



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

PEDRO PAULO LIRA YOUNG

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO
EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA**

BRASÍLIA

2014

PEDRO PAULO LIRA YOUNG

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO
EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS, do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Orientador: Professor Georges Carlos Fredderico Moreira Seigneur.

BRASÍLIA
2014

AGRADECIMENTO

Primeiramente, agradeço a Deus, pelas glórias e bênçãos que sempre me tem proporcionado e por me manter focado nos meus objetivos.

Ao meu orientador, Georges Carlos Frederico Moreira Seigneur, exemplo de profissionalismo, competência e amizade.

A todos os colegas que com este trabalho contribuíram. A todos meus familiares e, principalmente a minha mãe, que fez de tudo para que esse objetivo fosse alcançado.

"É melhor lançar-se à luta em busca do triunfo, mesmo expondo-se ao insucesso, do que ficar na fila dos pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, por viverem nessa penumbra cinzenta de não conhecer vitória e nem derrota"

Franklin D. Roosevelt

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	12
1.1 PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA.....	12
1.2 PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.....	15
1.3 PRINCÍPIOS DA MÍNIMA INTERVENÇÃO ESTATAL.....	18
1.4 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS.....	21
1.4.1 SISTEMA INQUISITÓRIO.....	21
1.4.2 SISTEMA ACUSATÓRIO.....	23
1.4.3 SISTEMA MISTO OU ACUSATÓRIO FORMAL.....	25
1.4.4 SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO.....	27
2. DAS PRISÕES CAUTELARES.....	31
2.1 PRISÃO TEMPORÁRIA.....	32
2.2 PRISÃO EM FLAGRANTE – CONCEITO.....	33
2.3 HIPÓTESES LEGAIS DE FLAGRANTE.....	35
2.4 INOVAÇÕES COM O ADVENTO DA LEI 12.403/2011.....	36
2.5 PRISÃO PREVENTIVA – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	37
2.6 PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA.....	38
2.6.1 FUMUS COMISSI DELICTI.....	38
2.6.2 PERICULUM LIBERTATIS.....	39
2.6.2.1 GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.....	40
2.6.2.2 GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA.....	42
2.6.2.3 CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.....	42
2.6.2.4 GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.....	43
2.7 HIPÓTESES DE CABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA.....	44
2.8 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO.....	47
3. DA CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA – CONFLITO ENTRE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA.....	53
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	69

INTRODUÇÃO

Este trabalho de pesquisa monográfica se propõe a discutir uma das mudanças mais substanciais das prisões cautelares com o advento da Lei 12.403/2011, a possibilidade da conversão de ofício pelo juiz, da prisão em flagrante, em segregação cautelar preventiva.

A nova redação do artigo 312, modificada pela citada lei, declinou ao magistrado a possibilidade de conceder liberdade provisória ao indiciado, ou relaxar sua prisão em flagrante (caso o flagrante seja ilegal), ou ainda, converter a prisão flagrancial em prisão preventiva.

Embora a jurisprudência venha entendendo que ao converter de ofício a prisão em flagrante em preventiva o juiz apenas está atendendo a um comando legal, a doutrina critica bastante este instituto, destacando que ele viola os princípios da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório, da mínima intervenção do Direito Penal, e, principalmente o sistema processual adotado pelo Código de Processo Penal Brasileiro, o sistema acusatório.

Assim, o primeiro capítulo abordará os aspectos constitucionais e infraconstitucionais da prisão cautelar no Processo Penal. Neste capítulo além de breve introdução, serão conceituados o sistema acusatório e os princípios da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório, da economia processual, da imparcialidade do juiz e da mínima intervenção do Estado e suas respectivas aplicações no Direito Processual Penal.

O segundo capítulo analisará alterações promovidas pela lei 12.403/2011 nas disposições gerais das prisões processuais e na conversão da Prisão em flagrante em prisão preventiva. Aqui abordar-se-á os aspectos gerais da prisão em flagrante e da conversão do flagrante em prisão preventiva. Também será realizado um comparativo entre a legislação pertinente antes e depois do advento a Lei 12.403/2011.

Por fim, o terceiro capítulo apontará a importância das partes na conversão da prisão em flagrante em preventiva, tanto do Ministério Público, quanto da defesa do indiciado. Ainda, mencionará as opções que o magistrado detém quando recebe a comunicação da prisão em flagrante e a utilização das medidas cautelares alternativas à prisão. Por fim, debaterá a constitucionalidade do dispositivo, com base nos argumentos doutrinários e jurisprudenciais aplicáveis à hipótese.

Para tanto, serão realizadas pesquisas na doutrina especializada e na jurisprudência consolidada para o aprofundamento do tema em questão e também entender sua aplicabilidade.

Posteriormente, se buscará aplicar os conhecimentos adquiridos no desenvolvimento da crítica que se propõe.

Por fim, durante o desenvolvimento do tema objeto deste trabalho, realizar-se-á nova rodada de pesquisas, com o objetivo de manter sempre atualizado o tema sob exame e abordar todas as vertentes de conhecimento possíveis.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O processo penal brasileiro é regido por princípios garantidores do devido processo legal e outros princípios fundamentais para assegurar a segurança jurídica. Daí porque se fala em processo penal constitucional, dada sua elevada carga de princípios fundamentais previstos na Constituição Federal e na Lei Processual, dentre os quais: a presunção de inocência ou presunção de não-culpabilidade, o princípio da ampla defesa e do contraditório, e o princípio da mínima intervenção Estatal.

1.1 DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O principal princípio constitucional penal presente no nosso ordenamento jurídico é o da presunção de inocência ou da não culpabilidade, que se faz presente no artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, quando afirma que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

Nas palavras de Rogério Schietti Machado Cruz, este princípio é fundamental, pois:

[...] “a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza pode lastrear uma condenação. Além disso, não se impõe ao acusado a prova de sua inocência, pois é ao órgão acusador que se atribui o ônus de provar a culpa daquele a quem imputa a prática da infração penal”.¹

Já Aury Lopes Júnior nos explica as principais demonstrações deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro:

“a) É um princípio fundante, em torno do qual é constituído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal.

¹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Regras Mínimas para um devido Processo Penal*. p. 15-33. Processo Penal: pensado / aplicado. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005. p. 31.

b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual).

c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada”.²

Pacelli destaca em sua obra, a importância desse princípio, inserido no nosso ordenamento jurídico de forma mais precisa na Constituição de 1988:

“O princípio da inocência, ou da não-culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da presunção de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal),

A Constituição da República, portanto, promoveu:

a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal;

b) a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente”.³

É o que se extrai da nova redação dada pela Lei 12.403/11 ao art. 283 do Código de Processo Penal:

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

² JÚNIOR, Aury Lopes. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4ª ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 187-188

³ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15ª Ed. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2011. p. 258.

Nesse sentido, destaca-se entendimento do Pretório Excelso:

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL. PRISÃO PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA A CO-RÉUS. ISONOMIA. QUESTÃO NÃO POSTA A EXAME DO TRIBUNAL A QUO. EXCESSO DE PRAZO. OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS DA PRISÃO CAUTELAR. REAVALIAÇÃO PERIÓDICA. CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ARTIGO 5º, INCISO LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. *Omissis*. 2. *Omissis*. 3. Os fundamentos da prisão cautelar, considerada a excepcionalidade dessa medida, devem ser reavaliados a qualquer tempo, a fim de evitar-se o cumprimento da pena sem sentença transitada em julgado, em evidente afronta ao artigo 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil. A prisão cautelar, no caso decretada por conveniência da instrução criminal, deixou de ser necessária face ao avançado estágio do processo, além de o paciente ter confessado a autoria do crime que lhe foi imputado. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, deferido”.⁴

Não obstante o tratamento dado pela Magna Carta, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, em seu Art. XI preceitua que “todo ser humano acusado de ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei”.

De seu turno, o art. 8º, I, do Pacto de São José da Costa Rica, recepcionado em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, § 2º da CF/88 - Decreto Executivo 678/1992 e Decreto Legislativo 27/1992), reafirma o princípio da presunção da inocência, *in verbis*: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Por fim, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, artigo 14, n.º 2, recepcionado pelo direito brasileiro (Aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 13 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992.), afirma, *ipsis litteris*: “Toda

⁴ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC 98233, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-03 PP-00488 LEXSTF v. 31, n. 371, 2009, p. 422-428. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/>> Acesso em: 09 de out. de 2013.

pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa".

Acerca do tema, preleciona Eugênio Pacelli:

“Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou *estado* ou *situação jurídica* de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada”.⁵

Portanto, o princípio da presunção de inocência, além da proteção natural ao indivíduo, atua como uma regra de tratamento, onde incube ao órgão acusatório o ônus da prova e a sua prisão só será decretada quando adequada e proporcional, além de ser indispensável a um provimento condenatório futuro, sob pena de ser considerada como cumprimento antecipado de pena, o que é vedado pelo nosso ordenamento.

1.2 DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

O princípio da ampla de defesa e do contraditório determina que o processo penal viabilize formas de produzir as provas de suas alegações ou contradizer aquelas já produzidas pelo Ministério Público, ou pela Polícia, ou seja, busca a igualdade entre as partes, tratando-as de forma isonômica quanto à produção de prova.

Assim, o réu é sujeito dessa relação processual (Estado Juiz, Acusação e Réu), sendo a ele garantido o direito ao exercício do contraditório e ampla defesa em todas as fases da persecução criminal, conforme o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, que garante “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal* – 15ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 47.

São esses princípios que garantem condições de igualdade ao indiciado e que impedem o abuso no exercício da pretensão punitiva estatal, conferindo-lhe livre acesso à prova e as manifestações do órgão acusador, dando a ele conhecimento e tempo suficientes para o exercício da sua defesa.

Acerca do assunto, repise-se entendimento de Nucci:

“O contraditório significa a oportunidade concedida a uma das partes para contestar, impugnar, contrariar ou fornecer uma versão própria acerca de alguma alegação ou atividade contrária ao seu interesse. Inexiste incentivo para contradizer um fato, com o qual se concorda, ou uma prova, com a qual está de acordo. Logo, a abertura de chance para analisar e, querendo, contrariar já é suficiente exercício do contraditório, vale dizer, não é a expressa manifestação contrária de uma parte, dirigida a outra, que faz valer o contraditório. Este emerge legítimo, quando se concede oportunidade para manifestação em relação a algo, no processo, mesmo que não seja utilizada”.⁶

Garantir o acesso à defesa ao indiciado é tão fundamental que a sua ausência gera nulidade de todo o processo. É o que diz a súmula 523 do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

Para Pacelli:

“O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo *justo e equitativo*, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal”.⁷

O contraditório é tão importante para nosso ordenamento jurídico, que a sua ausência inviabiliza a utilização de provas colhidas sem a observância deste (art. 155 do Código de Processo Penal).

Isso porque, as provas colhidas durante o inquérito policial não poderão servir de fundamento exclusivo a um decreto condenatório, já que não

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 286-287.

⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal* – 15ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 47.

foram submetidas ao crivo da ampla defesa (nesse sentido de defesa técnica), e, principalmente, ao crivo do contraditório. Assim, os elementos de informação (elementos indiciários) servem para formular a convicção do órgão acusatório, porquanto o inquérito policial não está sujeito ao contraditório, nem a outras garantias constitucionais fundamentais.

Já a ampla defesa é entendida como o exercício de defesa de um indivíduo, seja por si só (autodefesa), o direito ao silêncio sem que isso seja interpretado de forma a prejudicá-lo, e a vedação da produção de provas contra si (*nemo tenetur se detegere*), ou mesmo, como a defesa exercida por profissional habilitado (defesa-técnica).

Entretanto, a ampla defesa não se confunde com a plenitude de defesa. Isso porque, a plenitude de defesa é um princípio constitucional ligado aos processos de Tribunal do Júri, onde todos os meios de prova são admitidos, sejam eles autorizados pela legislação, ou aqueles que nem meio de prova são, mas que são capazes de influenciar a decisão do conselho de sentença. Ademais, verificada a ausência de defesa (ou deficiência de defesa) no julgamento do plenário do Tribunal do Júri (quando já tiver sido iniciada a sessão plenária), o juiz presidente deverá dissolver o conselho de sentença, e nomear outro defensor para o patrocínio da defesa do réu. De outro lado, a ampla defesa é mais restrita às provas autorizadas pela jurisprudência pátria.

É o que nos ensina Nucci, senão vejamos:

“A lei, de um modo geral, não contém palavras inúteis, muito menos a Constituição Federal. Portanto, inexistente superfetação na dupla previsão dos referidos princípios, destinando-se cada qual a uma finalidade específica. Enquanto aos réus em processos criminais comuns assegura-se a ampla defesa, aos acusados e julgados pelo Tribunal do Júri garante-se a plenitude de defesa.

Os vocábulos são diversos e também o seu sentido. Amplo quer dizer vasto, largo, muito grande, rico, abundante, copioso; pleno significa repleto, completo, absoluto, cabal, perfeito. O segundo é, evidentemente, mais forte que o primeiro. Assim, o processo criminal perante o juiz togado, tem o acusado assegurada a ampla defesa, isto é, vasta possibilidade de se defender, propondo provas, questionando dados, contestando alegações, enfim oferecendo os dados técnicos suficientes para que o magistrado possa considerar equilibrada a demanda, estando de um lado o órgão acusador e de outro uma defesa eficiente.

