



UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FACULDADE DE DIREITO

STEPHANIE HUO MING WU

A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA:

UMA ANÁLISE FRENTE AO SISTEMA ACUSATÓRIO

São Paulo

2019

STEPHANIE HUO MING WU

A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA:
UMA ANÁLISE FRENTE AO SISTEMA ACUSATÓRIO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Me. André Boiani e Azevedo

São Paulo

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Presbiteriana Mackenzie
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

W95c Wu, Stephanie.
A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA: UMA ANÁLISE
FRENTE AO SISTEMA ACUSATÓRIO / Stephanie Wu. – 2019.
80 f. : il.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, São Paulo, 2019.

Orientação: Prof. Me. André Boiani e Azevedo .

1. Inconstitucionalidade. 2. Conversão de Ofício. 3. Prisão em Flagrante. 4. Prisão Preventiva. 5. Sistema
Acusatório. I. Título.

CDD 340

STEPHANIE HUO MING WU

A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA:

UMA ANÁLISE FRENTE AO SISTEMA ACUSATÓRIO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. André Boiani e Azevedo
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Marco Antonio de Barros
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Me. Rogério Luis Adolfo Cury
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Dedico este trabalho, bem como todas as minhas conquistas, aos meus amados pais, Raul e Mônica, pois nunca mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, pelo dom da criação e da vida, por sua infinita bondade e misericórdia que me sustenta dia após dia, pelas glórias e bênçãos que sempre me tem proporcionado e por me manter focada nos meus sonhos e objetivos.

Com amor inefável, agradeço aos meus amados pais, Raul e Mônica, por serem exemplos de amor, carinho e cuidado, por me darem apoio em toda e qualquer situação e por serem sempre meu refúgio quando necessário. Obrigada por me incentivarem a passar pelos obstáculos e por sempre acreditarem nos meus sonhos, apoiando-me, amando-me incondicionalmente e acreditando em meu potencial.

Agradeço à minha irmã, Jéssica, que fez de tudo para tornar os momentos difíceis mais brandos com palavras de incentivo. Tenho orgulho de ser sua irmã e poder todos os dias aprender mais um pouco com você. Desejo que a felicidade caminhe todos os dias ao seu lado e o amor que nos une jamais tenha fim.

Sou grata por todos os professores que contribuíram com a minha trajetória acadêmica, especialmente ao meu orientador Professor Mestre André Boiani e Azevedo, responsável pela orientação do meu projeto. Obrigada por exigir de mim muito mais do que eu imaginava ser capaz de fazer. Manifesto aqui minha gratidão eterna por compartilhar sua sabedoria, o seu tempo, a sua paciência e a sua experiência.

Agradeço a todos os meus amigos e colegas do curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie pelas alegrias, tristezas e dores compartilhada, pois acompanharam minha trajetória durante esses cinco anos me impulsionando a seguir.

“Uma nação não pode ser julgada pela maneira como trata seus cidadãos mais ilustres, e sim pelo tratamento dado aos marginalizados: seus presos.”

(Nelson Mandela)

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo a análise da conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva. O maior e o menor nível de atribuição de ofício dado ao juiz está justamente ligado ao sistema processual penal ao qual esse juiz está inserido. Deste modo, importa estabelecer, com enfoque, os princípios da presunção da inocência, contraditório, ampla defesa, mínima intervenção estatal e juiz natural. Além disso, imperioso é o estudo dos sistemas processuais penais existentes e a identificação de qual deles foi escolhido pela atual Constituição Federal. A partir da conclusão de que a Constituição Federal de 1988 instituiu o princípio do acusatório que condiciona todas as normas infraconstitucionais, identifica-se normas que não encontram respaldo neste princípio, e, por isso, destoam do sistema acusatório e do modelo garantista que abaliza o atual ordenamento jurídico. A norma que dá ao juiz a prerrogativa de converter de ofício a prisão em flagrante em prisão preventiva é uma delas. O trabalho, então, tem como escopo analisar de forma crítica, argumentos que comumente são utilizados para fundamentar posição de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, concluindo que as bases que sustentam o poder de ofício do juiz faz jus ao modelo inquisitório de um sistema de justiça que perfaz políticas públicas em que a imparcialidade do juiz é uma condição de somenos importância. Por fim, minudencia a questão da Audiência de Custódia como instrumento de superação da “fronteira do papel” consistindo na garantia da apresentação de toda pessoa presa em flagrante diante da autoridade judiciária para que a sua prisão seja analisada sob o aspecto de sua legalidade, adequação, necessidade, e, também, seja verificada a ocorrência de eventuais maus-tratos e torturas à pessoa detida. O trabalho conclui que o poder dado ao juiz de converter de ofício a prisão em flagrante em prisão preventiva é inconstitucional e está em contradição aos valores processuais acusatórios típicos do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Processo Penal. Inconstitucionalidade. Conversão de Ofício. Prisão em Flagrante. Prisão Preventiva. Princípios Constitucionais. Sistema Acusatório. Audiência de Custódia.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the conversion of flagrant arrest into pre-trial detention declared by the judge on his own initiative. The higher and lesser degree of attribution given to the judge, *ex officio*, is directly related to the current criminal justice system. By this means, it is necessary to set and focus on the principles of presumption of innocence, adversarial, broad defense, minimum state intervention and natural justice. Furthermore, the study of the existing criminal justice systems and identification of which one was chosen by the current Constitution is imperative. From the conclusion in which the 1988 Constitution establishes the principle of prosecution that restrains all of the infra-constitutional norms, it's possible to identify regulations that do not support this principle and, therefore, disagree with the prosecuting system and guarantor model that is based on the current legal order. The rule that gives the judge the prerogative to convert, *ex officio*, the flagrant arrest into pre-trial detention is one of them. This study has the purpose of analyzing in a critical view, the arguments that are commonly used to justify the constitutionality or unconstitutionality of the law, concluding that the bases in which sustain the judges *ex officio* power does justice to the inquisitorial model of a justice system that represents public policies in which the judge's impartiality is a condition of minor importance. Lastly, it is required a thorough analysis on the matter of custody hearing as an overcoming mechanism of the "paper frontier", that consists in the guarantee of presentation of every person that is arrested in flagrante delicto before a judicial authority in which the arrest would be considered under the aspect of its legality, suitability, necessity as well as verifying the occurrence of possible abuse and torture to the detained person. This study concludes that the power to convert, *ex officio*, flagrant arrest into pre-trial detention is unconstitutional and is in contradiction with the accusatory procedural values typical of the Democratic State of Law.

Keywords: Criminal Justice. Unconstitutionality. Converting *Ex Officio*. Flagrant Arrest. Pre-Trial Detention. Constitutional Principles. Accusatory System. Custody Hearing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS PENAIS	15
CAPÍTULO II – DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS	22
2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	22
2.1.1 Princípio da Presunção da Inocência	23
2.1.2 Princípio da Mínima Intervenção Estatal	27
2.1.3 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa	28
2.1.4 Princípio do Juiz Natural	31
2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	34
2.2.1 Sistema Inquisitório	34
2.2.2 Sistema Acusatório	36
2.2.3 Sistema Misto	38
2.2.4 Sistema Processual Penal Brasileiro	39
2.3 A TEORIA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI E A SUA APLICABILIDADE	40
2.4 A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS	45
CAPÍTULO III – ANÁLISE DA CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E SUA INCONSTITUCIONALIDADE	49
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	49
3.2 PROCEDIMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE	52

3.2.1	Audiência de Custódia como Instrumento de Superação da “Fronteira do Papel”	53
3.2.2	Inconstitucionalidade da Conversão de Ofício da Prisão em Flagrante em Prisão Preventiva	59
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

INTRODUÇÃO

Em vigor desde 1941, o Código de Processo Penal brasileiro, malgrado tenha sofrido alterações pontuais, tornou-se pelo decurso do tempo, ultrapassado, não atendendo mais às exigências de um processo penal moderno, garantista e democrático em decorrência de mudanças sócio-políticas ocorridas no país, sobretudo, tendo em vista a nova ordem constitucional vigente.

A Constituição Federal de 1988, nesse sentido, ao adotar o sistema acusatório no processo penal, consagrou diversas garantias fundamentais. Sendo assim, a publicidade, a clareza, e a lisura dos atos processuais demandam que tais garantias sejam observadas durante toda a persecução penal e, mais do que isso, observadas em consonância a um processo penal constitucional. Nesse sentido, o cenário brasileiro é marcado por contradições pois de um lado posiciona-se o texto constitucional repleto de princípios constitucionais adotando o modelo acusatório e, por outro lado, uma legislação processual penal com resquícios inquisitivos na sua essência.

Destarte, observa-se que Lei Federal 12.403/2011 trouxe novas perspectivas para o regramento da prisão cautelar, fiança, liberdade provisória e medidas cautelares diversas da prisão. Isso significa que diversas alterações no Código de Processo Penal de 1941 foram ocorrendo após a promulgação da atual Carta Magna de 1988 como forma de aproximar o texto da legislação processual penal ao texto constitucional.

Ocorre, porém, que a ideia de garantismo que trespassa a atual legislação processual penal exige que se esclareça qual é o papel dado pela Carta Magna a cada um dos sujeitos do processo, sobretudo a do magistrado durante a fase pré-processual. A visão garantista coloca o juiz em posição primordial de garantidor dos direitos do indivíduo, no entanto, essa atuação pode acarretar num importuno irreparável no ordenamento ao possibilitar um prejulgamento que é incompatível com a atuação do julgador em toda a persecução penal.

É nesse contexto que se insere a questão da conversão de ofício pelo juiz da prisão em flagrante em prisão preventiva, uma das mudanças mais substanciais no que concerne às prisões cautelares com o advento da Lei 12.403/2011 consoante nova redação dada ao artigo 310 do Código de Processo Penal.

