

A POSSIBILIDADE DE PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO

Débora Aparecida Redivo Silva (deboraaasilva2002jn@gmail.com)

Aluna de graduação do curso de Direito.

Ester Nunes Machado (ester.nm@hotmail.com)

Aluna de graduação do curso de Direito.

Thalys de Souza Cazotto (tcazotto98@gmail.com)

Aluno de graduação do curso de Direito.

Raphaela Zil Velasco Zaroni (raphaelazaroni@hotmail.com)

Aluna de graduação do curso de Direito.

Dara Miranda Zandoná (dmzandonaa@hotmail.com)

Aluna de graduação do curso de Direito.

Ronaldo Félix Moreira Júnior (ronaldo@fsjb.edu.br)

Professor da FAACZ

RESUMO

O trabalho em questão busca aprofundar o tema da prisão preventiva de ofício, seus limites constitucionais, se é cabível em nosso ordenamento jurídico e as possíveis mudanças que a lei 13.964/2019, o chamado pacote anticrime implica no código de processo penal e a sua influência sobre o tema supracitado. A pesquisa visa trabalhar tais questões de forma a sanar possíveis dúvidas sobre a constitucionalidade da prisão preventiva de ofício, além de mostrar como o sistema acusatório, previsto pela própria Constituição Federal delimita o caminho que o juiz deve seguir ao analisar as questões processuais assegurando as partes do processo chances justas e iguais dentro da discussão. Para a construção do trabalho, o grupo se utilizou de pesquisas em livros e artigos científicos sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: de ofício, pacote anticrime, prisão preventiva, processo penal.

1. INTRODUÇÃO

A priori, cumpre salientar que após a promulgação da Carta Magna de 1988 cominando com a recente alteração feita na legislação processual penal, frisa-se o art. 3º - A incrementado pela Lei 13.964/19 – pacote anticrime –, o Brasil tem como corolário do contraditório e ampla defesa o sistema acusatório, no qual há o escalonamento de funções (acusação, defesa e órgão julgador) durante a *persecutio criminis*. Doravante, o Magistrado não pode atribuir para si todas as funções, mas deve atuar apenas quando provocado. Assim sendo, sobreveio nos Tribunais Superiores a possibilidade, ou não, da prisão preventiva ser decretada de ofício pelo Juiz, pelo fato da lei supracitada ter trazido de maneira expressa a nova redação do art. 311 do CPP, que em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Destarte, o presente trabalho tem como objetivo analisar a eventual constitucionalidade da decretação da prisão de ofício promulgada pelo Magistrado e alterada com o advento da Lei 13.964/19 – pacote anticrime – em relação a esse instituto.

2. DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é espécie de medida cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, através de requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, do querelante ou do assistente. Cabível em qualquer fase da investigação ou da ação penal, desde que se perfaçam presentes os requisitos legais previstos no artigo 313 do CPP. Além disso, é preciso que ocorram os motivos ensejadores

da custódia cautelar (artigo 312 do CPP), e se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP), tendo em vista que a prisão preventiva é medida cautelar de última *ratio*.

3. DO SISTEMA ACUSATÓRIO E DAS INOVAÇÕES DO PACOTE ANTICRIME

À luz do sistema constitucional vigente, o sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Carta Magna (CF, art. 129, inciso I) e previsto no artigo 3-A do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), é caracterizado como a clara separação das funções de acusar, defender e julgar, com a presença de partes distintas, de modo que não haja acúmulo de funções entre elas.

Por conseguinte, o magistrado deve abster-se de realizar atos de ofício, seja na fase inquisitória, seja na fase processual, vez que a gestão da prova recai primordialmente sobre as partes. Nessa conjuntura, mantém-se o juiz como um terceiro imparcial em relação às partes e alheio aos interesses processuais.

Diante disso, frisa-se que resta prejudicada a imparcialidade do juiz quando ele é dotado de amplos poderes instrutórios e assume uma postura inquisitória, por exemplo, quando decreta a prisão preventiva de ofício. Desse modo, viola-se o princípio constitucional da imparcialidade e do contraditório, visto que as funções de acusar, defender e julgar estão cumuladas nas mãos do juiz inquisidor, fazendo com que o acusado passe de sujeito de direitos a mero objeto do processo.

Ademais, urge salientar que antes das alterações instituídas pelo Pacote anticrime, o artigo 311 do CPP preconizava que o juiz poderia decretar a prisão preventiva de ofício, se no curso da ação penal, ficando impossibilitado de fazê-lo apenas na fase inquisitorial, na qual estava condicionado a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Contudo, com o advento da Lei 13.964/2019, a qualquer momento da persecução penal, o juiz não pode mais decretar prisão preventiva de ofício, devendo atuar somente quando for provocado. Assim sendo, supracitada alteração é a que mais corresponde com o sistema acusatório descrito na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que o magistrado se encontra em posição equidistante das partes, obstando-o de cumular funções, em contraposição ao sistema inquisitorial.

3.1. O MAGISTRADO PODE APLICAR MEDIDA CAUTELAR OU DECRETAR A PRISÃO PREVENTIVA POR CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DE OFÍCIO?

Muito se discute acerca da possibilidade de o juiz converter a prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício, em virtude do disposto no artigo 310 do CPP, segundo o qual, na audiência de custódia o juiz deverá, fundamentadamente: I – relaxar a prisão ilegal; II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão ou; III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Em razão disso, há doutrinadores que sustentam a possibilidade de decretar a prisão preventiva *ex officio*, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci e Marcellus Polastri Lima (SANTOS, 2011, p. 158), uma vez que o art. 310 do CPP é imperativo ao dispor que o juiz “deverá”, sequer condicionando o seu agir à manifestação prévia do Ministério Público. Além disso, o § 2º do artigo 310 afirma que o juiz deverá denegar a liberdade provisória se verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito. Essa conversão, na prática, corresponderia a uma indireta decretação de ofício da preventiva.