Por outro lado, no Tribunal do Júri, onde as decisões são tomadas pela íntima convicção dos jurados, sem qualquer fundamentação, onde prevalece a oralidade dos atos e a concentração da produção de provas, bem como a identidade física do juiz, torna-se indispensável que a defesa atue de modo completo e perfeito - logicamente dentro das limitações impostas pela natureza humana”.⁸

Além disso, Nucci destaca que o princípio da ampla defesa garante outros direitos ao indivíduo:

“A ampla defesa gera inúmeros direitos exclusivos do réu, como é o caso de ajuizamento de revisão criminal – o que é vedado à acusação – bem como a oportunidade de ser verificada a eficiência da defesa pelo magistrado, que pode desconstituir o advogado escolhido pelo réu, fazendo-o eleger outro ou nomeando-lhe um dativo, entre outros”.⁹

Assim, a ampla defesa e o contraditório são direitos fundamentais de todo cidadão, qualquer que seja procedimento, de defender-se e produzir as provas válidas ao exercício de sua defesa, além de garantir que o réu seja efetivamente defendido.

1.3 DA MÍNIMA INTERVENÇÃO ESTATAL

Além desses, outro princípio limitador da atividade estatal é o da intervenção mínima, segundo o qual a atuação penal do Estado só poderá acontecer quando os outros direitos não sejam suficientes para reprimir a atuação do agente ou quando se viole bens jurídicos mais relevantes.

Neste sentido é o ensinamento de Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

“Sabidamente a pena criminal é uma solução imperfeita – não repara a situação jurídica ou fática anterior, não iguala o valor dos bens jurídicos postos em confronto e impõe um novo sacrifício social –; assim, deve ser guardada como instrumento de ultima ratio. Como afirma Muñoz Conde, ‘o Direito Penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes’. Entendendo ser necessário dar solução ao problema em foco, a Declaração de Direitos do

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8ª ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 87

⁹ Ibidem. p. 86-87.

Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 8.º, determinou que ‘a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias...’ Punha-se, assim, um princípio orientador e limitador do poder criativo do crime. Surgia o princípio da necessidade ou da intervenção mínima, preconizando que só legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima”.

¹⁰

Essa é também a preocupação de Nucci, *in verbis*:

“Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. Podemos anotar que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito e, conseqüentemente, à ineficiência de seus dispositivos”.¹¹

Assim, enquanto houver outras formas de constrangimento ou de advertência menos gravosas ao indivíduo que a segregação ao cárcere, o Estado-Juiz, e em especial, o Direito Penal, deve-se manter inerte, proclamando o caráter subsidiário do direito penal, sob pena de constrangimento ilegal e flagrante abuso de autoridade.

Nesse sentido é o posicionamento do Eg. Superior Tribunal de Justiça:

“ESTATUTO DO DESARMAMENTO. TRANSPORTE DE MUNIÇÃO PARA SER USADA EM ESPINGARDA CALIBRE 12, DEVIDAMENTE LEGALIZADA E REGISTRADA NO SISTEMA DE ARMAS. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.

1. [...]

2. O Direito Penal somente deve se preocupar com os bens jurídicos mais importantes e necessários à vida em sociedade, interferindo o menos possível na vida do cidadão. É a última entre todas as medidas protetoras a ser considerada, devendo

¹⁰ LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Princípios Penais Constitucionais*: o sistema das constantes constitucionais. In: RT, v. 779/set. 2000. p. 437-38.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 7ª Edição: revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 87.

ser as perturbações mais leves objeto de outros ramos do Direito.

3. [...]

4. Recurso especial a que se nega provimento.”¹²

Dessa forma, o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, é que o Estado só deverá “criminalizar” aquelas condutas que importarem em lesão significativa a um bem jurídico tutelado.

No ponto, valiosa a lição de César Roberto Bitencourt:

“A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio da bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Assim, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado”.¹³

Não é sequer razoável que toda e qualquer conduta demande a atuação do Estado-Juiz, sob pena de ilegitimar o Direito Penal. Há, entretanto, uma banalização da atuação Estatal, o que impõe elementos limitadores dessa atuação, como, por exemplo, o princípio da insignificância.¹⁴

Assim, se os outros ramos de direito forem capazes de solucionar a demanda, não há a necessidade de atuação do Direito Penal, que figura como a medida extrema de proteção a bens jurídicos mais relevantes ou a lesões mais expressivas.

¹² BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 1228545/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 29/04/2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/>> Acesso em: 09 de out. de 2013.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pg. 51

¹⁴ A Suprema Corte tem entendido que, para a incidência do princípio da insignificância, alguns vetores devem ser considerados, quais sejam: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) a inexpressividade da lesão jurídica causada (Cf. HC n. 84.412/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJe 19.11.2004). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/>> Acesso em: 10 de out. de 2013.

1.4 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS

São três os sistemas processuais penais conhecidos no nosso ordenamento jurídico: o sistema inquisitório; o sistema acusatório; e o sistema misto ou acusatório formal. Serão eles que ditaram as regras do processo penal, determinando as diretrizes básicas à persecução criminal.

1.4.1 O SISTEMA INQUISITÓRIO

Surgido no Direito Canônico, esse sistema processual é caracterizado pela ausência de garantias constitucionais penais intrínsecas ao indivíduo e pela concentração da defesa, acusação e julgamento no Estado-Juiz. Nesse sentido, é a doutrina de Nucci:

“É caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é a considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa”.¹⁵

Outra característica importante desse sistema é o sigilo, presente em todo o processo penal. No ponto, impende ressaltar também que não existem garantias fundamentais do indivíduo, como, por exemplo, contraditório, ampla defesa e o direito ao silêncio, sem que isso seja entendido em seu desfavor, porquanto, como já mencionado, a confissão é a rainha das provas.

É o que se extrai da doutrina de Paulo Rangel, senão vejamos:

- a) “as três funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, *ex officio*, a acusação, quebrando, assim, sua imparcialidade;
- b) o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo;

¹⁵NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8ª ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 121.

- c) não há o contraditório nem a ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe conferindo nenhuma garantia.
- d) o sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal (cf. item 7.11.2 infra) e, conseqüentemente, a confissão é a rainha das provas. (destaques do autor).¹⁶

Outra característica desse sistema se refere à produção de provas e ao controle da sua produção, concentrada no Estado-Juiz, que detinha exclusividade na sua produção.

No Código de Processo Penal Brasileiro, extraem-se traços característicos desse sistema, conforme diz Nestor Távora em sua obra:

“O Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, seguiu essa linha de raciocínio, inspirado que foi, em sua maior parte, no Código Rocco, da Itália, de inspiração fascista. Preponderava a ideia que colocava o juiz em uma posição hierarquicamente superior às partes da relação jurídica processual, como uma espécie de super-parte, sem cautelas para preservar eficazmente sua imparcialidade.

O Código então centralizou no juiz a gestão da prova, com a possibilidade de sua produção sem necessidade de provocação das partes, conferindo-lhe poderes como os de iniciar ação penal através do procedimento denominado judicialiforme (sem observar o princípio ne procedat iudex ex officio), de controlar a função investigatória mediante a fiscalização do arquivamento do inquérito policial e de modificar não só a capitulação dada ao fato imputado pelo Ministério Público (emendatio libelli), mas também o de tomar a iniciativa para dar novo enquadramento jurídico ao fato narrado, provocando o órgão acusatório a aditar a inicial (mutatio libelli).¹⁷

O que se observa é que nesse sistema vigora a existência de mitigação dos direitos fundamentais do indivíduo, característica própria dos regimes autocráticos ou ditatoriais puros. Nele, o interesse do Estado suplanta qualquer obstáculo à produção da confissão ou ao interesse coletivo, sendo frequentemente noticiado o uso da tortura para sua obtenção. A intenção clara do sistema é reforçar a força do Estado, causando temor, como forma de impedir a reiteração delituosa.

¹⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 47-48.

¹⁷ TAVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 8 ed. rev. atual. ampl. Editora Juspodivm, 2013. p. 40.

1.4.2 O SISTEMA ACUSATÓRIO

Ideologicamente avesso ao sistema inquisitório, o sistema acusatório é aquele que garante a imparcialidade entre o órgão acusatório, Estado-Juiz e o réu. Assim, há a garantia da ampla defesa e do contraditório às partes, na presença do juiz natural.¹⁸

Dentre essas características, Nucci destaca que esse sistema processual:

“Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito do ofendido e qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra”.¹⁹

Ademais, nesse sistema rui-se a crítica ao sistema inquisitivo quanto à parcialidade do julgador ao determinar a produção de prova. Aqui o magistrado determina a produção da prova quando a instrução for deficiente. Isso porque, o juiz ao determinar a prova de ofício não sabe quem aproveitará aquela prova, vencendo a demanda aquele que “tenha razão”.²⁰

Outro ponto característico do modelo acusatório é o respeito à separação dos poderes, inadmitindo quaisquer interferências desautorizadas de um poder a outro, sob pena de ofensa a autonomia de cada poder do Estado (legislativo, judiciário e executivo). Há ainda, boa parte da doutrina que entende a existência de um quarto poder, o Ministério Público, igualmente autônomo e legalmente constituído.

Quanto à prova, há uma inestimável mudança desse sistema em comparação com o acusatório, pois, aqui, vigora a publicidade dos atos processuais, tornando a pretensão punitiva Estatal pública, quando recebida a

¹⁸O Princípio do Juiz Natural veda a criação de Tribunal “*ad hoc*”, ou seja, ninguém será processado senão pela autoridade competente legalmente constituída.

¹⁹NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8ª ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 121.

²⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória no processo penal acusatório*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais 27/71. São Paulo: RT,1999.

denúncia e determinada a citação do réu, salvo nos casos em que o segredo de justiça se impõe.

Outra importante característica é a valoração da prova colhida em sede de inquérito policial, sendo vedado ao magistrado, nesse modelo, um provimento condenatório fundamentado exclusivamente nas nessas provas. A prova colhida no inquérito policial, conforme citado no item 1.2 do presente projeto de pesquisa, não é submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa. O julgador deverá atuar de forma que as provas colhidas em sede de inquérito policial corroborem com as produzidas em juízo, sob pena de absolvição do réu.

Ao julgador cabe preservar o Estado de igualdade entre as partes (Ministério Público e réu), preservando a ambos as garantias fundamentais. No ponto, destaca-se ainda que nesse modelo, o juiz não está adstrito ao juízo de convencimento do órgão acusatório, nem tampouco, às manifestações do réu. O juiz é parte desse processo, atuando dentro dos limites da legalidade.

Nesse sentido:

“PENAL. ROUBO. PARTICIPAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONTRÁRIA À MANIFESTAÇÃO DO MP. NULIDADE AFASTADA. LIVRE CONVENCIMENTO. RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DOS ARTS. 42 E 385 DO CPP. PROVAS SUFICIENTES SOBRE PARTICIPAÇÃO DELITIVA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Proposta a ação penal pública, o processo se desenvolve por impulso oficial, cabendo ao magistrado zelar pela sua regularidade e respeito aos princípios e regras pertinentes, em busca da construção da verdade.

2. De acordo com o sistema acusatório, em que as atividades de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas e/ou órgãos distintos, o magistrado não está adstrito à manifestação do Ministério Público, podendo condenar ou absolver segundo seu livre convencimento motivado.

3. Apelação a que se nega provimento”.²¹

²¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Criminal*. 20120610142530APR, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Revisor: SOUZA E AVILA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 18/07/2013, Publicado no DJE: 29/07/2013. Pág.: 231. Disponível em < <http://www.tjdft.jus.br/> > Acesso em: 10 de out. de 2013.

Logo, trata-se de sistema processual garantista, altamente preocupado em preservar os direitos fundamentais dos indivíduos e que salvaguarda a liberdade do réu, além de se afastar das características do sistema processual inquisitório.

1.4.3 O SISTEMA MISTO OU ACUSATÓRIO FORMAL

Nucci destaca que esse sistema pressupõe a existência de duas grandes fases:

[...] “a instrução preliminar, com elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção dos juízes populares e a livre apreciação das provas”.²²

Num primeiro momento, há um procedimento secreto, sigiloso, e sem contraditório, submetido ao controle do Ministério Público. Essa fase tem por objetivo principal a colheita de provas suficientes ao convencimento do órgão acusatório, para que este então, promova a ação penal.

Em um segundo momento, com a ação penal já em curso, assegura-se todos direitos fundamentais do réu, se fazendo presentes a ampla defesa e o contraditório, a publicidade, a oralidade, e a livre apreciação das provas.

Paulo Rangel descreve outras características desse sistema:

- a) “a fase preliminar de investigação é levada a cabo, em regra, por um magistrado que, com o auxílio da polícia de atividade judiciária, pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação. Em alguns países, esta fase é chamada de “*juizado de instrução*” (v.g. Espanha e França). Há nítida separação entre as funções de acusar e julgar, não havendo processo sem acusação (*nemo iudicio sine actore*);
- b) na fase preliminar, o procedimento é secreto, escrito e o autor do fato é mero objeto de investigação, não havendo

²²NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8ª ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 121-122.

- contraditório nem ampla defesa, face à influência do procedimento inquisitivo.
- c) a fase judicial é inaugurada com a acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público, onde haverá um debate oral, público e contraditório, estabelecendo plena igualdade entre a acusação e a defesa.
 - d) o acusado, na fase judicial, é sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura o estado de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar a sua culpa, através do devido processo legal, e destruir esse estado. O ônus é todo e exclusivo do Ministério Público;
 - e) o procedimento na fase judicial é contraditório, assegurado ao acusado a ampla defesa, garantida a publicidade dos atos processuais e regido pelo princípio da concentração, em que todos os atos são praticados em audiência”.²³

Entretanto, esse sistema processual é alvo de duras críticas da doutrina especializada.