Embora a jurisprudência majoritária tem entendido que a conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva como constitucional, a doutrina critica bastante esse instituto, posto que viola os princípios constitucionais e o sistema adotado pelo atual texto constitucional, ou seja, o sistema acusatório. A partir das considerações supramencionadas, propõe-se responder ao seguinte problema de pesquisa: A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva é considerada constitucional?

O grande dilema do processo penal é a dificuldade que se tem em remodelar o pensamento no sentido de produzir uma leitura e uma concepção pautada a partir de um modelo constitucional acusatório como garantia do indivíduo em relação ao poder punitivo estatal. Posto isso, o propósito do presente trabalho é demonstrar com base em entendimentos jurisprudenciais e doutrinários a questão da (in)constitucionalidade da conversão de ofício pelo juiz da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Sendo assim, o primeiro capítulo abordará a evolução histórica legislativa das prisões cautelares de caráter pessoal demonstrando as mudanças ocorridas no Código de Processo Penal com a promulgação da atual Constituição Federal. Esse capítulo demonstrará a importância de se fazer uma releitura e reinterpretação do Código de Processo Penal em consonância com o atual texto constitucional.

No segundo capítulo, serão examinadas as garantias fundamentais que devem ser observadas pelo juiz na fase pré-processual com enfoque no princípio da presunção da inocência, contraditório, ampla defesa, mínima intervenção estatal e juiz natural. Também, será feita um exame dos sistemas processuais penais existentes bem como o adotado pelo atual texto constitucional. Ademais, o que por um lado entende-se como direitos e garantias do indivíduo, por outro entende-se como mecanismos limitadores do poder punitivo estatal, nesse sentido, serão analisadas também, a Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli e a inserção da figura do juiz das garantias por meio do Projeto de Lei do Senado 156/2009.

De modo conclusivo, o terceiro capítulo apontará a importância das partes na conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, tanto do Ministério Público, quanto da defesa do indivíduo. Ainda, indicará quais as opções que o magistrado possui ao receber o auto de prisão em flagrante e a importância da audiência de custódia na atual conjuntura. Por fim, debaterá a (in)constitucionalidade do artigo 310, inciso II do Código de Processo Penal com base em argumentos doutrinários e jurisprudenciais e demonstrará se o magistrado, ao realizar

a conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva, estará ou não formando a sua convicção, ainda que relativa, acerca dos fatos na fase investigativa frente aos preceitos constitucionais e ao sistema acusatório vigente.

CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS PENAIS

A fim de proceder a análise da evolução histórica das prisões cautelares de natureza pessoal, o marco inicial adotado no presente trabalho será a promulgação do Código de Processo Penal de 1941.

O aludido diploma legal possuía forte viés autoritário, pois foi inspirado na legislação processual italiana de Rocco, que por sua vez, adotava um padrão fascista. Dessa forma, o contexto histórico que o Brasil empreendia naquela época era o período Vargas, guardando, assim, total pertinência com o posicionamento político italiano.

Destarte, o CPP de 1941 adotou uma sistemática abarcada na presunção da culpabilidade no que tange às matérias de prisão e liberdades individuais. Nessa seara, as principais premissas da redação original do CPP são empreendidas de forma categórica por Oliveira (2017, p. 18), da seguinte maneira:

- a) O acusado é tratado como potencial e virtual culpado, sobretudo quando existir prisão em flagrante, a qual antes da década de 1970, somente era cabível a liberdade provisória para crimes afiançáveis, ou quando presente presunção de inocência, consubstanciada na possível e antevista existência de causas de justificação na conduta do agente (artigo 310, *caput*);
- b) Em uma suposta balança entre tutela da segurança pública e a tutela da liberdade individual, prevalece a preocupação quase exclusiva com a primeira, com o estabelecimento de uma fase investigatória agressivamente inquisitorial, cujo resultado foi uma conseqüente exacerbação dos poderes dos agentes policiais;
- c) A busca pela verdade, sinalizada como a de verdade real, legitimou diversas práticas autoritárias e abusivas por parte dos poderes públicos. A ampliação ilimitada da liberdade de iniciativa probatória do juiz, justificada como necessária e indispensável à busca da verdade real, descaracterizou o perfil acusatório que se quis conferir à atividade jurisdicional;
- d) O interrogatório do réu era realizado, efetivamente, em ritmo inquisitivo, sem a intervenção das partes, e exclusivamente como meio de prova, e não de defesa, estando o juiz autorizado a valorar, contra o acusado, o seu comportamento no aludido ato, seja em forma de silêncio, seja pelo não-comparecimento em juízo. É autorizada, então, a sua condição coercitiva (artigo. 260 do CPP).

Além disso, o artigo 312 da legislação original previa uma espécie de prisão preventiva que deveria ser decretada de forma obrigatória, configurando, portanto, imposição legal, não possuindo o juiz qualquer forma de discricionariedade.¹

Nesse sentido, explica Tourinho Filho (2010, p. 542):

O legislador, no caso, presumiu *juris et jure* tal perigo, dada a circunstância de que, sendo a pena demasiadamente grave, o normal é o imputado, ante a iminência de um decreto condenatório, fugir, desaparecer. [...] Diga-se até de passagem que o legislador não fez qualquer alusão à possível periculosidade do réu. Perigoso ou não, praticando um delito apenado com reclusão por tempo, no máximo igual ou superior a 10 anos, o cidadão seria preso preventivamente, se houvesse prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Já a prisão em flagrante, no que lhe diz respeito, não possuía, na sua gênese apenas a função acautelatória de evitar a fuga do indivíduo, colheita de provas ou impedir o exaurimento ou a consumação do crime, pois, grosso modo, essa espécie de prisão constituía também, uma forma de antecipação da pena. A respeito disso, Lima (2011, p. 178) afirma:

No sistema concebido originalmente pelo Código de Processo Penal de 1941, a prisão em flagrante tinha não apenas essas funções, como igualmente de servir de medida acautelatória. Desse modo, quem era preso em flagrante, desde que não se livrasse solto, não fosse admissível fiança, ou não tivesse sua conduta justificada por alguma excludente de ilicitude, deveria apenas, por esse motivo, permanecer preso durante todo o processo. O flagrante, por si só, era fundamento suficiente para que o indivíduo permanecesse recolhido à prisão ao longo de todo o processo, sem que houvesse necessidade de se motivar o encarceramento à luz de uma das hipóteses que autorizavam a preventiva.

Com o passar do tempo, a legislação que dispunha a respeito das prisões e das liberdades individuais foi adotando uma disciplina mais flexível. Basta observar a Lei nº 5.349/67, que alterou a redação do artigo 312 do CPP e estabeleceu fundamentos para a decretação da prisão preventiva, extinguindo, portanto, a infeliz prisão preventiva compulsória. Outrossim, essa lei, também conhecida como Lei Fleury, promoveu mudanças nessa discussão conforme aduz Delmanto (2008, p. 134):

De fato, no sistema original, afora os casos de prisão em flagrante, tanto a pronúncia quanto a sentença condenatória recorrível importavam necessariamente na prisão do acusado, sendo esta inclusive requisito para o

¹ CPP, redação original: Artigo 312 – A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a dez anos; Art. 596 – A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por crime que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos.

recebimento da apelação. Foi somente com a edição da Lei n. 5.941 que o panorama mudou, permitindo-se que o réu primário e de bons antecedentes pudesse aguardar em liberdade o julgamento pelo júri ou mesmo o processamento e o julgamento da apelação.

As alterações legislativas continuaram com a edição da Lei nº 6.416/77, que promoveu diversas mudanças no CPP de 1941. Uma delas, considerada a principal, foi atinente a inserção do parágrafo único do artigo 310 do estatuto processual penal. Esse dispositivo permite a liberdade provisória “quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a incoerência de hipótese que autoriza a decretação da prisão preventiva”, independentemente do crime ser afiançável ou não (o artigo 310 do CPP, anterior à mudança, não estabelecia qualquer restrição).

Outra importante alteração advinda com a edição da Lei nº 6.416/77 foi a imposição da liberdade provisória sem fiança como regra. Nesse sentido, Lima (2011, p. 396-397) explana da seguinte forma:

Na verdade, diante dessa liberdade provisória sem fiança do antigo parágrafo único do artigo 310, CPP, as vantagens da liberdade provisória com fiança ficavam bem restritas: a) a autoridade policial pode conceder liberdade provisória com fiança, o que impede a privação da liberdade de locomoção do indivíduo mesmo que por um curto lapso temporal, evitando, ademais, seu contato com o cárcere; b) a lei não prevê a oitiva do órgão do Ministério Público nos casos de liberdade provisória com fiança, o que acaba por tornar mais célere a apreciação do pedido; nos casos do antigo parágrafo único do artigo 310 do CPP, a lei impunha a prévia oitiva do órgão ministerial, tornando mais morosa a tramitação do pedido.

Constata-se, também, que desde a edição da referida lei, a prisão em flagrante finalmente passou a ser considerada medida munida de cautelaridade, pois o juiz passou a ter o dever regular de apreciar, após o recebimento do Auto de Prisão em Flagrante e oitiva do MP, a existência de fatos que legitimassem a decretação da prisão preventiva. Do contrário, a prisão em flagrante não seria convertida em prisão preventiva, tornando-se regra a concessão de ofício da liberdade provisória. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 510).

Questão controversa e muito debatida tanto na doutrina quanto na jurisprudência, inclusive objeto do presente estudo, é a possibilidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva amparada pelo artigo 310, II do atual CPP. Esse assunto em específico será tratado, profundamente, no capítulo III do presente trabalho.

Já no que tange ao pagamento da fiança, à época havia claras contradições, tomando-se como exemplo, os casos em que o indiciado, que cometera crime grave, era colocado em

liberdade mediante pagamento de fiança, ao passo que quem cometia crime menos grave era encarcerado. Nessa seara, a Lei Federal nº 12.403/11 buscou regular esse descompasso.