Nesse viés, a Sexta Turma do STJ vinha decidindo que o juiz podia promover de ofício a conversão do flagrante em preventiva:

“ [...] Desde que concretamente fundamentada, a decisão que conclui pela necessidade, sempre excepcional, de imposição da prisão cautelar é de ser admitida em razão do poder geral de cautela do magistrado, que, ao receber o auto de prisão em flagrante, deve, uma vez vislumbrada a presença dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, independente de provação, decretar a prisão cautelar. [...]” (HC n. 539.645/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 18/8/2020, DJe 24/8/2020)” (HC 605.305/MG, j. 06/10/2020).

Noutra ótica, o ministro Antônio Saldanha, do Superior Tribunal de Justiça, em decisão liminar, substituiu a prisão preventiva de um acusado por medidas cautelares, tendo a defesa impetrado Habeas Corpus alegando que, apesar de o Ministério Público, por duas vezes, pedir a liberdade provisória do paciente, o juiz decretou de ofício a prisão preventiva. No caso em tela, o ministro relator sustentou que a Lei 11.964/19 alterou a redação do artigo 311, do Código de Processo Penal, eliminando a possibilidade de decretação de ofício da prisão preventiva pelo magistrado. Nessa perspectiva, o ministro citou a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 188.888, cujo parecer foi que o Pacote Anticrime, ao excluir a expressão "de ofício", vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juízo processante. Para o relator, e de acordo com decisão da 3ª Turma do STJ, é indispensável prévia manifestação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente de acusação para fins de decretação da prisão preventiva (HC 687.583).

Por todo o exposto, insta salientar que a interpretação do art. 310, inciso II, do CPP deve ser realizada à luz dos artigos 282, § 2º e 311, do mesmo diploma legal, os quais sustentam que o juiz só pode decretar medida cautelar se for provocado nesse sentido, não havendo mais a possibilidade de decretação de prisão preventiva *ex officio*. Dessa forma, diante da sistemática introduzida pela Lei n. 13.964/19, denota-se que o juiz pode converter a prisão em flagrante em preventiva desde que, além de presentes as hipóteses do art. 312 do CPP e ausente a possibilidade de substituir por cautelares diversas da prisão, haja prévia provocação do *dominus lictis*, ou da autoridade policial, do assistente ou do querelante. Forçoso concluir, outrossim, que interpretação contrária a supramencionada seria inequívoca aquiescência à atuação inquisitiva do magistrado, abominada pelo sistema acusatório, adotado pelo vigente Código de Processo Penal, visando assegurar a garantia do contraditório e a imparcialidade do juiz.

4. CONCLUSÃO OU CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por conseguinte, é possível verificar que dentro do sistema acusatório, indiscutivelmente assumido pelo Constituição Federal de 1988, prezar-se-á pela separação de funções dentro do processo penal. Logo, isso significa dizer que o magistrado não tomará para si a gestão de provas, ao contrário, permanecerá como um terceiro imparcial, absorto a defesa ou acusação do réu.

Conclui-se também que, o magistrado decretar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva acarreta uma postura inquisitória, objetificando o acusado no curso processual e excluindo este do rol dos direitos a ele garantidos. A Lei 13.964/2019, em conformidade com o acima exposto, reforça que o juiz não pode decretar a prisão preventiva de ofício e vai de encontro ao preconizado pela Constituição Federal Brasileira de 1988. É, em função dessa modificação, que o Supremo Tribunal de Justiça mudou seu posicionamento a favor da decretação da prisão de ofício e vedou essa posição incoerente do juiz no âmbito processual penal, robustecendo a indispensável provocação do Ministério Público, autoridade policial ou, a depender do caso, do querelante ou do assistente de acusação.

Desse modo, de acordo com o posicionamento adotado neste artigo, da insustentabilidade da decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado, exponho posição do renomado autor Cesare Beccaria, em sua ilustre obra *Dos Delitos e Das Penas*, na qual reforça a ideia de que se existirem leis fixas e literais e o magistrado se submeter a análise dos atos dos cidadãos em relação a esta lei escrita, e tal ação pautada no justo e injusto não tiver controvérsia, observaríamos o afastamento de um julgo tirano.

Em suma, torna-se límpido que ao acusado é garantido um julgamento acusatório e não inquisitório, com posicionamento correto do magistrado no âmbito do processo penal, presando pela segurança jurídica que traz a Constituição Federal e a Lei 13.964/2019.

5. REFERÊNCIAS (SEGUIR A ABNT 6023)

1. CNJ. **STJ decide que juiz não pode converter prisão em flagrante em preventiva sem pedido do Ministério Público**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/stj-decide-que-juiz-nao-pode-converter-prisao-em-flagrante-em-preventiva-sem-pedido-do-ministerio-publico/>. Acesso em: 29 out. 2021.
2. CONJUR. **O juiz pode decretar prisão preventiva de ofício?**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/opinia-juiz-decretar-prisao-preventiva-oficio>. Acesso em: 29 out. 2021.
3. CONJUR. **STJ declara ilegal decisão de juiz que converteu flagrante em preventiva de ofício**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-26/juiz-nao-decretar-preventiva-oficio-ministro-stj>. Acesso em: 29 out. 2021.
4. JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 983-996.
5. LIMA, R. B. D. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 42-45.
6. LIMA, R. B. D. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 946-956.
7. MEU SITE JURÍDICO. **686: É vedado ao juiz converter de ofício a prisão em flagrante em preventiva**. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/03/05/686-e-vedado-ao-juiz-converter-de-oficio-prisao-em-flagrante-em-preventiva/>. Acesso em: 29 out. 2021.