Não obstante seja um claro avanço em relação ao sistema inquisitório, no sistema misto permanece a produção da prova em sede inquisitorial, além da ausência do contraditório.

Aliás, essa é a crítica feita por Aury Lopes Jr, ao sistema processual misto:

“A fraude reside no fato de que a prova colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada com a prova judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase”.²⁴

Portanto, o sistema processual misto ou acusatório formal misto, é aquele onde as partes provocam a atuação jurisdicional em igualdade processual e separação de funções. Há a coexistência de traços do sistema inquisitório (inquérito policial, e suas peculiaridades) e o sistema acusatório

²³RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 52.

²⁴LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 70-71.

puro, onde se garante a separação entre as funções de acusar, julgar e se defender, em três sujeitos processuais distintos: o autor (Ministério Público ou o Ofendido no caso de Ação Penal Privada Subsidiária da Pública), o Estado-Juiz e o Réu, respectivamente. O juiz nesse sistema é (ou deveria ser) imparcial.

1.4.4 O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

E afinal, qual o sistema processual adotado pelo Brasil? Há na doutrina grande divergência quanto ao tema. Muitos processualistas defendem que o sistema processual brasileiro é o acusatório, destacando que a nossa Constituição preserva diversas garantias fundamentais.

Impende destacar que a Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso I, ao determinar que, compete exclusivamente ao Ministério Público, a promoção da ação penal pública, na forma da lei, demonstra sua intenção em se filiar ao sistema acusatório.

Nesse sentido é a doutrina de Nestor Távora:

“Com origem que remonta ao Direito grego, o sistema acusatório é o adotado no Brasil, de acordo com o modelo plasmado na Constituição Federal de 1988. Com efeito, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (art. 129, I, CF/88), a Carta Magna deixou nítida a preferência por esse modelo que tem como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado. Nota-se que o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão de prova, não sendo mais o juiz, por excelência, o seu gestor”.²⁵

Ademais nossa Constituição é cristalina no que se refere ao respeito às garantias fundamentais descritas no seu art. 5º. Além disso, percebe-se que o legislador constituinte além de elencar todas as garantias

²⁵TAVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 8 ed. rev. atual. ampl. Editora Juspodivm, 2013. p. 41.

fundamentais como cláusulas pétreas, determinou a separação entre os poderes e primou por um processo penal garantista.

Daí porque Fernando Capez também entende que o Brasil adotou o Sistema Acusatório:

“Como argumentamente observa Gianpaolo Poggio Smanio, em seu *Criminologia e juizado especial criminal* (São Paulo, Atlas, 1997, p. 51 e 53), esse modelo processual não padece das mesmas críticas endereçadas aos juizados de instrução, no sentido de que o juiz, ao participar da colheita da prova preliminar, teria a sua parcialidade afetada. É que, no sistema acusatório, a fase investigatória fica a cargo da Polícia Civil, sob controle externo do Ministério Público (CF, art. 129, VII; Lei Complementar n. 734/93, art. 103, XIII, a a e), a quem, ao final, caberá propor a ação penal ou o arquivamento do caso. A autoridade judiciária não atua como sujeito ativo da produção da prova, ficando a salvo de qualquer comprometimento psicológico prévio. O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, *caput* e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art.5º, LVII) (*Criminologia*, cit., p. 31-8). É o sistema vigente entre nós”.²⁶

Entretanto, há quem entenda que o sistema processual predominante no Brasil é um sistema misto, composto por traços do sistema acusatório, quando garante o contraditório, por exemplo, e traços do sistema inquisitório, principalmente no inquérito policial.

Nesse sentido é o ensinamento de Rogério Lauria Tucci:

[...] “o moderno processo penal delineia-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; e, formalmente, no tocante ao procedimento desenrolado na segunda fase da persecução penal, acusatório”.²⁷

Isso porque, o Código de Processo Penal Brasileiro contém traços do sistema inquisitivo, como, por exemplo, a possibilidade da conversão

²⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 85

²⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 42.

de ofício da prisão em flagrante em preventiva pelo Juiz, a produção de provas de ofício.

Essa é a crítica de Nucci aos que classificam o processo penal brasileiro como acusatório:

“Defender o contrário, classificando-o como acusatório é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta a prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção. Fosse o inquérito, como teoricamente se afirma, destinado unicamente para o órgão acusatório, visando à formação da sua *opinio delicti* e não haveria de ser parte integrante dos autos do processo, permitindo-se ao magistrado que possa valer-se dele para a condenação de alguém”. [...] ²⁸

Ademais, se fosse acusatório puro como pretendia o legislador, não teria conferido ao juiz o poder de produzir provas urgentes e relevantes, de ofício, antes mesmo do início da ação penal, conforme previsto no art. 156, I, do Código de Processo Penal. ²⁹

Portanto, ainda que o processo penal brasileiro essencialmente mais se aproxime do sistema acusatório, a presença de elementos do sistema acusatório, autorizam a classificação do nosso sistema como o misto.

É o que explica Paulo Rangel:

“O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam no inquérito policial são verdadeiros. [...]. Assim, não podemos dizer, pelo menos assim pensamos, que o sistema acusatório adotado entre nós é puro. Não o é. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito”. ³⁰

²⁸NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8ª ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 123-124.

²⁹Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

³⁰RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 53.

Assim, nos filiamos a corrente que classifica o processo penal brasileiro como misto. Ainda que se garanta todos os direitos fundamentais do indivíduo, como o exercício do contraditório e da ampla defesa, o respeito ao princípio da presunção de inocência, e a separação dos poderes, o nosso processo penal ainda mantém características nefastas próprias dos sistemas inquisitivos que mitigavam as garantias dos indivíduos para garantir o interesse do Estado na proteção da ordem pública.

É o que ocorre no nosso inquérito policial, onde são reduzidas as garantias fundamentais do indivíduo conduzido perante a autoridade policial. O inquérito policial tomará por termo de depoimento as declarações do condutor, das testemunhas e da vítima, e, em seguida, do conduzido, sendo a ele garantido apenas o exercício do direito ao silêncio. O conduzido não poderá contradizer as provas produzidas nessa fase processual, bem como não terá a possibilidade de produzir provas a evitar eventual decreto de sua prisão (da sua conversão, no caso de prisão em flagrante) ou evitar o oferecimento da denúncia.

Ademais, conforme restará demonstrado no terceiro capítulo do presente projeto de pesquisa, o juiz que recebe os elementos informativos e desde já, converte aquela prisão em flagrante em segregação preventiva, perde sua imparcialidade, além de violar as garantias individuais do indivíduo.

2. DAS PRISÕES CAUTELARES

Prisão cautelar, para Renato Brasileiro de Lima, é “aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal”.³¹

O termo prisão cautelar é gênero e a prisão temporária, em flagrante e preventiva, espécies daquela. Como seu próprio nome sugere, é aquela que tem por objetivo acautelar o meio social, ou seja, resguardar a sociedade diante do cometimento de ato ilícito, garantir a segurança pública, impedindo o cometimento de novos crimes. Nas palavras de Capez, a prisão cautelar de natureza provisória:

[...] “somente se justifica, e se acomoda dentro do ordenamento jurídico pátrio, quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz, ou seja, desde que necessária para uma eficiente prestação jurisdicional. Sem preencher os requisitos gerais da tutela cautelar (*fumus boni iuris e periculum in mora*), sem necessidade para o processo, sem caráter instrumental, a prisão provisória, da qual a prisão preventiva é espécie, não seria nada mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado, e, isto sim, violaria o princípio da presunção da inocência”.³²
(destaques do autor)

A prisão cautelar constitui medida excepcional e não a regra, sendo entendida como a *ultima ratio*. Portanto ela só poderá ser decretada quando as outras medidas menos gravosas foram insuficientes ou não recomendáveis. É o que se extrai do artigo 282, parágrafo § 6º, do Código de Processo Penal, *in verbis*: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.

Nesse contexto, para sua efetivação mostra-se imprescindível a ocorrência simultânea de dois pressupostos: o “*fumus commissi delicti*” e o “*periculum libertatis*”, que serão objeto de estudo deste projeto de pesquisa. São espécies de prisão cautelar: a prisão temporária, a prisão em flagrante e a prisão preventiva.

³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática*. De acordo com a Lei nº 12.403/11. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 77.

³² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 322.

2.1 PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária é espécie de prisão cautelar prevista na Lei 7.960/89. Nas palavras de Fernando Capez é a prisão cautelar de natureza processual destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial. O artigo primeiro da Lei 7.960/89, descreve as hipóteses cabíveis à decretação da prisão temporária.

O entendimento majoritário da doutrina especializada é que a prisão temporária poderá ser decretada pela reunião do inciso III com o inciso I ou com o inciso II, não havendo a obrigatoriedade de cumulação de todos os incisos do artigo 1º da Lei n.º 7.960/1989. Nesse sentido, confira-se entendimento de Nucci:

[...] “muito se discute a respeito dos requisitos para a decretação da prisão temporária. Seriam os incisos I, II e III, do art. 1º, desta Lei, cumulativos ou alternativos? Se forem considerados cumulativos, a prisão temporária praticamente desaparece do cenário processual, pois tornar-se-ia muito difícil localizar uma situação em que alguém cometa um dos delitos descritos no inciso III, além de ser imprescindível para a investigação e não possua o suspeito residência fixa ou elementos para estabelecer sua identidade. Por outro lado, ser forem considerados alternativos, tornar-se-ia banal a decretação da prisão temporária. Bastaria que ele não tivesse residência fixa e por mais ínfima que fosse a infração penal cometida comportaria a decretação da prisão temporária. Nem uma solução nem outra se afigura razoável. Por isso, concordamos com a doutrina que procura, como sempre, consertar os equívocos legislativos e fixa como parâmetro a reunião do inciso III com o inciso I ou com o inciso II. Nesta ótica, Maurício Zanoide de Moraes (*Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, v. 2, p. 2869). Somente se pode decretar a prisão temporária quando o agente cometer uma das infrações descritas no inciso III do art. 1º (crimes considerados mais graves) associado à imprescindibilidade para a investigação policial (ex: as testemunhas temem reconhecer o suspeito) ou à situação de ausência de residência certa ou identidade incontestada (ex: pode dar-se a fuga do suspeito)”.³³

Coaduna com esse entendimento, o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 1046.

“HABEAS CORPUS. PRISÃO TEMPORÁRIA DECRETADA. RELATÓRIO DA AUTORIDADE POLICIAL QUE NÃO REVELA A PRESENÇA DE HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 1º DA LEI 7.960/89. CASSAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. ORDEM CONCEDIDA.

Para a decretação da prisão temporária deve haver fundadas razões da prática ou da participação do suspeito ou indiciado nos crimes elencados no inciso III do art. 1º da citada Lei e, ao mesmo tempo, ser a prisão imprescindível para as investigações, ou tratar-se de suspeito ou indiciado sem residência fixa ou insuficientemente identificado”.³⁴

Ademais, a decisão que decretar a prisão temporária, deverá ser proferida por autoridade competente, em decisão fundamentada, em face de requerimento da Autoridade Policial ou manifestação do Ministério Público, pelo prazo de cinco dias, prorrogável por igual período.

No caso dos crimes hediondos ou equiparados a hediondos descritos pela lei 8.072/90, o prazo é de trinta, prorrogável por igual período. Decorrido o prazo legal, o indivíduo preso deve ser colocado imediatamente em liberdade, a não ser que tenha sido decretada sua prisão preventiva, sob pena de constrangimento ilegal e abuso de autoridade (art. 4º, inciso i, da Lei 4.898/65).

2.2 PRISÃO EM FLAGRANTE – CONCEITO E NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Segundo Daniel Gerber o artigo 302, inciso I do CPP “encerra o conceito estrito de flagrante, eis que se refere à prisão que ocorre no momento do delito, ou seja, enquanto a ação criminosa está a “arder””.³⁵

Além dessa hipótese citada pelo autor, entende-se em flagrante delito aquela conduta que se enquadre em qualquer um dos incisos do art. 302 do CPP.

³⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Habeas Corpus* 20100020133053. Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 02/09/2010, Publicado no DJE: 15/09/2010. Pág.: 155. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/>> Acesso em: 11 de out. de 2013.

³⁵ GERBER, Daniel. *Prisão em Flagrante: Uma Abordagem Garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 131.

Com a entrada em vigor Lei 12.403/11, o julgador passou a ter mais opções ao receber a comunicação de uma prisão em flagrante, formalizada pelo Auto de Prisão em Flagrante.

Recebida a comunicação do Flagrante, a autoridade policial deverá ouvir o condutor, as testemunhas, e o preso, lavrando o respectivo Auto de Prisão em Flagrante e submeter à apreciação jurisdicional no prazo de 24 horas, realizando as devidas comunicações à família do preso e à Defensoria Pública, no caso de omissão de advogado particular. (CPP, art.306, § 1º)

O juiz deve então analisar a legalidade do flagrante e então proceder a sua conversão, quando presentes os requisitos dos art. 312 e 313 do CPP, de forma fundamentada.

Antes da reforma da legislação processual penal com a Lei 12.403/2011, não estava previsto a existência de alternativas a prisão do acusado. Se, no curso do processo, o autor se enquadrasse em uma das hipóteses do decreto da segregação preventiva prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal, independentemente da gravidade e das condições em que crime foi cometido, era de praxe a sua segregação. Não havia alternativa.