Superado esse ponto, outra circunstância que merece atenção no presente estudo são as tentativas de substituição do CPP na década de 70 com os anteprojetos elaborados por Helio Tornagh, Frederico Marques e Francisco de Assis Toledo. Segundo Delmanto (2008, p. 126-130) o anteprojeto de Helio Tornagh não possuía novidades quanto ao regramento da prisão e da liberdade provisória, ao passo que o de Frederico Marques admitia o instituto da fiança como medida cautelar diversa da prisão tendo como finalidade evitar a prisão preventiva.

Com a promulgação da atual Constituição Federal e a adesão do Brasil a uma série de tratados internacionais, observou-se um intenso progresso na sistemática processual penal. Ao ser considerada uma Constituição Cidadã, houve o rompimento com muitos modelos autoritários que vigoravam à época, da mesma forma que normatizou, também, direitos e garantias que até então eram reconhecidos de forma implícita. Superou também a questão da presunção da culpabilidade ao adotar um paradigma essencialmente acusatório, além de ter consagrados diversos princípios, tais como o do devido processo legal, presunção da inocência, contraditório e ampla defesa, que tem como escopo salvaguardar garantias inerentes ao indivíduo ante a consciência dos direitos fundamentais trazidos no artigo 5º da Carta Magna.

Com a promulgação da Constituição Cidadã, o processo penal que era considerado um instrumento de arbitrariedade estatal ao exercer o *jus perseguendi*, passa a ser uma garantia do cidadão, tornando-se um empecilho ao uso desenfreado da persecução penal por parte do Estado. Com maestria, Oliveira (2017, p. 18) comenta essa mudança:

Se a perspectiva teórica do CPP era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, como se o Direito Penal constituísse verdadeira política pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta [...]. A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero vínculo de aplicação da lei penal, mas além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado. O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda a persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobra a qual exerce o monopólio.

A atual Carta Magna rompeu, definitivamente, com a ideologia repressora que permeava o CPP, significando, dessa forma, que a proteção dos direitos do indivíduo voltou a ser o cerne do sistema. Ao contrário do sistema repressor que buscava minimizar qualquer espécie de impunidade ou injustiça, antecipando, dessa maneira, os efeitos da pena até que eventual decisão de absolvição “restituisse” os direitos do acusado, o objetivo da nova Constituição Federal foi garantir que nenhum direito fosse violado, e que nenhum inocente fosse condenado de forma injusta. Percebe-se, portanto, a mudança no conceito de Justiça.

Em decorrência da nova ordem jurídica, os direitos e garantias fundamentais foram elevados à categoria de cláusulas pétreas e, não obstante a esse tratamento dado, esse título passou a ser o primeiro tema tratado pela Constituição, logo após os “Princípio Fundamentais”. Em se tratando disso, os princípios processuais penais que serão estudados a seguir possuem previsão constitucional, pois são garantias processuais. Nota-se, portanto, um evidente contraste entre a atual Constituição Federal e o Código de Processo Penal de 1941 ainda vigente.

Ademais, as alterações sofridas pelo CPP indicam uma clara divergência entre o sistema acusatório garantista da Constituição Federal de 1988 e a escrita original do Código de Processo Penal. Imperiosa é, portanto, a releitura e a reinterpretção desse Código em consonância com a atual Carta Magna e das mudanças ocorridas por meio das Leis n. 5.349/67, 6.416/77 e 12.403/11.

Outra alteração ocorrida no Código de Processo Penal de 1941 foi a introdução da prisão temporária com o advento da Lei. 7.960/89, que tinha como escopo colocar fim a prisão para averiguação.

Nesse diapasão, Tourinho Filho (2010, p. 529) entende que a prisão temporária foi uma verdadeira legitimação da prisão para averiguação, pois seria inscrita, aparentemente, na posição de prisão cautelar, mesmo sem possuir os pressupostos essenciais da cautelaridade (*fumus comissi delicti* e *periluculum libertatis*) e da comprovação de sua real necessidade. No entanto, Mendonça (2011, p. 312) entende diversamente, da seguinte forma:

A prisão temporária é uma espécie de prisão processual de caráter cautelar, a exigir a presença dos pressupostos necessários de toda medida cautelar, ou seja, o *periculum in mora* e o *fumus boni iurus*. Assim, a prisão temporária será decretada quando se mostra imprescindível para as investigações de um fato delituoso já delineado e sempre que houver a presença de elementos indicando a plausibilidade de ocorrência de um dos crimes indicados no artigo 1º, III da Lei.

Ocorre, que durante muito tempo o senso comum da doutrina sustentava a existência de cinco espécies de prisões cautelares: a prisão temporária (Lei. 7.960/89), a prisão em flagrante (artigo 302 do CPP), a prisão preventiva (artigo 312 do CPP) e as prisões consequenciais decorrente de pronúncia (antigo artigo 408, §1º do CPP) ou sentença condenatória recorrível. Além dessas cinco espécies de prisão cautelar, Gomes e Marques (2011, p. 25 apud LUCENA, 2012, p. 58) sustentava a existência também, da prisão decorrente de acórdão recorrido (artigo 27, §2º da Lei n. 8.038/90).

Com relação às prisões consequenciais (decorrente de pronúncia ou sentença condenatória recorrível), havia críticas concernentes à essa espécie cautelar, visto que constituía verdadeira antecipação da pena. Essas “supostas” prisões cautelares não eram dotadas de acessoriedade, provisoriedade e instrumentalidade, tendo como consequência a extinção do ordenamento conforme a edição da Lei n. 11.689/08 e a Lei n. 11.719/08, embora o STF já houvesse consolidado seu entendimento antes dessas alterações.²

Concernente à prisão decorrente de acórdão condenatório e em virtude da ausência de efeito suspensivo dos recursos especiais, Delmanto Júnior (2001, p. 226) entende haver incongruência entre essa possibilidade prevista no Código de Processo Penal com a atual Carta Magna, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Para o autor, prender o indivíduo que até então se encontrava solto, de maneira automática, despida de fundamentação cautelar, única e exclusivamente em virtude da confirmação da sentença condenatória em segundo grau ou reforma da sentença absolutória proferida pelo juiz, implica, na prática, em exceção da sentença condenatória. Essa prisão era decretada de forma automática, como consequência do acórdão condenatório.

Inevitável reconhecer que, apesar das alterações legislativas realizadas e de uma nova interpretação do Código de Processo Penal à luz da Constituição Federal, é irrefutável ainda existir incongruências no CPP, especialmente no que concerne à disciplina das medidas cautelares.

Diante disso, a Lei Federal 12.403/11 foi promulgada e inseriu no Código de Processo Penal medidas cautelares de natureza pessoal diversas da prisão, deixando de lado, portanto, o modelo binário que vigorava. Antes, ao analisar os pressupostos das cautelares, o juiz somente

² STF, HC nº 89.754, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 13 de fevereiro de 2007.

tinha duas opções: decretar a prisão preventiva ou conceder liberdade provisória com ou sem fiança. Com o advento dessa Lei, um modelo multicautelares foi adotado, permitindo ao juiz dispor de uma série de medidas cautelares alternativas à prisão.

Com o objetivo de atualizar o Código de Processo Penal, enfatizando os direitos e garantias previstas na atual Constituição Federal, bem como o modelo acusatório adotado, a Lei n. 12.403/11 alterou dispositivos, no qual Ferreira Lima e Nogueira (2011, p. 03 apud LUCENA 2012, p. 54), de forma sistemática, elucida da seguinte forma:

- a) O tratamento sistêmico e estruturado das medidas cautelares e da liberdade provisória;
- b) O aumento do rol das medidas cautelares de natureza pessoal, anteriormente centradas essencialmente na prisão preventiva e na liberdade provisória sem fiança do artigo 310, parágrafo único do CPP;
- c) Manutenção da prisão preventiva, de forma genérica para a garantia da instrução do processo e para a execução da pena e, de maneira especial, para acusados que possam vir a praticar infrações penais relativas a crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômico-financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa;
- d) Impossibilidade de imposição de prisão que não seja de natureza cautelar antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória;
- d) Valorização da fiança: houve ampliação da possibilidade de a autoridade policial concedê-la, alargamento das suas hipóteses de incidência, observadas as proibições constitucionais na matéria, atualização dos seus valores e a adequação da disciplina do seu quebramento.

Conforme exposto anteriormente, apesar das diversas alterações ocorridas no Código de Processo Penal com o decorrer do tempo, a fim de aproximar seus preceitos com a atual Carta Magna no âmbito dos direitos e garantias individuais, bem como o sistema acusatório e o modelo garantista adotado, categórico é afirmar que ainda há inadequações no atual CPP. Uma delas, objeto de estudo, é a questão da possibilidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva feita de ofício pelo magistrado (artigo 310, inciso II do CPP). Para tanto, uma análise dos preceitos que irão sustentar a ideia de inconstitucionalidade dessa norma, se faz imperiosa.

CAPÍTULO II – DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O presente trabalho tem como escopo a discussão de uma das mudanças mais relevantes das prisões cautelares com o advento da Lei 12.403/2011: a possibilidade da conversão de ofício pelo juiz da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Embora a jurisprudência tem entendido que não há ilegalidade nessa conversão, a doutrina critica bastante esse instituto, e, como será visto adiante, há a violação aos princípios da presunção da inocência, da mínima intervenção estatal, do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural e, precipuamente, o sistema processual penal amparado pela Constituição Federal de 1988, ou seja, o sistema acusatório.

