ext=.pdf>. Data de acesso: 27 mar. 2021.