O problema é que essa obrigatoriedade da prisão no curso do processo trazia consigo extrema carga de constrangimento ilegal. Ora se prendia o inocente, ora deixava solto o acusado, por pura omissão legislativa.

Destarte, com o advento da Lei 12.403/11, o legislador buscou trazer ao Estado Juiz, formas de punição e de controle que se alternavam e surtiriam efeito sem que o acusado tenha que ser preso. Houve então, uma subsidiariedade da prisão cautelar. Agora ela só seria decretada quando insuficientes ou não recomendáveis no caso concreto, seja pelas condições pessoais do agente, como por exemplo, a reincidência, seja pela gravidade do delito ou pelas circunstâncias do crime, à aplicação de medidas alternativas ao decreto da prisão cautelar. Superou-se, portanto, a omissão legislativa.

É o que nos ensina Bonfim:

“Com a novel legislação, não mais subsiste o entendimento, antes chancelado pela doutrina, da absoluta autonomia da modalidade de prisão em flagrante, segundo a qual a prisão em flagrante poderia perdurar durante todo o processo, sem que em momento algum fosse convertida em preventiva”.³⁶

As reformas introduzidas pela redação da Lei 12.403/2011 não alteraram as disposições dos artigos 301 a 305, que tratam da prisão em flagrante, portanto, permanecem vigentes e aplicáveis ao instituto da prisão cautelar em flagrante e da respectiva formalização do Auto de Prisão em Flagrante e sua comunicação ao Juízo Competente.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXI, ao afirmar que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”, autoriza a prisão em flagrante no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 HIPÓTESES LEGAIS DE PRISÃO EM FLAGRANTE

O artigo 302 do Código de Processo Penal arrola em seus incisos as hipóteses entendidas como flagrante delito. Em seus incisos I e II, o artigo 302 expõe o chamado flagrante próprio, que é aquele quando o agente está cometendo a infração penal ou quando ele acabou de cometê-la.

Já em seu inciso III, ao afirmar que considera-se em flagrante delito aquele que “*é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração*”, estaremos diante do denominado flagrante impróprio ou não autêntico. Por fim, o inciso IV (“*é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração*”), explicita o flagrante presumido.³⁷ (grifou-se)

³⁶ BONFIM, Edilson Mougnot. *Reforma do Código de Processo Penal: Comentários à Lei N. 12.403, de 4 de Maio de 2011*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 76.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: De acordo com a Lei 12.403/2011*. 3ª Edição: Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 72-73.

A polêmica desse artigo se encontra nas expressões logo após e logo depois, previstas nos incisos III e IV do art. 302 do CPP. No entender de Nucci³⁸, as expressões carregam “um conteúdo de imediatidade, buscando um cenário de perseguição contínua, sem a perda do rastro ou desconhecimento da autoria”.

Nos crimes permanentes, nos quais a sua consumação se prolonga no tempo, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência, nos termos do artigo 303 do Código de Processo Penal.

Ao efetuar a prisão em flagrante do agente o policial ou qualquer um do povo que tenha dado a ordem de prisão, deve conduzir o preso à presença da autoridade policial, para a oitiva do condutor, das testemunhas, e do acusado para a formalização do Auto de Prisão em Flagrante, se a autoridade policial entender por válida a prisão do acusado.

2.4 DAS INOVAÇÕES COM O ADVENTO DA LEI 12.403/2011

Com a nova Lei em vigor, a autoridade policial, se entender ausentes dos requisitos de autoria e materialidade e os requisitos previstos no artigo 312 do CPP, ou na hipótese de não se cuidar de crime grave, com pena inferior a quatro anos, e o acusado sendo primário, poderá relaxar a prisão em flagrante ou conceder ao acusado liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, em valor arbitrado por ele, dentro dos limites da necessidade e proporcionalidade.

Entretanto, em se tratando de conduta tipificada com pena superior a quatro anos de reclusão, sendo o agente reincidente, o crime tenha sido cometido dentro do seio familiar ou contra vulnerável ou houver dúvida acerca da identidade do acusado, a autoridade policial deverá formalizar a prisão em flagrante e submeter à apreciação do Juiz competente.

Em qualquer das hipóteses a prisão em flagrante será comunicada a família do acusado, à defensoria pública, ao Juiz competente e

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit. p. 73

ao Ministério Público, em respeito ao artigo 5º, inciso LXII da Constituição Federal.

A lei 12.403/11 alterou significativamente as disposições do artigo 310 do CPP. Com efeito, trouxe ao magistrado um leque de opções de procedimento ao receber a comunicação de uma prisão em flagrante.

O magistrado ao verificar o auto de prisão em flagrante, poderá relaxar a prisão ilegal, expedindo o competente alvará de soltura em favor do acusado, ou se reputar o flagrante como legal, ou seja, analisar se a prisão em flagrante respeitou as formalidades legais, converterá a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando estiverem presentes os requisitos elencados no artigo 312 do CPP, e quando forem insuficientes ou inadequadas a aplicação das medidas cautelares descritas no artigo 319 do CPP ou ainda, conceder liberdade provisória ao acusado, com ou sem fiança, se o crime for afiançável ou inafiançável (previsto em lei), quando ausentes os requisitos da prisão preventiva ou amparado por alguma das excludentes de ilicitude.

2.5 DA PRISÃO PREVENTIVA – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, com a devida fundamentação, e análise da necessidade e da proporcionalidade do decreto da segregação cautelar, presentes ainda, um dos requisitos do artigo 312 do Código Processo Penal combinado com um dos incisos do artigo 313 do mesmo *Códex*.

José Frederico Marques ensina que para ser legítima, a prisão preventiva deve respeitar quatro requisitos: a) natureza da infração (alguns delitos não a admitem, como ocorre com os delitos culposos), b) probabilidade de condenação (*fumus boni juris*), c) perigo na demora (*periculum in mora*) e d) controle jurisdicional prévio.³⁹

³⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. 4. p. 58. Apud. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 605

2.6 DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

Conforme dito anteriormente, a prisão preventiva para legitimar-se no ordenamento jurídico, é forçoso observar alguns requisitos básicos, como a presença do *fumus comissi delicti* (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria) e o *periculum libertatis* (requisitos do art. 312 do CPP).

Sobre o tema, valiosa a lição de DELMANTO JÚNIOR, senão vejamos:

“Primeiro hão de ser constatadas a materialidade do delito e a existência de graves indícios de sua autoria (que são pressupostos da prisão cautelar); em seguida, deverá ser aferida a ocorrência do perigo concreto que a manutenção da liberdade do acusado representa para a instrução processual ou para a futura aplicação da lei penal (seus requisitos)”.⁴⁰

Ademais, por se tratar de medida extrema que retira do indivíduo seu *status libertatis*, só poderá ser usada em último caso, onde houver imperiosa necessidade e razoabilidade ao delito perpetrado.

2.6.1 O FUMUS COMISSI DELICTI

O *fumus comissi delicti* nada mais é que a prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria. Assim, a prova da existência do crime refere-se à própria existência do crime, verificada a partir dos elementos de prova que serão produzidos, como, por exemplo, o exame de corpo de delito, naqueles crimes que deixam vestígios. Nesse ponto, importante que deverá ser comprovada a existência do fato delituoso, sob pena de absolvição do indiciado com fundamento no *in dúbio pro reo*.

Há que se verificar ainda a existência de indícios suficientes de autoria, ou seja, o contexto fático e as provas produzidas devem conduzir a autoria de alguém. Aqui, não é necessária a demonstração cabal de autoria, bastando para tanto o indício devidamente comprovado. Nesse sentido, é a doutrina de Capez:

⁴⁰ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 84.

“Note-se que, nessa fase, não se exige prova plena, sendo suficiente a existência de meros indícios. Basta a probabilidade de o réu ou indiciado ter sido o autor do fato delituoso. Nesse sentido: “Não se pode exigir para a prisão preventiva a mesma certeza que se exige para a condenação. O *in dubio pro reo* vale ao ter o juiz que absolver ou condenar o réu. Não, porém, ao decidir se decreta ou não a custódia provisória” (RT, 554/386)”.⁴¹

Assim, ao decretar a prisão preventiva de um indivíduo, o magistrado competente deverá destacar os elementos mínimos de autoria, em decisão devidamente fundamentada e calcada em elementos narrados nos autos. Exige ainda, a comprovação incontestada da existência do delito, ou seja, a prova da existência de um crime.

2.6.2 O PERICULUM LIBERTATIS

O periculum libertatis conforme já amplamente apresentado, refere-se aos requisitos autorizadores da prisão cautelar descrita no artigo 312 do Código de Processo Penal, ou seja, a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal, a garantia da ordem econômica, para assegurar a aplicação da lei penal.

Sobre o tema, adverte Paulo Rangel:

*“As expressões garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal constituem o chamado periculum in mora (periculum libertatis), ou seja, o perigo na demora da prestação jurisdicional, pois, quando for dada a sentença, se a medida não for adotada, de nada valerá. Nesse caso, deve-se verificar se há necessidade e urgência na adoção da medida”.*⁴² (grifos do autor)

Isso porque, a prisão cautelar reveste-se de caráter excepcional, devendo ser decretada em último caso, e em casos que justifiquem a necessidade dessa medida extrema.

⁴¹ CAPEZ, Fernando. *Código de Processo Penal Comentado*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 311.

⁴² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 796.

Dessa forma, a segregação cautelar impõe, além da satisfação dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, de fundamentação idônea para legitimar essa medida extrema.

Assim, a decretação da segregação cautelar, possibilidade excepcional e desde que satisfeitos os requisitos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal, necessita da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária, não se legitimando quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem.

2.6.2.1. DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A garantia da ordem pública é a atuação do Estado ao reprimir uma conduta criminosa para assegurar a segurança pública da população. Nucci entende que este requisito poderá ser utilizado quando:

[...] “a gravidade concreta do crime, a repercussão social, a maneira destacada de execução, as condições negativas do autor e o envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa. Tais elementos não precisam ser encontrados cumulativamente, bastando que exista, pelo menos, um binômio, como regra”.⁴³

Nesse sentido, a gravidade abstrata é aquilo que a sociedade acha que o crime é. É a opinião da sociedade acerca daquela conduta. A gravidade em concreto do crime, que autoriza a prisão preventiva do acusado sob esse fundamento, é analisada pelas circunstâncias do crime. Observa-se, portanto, os meios que o agente utilizou para o cometimento do delito.

Por exemplo, ao fundamentar a prisão preventiva do acusado pela gravidade abstrata do crime de roubo, o juiz pode sinalizar elementos de convicção gerais, sem adentrar ao caso concreto e suas circunstâncias. É falar, que o roubo é delito grave, que amedronta a população e deve ser reprimido pela atividade Estatal.

⁴³NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*: de acordo com a Lei 12.403/2011. 3 Ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2013. p. 88.

Em outro espectro, a gravidade em concreto do crime, é a análise objetiva da conduta. Por exemplo, para o cometimento do roubo, o agente agride a vítima sem que essa tenha demonstrado qualquer reação, sem que essa tenha dificultado a ação delituosa. Nesses casos a prisão preventiva é pela gravidade em concreto do crime, e autorizada pelo ordenamento jurídico penal brasileiro.

A repercussão social não se refere à exposição da conduta pela mídia. Nucci entende que o judiciário deve observar se aquela conduta é realmente capaz de gerar um clamor social pela punição do agente, se aquela conduta foi ignorada ou não pela população. Os crimes graves que tragam uma carga de comoção, revolta, sentimento de impunidade ou descrédito na Justiça, viabilizam o decreto da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública⁴⁴.

A maneira destacada de execução é aquela que torna a atuação criminosa anormal, capaz de evidenciar uma repercussão social negativa além daquela normal a espécie. Aqui analisar-se-á a ousadia e o destemor do agente, a premeditação e todos os meios que ele se utilizou para a prática da infração.

Ao fazer a análise das condições pessoais do agente, levando em consideração a sua folha de antecedentes criminais e a sua conduta social, o Juiz deverá sopesar a necessidade da prisão cautelar.

É certo que a situação de reincidência ou a presença de outras passagens pela polícia e condenações não transitadas em julgado, conferem ao juiz a possibilidade de decretação da prisão preventiva do agente, tendo em vista que a primeira condenação não surtiu o efeito necessário e nem freou o agente na prática delituosa.

Ademais, a jurisprudência pátria tem entendido que as condições pessoais favoráveis, como ser o réu primário, de bons antecedentes,

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*: de acordo com a Lei 12.403/2011. 3 Ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2013. p. 89.

possuir residência fixa no distrito de culpa e ocupação lícita, por si só, não tem o condão de afastar a prisão preventiva do agente.⁴⁵

Por fim, pela ordem pública, o juiz pode decretar a prisão do agente que faça parte ou esteja envolvido com quadrilhas ou bandos, ou qualquer tipo de organização criminosa, capaz de gerar insegurança e intranquilidade social seja no dia-a-dia, seja nos presídios.

2.6.2.2 DA GARANTIA DA ORDEM ECONÔMICA

Ao decretar a prisão preventiva do indiciado para garantia da ordem econômica, o magistrado deve observar se a ação delituosa foi capaz de abalar a economia ou acarretar gravame a população. Logo, a aplicação dessa modalidade de prisão preventiva fica adstrita à prática de crimes contra o sistema financeiro nacional, crimes econômicos em geral, crimes de colarinho branco e os crimes tributários.