Ademais, o que por um lado entende-se como garantias fundamentais do indivíduo, por outro, entende-se como mecanismos limitadores do estado, os quais, para o presente estudo, são manifestados pelo garantismo penal de Luigi Ferrajoli e pela introdução da figura do juiz das garantias por meio do PLS 156/2009.

Posto isso, entende-se a necessidade de haver uma releitura com viés garantista do diploma processual penal, na qual os princípios constitucionais e o sistema processual penal adotado devam servir de balizas para a interpretação atinente à ilegalidade da conversão da prisão em flagrante feita de ofício pelo magistrado.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que os direitos humanos ganharam especial relevo, sobretudo porque esse documento representou “o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil.” (PIOVESAN, 2013, p. 84).

No que concerne ao aspecto penal, por sua vez, é perceptível que houve a partir da Carta Magna de 1988, uma grande influência ao vislumbrar o sistema penal à luz das garantias constitucionais. Nesse aspecto, tanto em relação ao direito material quanto ao processual, observa-se que nem todas as garantias estão expressas no artigo 5º da Constituição, haja vista o que dispõe o seu §2º:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Consoante previsão legal, além dos direitos expressos na atual Carta Magna outros podem derivar dos princípios a ela pertencentes. Sendo assim, é cediço ressaltar novamente que o processo penal deve ser observado à luz da Constituição Federal, de forma que a sua inobservância caracteriza verdadeira inconstitucionalidade material.

Como já tratado no primeiro capítulo, a constitucionalização do processo penal trouxe mudanças no modelo repressor e antidemocrático do CPP de forma que a proteção às garantias fundamentais ganhou maior notoriedade.

É com base nessa premissa – de que deve haver maior proteção às garantias fundamentais sob pena de ilegalidade – que se reconhece a necessidade de fazer uma análise de adequação do texto legal no que concerne à conversão da prisão em flagrante tendo em vista os seguintes princípios: presunção da inocência, mínima intervenção estatal, contraditório, ampla defesa e juiz natural.

2.1.1 Princípio da Presunção da Inocência

O principal princípio constitucional penal do atual ordenamento é o da presunção da inocência ou da não culpabilidade. Esse princípio se faz presente no artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988 ao afirmar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Isso significa que o estado de inocência é um atributo inerente a toda pessoa e o ser humano traz consigo a indelével marca da inocência, desde o seu nascimento, logo, ninguém pode ser previamente considerado culpado. (BARROS, 2019, p. 54).

Diante disso, nas palavras de Cruz (2005, p. 31 apud YOUNG, 2014, p. 12), o aludido princípio é de suma importância, posto que:

[...] 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.

Nesse diapasão, Lopes Jr. (2006, p. 187-188) explana as principais exteriorizações desse princípio no ordenamento:

- 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.
- 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, por tanto, 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.

Nesse mesmo sentido, Oliveira (2017, p. 234) destaca a importância desse princípio de forma categórica em sua obra da seguinte forma:

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.

Ademais, ao extrair da nova redação da Lei 12.403/11, o artigo 283 do CPP afirma que:

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.

O entendimento jurisprudencial paradigmático de caráter nitidamente democrático acerca do princípio da presunção da inocência é esse:

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. (Supremo Tribunal Federal, 2009, online).

Se não bastasse o tratamento dado pela atual Constituição Federal de 1988, observa-se que tal princípio foi positivado pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, em seu artigo XI determina 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”.

Consoante o artigo 8º, I, do Pacto de San José da Costa Rica, ratifica o princípio da presunção da inocência da seguinte maneira, *ipsis 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, em seu artigo 14, nº 2, admitido pelo direito brasileiro afirma, *ipsis litteris*: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”

A respeito desse tema, ensina Oliveira (2017, p. 39):

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.

Por conseguinte, o princípio da presunção da inocência, além de proteção natural ao indivíduo, atua como regra de tratamento e instrumento limitador do estado, incumbindo ao órgão acusatório o ônus da prova. Ademais, a prisão só poderá ser decretada quando obedecer o binômio da adequação/proporcionalidade, sob pena de ser considerada uma antecipação da pena, o que é proibido pelo nosso ordenamento.

Outrossim, cumpre ressaltar que qualquer prisão cautelar imposta ao indivíduo sem a devida fundamentação dos pressupostos e dos elementos necessários ao convencimento do magistrado, será tida como uma medida antecipadora da pena, afrontando nitidamente o princípio da presunção da inocência.

Nesse sentido, Filho (1991, p. 65) aduz:

As prisões decretadas anteriormente à condenação, que numa visão mais radical do princípio nem sequer poderiam ser admitidas, encontram justificação apenas na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual.

Ocorre que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal mudou o entendimento a respeito desse princípio, relativizando-o. Com o novo entendimento, há a possibilidade do indivíduo ser preso enquanto aguarda um novo julgamento após condenação em segundo grau. São diversos os argumentos a favor desse novo entendimento, um deles é a questão de se evitar a impunidade uma vez que a questão fática já fora apreciada em primeiro e segundo grau.

No entanto, diante das previsões constitucionais e legais, resta afirmar, ao menos, aparentemente, a existência de um conflito entre os princípios da liberdade pessoal e o da presunção da inocência ao decretar qualquer medida cautelar posto que qualquer prisão decretada antes do trânsito da sentença penal condenatória, é medida que desafia o princípio da presunção da inocência, consoante artigo 5º, inciso LVIII da Constituição Federal.

O entendimento que perfaz o presente trabalho é que há uma incompatibilização entre o instituto das medidas cautelares e o princípio da presunção da inocência posto que para que tal princípio seja atingido na sua completude, o ideal seria que todos os indiciados se defendessem em liberdade.

Diante disso, imperioso é o surgimento de medidas alternativas em substituição da conversão do flagrante em prisão preventiva por outras medidas cautelares conforme aduz Bártoli (2002, online):

É preferível, portanto, aplicar medidas coativas previstas na lei processual, como a prisão preventiva, prisão decorrente de pronúncia, ou manter a prisão decorrente em flagrante, etc., somente após a tentativa de exaurimento 'de outras providências cautelares', de menor teor coercitivo, como a custódia em casa, o compromisso de comparecer, o confinamento, etc.

Essas medidas substitutivas da conversão do flagrante em prisão preventiva já se encontram positivadas na legislação processual penal de países como a Itália em seu *Código di Procedura Penale*, art. 280 a 286; Argentina em seu *Código Procesal Penal*, arts. 159 e 160; Portugal em seu *Código de Processo Penal*, art. 28 e Uruguai em seu *Código Del Proceso Penal de la Republica Oriental del Uruguay*, art. 73. (CUNHA e BALUTA, 1997, p. 98 apud GONÇALVES, 2013, p. 48).

2.1.2 Princípio da Mínima Intervenção Estatal

Um dos princípios limitadores da atividade estatal é o da intervenção mínima, segundo o qual a atuação penal do Estado só poderá ocorrer nos casos em que outros ramos do direito não são suficientes para reprimir a atuação do agente ou quando haja violação aos bens jurídicos de maior relevância.

Diante disso, Bitencourt (2015, p. 54) aduz:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada foram suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Sendo assim, enquanto houver outras formas de coibição ou de advertência menos gravosas ao indivíduo do que a sua prisão, o Estado-Juiz, e em especial, o Direito Processual Penal, deve-se manter inerte, preconizando o caráter subsidiário desse ramo do ordenamento, sob pena de constrangimento ilegal e flagrante abuso de autoridade:

O posicionamento do STJ é exatamente nesse sentido:

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 ser as perturbações

mais leves objeto de outros ramos do Direito. 3. [...] 4. Recurso especial a que se nega provimento. (Superior Tribunal de Justiça, 2013, online).

Majoritariamente, a doutrina e a jurisprudência entendem que o Estado-Juiz só deverá criminalizar o indivíduo pelas condutas que importarem em lesão significativa a um bem jurídico tutelado conforme elucida Bitencourt (2015, p. 60):

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. Amiúde, 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.

Sendo assim, se outros ramos do direito forem capazes de solucionar a demanda, não assiste necessidade da atuação do Direito Penal, posto que figura como medida de extrema proteção a bens jurídicos mais relevantes ou a lesões mais expressivas.

Um levantamento feito pelo Departamento Penitenciário Nacional no ano de 2014, mostra que no Brasil, a quantidade de presos provisórios corresponde a 40% do total de encarcerados conforme resta demonstrado a seguir:

Cerca de 40% das pessoas que estão presas no Brasil sequer foram julgadas na primeira instância, aponta levantamento feito pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen). São quase 250 mil presos provisórios, diz o novo relatório Infopen divulgado na manhã desta terça-feira (26/4). Os números mais atuais do estudo dizem respeito a dezembro de 2014. (CNJ, 2016, online).

Sendo assim, depreende-se que há uma superlotação do sistema prisional com quase metade dos encarcerados composto por presos provisórios permitindo afirmar que a prisão cautelar no Brasil é considerada banalizada.

Vale ressaltar que o Estado-Juiz ao usar o monopólio de punir, não pode ultrapassar os limites impostos pela legislação. Imperiosa é, portanto, a necessidade de se desmistificar a cultura do cárcere e que considerar o uso desproporcional e desmedido do Direito Penal não é a solução para combater a criminalidade. Esse discurso do Direito Penal Máximo serve apenas para gerar mais violência.

2.1.3 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

Com a implementação da Lei 12.403/2011, finalmente, o direito ao contraditório foi consagrado no artigo 282, §3º do CPP no que tange às medidas cautelares:

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

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Acerca da temática tratada, Nucci (2010, p. 286-287) reitera:

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.

É tão fundamental garantir o acesso do indivíduo à defesa que a sua ausência acarreta nulidade de todo o processo. A Súmula 523 do STF repisa esse fundamento da seguinte maneira: “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”.

Nesse mesmo sentido, Oliveira (2017, p. 37) aduz:

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.

É evidente que o princípio do contraditório no exercício das medidas cautelares, devido a urgência da medida e o risco de sua ineficácia, é diferenciado com relação ao processo de conhecimento. No entanto, isso não é motivo para que a parte deixe de intervir na decisão fundamentada do juiz ao decretar eventual medida cautelar. Isso significa que os argumentos utilizados pelo juiz na sua fundamentação devem estar em consonância com o princípio da fundamentação das decisões (artigo 93, inciso IX da Constituição Federal) e com o princípio do contraditório.

Sendo assim, o indivíduo que é sujeito da relação (Estado-Juiz, Acusação e Réu) deve ter o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa em todas as fases da persecução criminal, nos termos do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988 que dispõe: “[...] 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 ele inerentes.”

Nesse sentido, o Pacto São José da Costa Rica, ao garantir o contato imediato entre o cidadão detido e o juiz competente, tem como escopo um maior controle quanto à legalidade da prisão em flagrante concedendo às partes iguais oportunidades de pronunciamento para que figure na convicção do juiz ao decidir sobre eventual imposição de medida cautelar. Caso isso não ocorra, configura afronta aos princípios do contraditório e da fundamentação das decisões.

Ocorre que há ausência de norma interna que possibilite o preso em flagrante ser encaminhado diretamente ao juiz competente. Apesar dessa lacuna não ser óbice para o cumprimento dos mandamentos do Pacto São José da Costa Rica, imperiosa é a necessidade de alteração do Código de Processo Penal a fim de compatibilizá-lo com a Convenção Americana do Direitos Humanos.

Concernente ao princípio da ampla defesa, há a distinção pela doutrina em duas facetas: uma ampla defesa considerada técnica, que será prestada por um advogado; e a outra, pelo próprio preso, denominada de autodefesa. Esta última, no âmbito da audiência de custódia, segundo Silveira (s.d., p. 8):

[...] nosso sistema processual penal tem lugar principalmente no ato de interrogatório, oportunidade que o acusado tem o direito de não se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*) e também o de se entrevistar diretamente com o seu julgador, expondo-lhe a sua versão dos fatos e os motivos que geraram aquela prática.

Nesse sentido, Pires (2016, p. 262, online) afirma que:

[...] ampla defesa é cláusula de garantia individual instituída precisamente no interesse do acusado. A Audiência de Custódia tem como uma de suas finalidades a oitiva do acusado pelo magistrado possibilitando, assim, o contraditório e a ampla defesa e, não levando em consideração apenas o auto de prisão em flagrante lavrado pela autoridade policial.

Para Fernandes (2005, p. 05 apud GUSMAN, 2015, p. 134), esses princípios estão intrinsecamente ligados a garantia do juiz imparcial posto que:

Sempre que o juiz age, de ofício, no sentido de decretar uma prisão, queira-se ou não, ele está manifestando propensão de julgar procedente a acusação e está, de certa forma, mostrando posicionamento contrário ao da pessoa acusada.

Diante do aludido, observa-se que os princípios da ampla defesa e do contraditório são exteriorizados por meio da implementação da audiência de custódia para que as partes tenham a mesma oportunidade de pronunciamento ao figurar na convicção do juiz.

Diante disso, não resta dúvida que a atividade de ofício do juiz minimiza o contraditório e a ampla defesa e, no caso da conversão do flagrante em prisão preventiva, os aniquila completamente haja vista que o juiz estaria usurpando as funções do órgão acusador e, não obstante a inobservância de tais princípios, há a imposição de uma medida mais grave e prejudicial a um indivíduo sem que tenha havido requerimento das partes.

2.1.4 Princípio do Juiz Natural

O princípio do juiz natural é universal e basilar de todo Estado Democrático de Direito. É o direito que todo cidadão possui de saber qual é a autoridade que irá cuidar de seu processo e qual juiz irá julgá-lo caso cometa algum ato considerado como delito no ordenamento jurídico-penal do qual é parte integrante.

Nesse sentido, Grinover (1983, p. 11 apud LIMA, 2013, p. 35) desta que:

[...] mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível.

Sendo assim, é dever de todo e qualquer Estado Democrático de Direito assegurar às partes de um processo, a escolha de um juiz designado previamente por lei e em conformidade com as normas constitucionais vigentes.

Esse princípio visa garantir a imparcialidade do juiz sendo que este, deve ser preliminarmente definido por lei. Outra finalidade é assegurar a não incidência do juízo ou tribunal de exceção (consoante artigo 5º, inciso XXXVII da CF) que é a “escolha do magistrado encarregado de analisar determinado caso, após a ocorrência do crime e conforme as características de quem será julgado, afastando-se dos critérios legais anteriormente estabelecidos.” (NUCCI, 2016, p. 81).

No Brasil, a garantia do juiz natural possui expressa previsão na Constituição Federal no artigo 5º. Badaró (2010, p. 142) enfatiza a ideia de que a configuração desse princípio no ordenamento possui duas perspectivas: o positivo pois assegura o direito a um juiz competente e o negativo que veda a criação de tribunais de exceção. Sendo assim:

A distinção fundamental entre a vedação dos tribunais de exceção (art. 5º, inciso XXXVII), de um lado, e o direito ao juiz competente predeterminado por lei (art. 5º, inciso LIII), de outro, é que a primeira diz respeito à constituição do órgão em relação à organização judiciária, enquanto que o segundo diz respeito à distribuição de competência entre os órgãos previamente instituídos, isto é, pertencentes à organização judiciária segundo as normas constitucionais. Ou seja, a análise do juiz competente pressupõe ser este um órgão constitucionalmente previsto como integrante do Poder Judiciário, isto é, não se tratar de um tribunal de exceção ou extraordinário.

Diante disso, o princípio do juiz natural não só garante a imparcialidade do juiz como também a não incidência do juízo ou tribunal de exceção. Nesse mesmo sentido, Barros (2019, p. 66) aduz:

Primeiramente menciona-se a proibição da criação de juízo ou tribunal de exceção. [...] Igualmente integra o conteúdo do princípio do juiz natural a norma fundante de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. [...] Completa-se a formatação do princípio do juiz natural com a imparcialidade do magistrado.

Com a implementação dessa audiência de custódia, tanto o auto de prisão em flagrante quanto o preso devem ser levados à presença do juiz com a participação da acusação e da defesa. A audiência de custódia, grosso modo, é um mecanismo previsto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana dos Direitos Humanos/ Pacto San José da Costa Rica e é uma mera apresentação do indivíduo perante um juiz após ser autuado em flagrante sem que tenha havido processo. As duas finalidades dessa audiência são: proteger o custodiado com a análise da integridade física e a avaliação da necessidade da manutenção da custódia do autuado. Nesse quesito, Paiva (2015, online) preleciona que:

A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura.

Durante a audiência, o juiz irá entrevistar o preso em flagrante, cumprindo os requisitos dispostos no art. 8º da Resolução 213/15³ do CNJ. O problema reside no fato de que o juiz da audiência de custódia deve ser indicado expressamente, sob pena de infringir o princípio do juiz natural. Ademais, esse juiz decidirá sobre a manutenção do flagrante ou não. A respeito desse tema, Marcellus Polastri Lima (apud ANDRADE; ALFLEN 2016, p. 143) explica:

[...] afronta o princípio do juiz natural, já que órgão para o qual se dá a apresentação não é previsto em lei estadual, ou seja, o juiz da audiência de custódia fixado pela resolução é um juiz meramente designado, a sabor de discricionariedade da Presidência do Tribunal, em clara afronta ao princípio do juiz natural, que é constitucional.

Nesse mesmo sentido, para Marcellus Polastri Lima (apud ANDRADE; ALFLEN 2016, p. 135), atinente à Resolução do TJ/RJ, a competência do juiz que irá presidir a audiência de custódia deve ser definida de forma prévia para que não ocorra afronta ao princípio constitucional do juiz natural.

Grande parte dos Estados do Brasil tem aproveitado varas criminais ou órgãos já previstos na organização judiciária e com competência para atuar em flagrantes criminais para se determinar que ali se realize a chamada audiência de custódia, como se dá em São Paulo, que aproveitou a estrutura do DIPO, só aumentando o número efetivo de juízes ali lotados, sendo que os juízes lotados no DIPO já seriam competentes para atuar em flagrantes e, assim, se bem que de maneira duvidosa, já existiria em São Paulo a obediência ao princípio constitucional do “juiz natural”.

Mas, na resolução do Rio de Janeiro, apenas se prevê uma “designação de juízes” (art. 9º) e ainda temporariamente (§2º), em um órgão que a resolução chama de Central de Audiências de Custódia (CEAC) (art. 3º), sendo que a tal CEAC não é prevista na Lei Orgânica Judiciária ou no Código de Normas da Corregedoria de Justiça. Ao contrário, a organização judiciária do Rio de Janeiro já dispõe sobre a competência dos juízes na área criminal e em nenhum momento traz a competência exclusiva (ou atribuição) para funcionar em flagrantes ou inquéritos policiais. Assim, existe um vício formal evidente na

³ Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: I - esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial; II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito; III - dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio; IV - questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares; V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão; VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis; VII - verificar se houve a realização de exame de corpo de delito [...]

resolução do TJ/RJ, ou seja, a afronta ao princípio do juiz natural, e nesse ponto, poderá ser impugnada.

O mesmo entendimento pode ser feito à aplicação da resolução que dispõe sobre a audiência de custódia no Brasil, pois não existe predeterminação de competência por parte do CNJ para a realização da audiência de custódia, ficando a cargo dos Tribunais indicarem quais juízes irão instruir essas audiências.