2.6.2.3 DA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

A conveniência da instrução criminal só poderá ser utilizada quando o indiciado tentar impedir ou dificultar a apuração dos fatos pelo Estado. São aqueles casos em que o indiciado se furta a comparecer aos atos processuais, ameaça as testemunhas, falsifica ou adultera provas.

Se o indiciado não concorrer para a prática de nenhuma dessas práticas, não pode ser usado o fundamento de conveniência da instrução criminal para o decreto de sua prisão preventiva.

Para Capez, a conveniência da instrução criminal:

[...] “visa a impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 20130020056133HBC, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 21/03/2013, Publicado no DJE: 08/04/2013. Pág.: 140. Disponível em < <http://www.tjdf.tjus.br/>> Acesso em: 11 de out. de 2013.

vestígios do crime, destruindo documentos etc. Evidente aqui o *periculum in mora*, pois não se chegará à verdade real se o réu permanecer solto até o final do processo. Embora a lei utilize o termo *conveniência*, na verdade, dada a natureza excepcional com que se reveste a prisão preventiva (CPP, art. 282, § 6º), deve-se interpretá-la como *necessidade*, e não mera *conveniência*".⁴⁶

Dessarte, a prisão preventiva deve ser decretada com fundamento na conveniência da instrução criminal quando, por exemplo, há risco de fuga deliberada do agente, demonstrando que não está interessado em colaborar com a aplicação da lei.

2.6.2.4 DA GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

A garantia da aplicação da lei penal se refere às situações onde haja fundado receio de fuga do agente capaz de impedir a eficiência da punição. Nucci cita alguns indicativos que o réu possa estar se furtando a aplicação da lei penal quando:

"a) sumir logo após a prática do crime, sem retornar, nem dar o seu paradeiro; b) dispor de seus bens e desligar-se de seu emprego; c) despedir-se de familiares e amigos, buscando a transferência de valores ou bens a outro Estado ou ao exterior; d) viajar a local ignorado, sem dar qualquer satisfação de seu paradeiro, ao juiz do feito, por tempo duradouro; e) ocultar sua residência e manter-se em lugar inatingível pela Justiça".⁴⁷

De outra sorte, a simples falta de comprovação de endereço fixo não constitui medida idônea a justificar o decreto da prisão preventiva⁴⁸. É que nem todos detêm condições de possuir sua própria residência em virtude de suas condições socioeconômicas, e nem por isso estão se furtando a aplicação da lei penal. Para Paulo Rangel:

⁴⁶ CAPEZ, Fernando. *Código de Processo Penal Comentado*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 331.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: De acordo com a Lei 12.403/2011*. 3ª Edição: Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 94.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2009002003752HBC, Relator: SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 23/04/2009, Publicado no DJE: 24/06/2009. Pág.: 207. Disponível em < <http://www.tjdft.jus.br/> > Acesso em: 11 de out. de 2013.

“A fuga não pode ser presunção judicial, mas sim fruto de elementos nos autos do processo que demonstrem, cabalmente, que o acusado deseja se subtrair à ação da justiça. O simples poder econômico do réu não pode autorizar o juiz a decretar sua prisão preventiva”.⁴⁹

Destarte, o magistrado deve atentar-se se a ausência de endereço fixo é em virtude da condição social do acusado ao fundamentar o decreto da prisão preventiva.

2.7. DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

A nova redação do art. 313 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 12.403/11, descreve com clareza quais as hipóteses cabíveis da prisão preventiva.⁵⁰

No inciso I, encontra-se o mais comum fundamento da decretação da segregação cautelar. A redação dada pela Lei 12.403/11, admite a prisão preventiva somente nos crimes dolosos punidos com pena superior a quatro anos. Portanto, a prisão preventiva não será admissível, com fundamento nesse inciso, nos crimes culposos, contravenções penais, ou delitos com pena máxima inferior a quatro anos.

Já o inciso II, prevê a decretação da prisão preventiva quando o acusado tiver sido condenado definitivamente, por outro crime doloso, enquanto perdurarem seus efeitos. Note-se que não se fala de acusado com maus antecedentes, apenas refere-se do reincidente. Nesse sentido:

⁴⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 797.

⁵⁰ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

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

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 11 de out. de 2013.

“HABEAS CORPUS. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. REQUISITOS DA PRISÃO CAUTELAR (ARTIGO 312 DO CPP). GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. EXTENSA FOLHA PENAL. CONDENAÇÕES POR CRIMES DOLOSOS. REITERAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ORDEM DENEGADA.

1. Demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, não há qualquer ilegalidade na decisão monocrática que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva, em face do preenchimento dos pressupostos autorizadores da prisão cautelar (art. 312 do CPP).

2. In casu, o *periculum libertatis* deflui da contumácia pela qual a paciente pratica delitos, estando evidenciada seu comprometimento com a senda criminosa; o que de acordo com a remansosa jurisprudência, autoriza, também, a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

3. Segundo, ainda, o disposto no art. 313, inciso II, do CPP, das diversas incidências penais, com condenação em definitivo por crimes dolosos, depreende-se circunstância que demonstra periculosidade real e concreta da paciente, sendo necessária a custódia cautelar.

4. Ordem denegada”.⁵¹

A reincidência descrita no art. 63 do Código Penal, “requer, assim, o concurso de dois requisitos: a) trânsito em julgado de sentença penal condenatória por crime anterior; b) cometimento de novo crime”.⁵²

O inciso III foi introduzido com a entrada em vigor da Lei 11.340/06, a famosa Lei Maria da Pena.

O intuito do legislador era conferir à autoridade judiciária mais hipóteses legais para a decretação da prisão preventiva, protegendo ainda mais as vítimas dos crimes que envolvam violência doméstica ou familiar, ou praticado contra idosos ou vulneráveis.

Este é o inciso mais criticado pela doutrina. É que para o leigo, a redação do inciso pode transparecer a ideia equivocada de que é possível a decretação da prisão preventiva qualquer que seja o crime, desde que

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 20130020166279HBC, Relator: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 25/07/2013, Publicado no DJE: 30/07/2013. Pág.: 171. Disponível em < <http://www.tjdft.jus.br/>> Acesso em: 11 de out. de 2013.

⁵² BIANCHINI, Alice [et al.] Coord. GOMES, Luiz Flávio. MARQUES, Ivan Luís. *Prisão e Medidas Cautelares*: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 151.

cometido nas hipóteses previstas no inciso. Entretanto, a jurisprudência tem flexibilizado esse dispositivo, somente decretando a prisão preventiva nos casos de descumprimento da medida protetiva ou pela gravidade concreta do delito perpetrado, senão vejamos:

“HABEAS CORPUS. ARTIGOS 129, § 9º, c/c o art. 14, II, 147, 148 E 330, TODOS DO CÓDIGO PENAL C/C OS ARTIGOS 5º, III, E 7º, DA LEI 11.340/2006. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA - INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO - DECISÕES FUNDAMENTADAS - DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. ORDEM DENEGADA.

A Lei 11.340/2006 objetiva coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo instrumentos hábeis à consecução da sua finalidade, entre eles a prisão preventiva. Se os autos revelam que, em liberdade, o paciente representa ameaça à integridade física da vítima, havendo notícias do descumprimento de medidas protetivas anteriormente estabelecidas, a decretação da prisão preventiva e o indeferimento de pedido de revogação da prisão não configuram constrangimento ilegal”.⁵³

Assim, embora haja previsão legal, para decretar a prisão preventiva com esteio nesse inciso, o magistrado deverá atuar com cautela e respeitando o princípio da proporcionalidade.

Por fim, nos termos do parágrafo único do art. 313 do CPP, admitir-se-á a prisão preventiva nos casos em que houver dúvida da identificação civil do acusado ou quando ele dificultar sua identificação. Neste sentido, precedente do Eg. TJDFT:

“HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. IDENTIFICAÇÃO CIVIL NÃO FORNECIDA. DÚVIDA SOBRE A VERDADEIRA IDENTIDADE CIVIL E FAP DO PACIENTE. MORADOR DE RUA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ORDEM DENEGADA.

1) Justifica-se a manutenção da prisão cautelar, para fins de garantir-se a instrução criminal e a aplicação da lei penal, do paciente que não apresentou documento de identidade e nem forneceu o mínimo de elementos para ser identificado. Mesmo sendo morador de rua deve fornecer elementos para ser localizado e propiciar ao Estado verificar se ele é quem diz ser.

⁵³BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Habeas Corpus*. 20130020212880HBC, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 12/09/2013, Publicado no DJE: 23/09/2013. Pág.: 157. Disponível em <<http://www.tjdft.jus.br/>> Acesso em: 11 de out. de 2013.

2) Remanescendo fundada dúvida acerca da identidade do paciente, o que impossibilitou o levantamento de sua folha penal correta para avaliar se as condições para soltura lhe são mesmo favoráveis, aliado ao fato de ainda não foi citado para instrução do feito, a medida que se impõe, por ora, é a manutenção da custódia cautelar.

3. O indeferimento do pedido de liberdade provisória não fere o princípio da não culpabilidade, quando a decisão é devidamente fundamentada e demonstra concretamente a necessidade da custódia cautelar para assegurar a instrução criminal e a aplicação da lei penal.

4) Habeas Corpus admitido e denegado”.⁵⁴

A não apresentação de documento de identificação civil – eis que não foi realizada a identificação criminal – fragiliza a higidez da instrução processual, impede que se conheça a folha de antecedentes bem como obstaculiza a aplicação da lei penal.

2.8. DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS A PRISÃO

Foi, talvez, a maior inovação trazida pela Lei 12.403/11, rompendo com o binômio prisão ou liberdade. Conforme já exposto anteriormente, com o advento da citada lei, a autoridade judiciária passou a ter mais um importante instrumento de controle social, não tão rigoroso quanto à medida extrema da prisão, mas se bem aplicado, tão eficaz quanto.

Para Aury Lopes Jr., “a medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas em razão da proporcionalidade, houver uma outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação”.⁵⁵

A nova redação do art. 319 do CPP dada pela Lei 12.403/2011, conferiu ao magistrado a possibilidade de substituição da prisão preventiva, por outras medidas menos gravosas ao acusado, desde que essas sejam

⁵⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Habeas Corpus*. 20100020150323HBC, Relator LEILA ARLANCH, 1ª Turma Criminal, julgado em 30/09/2010, DJ 26/10/2010 p. 193 Disponível em < <http://www.tjdft.jus.br/>> Acesso em: 11 de out. de 2013.

⁵⁵JR, Aury Lopes. *Prisões Cautelares*. 4. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145.

suficientes e adequadas ao caso concreto. Nesse sentido, confira-se decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO. INCIDÊNCIA DA LEI N. 12.403/2011. TEMA PARCIALMENTE DIRIMIDO PELO TRIBUNAL A QUO. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS SOMENTE ACERCA DA INAFIANÇABILIDADE DO DELITO. ILEGALIDADE CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA NESSE PONTO.

1. Com a inovação legislativa introduzida pela Lei n. 12.403/2011, o Código de Processo Penal passou a capitular diversas providências substitutivas à prisão, sendo essa aplicada apenas quando aquelas não se mostrarem suficientes a repressão e a reprovabilidade do delito.

2. Nota-se, da leitura do aresto impugnado, que o tema referente à incidência das medidas alternativas à prisão foi examinado somente em parte pelo Tribunal de Origem, o qual limitou-se a tecer comentários apenas acerca da impossibilidade de arbitramento de fiança aos crimes hediondos, omitindo-se quanto às demais medidas cautelares”.⁵⁶

Ademais, naqueles casos onde foram impostas medidas cautelares alternativas, e o indiciado não as cumpre e nem justifica o seu não cumprimento, verificada a necessidade e proporcionalidade com o crime cometido, o juiz poderá decretar a prisão preventiva. Assim, resta demonstrada o seu caráter alternativo.

As espécies ou hipóteses de medidas cautelares alternativas estão taxativamente previstas no art. 319, do CPP.⁵⁷

⁵⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 219101/RJ. Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 08/05/2012. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/>> Acesso em: 11 de out. de 2013.

⁵⁷ 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;

Da leitura do dispositivo percebe-se que, assim como nos casos de prisão cautelar, as medidas cautelares alternativas à prisão também devem respeitar o disposto no art. 282, do CPP, observando, portanto, os critérios da necessidade e da adequação.

O inciso I já era previsto em outras leis penais e processuais penais, como, por exemplo, no art. 78, § 2º, alínea “c”, do Código Penal, como uma das condições para a suspensão condicional da pena, o *sursi*.

O comparecimento em juízo serve para estabelecer uma relação entre o acusado, e a Justiça, que informa e justifica suas atividades durante aquele período de tempo, evitando-se, por conseguinte, a fuga do distrito de culpa. Serve ainda, como descreve o professor Silvio Maciel, “para o acusado comprovar que está exercendo ocupação lícita, o que cria a presunção de que não continua a delinquir, ou seja, de que não está colocando em perigo a ordem pública”.⁵⁸

A proibição de acesso ou frequência a determinados locais inadequados ao indiciado, também não é novidade da Lei 12.403/11. Tal medida já era adotada no livramento condicional (art. 132, § 2º, da LEP) e como pena de interdição temporária de direitos (art. 47, inciso IV, do CP). Conforme expresso na sua redação, o que se procura com a adoção dessa medida é afastar o réu de situações de conflitos costumeiras em determinados lugares, evitando, portanto, o cometimento de novos crimes.