Verifica-se, portanto, que ao implementar a audiência de custódia, seja por resolução do CNJ, Projeto Lei ou Emenda, deve haver a observância do princípio do juiz natural, pois trata-se de um princípio basilar de todo Estado Democrático de Direito ao estabelecer o direito que o cidadão possui de saber qual é a autoridade responsável pelo seu julgamento (artigo 5º, inciso LIII da Constituição Federal) sob pena de dupla afronta à Constituição Federal, pois o juiz que converte de ofício a prisão em flagrante em prisão preventiva afronta o princípio do acusatório, e, não obstante a isso, se esse juiz que pratica tal ato não tenha sua competência estabelecida, fere, também, o princípio do juiz natural.

2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Sob o aspecto etimológico, Ferreira (1992, p. 1.594) define “sistema” como sendo:

- a) Conjunto de elementos, materiais ou ideias, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação;
- b) Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada: sistema penitenciário; sistema de refrigeração;
- c) Reunião de elementos naturais da mesma espécie, que constituem um conjunto intimamente relacionado.

Sendo assim, sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto. (RANGEL, 2019, p. 119).

Diante disso, observa-se que os sistemas processuais penais são criados ante a unificação de elementos que se vinculam em torno de uma premissa e de um determinado contexto histórico. Dessa forma, serão analisadas em apartado os três sistemas processuais penais existentes, tal qual o aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.1 Sistema Inquisitório

Esse sistema processual possui raízes no Direito Canônico e é caracterizado pela ausência de garantias constitucionais penais intrínsecas ao indivíduo e pela concentração da tríplice função de defender, acusar e julgar na figura do Estado-Juiz. Nesse sentido, Nucci (2016, p. 111) afirma que:

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.

Outro aspecto importante desse sistema é o sigilo que está presente em toda a persecução penal. Nessa seara, importante ressaltar que além de não haver previsão de garantias fundamentais do indivíduo, como por exemplo, do contraditório, ampla defesa e direito ao silêncio sem que haja o entendimento em seu desfavor, a confissão era considerada a rainha das provas. Rangel (2019, p. 121), nesse sentido, aduz que:

- 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;
- 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.

O que se pode extrair desse sistema é a existência da mitigação dos direitos fundamentais do indivíduo, característica própria dos regimes autoritários. O interesse do Estado, consoante esse sistema, deve se sobressair ao interesse coletivo, sendo frequentemente noticiado o uso de torturas para sua obtenção. Nítida é a intenção de causar temor como forma de impedir a reiteração delituosa do indivíduo.

No Brasil, o Código de Processo Penal de 1941 seguiu essa linha de raciocínio, conforme aduz, Távora e Alencar (2016, p. 24):

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).

Mesmo após reformas do Código de Processo Penal, resquícios do modelo inquisitório foram mantidas na seara da gestão probatória. Isso se encontra de forma explícita no artigo 156, inciso I do aludido diploma legal:

Art. 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; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Cabe ressaltar que o juiz inquisidor está focado na busca da verdade e de uma decisão justa. Para tanto, a tortura costumava ser um aparato como forma de se extrair essa verdade como subsídio para a decisão mais justa.

Os traços inquisitórios da prisão cautelar persistem até os dias atuais, em confronto com a ideia de cautelaridade da prisão provisória, pois nesse sistema ao lado da violação à integridade corporal por meio da tortura, há uma subversão da ideia de presunção da inocência visto que a prisão provisória é considerada regra, ao passo que a liberdade, exceção. Nesse sentido, aduz Moraes da Rosa (2014, p. 163):

[...] parcela majoritária da magistratura entende que a prisão cautelar torna as cidades seguras, o agente deve permanecer preso antecipadamente, quem sabe cumprir toda a pena, até que se conforme a decisão. Pensam conforme a matriz inquisitória.

2.2.2 Sistema Acusatório

Avesso ao sistema inquisitivo, o sistema acusatório é o que garante a imparcialidade entre a acusação, o Estado-Juiz e a defesa.

Conforme explana Ferrajoli (2002, p. 451), “são características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento”. Nesse mesmo sentido, Nucci (2016, p. 112) esclarece 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.

Ademais, é no sistema acusatório que fica superada a questão da imparcialidade pois, diferente do sistema inquisitivo, nesse sistema, o magistrado determina a produção da prova quando a instrução for deficiente. Outro ponto que permeia esse sistema é atinente à separação dos poderes ao não admitir quaisquer espécies de interferência de um poder a outro sob pena de nítida ofensa a autonomia de cada função do Estado (legislar, julgar e executar). Quanto à produção de prova, o sistema acusatório é reconhecido pela publicidade dos atos processuais, tornando o *ius puniendi* estatal dotado de publicidade, salvo em casos de segredo de justiça.

Importante característica que merece destaque é a valoração da prova colhida na fase pré-processual, sendo vedado ao magistrado, nesse sistema, um provimento condenatório fundamentado exclusivamente nessas provas. O magistrado deverá atuar de forma que as provas que foram colhidas em sede de inquérito corroborem com as produzidas na fase processual, sob pena de absolvição do réu.

Ao magistrado cabe manter o estado de paridade entre as partes (acusação e defesa), preservando a ambos as garantias fundamentais. Nesse ponto, o magistrado não está adstrito ao juízo de convencimento do órgão acusatório, tampouco às manifestações da defesa. O juiz é parte do processo, atuando dentro das balizas legais. 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 (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 2013, online).

No que concerne à conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva, o sistema acusatório decorre logicamente da ideia de vedação de antecipação da pena, seja qual for o motivo. Ademais as medidas pessoais, antes da sentença penal irrecorrível, devem ter

caráter cautelar ligado à segurança do processo já que antecipar a pena significa subverter a ordem constitucional.

Por derradeiro, observa-se que o sistema acusatório é um sistema processual garantista preocupado em preservar os direitos individuais do cidadão e que salvaguarda a liberdade do réu afastando os aspectos do sistema processual inquisitório.

2.2.3 Sistema Misto

O Sistema Misto teve influências tanto no Sistema Acusatório quanto no Sistema Inquisitivo. Suas raízes se encontram no contexto histórico da Revolução Francesa. Esse modelo perdurou até o início do século XIX, momento em que novos axiomas como forma de valorizar o homem ou colocá-lo no centro, estava em voga.

Nucci (2016, p. 112) destaca que esse sistema pressupõe 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.

Nesse sistema, há a divisão do processo em duas partes: a fase pré-processual e a fase processual. A primeira tem caráter inquisitória e a segunda acusatória. A primeira fase se dá por uma instrução preliminar, ou seja, secreta e escrita, ficando à cargo do juiz a colheita de provas. Na segunda fase, por sua vez, há o julgamento, admitindo-se o direito ao contraditório, ampla defesa e a todos os direitos inerentes ao indivíduo.

Rangel (2019, p. 127-128), por sua vez, descreve outras características atinentes a esse 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 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.

No entanto, o sistema processual misto é objeto de críticas por parte da doutrina, pois apesar de ser um avanço em relação ao sistema inquisitivo, ainda permeia a produção de provas na fase pré-processual, além da nítida ausência de contraditório. Essa é a crítica feita por Lopes Jr. (2011, p. 70-71):

A fraude reside no fato de que a prova colhida na inquirição do inquirido, 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 inquirido 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 inquirição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

Por derradeiro, o fato da persecução penal ser feita em duas fases, uma na qual as garantias fundamentais são reduzidas em prol da investigação (pré-processual) e outra em que as garantias fundamentais supostamente prevalecem e são respeitadas (fase processual) não é critério idôneo para classificar o sistema brasileiro como misto, como será visto a seguir.

2.2.4 Sistema Processual Penal Brasileiro

Há grande divergência na doutrina quanto ao tema tratado. Muitos processualistas defendem sistema processual brasileiro como sendo misto por haver composição de traços do sistema acusatório que garante o contraditório e traços do sistema inquisitivo no que tange ao inquirido policial. Esse é o entendimento de Tucci (2004, p. 42):

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

Esse entendimento decorre porque o Código de Processo Penal Brasileiro contém traços do sistema inquisitivo, como, por exemplo, o fato de se permitir a conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva pelo juiz e a produção de provas de ofício.

No entanto, para o presente trabalho, adota-se a ideia de que o sistema brasileiro é acusatório pela preservação das garantias fundamentais constantes na atual Carta Magna. Cabe destacar o artigo 129, I da Constituição Federal ao determinar a competência exclusiva do Ministério Público a promoção da ação penal pública. Nesse sentido é a doutrina de Távora e Alencar (2016, p. 24):

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.

Outrossim, a atual Constituição é cristalina concernente ao respeito às garantias fundamentais descritas no artigo 5º. Ademais, percebe-se que o legislador, além de elencar todas as garantias fundamentais como cláusulas pétreas, definiu a separação entre os poderes e preponderou por um processo penal garantista. Daí o motivo de Capez (2012, p. 85) também entender 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.

2.3 A TEORIA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI E A SUA APLICABILIDADE

O presente tópico busca elucidar acerca da teoria do garantismo penal, que junto do sistema acusatório e dos princípios anteriormente estudados, visam nortear a figura no magistrado na sua atuação na fase pré-processual. Ademais, assevera o fato de que a conversão do flagrante pelo juiz de ofício vai de encontro a esses preceitos que são inerentes ao indivíduo.

Consoante aos períodos autoritários que tanto assolaram países como Itália, Espanha, Portugal, Alemanha, Argentina e Chile, a democratização iniciada em meados de 1980 no Brasil foi e ainda é comemorada.

Não poderia haver maior conformidade com um sistema político, social e jurídico que não se amoldasse aos princípios gerais de convivência almejada pelo Brasil. O movimento da redemocratização no país culminou com o advento da Constituição Federal de 1988, amplamente denominada como Constituição Cidadã pelo até então presidente do Congresso Nacional, Ulysses Guimarães.

Diante disso, observa-se que, hodiernamente, a política criminal segue uma tendência mundial não punitiva que desemboca na teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Cumpre ressaltar que dentre as vertentes não punitivas existentes, destacam-se as correntes neorrealista de esquerda, minimalista e abolicionista.

O garantismo penal é um sistema teórico que possui diversos postulados. O ordenamento brasileiro só pode ser considerado garantista se houver a assunção desses postulados. Nessa seara, é importante ressaltar que existem pessoas contrárias a existência da prisão e do direito penal, ou seja, os abolicionistas. Existem outras que se dizem abolicionistas e garantistas ao mesmo tempo, o que configura total contradição.

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli busca sistematizar o garantismo partindo do pressuposto de que não há apenas a proteção do réu perante o Estado, mas também a sociedade de algum eventual delinquente, ou seja, significa um máximo bem-estar para a sociedade e o mínimo de mal-estar para o delinquente. É um sistema que protege, também, o réu da vingança privada, diferente do que os abolicionistas defendem que é a não imposição da pena. Sendo assim, a dogmática do garantismo penal surge como substituição da vingança privada.

Ademais, é importante ressaltar que como se trata de um conceito teórico, imperioso é o rigor referente aos postulados tratados. Nesse sentido, o garantismo não é contra a punição, a pena ou ao sistema penal em si, pelo contrário, o sistema penal tem o seu lugar no garantismo,

mas deve ser usado quando preenchidos os pré-requisitos para a aplicação da pena, portanto, o garantismo busca sistematizar por meio da razão, a força bruta que é a pena. Uma característica fundamental é o fato do garantismo ser um sistema convencionalista e não substancialista, ou seja, não há um direito natural ou crime natural, mas sim direitos e crimes frutos da criação intelectual humana, ou seja, da cultura humana. Isso significa que há a oportunidade de escolha das condutas as quais serão criminalizadas, daí a importância da separação entre Direito e Moral. Nesse sentido, Ferrajoli (2002, p. 16-17) afirma:

Ver-se-á, de fato, que o modelo penal garantista, com sua estrutura empírica e cognitiva assegurada pelos princípios da estrita legalidade iluminista e de estrita jurisdicionalidade, foi concebido e justificado pela filosofia jurídica iluminista como a técnica punitiva racionalmente mais idônea—como alternativa a modelos penais decisionistas e substancialistas, orientados pela cultura política autoritária —a maximizar a liberdade e a minimizar o arbítrio de acordo com três opções políticas de fundo: o valor primário associado à pessoa e aos seus direitos naturais, o utilitarismo jurídico e a separação laica entre direito e moral. E é sobretudo através da crítica dos sistemas penais e processuais que se vem definindo, como veremos, os valores da civilização jurídica moderna: o respeito da pessoa humana, os valores ‘fundamentais’ da vida e da liberdade pessoal, o nexó entre legalidade e liberdade, a separação entre direito e moral, a tolerância, a liberdade de consciência e de expressão, os limites da atividade do Estado e a função de tutela dos direitos dos cidadãos como sua fonte primária de legitimação.

Cada um possui uma moral, logo, o que é considerado imoral para uns, para outros não é. O Direito, nesse sentido, busca sistematizar a partir de um parlamento ou congresso, elementos morais que irão adentrar no ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, quando um juiz julga a partir de sua interpretação, estará julgando a partir da sua moral e não a partir do Direito que foi, em tese, discutido pelo parlamento e, em tese, consultado pelo povo. Quando esse juiz não julga de acordo com a Constituição, mas de acordo com a sua moral, haverá no lugar de um Estado Democrático de Direito, um lugar autoritário e arbitrário.

Outrossim, numa primeira acepção, o garantismo designa um modelo normativo de direito. Num plano político, se revela como uma técnica de tutela passível de minimizar a violência e maximizar a liberdade em um plano jurídico. Em consequência, “é garantista todo sistema penal que seja conforma normativamente a tal modelo e o satisfaz de maneira efetiva.” (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

Numa segunda acepção, o garantismo designa uma teoria jurídica de validade e efetividade como categorias distintas não somente entre si, mas também concernente a

existência e vigência das normas. Sob essa ótica, “o garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separados o ser e o dever ser no Direito”. (FERRAJOLI, 2002, p. 684). Logo, o juiz não tem mais a obrigação jurídica de aplicar leis incompatíveis com o ordenamento, mesmo que vigente.

Sob o manto da terceira acepção, o garantismo designa uma “filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado, a carga da justificação externa conforme os bens jurídicos e os interesses cuja garantia e tutela constituem a finalidade”. (FERRAJOLI, 2002, p. 685).

Nesse sentido, Ferrajoli sempre insistiu que o modelo garantista:

[...] es uno y el mismo que el actual Estado constitucional de derecho, o en que representa la outra cara del constitucionalismo, concretamente aquella que se encarga de formular las técnicas de garantías idoneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos [...] [todos os direitos, explicitamos] [...] reconocidos constitucionalmente. (PRIETO SANCHÍS apud CARBONELL, 2005, p. 41).

Posto isso, o sistema garantista possui pilares firmados sobre dez axiomas fundamentais que ao se conectarem, ditando as “regras do jogo fundamental do direito penal” de que se incumbem o Direito Penal e o Direito Processual Penal. (FERRAJOLI, 2002, p. 75). Ademais, cumpre ressaltar que as proposições são prescritivas, e não descritivas, ou seja, Ferrajoli busca traçar axiomas jurídicos como verdades jurídicas que estão na esfera do “dever ser”. *Ipsis verbis*, Ferrajoli (2002, p. 83) assevera que:

O modelo garantista descrito, apresenta dez condições, limites ou proibições que identificamos como garantias do cidadão contra o arbítrio ou o erro penal. Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.

Em síntese, os dez axiomas exteriorizados pelos princípios basilares do garantismo penal são esses: 1) Princípio da retributividade em relação ao delito cometido demonstrando expresso reconhecimento do autor da necessidade do Direito Penal, que vai de encontro a visões abolicionista; 2) Princípio da legalidade em que é possível cogitar a condenação de alguém e a imposição de eventual penalidade caso não haja expressa previsão legal, guardando esta premissa uma devida compatibilidade com o sistema constitucional vigente; 3) Princípio da

necessidade ou da economia do Direito Penal pois só se deve socorrer ao Direito Penal quando for necessário, de modo que se deve buscar solução por meios diversos, portanto, exterioriza a *ultima ratio* do Direito Penal; 4) Princípio da lesividade ao bem jurídico tutelado, desde que decorra da Constituição; 5) Princípio da materialidade; 6) Princípio da culpabilidade pois a responsabilidade criminal é do agente que praticou o ato, sendo necessária a comprovação da autoria; 7) Princípio da jurisdicionalidade pois o devido processo legal está relacionado diretamente com a obediência de que as penas de natureza criminal devam ser impostas por quem investido de jurisdição à luz das competências estipuladas na Constituição; 8) Princípio do acusatório pois significa que o julgador deve ser pessoa distinta da acusador; 9) Princípio do encargo da prova pois ao réu não se deve impor o ônus de que é inocente, e sim a acusação e 10) princípio do contraditório que deriva, também, do devido processo legal pois o réu tem o direito de saber do que está sendo acusado e que lhe seja propiciada uma gama de possibilidade de rebater as acusações que lhe são imputadas.

Todos os princípios analisados devem ser observados de forma conjunta no Estado Democrático de Direito, pois do contrário, pode-se afirmar que o sistema penal daquele Estado não condiz com as ideias garantistas, possuindo, portanto, bases antidemocráticas e arbitrárias no âmbito do poder estatal.

O que deve existir no ordenamento atual, segundo os preceitos garantistas, é uma conciliação entre a liberdade do acusado e o direito estatal na aplicação as prisões preventivas pautadas em medidas alternativas de natureza provisória, assegurando a dignidade da pessoa humana.

Ademais, o garantismo penal guarda total pertinência com o sistema acusatório vigente, ou seja, o fato de que a pena só deve existir se houver uma acusação feita por uma figura diversa da função jurisdicional sob pena de ser configurado o viés de confirmação pelo juiz, ou seja, quando se busca provar na fase processual a hipótese que foi pressuposta na fase pré-processual. Esse viés de conformação é típico do sistema inquisitivo.

Ocorre que a realidade do judiciário brasileiro, na sua maioria, não usa de forma correta as prisões cautelares pois há um certo “abuso” nessas medidas. Esse é o posicionamento do STF:

A prisão cautelar não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas,

prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar –que não deve ser confundida com a prisão penal –não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. (Supremo Tribunal Federal, 2010).

Sendo assim, a teoria do garantismo se traduz numa tutela de valores e direitos fundamentais cuja satisfação constitui o objetivo do Direito Penal. Por derradeiro, todos os poderes do Estado estão vinculados a esse modelo, principalmente no que concerne ao poder judiciário que tem o dever de conceder aos cidadãos garantias diante das eventuais violações que poderiam vir a sofrer.

A culpabilidade não pode ser presumida ou testada, pelo contrário, é a inocência que deve sobressair sobre uma pessoa na fase pré-processual ou processual.

2.4 A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS

Conforme elucidado no capítulo I do presente trabalho, embora tenha havido diversas alterações no Código de Processo Penal de 1941 como forma de conformação ao paradigma constitucional, ainda há descompassos na sistemática processual penal, especialmente no tocante ao sistema acusatório e aos direitos e garantias individuais.

Segundo Silveira (2009, p. 80):

[...] se é verdade, assim, que a legislação processual penal ordinária necessita urgentemente de um banho de Constituição, uma reforma integral seria a solução mais indicada, pois do contrário, seria como pôr remendo em roupa velha.