Já a proibição de manter contato com pessoa determinada foi retirada da Lei 11.340/2006, onde por medidas protetivas de urgência, se afasta o acusado do convívio da vítima de violência doméstica ou familiar. De

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. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm > Acesso em: 11 de out. de 2013.

⁵⁸ BIANCHINI, Alice [et al.] Coord. GOMES, Luiz Flávio. MARQUES, Ivan Luís. *Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 182.

igual forma, o intuito do legislador é a proteção da vítima e dos outros envolvidos de novas investidas criminosas do acusado.

O inciso IV descreve a hipótese de proibição de ausentar-se da Comarca sem prévia autorização judicial. Com efeito, busca-se com isso inibir as tentativas de furtar-se à aplicação da lei penal e novamente “controlar” as atividades do acusado. Entretanto, adverte Silvio Maciel que a “proibição somente se justifica se for necessária para a investigação ou instrução criminal”.⁵⁹

O recolhimento domiciliar no período noturno talvez seja a mais comum das hipóteses previstas no art. 319, do CPP.

Trazida das condições impostas ao sentenciado em cumprimento de pena no regime aberto, o recolhimento domiciliar no período noturno restringe a liberdade do acusado no período noturno, bem como nos finais de semanas e feriados, conforme determinado em cada hipótese. Nada obsta, no entanto, a flexibilização em determinadas circunstâncias, não impondo, de imediato, a prisão do acusado pelo descumprimento da medida. Deve o juiz atentar-se pela razoabilidade da justificativa, no momento de decidir pela autorização ou não das saídas nos períodos vedados pela lei.

A suspensão do exercício da função pública e a internação provisória do acusado nos casos de crimes praticados com violência ou grave ameaça, tem o caráter puramente preventivo. No caso do inciso VI, a intenção é evitar a reiteração criminosa e para impedir que o acusado obstaculize a produção de provas. Já o inciso VII, a intenção é proteger o inimputável ou semi-imputável, evitando assim, sua prisão cautelar.

Outra importante alteração trazida pela Lei 12403/11 foi a reestruturação do instituto da fiança. Antes do advento da lei, a fiança era instituto esquecido e totalmente ultrapassado. Com a entrada em vigor das alterações legislativas, o instituto da fiança foi reforçado e melhorado. Com efeito, a citada lei alterou boa parte dos dispositivos que anteriormente

⁵⁹ Op. cit. p. 183

tratavam da fiança. Antigamente a fiança só era arbitrada pela autoridade policial nos casos de crimes punidos com detenção ou nos casos de contravenções penais.

Atualmente, a redação do art. 322 do CPP, é clara ao autorizar o arbitramento de fiança pela autoridade policial em qualquer espécie de infração penal, desde que a pena máxima cominada ao tipo penal seja inferior a 4 anos e nos demais casos a fiança deverá ser formulada diretamente à autoridade judiciária. Já os artigos 323 e 324 do mesmo *códex*, descrevem as hipóteses de não cabimento da fiança.

Além disso, nos artigos 325 e seguintes do CPP, o legislador fixou os critérios de fixação dos valores da fiança e se sua exigibilidade ou dispensa (art. 350, do CPP).

Dessa forma, a fiança agora poderá ser fixada em qualquer modalidade de crime, desde que respeite a proporcionalidade e a razoabilidade (art. 282, do CPP), além de ser adequada a gravidade do crime e à situação econômica do réu. Nas palavras de Nucci:

“Pode-se em qualquer crime, seguindo-se os requisitos do art. 282 do CPP, estabelecer o pagamento de determinada quantia, como forma de assegurar a presença do réu nos atos processuais e evitar sua ausência do distrito de culpa, sob pena de perda econômica”.⁶⁰

Em consonância ao exposto, jurisprudência deste Eg. Tribunal:

“HABEAS CORPUS. FURTO. FIANÇA. FUNDAMENTAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. Conforme o artigo 321 do Código de Processo Penal, ausentes os requisitos da prisão preventiva, o juiz concederá a liberdade provisória, impondo, se o caso, uma ou algumas das medidas cautelares previstas no artigo 319, observados os critérios do artigo 282, ambos do Código de Processo Penal. Na espécie, afere-se que o MM. Juiz, após indicar ausentes os requisitos da prisão preventiva, considerou a necessidade da fiança para assegurar a aplicação da lei penal, assim observados os requisitos do inciso I do artigo 282 e do inciso

⁶⁰NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*: De acordo com a Lei 12.403/2011. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 125.

VIII do artigo 319, ambos do Código de Processo Penal. Não demonstrada pela defesa a necessidade de dispensa ou redução da fiança, arbitrada em valor condizente com os termos legais, com a razoabilidade e com a proporcionalidade, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado. A fiança tem de implicar ônus financeiro para o afiançado, caso contrário não atenderia às finalidades de assegurar o comparecimento aos atos processuais, de inibir a prática de novos ilícitos penais e de garantir indenização à vítima em caso de condenação. Não apresentada identidade, reforça-se a necessidade da fiança arbitrada. Ordem denegada.”⁶¹

Por fim, insta destacar que a fiança poderá ser aplicada cumulada ou isoladamente (art. 319, § 4º, do CPP).

O monitoramento eletrônico (art. 319, inciso IX, do CPP), foi devidamente regulamentado pela Lei n. 12.528, de 15 de junho de 2010, alterando os dispositivos do Código Penal e da Lei de Execuções Penais pertinentes ao tema.

Esse instituto é cabível nos casos de prisão domiciliar e das saídas temporárias previstas no regime aberto. Entretanto, nem a lei, nem o Código de Processo Penal regulamentaram como que seria aplicado o monitoramento eletrônico no Brasil.

A grande parte da doutrina entende que trata-se de medida inconstitucional, “devido a seu aspecto altamente invasivo da intimidade, bem como por sua possível violação a dignidade humana, em especial pelos efeitos estigmatizantes que poderá gerar, caso o aparelho seja ostensivo ou mesmo, de alguma forma, possa ser percebido pelas pessoas”.⁶²

Entretanto, a parte minoritária da doutrina entende que o instituto é muito mais útil do que inconstitucional, porquanto o monitoramento eletrônico surge, como alternativa à prisão cautelar, atuando como importante meio de redução da população carcerária no Brasil, além de reduzir os gastos públicos do Estado com o preso.

⁶¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 20120020177219HBC, Relator MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, julgado em 23/08/2012, DJ 19/09/2012 p. 162. Disponível em < <http://www.tjdf.jus.br/>> Acesso em: 11 de out. de 2013.

⁶²BADARÓ, Gustavo Henrique [et.al.]. Coord. FERNANDES, Og. *Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisão e suas alternativas*. São Paulo: RT, 2011. p. 259.

3. DA CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA – CONFLITO ENTRE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

A crítica doutrinária que se faz ao decreto da prisão preventiva de ofício antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória sempre foi grande e permanece.

Na doutrina, como no entendimento de Nucci, é que ao converter de ofício a prisão em flagrante em prisão preventiva, o magistrado perderia sua imparcialidade, além de ferir outras garantias do processo penal brasileiro:

“A previsão de decretação da prisão preventiva como ato de ofício do magistrado, logo, sem que qualquer interessado o provoque, é mais uma mostra de que o juiz, no processo penal brasileiro, afasta-se de sua posição de absoluta imparcialidade, invadindo seara alheia, que é a do órgão acusatório, podendo decretar medida cautelar de segregação sem que qualquer das partes, envolvidas no processo, tenha solicitado”.⁶³

Entretanto, a crítica que se faz a conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva, sem a oitiva das partes e sem o requerimento do órgão ministerial vai além da imparcialidade do juiz.

Com efeito, o julgador poderia violar o sistema acusatório e os princípios da ampla defesa e do contraditório previstos na constituição, pois se converteria a prisão do indiciado com base exclusivamente nos elementos de informação constantes do inquérito policial, sem oportunizar o direito de defesa ao indiciado e sem a chancela do Ministério Público.

Poder-se-ia violar ainda, o princípio da presunção da inocência, pois se retiraria do convívio social o indiciado antes do devido processo legal e do trânsito em julgado da eventual sentença penal condenatória. Repise-se eventual, pois, no transcorrer da instrução processual poderá o indiciado ser absolvido, tendo sido em vão todos os gastos realizados no curso do processo, violando, assim, o princípio da economia processual.

63NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8ª Edição: Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 624.

Quanto a este princípio, a processualista Ada Pellegrini Grinover afirma: “(...) preconiza o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”.⁶⁴

Outra crítica que se faz a este instituto processual, é que o Estado prende cautelarmente o indiciado para passar a falsa impressão de segurança à população e nem sempre essa prisão faz-se necessária. Em outras palavras, o Estado prende para mostrar pra população que está reduzindo a criminalidade. Esse posicionamento recebe severas críticas de Paulo Rangel, senão vejamos:

“A prisão cautelar tem como escopo resguardar o processo de conhecimento, pois, se não for adotada, privando o indivíduo de sua liberdade, mesmo sem sentença definitiva, quando esta for dada, já não será possível a aplicação da lei penal. Assim, o caráter da urgência e necessidade informa a prisão cautelar de natureza processual. Contudo, não podemos confundir prisão cautelar com política pública séria de combate a violência, ou seja, nada tem a ver com a prisão cautelar os altos índices de violência urbana que assolam nosso País. Se há roubo, homicídios, estupros, etc, ocorrendo nas grandes metrópoles, deve o Estado adotar as medidas necessárias para conter essa onda de violência e não culparmos o Judiciário que não lançou mão de uma medida cautelar para contê-la. Uma coisa é a certeza de que nas ruas não há polícia, outra, bem diferente, é, em decorrência disso, haver necessidade de, no curso do processo, o réu ser preso. Não é a prisão cautelar que vai resolver o problema da violência nas ruas, mas sim a adoção de políticas públicas sérias de combate à violência pelo Executivo”.⁶⁵

A presente pesquisa não discute a coexistência entre o princípio da presunção da inocência e a prisão cautelar. Tanto não são conflitantes que o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado sumular n.º 9, com o seguinte teor: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. Este foi entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao recentemente julgar o RHC 111327/MG, de Relatoria da Min. Cármen Lúcia, assim ementado:

64 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 79.

65 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 751.

“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MANUTENÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR EM SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALEGAÇÃO DE ERRO NA APRECIÇÃO DA PROVA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATO EM HABEAS CORPUS. IMPROCEDÊNCIA.

1. A periculosidade do agente evidenciada pelo modus operandi e o risco concreto de reiteração criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar.

2. A prisão decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgredir a presunção constitucional de inocência, desde que a privação da liberdade do sentenciado, satisfeitos os requisitos de cautelaridade que lhe são inerentes, encontre fundamento em situação evidenciadora da real necessidade de sua adoção.

3. A análise da inexistência de material probatório que corrobore a condenação impõe o reexame de fatos e provas, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do habeas corpus.

4. O habeas corpus constitui remédio processual inadequado para a análise da prova, para o reexame do material probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e, também, para a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento.

5. Recurso ao qual se nega provimento”.⁶⁶

Há, no entanto, um precedente que destaca a inconstitucionalidade desse procedimento. O Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 2009.00.2.013656-4, assentou:

“Ocorre que a decretação da preventiva ex officio, durante a fase do inquérito policial, está vedada pelo sistema acusatório, pois o juiz foi definitivamente afastado da persecução penal. Como não houve provocação da jurisdição pelo órgão competente, ao contrário manifestou-se só pelo relaxamento da prisão, não pode o magistrado agir sponte própria para decretar a prisão preventiva do indiciado. A hipótese só é viável no curso do processo judicial.

No mesmo sentido, pontifica Denis Acetti Brasil Ferreira, em artigo intitulado “A prisão preventiva de ofício e o processo penal tipo acusatório”, veiculado na Revista do Ministério Público, RJ (8), 1998:

⁶⁶ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RHC 111327, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 12/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-057 DIVULG 25-03-2013 PUBLIC 26-03-2013. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/> > Acesso em: 12 de fev. de 2014.

“Assim, no momento em que o direito processual já respira ares favoráveis a sua completa autonomia, pensamos ser despropositado afirmar não haver lugar para a ação penal cautelar, com todos os seus consectários lógicos, ou seja, observância ao contraditório, ampla defesa, imparcialidade do julgador, e, inclusive, - é nosso desejo repetir - pretensão deduzida por quem tenha legitimidade para tanto. Tratando-se de ação penal, ainda que cautelar, o texto constitucional somente autoriza sua dedução pelo Ministério Público ficando, ipso facto, afastada a possibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz, nos termos do artigo 311 do C.P.P”.⁶⁷

No mesmo sentido foi o entendimento do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao julgar o *Habeas Corpus* 12599/GO:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INVESTIGAÇÃO POLICIAL. PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO. 1. Para que a Justiça seja justa, o juiz não deve, no nosso regime democrático, decretar de ofício prisão preventiva. No nosso regime democrático, um acusa, outro defende e o terceiro julga. As funções são distintas e bem definidas. 2. Diante da Constituição Federal de 1988 não é mais possível a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz. O modelo inquisitorial é incompatível com o Estado Democrático de Direito. O juiz deve ser imparcial. Daí se pretender o juiz de garantias. A posição do Magistrado deve ser supra partes. 3. A nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal estabelece expressamente, portanto, que o juiz não tem mais legitimidade para decretar a prisão preventiva de ofício durante a investigação policial”.⁶⁸

Vejamos a reflexão feita pelo Eminentíssimo Desembargador Relator, em excerto de seu voto:

“Pode o juiz decretar prisão preventiva de ofício?
Para que a Justiça seja justa, o juiz não deve, no nosso regime democrático, decretar de ofício prisão preventiva. No nosso regime democrático, um acusa, outro defende e o terceiro julga. As funções são distintas e bem definidas.
Diante da Constituição Federal de 1988 não é mais possível a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz. O modelo inquisitorial é incompatível com o Estado Democrático de

67BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Acórdão n.381473, 20090020136564HBC, Relator: SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 01/10/2009, Publicado no DJE: 19/10/2009. Pág.: 194. Disponível em < <http://www.tjdft.jus.br/>> Acesso em: 12 de fev. de 2014.

68BRASIL. *Tribunal Regional Federal – 1ª Região*. HC: 12599 GO 0012599-83.2012.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 02/04/2012, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.920 de 13/04/2012. Disponível em < <http://portal.trf1.jus.br/> > Acesso em: 12 de fev. de 2014.

Direito. O juiz deve ser imparcial. Daí se pretender o juiz de garantias. A posição do Magistrado deve ser supra partes.

A decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz é rejeitada por parte da doutrina processualista brasileira, por ser uma característica do sistema inquisitório.

Ne procedat iudex ex officio

Comentando o art. 311, Guilherme de Souza Nucci, em seu Código de Processo Penal Comentado, 9ª ed., rev. e atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009, p. 624 e 625, explica:

Decretação durante o inquérito policial: já tivemos oportunidade de expor em nota anterior, que, atualmente, é raríssima a decretação da prisão preventiva durante a fase de investigação policial, sendo por vezes incompreensível que o juiz o faça.

Decretação da prisão preventiva de ofício: é mais uma mostra de que o juiz, no processo penal brasileiro, afasta-se de sua absoluta imparcialidade, invadindo seara alheia, que é a do órgão acusatório, decretando medida cautelar de segregação sem que qualquer das partes tenha solicitado. Insistimos, pois, que o nosso sistema de processo é misto, ou como bem definiu TORNAGHI, inquisitório garantista. Contra essa decisão, cabe a impetração de habeas corpus (destaquei).

O art. 311 do CPP, com a nova redação ditada pela Lei 12.403, de 2011, impede que o juiz possa decretar prisão preventiva de ofício na fase policial. Pode na fase judicial. Assim, dispõe o referido dispositivo:

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 (destaquei).

A nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal estabelece expressamente, portanto, que o juiz não tem mais legitimidade para decretar a prisão preventiva de ofício durante a investigação policial”.⁶⁹

É essa crítica que se faz à discricionariedade da decretação de ofício da prisão cautelar. Se fosse dada ao indiciado a oportunidade de defesa, antes da decisão de segregação cautelar ou se fosse oportunizado o parecer do Ministério Público, será que todas as decisões de prisão seriam necessárias? Vamos mais além, será que existiriam tantos recursos quanto a essas decisões monocráticas? Afinal, não é preciso procurar muito para que se encontrem decisões genéricas e baseadas na gravidade em abstrato do delito supostamente cometido.

⁶⁹BRASIL. *Tribunal Regional Federal – 1ª Região* TRF-1. HC: 12599 GO 0012599-83.2012.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 02/04/2012, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.920 de 13/04/2012 – VOTO DO RELATOR. Disponível em < <http://portal.trf1.jus.br/> > Acesso em: 12 de fev. de 2014.

Mais uma vez com maestria esclarece Aury Lopes Jr.:

“Mas, e essa, “conversão” da prisão em flagrante em prisão preventiva pode ser feita de ofício pelo juiz?

Uma leitura apressada do artigo conduz a uma resposta positiva e assim tem sido feito por alguns juízes.

Contudo, há que se observar o seguinte: a tal conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva equivale, fática e juridicamente, ao “decretar de ofício” a prisão preventiva. Ou seja, o resultado final da conversão é equivalente ao decretar a prisão preventiva de ofício. E, nesse caso, além de clara violação das regras básicas do sistema acusatório-constitucional, viola-se frontalmente a regra insculpida no art. 311, que somente autoriza a prisão preventiva decretada de ofício na fase processual, nunca na fase pré processual”.⁷⁰

Este também é o posicionamento de Renato Brasileiro de Lima:

“Como visto anteriormente, ao tratarmos do procedimento atinente à decretação das medidas cautelares, destoa das funções do magistrado exercer qualquer atividade de ofício na fase investigatória que possa caracterizar uma colaboração à acusação. O que se reserva ao magistrado, na fase investigatória, é atuar somente quando for provocado, tutelando liberdades fundamentais como a inviolabilidade domiciliar, a vida privada e a intimidade, assim como a liberdade de locomoção.

Portanto, para que seja possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva nos termos do art. 310, inc. II, do CPP, que não pode ocorrer de ofício, sob pena de violação ao sistema acusatório, é indispensável prévia representação da autoridade policial, referendada pelo Parquet, ou requerimento do Ministério Público ou do ofendido”.⁷¹

Contudo, apesar de toda a crítica doutrinária a esse procedimento processual, a jurisprudência tem consolidado entendimento diverso, entendendo que a conversão de ofício da prisão preventiva não viola o sistema acusatório, tampouco padece de constitucionalidade quanto ao respeito aos princípios constitucionais supracitados.

Com efeito, entendeu o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento recente do RHC 36.087/MG, que a conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva é válida quando se enquadra nos requisitos

70 JR, Aury Lopes. *Prisões Cautelares*. 4ª edição. Rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 74-75.

71 LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar*. Doutrina, Jurisprudência e Prática. De acordo com a Lei nº 12.403/11. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 138.

dos art. 282, § 2º, art. 310, II, e art. 311, combinados com os art. 312 e 313, todos do Código de Processo Penal, independentemente de prévio *opinio delicti* do órgão acusatório. Segue Ementa:

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRETENSÃO DE QUE SE RECONHEÇA NULIDADE NA PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO PARA A PREVENTIVA DE OFÍCIO. VALIDADE. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PEDIDO PARA SUBSTITUIR A PRISÃO CAUTELAR POR MEDIDA DIVERSA. INADEQUAÇÃO / INSUFICIÊNCIA. PRECEDENTES.

1. O Juízo processante ao receber o auto de prisão em flagrante, verificando sua legalidade e insuficiência ou inadequação de substituição por medida diversa, deverá convertê-la em preventiva quando reconhecer a existência dos requisitos preconizados nos arts. 312 e 313 do CPP, independente de representação ou requerimento.

2. A necessidade da segregação cautelar encontra-se fundamentada na garantia da ordem pública, decorrente da periculosidade do recorrente, caracterizada pela reiteração de práticas delituosas.

3. O Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que, persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312 CPP), é despiciendo o recorrente possuir condições pessoais favoráveis.

4. Recurso em Habeas Corpus a que se nega provimento”.⁷²

No mesmo sentido foi o entendimento do Eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, quando do julgamento do HC nº. 2012.00.2.008282-6, em 10/05/2012, quando reafirmou a constitucionalidade da conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva, acrescentando que o juiz ao proferir decisões não está vinculado ao requerimento das partes ou do Ministério Público, com a seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS. FURTO TENTADO. CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. CONTUMÁCIA DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

1 Paciente preso em flagrante por infringir o artigo 155,

⁷² BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. HC 36.087/MG, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 08/05/2013. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/> > Acesso em: 13 de fev. de 2014.

combinado com 14, inciso II, do Código Penal, eis que tentou furtar roupas de uma loja.

2 A conversão de ofício do flagrante em prisão preventiva não ofende a Constituição nem retira do Ministério Público a titularidade da propositura da ação penal pública incondicionada, pois as razões da prisão têm caráter essencialmente cautelar e não estão adstritas à apresentação prévia da *opinio delicti* pelo Ministério Público.

3 Evidencia-se a necessidade de manutenção da custódia cautelar como garantia da ordem pública quando o agente é reincidente específico e ainda responde por diversos outros delitos da mesma natureza. A contumácia delitiva denota a inclinação para ofensa à ordem pública.

4 Ordem denegada”.⁷³

Em precedente mais recente, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o *Habeas Corpus* n.º 263.320/MS, de Relatoria da Ministra Marilza Maynard, asseverou a constitucionalidade do dispositivo. Segue ementa:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES E DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. TESE DE NULIDADE PELA DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA DE OFÍCIO PELO JUÍZO PROCESSANTE. IMPROCEDÊNCIA. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEMONSTRADA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- Desnecessária a existência de representação do agente policial ou da oitiva do Parquet, pois, existindo a necessidade da custódia preventiva respeitado os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, deve o magistrado, mesmo sem provocação, decreta-la.

Não há que falar em nulidade no decisum de primeiro grau pela ausência de representação policial ou ministerial, na medida em

⁷³BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Acórdão n. 587011, 20120020082826HBC, Relator GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, julgado em 10/05/2012, DJ 25/05/2012 p. 262. Disponível em < <http://www.tjdft.jus.br/> > Acesso em: 18 de fev. de 2014.

que se cuida de mera conversão da prisão em flagrante em preventiva, em exato cumprimento do dispositivo legal.

- A gravidade concreta do delito, em tese cometido, justifica a imposição da custódia cautelar ao paciente, tendo como escopo assegurar a garantia da ordem pública. A quantidade da droga (vários tabletes de maconha, escondidos no interior do veículo, pesando um total de 70.700 g - setenta quilos e setecentos gramas), bem como o tipo de arma (dois fuzis e dois carregadores, com elevado poder de fogo, provenientes do Paraguai) apreendidos no interior de um veículo quando abordado em fiscalização da Polícia Rodoviária Federal em região de fronteira, revelam a severidade do fato e a periculosidade do paciente.

Habeas corpus não conhecido”.⁷⁴

A título de debate, vejamos trecho da transcrição do voto do citado *Habeas Corpus*:

“Analisando o primeiro ponto suscitado pela defesa, referente à suposta nulidade processual, verifica-se que o magistrado singular, ao tomar conhecimento da prisão em flagrante, entendeu existir a necessidade da medida constritiva de liberdade e, atuando dentro dos limites legais, ex vi do disposto no art. 310, II, do Código de Processo Penal, efetuou a conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Desnecessária a existência de representação do agente policial ou da oitiva do Parquet, pois, existindo a necessidade da custódia preventiva respeitados os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, deve o magistrado, mesmo sem provocação, decretá-la. Não há que falar em nulidade no decurso de primeiro grau pela ausência de representação policial ou ministerial, na medida em que se cuida de mera conversão da prisão em flagrante em preventiva, em exato cumprimento do dispositivo legal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. TESE DE NULIDADE PELA DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA DE OFÍCIO PELO JUÍZO PROCESSANTE. IMPROCEDÊNCIA. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não se verifica a alegada nulidade da prisão preventiva, por ter sido decretada de ofício pelo juízo processante, porquanto se trata, na realidade, de simples conversão da prisão em

⁷⁴ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. HC 263320/MS, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/>> Acesso em: 18 de fev. de 2014.

flagrante em preventiva, em cumprimento dos ditames do art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal.

[...] 4. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, em consonância com o parecer ministerial, revogar a prisão preventiva do Paciente, sem prejuízo de que novo decreto prisional seja expedido, desde que amparado em fundamentação válida, ou que outras medidas cautelares sejam adotadas pelo Juízo condutor do processo, conforme ressaltado no voto. (HC 225.794/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 23.8.2012.)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. ART. 44 DA LEI N.º 11.343/07. VEDAÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AUSÊNCIA DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. ORDEM DENEGADA.

I. Conforme a novel redação do art. 310 do CPP, o Magistrado, ao tomar ciência da prisão em flagrante, deverá, de modo fundamentado, relaxar a custódia ilegal, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, ou decretar a segregação preventiva do agente.

II. Mostra-se despicienda a existência de representação ministerial ou do agente policial para a conversão da prisão em flagrante em preventiva, devendo o Juiz, mesmo sem provocação, manter a segregação cautelar sempre que a medida mostrar-se necessária, nos termos do art. 312 do CPP, não se vislumbrando qualquer nulidade no decurso de 1º grau, já que o Julgador agiu em estrito cumprimento do disposto na lei adjetiva penal.

III. A Lei n.º 11.343/2006 contém disposição expressa que veda a concessão de liberdade provisória a réus presos em flagrante pela prática do delito de tráfico de drogas e associação para o tráfico, sendo que, em se tratando de lei especial, não se mostra plausível a tese de que tal dispositivo foi derogado tacitamente pela Lei n.º 11.464/2007.

IV. Em que pese o STF, nos autos do RE n.º 601.384/RS, ter se manifestado pela existência de repercussão geral, a constitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/06 ainda não foi dirimida, devendo prevalecer o entendimento consolidado no âmbito desta Turma até o julgamento final da matéria pelo Pretório Excelso, no sentido da existência de vedação expressa à concessão de liberdade provisória aos acusados pela prática do delito de tráfico de entorpecentes (Precedentes).

V. No tocante ao alegado excesso de prazo na formação da culpa, verifica-se que o encerramento da instrução criminal aguardava apenas a devolução de carta precatória expedida para a oitiva de testemunha de defesa, diligência sabidamente morosa, sendo que essa foi recebida pelo Juízo processante em 16 de março de 2012.

VI. Eventual retardo na andamento processual que deve ser igualmente reputado à defesa, que ajuizou sucessivos pleitos de liberdade provisória e restituição de bem apreendido, tendo, ainda, impetrado três habeas corpus perante a Corte de

origem, nos quais o Magistrado de 1º grau teve que prestar informações.

VII. O prazo legalmente estabelecido para a conclusão da instrução criminal não é absoluto e o excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada, o que, como dito, não se vislumbra na presente hipótese.

VIII. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. (HC 226.492/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 27.3.2012).

No ponto seguinte, demonstrada a existência de indícios de autoria e materialidade delitiva, a prisão preventiva, como espécie de prisão cautelar de índole processual, somente deve ser decretada de forma excepcional, quando evidenciada, no caso concreto, que a soltura do réu possa ser prejudicial à garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, e em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência”.⁷⁵

E afinal: tal instituto é ou não constitucional?

Ao nosso ver não. Consoante restou demonstrado nos capítulos anteriores, o instituto foi pensado como forma de dar celeridade ao procedimento obrigatório quando realizada uma prisão cautelar (prisão em flagrante), e garantir uma manifestação judicial mais rápida e eficaz.

Não obstante esta melhoria, ao converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, este juiz deixará de atuar imparcialmente na lide. É que, no momento em que ele recebe o Auto de Prisão em Flagrante, e proferindo uma decisão cautelar decretatória da prisão preventiva, que tem o escopo de garantir as prerrogativas constitucionais conferidas aos réus do processo, acaba por violar tais prerrogativas.

Ainda que inconscientemente, o juiz que converte uma prisão em flagrante de ofício, sem a oitiva das partes ou requerimento prévio da autoridade policial ou do próprio órgão acusatório, forma sua convicção, ainda que relativa, acerca da dinâmica dos fatos.

⁷⁵BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. HC 263320/MS, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013 – VOTO DA MINISTRA RELATORA. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/>> Acesso em: 18 de fev. de 2014.

No ponto, já observa-se que tal decisão viola frontalmente o princípio da presunção de inocência, porquanto ao converter de ofício a prisão em flagrante do agente delituoso em segregação preventiva, o magistrado deixa de considerá-lo inocente, sem que haja para tanto sentença penal condenatória apta a atestar a prática do delito, o que na prática gera o cumprimento antecipado de pena, o que conforme já mencionado é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

O que se sabe é que o processo penal é pautado por mandamentos específicos e constitucionais existentes para garantir ao acusado o livre acesso as provas dos autos, produzir as que entender necessárias e aptas a fortalecer sua tese de defesa ou a alterar a convicção do julgador.

Não conceder direito de resposta ao réu (que na prática só é dado no curso da ação penal, no momento do oferecimento de Resposta a Acusação), enfraquece os princípios da ampla defesa e do contraditório. Com efeito, ao atuar de ofício, o juiz analisará as provas produzidas no curso do inquérito policial, formalizadas por meio do auto de prisão em flagrante. Como se sabe, o inquérito policial é meio procedimental diverso da ação penal propriamente dita. Nele não há a garantia à ampla defesa e ao contraditório, por exemplo.

Sobre esse ponto, vale ainda ressaltar que durante o curso do inquérito policial, toda a produção de prova é feita pela autoridade policial, sem conceder ao indiciado ou acusado, oportunidade para a produção de suas provas. Assim, a autoridade policial só produzirá aquelas provas necessárias a configuração do delito e à comprovação da autoria, além de outras provas relacionadas a estas. Ainda que determine o interrogatório do acusado, nesta fase procedimental a defesa do réu é praticamente inócua, fragilizando-a.

Além disto, ao tomar tal providência, o magistrado inevitavelmente violará o sistema acusatório-constitucional. A nova conformação constitucional trouxe, ainda que de forma divergente, a imposição do sistema processual acusatório no processo penal brasileiro. Isto significa,

em linhas gerais, que deve-se buscar uma paridade de armas entre acusação e defesa e ao Juízo cabe julgar e velar pelas garantias do acusado.

Desta forma, o réu não tem o dever de provar a sua inocência, cabendo ao acusador comprovar a sua culpa (*lato sensu*), devendo este ser considerado inocente, até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

O sistema inquisitivo, consoante destacado alhures, é aquele onde o julgador concentra as atividades de julgar e acusar, além de ser sistema processual que não garante as prerrogativas constitucionais do acusado. Entretanto, como vimos anteriormente, o processo penal brasileiro é um sistema misto ou híbrido que apesar de conter traços do sistema inquisitório, assegura ao réu todas as garantias constitucionais que lhe foram outorgadas.

No nosso sistema, há clara divisão entre as partes, funcionando a acusação pela competência constitucional do Ministério Público ou do Querelante (nos casos de ação penal privada) e seus substitutos legais, a defesa pelo réu (autodefesa) ou pela defesa técnica propriamente dita (patrono do réu) e o Estado-Juiz, com a função de processar e julgar a causa.

Ao decretar a prisão de ofício em uma situação flagrancial, o juiz se aproxima perigosamente da função acusatória, dando aos fatos prévia capitulação jurídica, além de externar sua convicção acerca da situação problema que se apresenta no caso concreto.

O sistema processual brasileiro para muitos é híbrido porque há uma junção de características exclusivas do sistema inquisitivo com características do sistema acusatório, o que desconfigura sua classificação em um destes, sendo necessário um sistema intermediário.

Dessa forma, ainda que se admita que o procedimento na fase de inquérito policial, (e é dessa fase que estamos falando, porquanto a maioria das conversões de flagrante em prisão preventiva são no curso do inquérito policial, antes do oferecimento da ação penal) seja inquisitivo, não se pode aceitar tal situação.

Ora, se o juiz estiver autorizado a mitigar as prerrogativas constitucionais do réu para homologar uma prisão ou, eventualmente, antecipar um provimento condenatório, estaremos diante da falência do Estado Democrático de Direito.

Isso porque, o Estado Democrático de Direito foi concebido para garantir o respeito à Constituição e seus mandamentos, além de estruturar o procedimento criminal de forma não obstaculizar o direito do réu de defender-se dos fatos que lhe são imputados.

Inviável aceitar tal controvérsia. O processo penal brasileiro não pode fragilizar as garantias do réu, sob pena de voltarmos ao odioso período da ditadura militar.

Assim, o juiz deveria oportunizar o direito do réu de defender-se, e ao órgão acusatório manifestar-se acerca da necessidade ou desnecessidade da segregação cautelar. Sobre o assunto, cabe ressaltar a valiosa sugestão de Aury Lopes Jr.:

“Nossa sugestão sempre foi de que o detido fosse desde logo conduzido ao juiz que determinou a prisão, para que, após ouvi-lo (um interrogatório restrito a inquirição sobre a necessidade ou não da prisão, já que o caso penal deve ser objeto de interrogatório ao final do procedimento), decida fundamentadamente se mantém ou não a prisão cautelar. Por meio de um ato simples como esse, o contraditório realmente teria sua eficácia de “direito de audiência” e, provavelmente, evitaria muitas prisões cautelares injustas e desnecessárias. Ou, ainda, mesmo que a prisão se efetivasse, haveria um mínimo de humanidade no tratamento dispensado ao detido, na medida em que, ao menos, teria “sido ouvido pelo juiz”. ”⁷⁶

Esse procedimento evitaria a chuva de ações que visam a revogação da prisão preventiva, conferindo ao julgador um maior poderio argumentativo, além do maior conhecimento dos fatos, evitando-se, por conseguinte, decisões genéricas ou fundamentadas na gravidade abstrata do delito.

⁷⁶JR, Aury Lopes. *Prisões Cautelares*. 4ª edição. Rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33.

CONCLUSÃO

O presente trabalho discutiu a constitucionalidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva prevista na nova lei 12403/11.

Além disso, destacou as mudanças do direito comparado antes e depois desta lei e comentou as opções que o Juiz possui a luz dos artigos 310 a 313 e 319, todos do CPP, acerca do decreto da prisão preventiva do acusado.

Também debateu se ao converter a prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício o juiz viola o sistema acusatório e os princípios da presunção de inocência, ampla defesa e contraditório, além do princípio da economia processual.

Vimos que a doutrina e jurisprudência são conflitantes quanto ao tema. A doutrina de forma quase uníssona ataca o dispositivo, destacando sua inconstitucionalidade e prejudicialidade ao acusado. A jurisprudência é vacilante, tendo decisões para ambos os lados. Entretanto, a posição mais recente das Cortes Superiores é aquela que entende pela constitucionalidade do dispositivo legal previsto no inciso II, do artigo 310, do Código de Processo Penal.

Consoante restou demonstrado no capítulo anterior, a doutrina ao interpretar as mudanças trazidas pela Lei 12.403/2011, passou a entender que o instituto da conversão da prisão em flagrante em preventiva é inconstitucional, porquanto, sem ouvir o acusado e o órgão acusatório, decretará a prisão cautelar do indivíduo, antes do trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória. Ademais, ainda viola os princípios da ampla defesa e do contraditório, não concedendo ao indiciado o direito de defesa, e o sistema acusatório, funcionando o juiz como acusador e julgador, o que contraria o sistema processual previsto na Constituição de 1988, que prevê a separação entre os poderes.

O tema ainda não foi objeto de análise aprofundada, mas já surgiram decisões que entenderam tanto pela constitucionalidade, quanto pela sua inconstitucionalidade.

A posição mais recente do egrégio Superior Tribunal de Justiça foi no sentido da constitucionalidade, demonstrando que ao aplicar o dispositivo questionado, o magistrado tão somente cumpre o comando legislativo, já que ele não está vinculado à opinião do Ministério Público sobre o assunto.

Contudo, nós filiamos a corrente doutrinária majoritária, que afirma a inconstitucionalidade do dispositivo. O sistema processual vigente, garantidor de direitos e obrigações dos indivíduos não pode compactuar com flagrante ilegalidade.

O direito de defesa deve ser concedido a todos, em qualquer fase do procedimento, tanto na fase de inquérito policial, quanto na fase judicializada propriamente dita, e garantir que o indiciado somente sofra os efeitos da condenação, após o seu trânsito em julgado, preservando a sua liberdade.

Finalmente, observamos que alguns julgados já endossaram a posição doutrinária majoritária, reafirmando a inconstitucionalidade do dispositivo sob análise. Há, portanto, uma clara preocupação dos julgadores em adequar o processo penal brasileiro à Constituição, garantindo aos acusados todos os direitos nela previstos, sem limitações ou negativas desjustificadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique [et.al.]. Coord. FERNANDES, Og. *Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisão e suas alternativas*. São Paulo: RT, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Reforma do Código de Processo Penal: Comentários à Lei N. 12.403, de 4 de Maio de 2011*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Decreto-lei 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

BRASIL. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 219101/RJ*. Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 08/05/2012.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. REsp 1228545/RS*, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 29/04/2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. RHC 36.087/MG*, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 08/05/2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. HC 263320/MS*, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. HC 98233*, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-03 PP-00488 LEXSTF v. 31, n. 371, 2009, p. 422-428.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RHC 111327, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 12/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-057 DIVULG 25-03-2013 PUBLIC 26-03-2013.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. 20090020037572HBC, Relator: SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 23/04/2009, Publicado no DJE: 24/06/2009. Pág.: 207.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Acórdão n.381473, 20090020136564HBC, Relator: SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 01/10/2009, Publicado no DJE: 19/10/2009. Pág.: 194.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus* 20100020133053. Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 02/09/2010, Publicado no DJE: 15/09/2010. Pág.: 155.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus*. (20100020150323HBC, Relator LEILA ARLANCH, 1ª Turma Criminal, julgado em 30/09/2010, DJ 26/10/2010 p. 193)

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Acórdão n. 587011, 20120020082826HBC, Relator GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, julgado em 10/05/2012, DJ 25/05/2012 p. 262)

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. 20120020177219HBC, Relator MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, julgado em 23/08/2012, DJ 19/09/2012 p. 162)

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. 20130020056133HBC, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 21/03/2013, Publicado no DJE: 08/04/2013. Pág.: 140.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal*. 20120610142530APR, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, Revisor: SOUZA E AVILA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 18/07/2013, Publicado no DJE: 29/07/2013. Pág.: 231

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. 20130020166279HBC, Relator: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 25/07/2013, Publicado no DJE: 30/07/2013. Pág.: 171.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus*. 20130020212880HBC, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 12/09/2013, Publicado no DJE: 23/09/2013. Pág.: 157.

BRASIL. *Tribunal Regional Federal – 1ª Região*. TRF-1 - HC: 12599 GO 0012599-83.2012.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 02/04/2012, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.920 de 13/04/2012

BIANCHINI, Alice [et al.] Coord. GOMES, Luiz Flávio. MARQUES, Ivan Luís. *Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Regras Mínimas para um devido Processo Penal*. p. 15-33. *Processo Penal: pensado / aplicado*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GERBER, Daniel. *Prisão em Flagrante: Uma Abordagem Garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória no processo penal acusatório*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 27/71. São Paulo: RT, 1999.

JÚNIOR, Aury Lopes. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 4ª ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JÚNIOR, Aury Lopes. *Prisões Cautelares*. 4ª edição. Rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática*. De acordo com a Lei nº 12.403/11. Niterói, RJ: Ímpetus, 2011.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Princípios Penais Constitucionais: o sistema das constantes constitucionais*. In: RT, v. 779/set. 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8ª Edição: Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8ª ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: De acordo com a Lei 12.403/2011*. 3ª Edição: Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 15ª Ed. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2011.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013.

TAVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 8 ed. rev. atual. ampl. Editora Juspodivm, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.