Sendo assim, foi apresentado um Anteprojeto de Lei de Reforma do Código de Processo Penal que se transformou no Projeto de Lei do Senado Federal 156/2009. Nesse sentido, Capez (2012 p. 124) afirma que a finalidade desse projeto é:

[...] fortalecer os laços de submissão das regras processuais penais aos princípios garantidores derivados da devida persecução penal e, em última instância, do princípio da dignidade da pessoa humana, corolário do Estado Democrático de Direito.

Destarte, dentre as grandes inovações decorrentes do projeto, está, portanto, a instituição do juiz das garantias no atual ordenamento jurídico. O cerne desse projeto é manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pelo mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos pela acusação. Segundo Rangel (2019, p. 140):

Diante da necessidade de se preservar ao máximo a imparcialidade do órgão jurisdicional é que defendemos a criação do “juiz de garantias”, isto é, de um juiz que atuaria na fase do inquérito apenas para analisar os pedidos de medida cautelar real ou pessoal diferente do juiz que irá exercer eventual juízo de admissibilidade da pretensão acusatória. Um juiz que atuaria apenas na fase de investigação. Encerrada a fase de investigação, seja através de inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, esse juiz sai de cena e eventual denúncia seria apresentada a outro magistrado, que não teve contato com a colheita das informações. A finalidade primordial é garantir que o julgador não se contamine com o que foi apurado na fase de colheita de informações para manter a imparcialidade e julgar apenas de acordo com o que está nos autos do processo. O ideal, mas aí já é sonhar demais, é que o inquérito ou a peça de informação seja retirado dos autos do processo e apensado, lacrado a este, permitindo apenas que as provas não repetíveis, cautelares ou antecipadas constem dos autos do processo.

Outrossim, uma análise da figura do juiz das garantias se faz necessária. Desde logo deve se destacar que o juiz das garantias não é um juiz que investiga, que impulsiona o inquérito policial ou que age de ofício. Ele é o responsável pelo controle de legalidade da investigação.

As atribuições do juiz das garantias foram detalhadas no artigo 14 da Redação Final do PLS 156/2009:

Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555; III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal; V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º; XIV – arquivar o inquérito policial; XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37; XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; XVII

– outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Posto isso, a criação da figura do juiz das garantias visa assegurar a imparcialidade objetiva, garantindo que o juiz do processo tenha liberdade crítica em relação aos trabalhos realizados na fase investigativa. A preocupação do projeto, estampada na sua exposição de motivos é “preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao mesmo em relação à formação dos elementos que venham configurar a pretensão de qualquer as partes”. (MAYA, 2009, online).

Atualmente, o mesmo juiz atua tanto em fase investigativa quanto na fase judicial. Sendo assim, o juiz que atua na fase da investigação, embora, com funções distintas, se aproxima da figura do Ministério Público, órgão cuja função é analisar se há fundamento suficiente para acusar por meio do material investigativo à sua disposição. (MORAES, 2010).

Por conseguinte, decorrida a investigação da fase pré-processual, o juiz está totalmente familiarizado com os fatos porque participou intensamente da investigação policial e já formou um juízo acerca do que ocorreu e quem são as pessoas envolvidas. Nesse sentido, incumbindo ao juiz essa dupla função, ou seja, de fazer parte tanto fase pré-processual quanto da fase processual, há uma inevitável presunção de culpa.

A cada vez que o juiz for solicitado a decidir matéria pertinente à investigação, é inquestionável que ele fará uma análise, ainda que superficial do objeto dessa matéria. Ora, é claro que essa atuação na fase pré-processual obriga o juiz a formular uma convicção, ainda que não definitiva sobre a linha investigatória adotada e acerca dos fatos e pessoas nela envolvidas.

Posto isso, o juiz ao converter a prisão em flagrante em prisão preventiva na fase pré-processual acaba criando “vínculos” e se contaminando com essa primeira fase da persecução penal. Esse mesmo juiz possuirá pouca capacidade de revisar eventuais erros cometidos quando forem levados a debate na instrução criminal da fase processual, acarretando, pois, na atribuição excessiva de credibilidade aos resultados da investigação. Sendo assim, a separação da persecução penal em dois momentos com a atribuição da atividade de instruir e julgar ao juiz diferente daquele que participou da fase investigativa, preserva a imparcialidade do juiz que irá

apreciar o mérito e minimiza a contaminação do magistrado, aproximando assim, dos preceitos do sistema acusatório vigente amparado constitucionalmente.

CAPÍTULO III – ANÁLISE DA CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A sistemática original do CPP de 1941 previa quatro possibilidades de prisões cautelares: a prisão preventiva, a prisão decorrente de decisão de pronúncia, a prisão decorrente de sentença recorrível e a prisão em flagrante. Com o advento da Lei 7.960/89, houve a inclusão da prisão temporária como espécie de medida cautelar. Ademais, a prisão decorrente de acórdão condenatório também passou a fazer parte do ordenamento nos termos do artigo 27, §2º da Lei 8.038/90, pois os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo, possibilitando assim, a execução provisória da pena.

Conforme elucidado nos capítulos antecedentes, pode-se afirmar que a promulgação da Constituição de 1988 e a adesão do Brasil a uma série de tratados internacionais possibilitaram grandes mudanças no ordenamento jurídico, principalmente no que tange ao processo penal. A primazia do princípio da presunção da inocência e de todas as garantias direcionadas ao acusado produziram mudanças de direção nos posicionamentos jurisprudenciais, buscando ajustar o referido Código de Processo Penal à luz da nova ordem constitucional.

No entanto, apenas as alterações promovidas pelos tribunais à época não foram suficientes. A origem autoritária do CPP de 1941 ainda permeava no processo penal brasileiro. Nessa seara, a solução era ou a reforma do Código de Processo Penal ou a realização de mudanças pontuais a fim de aproximar esse diploma legal com a realidade constitucional de 1988.

É cediço que o legislador optou pelo segundo caminho ao promover sucessivamente alterações no sistema de prisões do Código de Processo Penal. Diante disso, as prisões como efeito instantâneo de sentença condenatória recorrível e de decisão de pronúncia foram categoricamente extintas pela Lei 11.689/08 e pela Lei 11.719/08. Ademais, a possibilidade de se executar a pena quando houvesse a interposição de recurso especial ou extraordinário sem efeito suspensivo, fora afastada pelos Tribunais Superiores.⁴

⁴ STF, HC nº 84.078, relator Ministro Eros Grau, julgado em 05 de fevereiro de 2009.

Com a vigência da Lei 12.403/11, passou a subsistir apenas três espécies de prisão cautelar: a prisão preventiva, a prisão temporária e a prisão em flagrante.

A prisão em flagrante e a possibilidade da sua conversão de ofício em prisão preventiva será objeto de estudo no presente capítulo. Para tanto, *a priori*, faz-se necessária algumas considerações a respeito da etimologia, conceituação e natureza jurídica da prisão em flagrante.

Destarte, partindo da etimologia da palavra “flagrante”, percebe-se que vem do latim *flagrantes*, que significa por sua vez, pegar fogo, ou conforme aduz Tourinho Filho (2010, p. 479), “algo que está crepitando”. Emprega-se essa palavra para o que é atual, evidente, patente e inequívoco, ao passo que “prender em flagrante é capturar alguém quando comete um crime”.

Branco (2001, p. 14) afirma que poucos conseguiram conceituar tão bem o flagrante delito como Nogent-Saint-Laurents, citado por Toste Malta. Flagrante delito, no ponto de vista de Nogent-Saint-Laurents, “significa o delito ainda queimante, o momento da perpetração, a plena posse da evidência, a evidência absoluta, o fato que acaba de cometer-se, que acaba de ser provado, que foi visto e ouvido e, em presença do qual, seria absurdo ou impossível negá-lo”. (LAURENT apud MALTA, 1993, p. 23-24).

Nesse mesmo sentido, Nucci (2016, p. 556) faz a seguinte definição:

Flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Neste sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal).

A respeito disso, a prisão em flagrante é a circunstância prevista na lei de imediatidade em relação à prática da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de determinação judicial. Duas são as razões para a existência da prisão em flagrante: a reação social imediata à prática da infração e a captação, também imediata, da prova. (GRECO FILHO, 2012, p. 547).

Concernente à natureza jurídica da prisão em flagrante, a doutrina brasileira é segmentada em três correntes. A primeira corrente entende haver natureza de ato administrativo já que decorre do poder de polícia do Estado ou de qualquer pessoa do povo, não havendo, também, a exigibilidade do consentimento do juiz para que seja realizada essa espécie de prisão. Conforme ilustra o jurista e magistrado Walter Nunes da Silva (apud LIMA, 2011, p. 182):

O que ocorre com a prisão em flagrante é, tão somente, a detenção do agente, a fim de que o juiz, posteriormente, decida se a pessoa deve ser levada, ou não, à prisão. Com isso, se quer dizer que não há, propriamente, uma prisão em flagrante como espécie de medida acautelatória processual penal. O flagrante delito se constitui e justifica apenas a detenção, cabendo ao juiz, após a análise por meio da leitura do auto de prisão em flagrante, definir se a prisão preventiva deve, ou não, ser decretada.

Para essa parcela da doutrina, o flagrante configura mero ato administrativo, não sendo coerente classificar como medida processual tendo em vista a dispensa do consentimento judicial para tanto.

A segunda corrente, trata essa espécie de prisão como natureza jurídica de medida pré-cautelatar, ou seja, no sentido de que “não visa garantir o resultado do processo, mas apenas colocar o detido à disposição do juiz para que este adote ou não uma verdadeira medida cautelar” (BANACLOCHE PALAO, 1996, p. 292 apud SCHLEDER, 2018, p. 24). Esta é a posição defendida, no mesmo sentido, por Lopes Jr. (2017, p. 600):

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelatar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.

Da mesma forma é o entendimento de Lima (2011, p. 182):

Sem embargo de opiniões em contrário, pensamos que a prisão em flagrante tem caráter precautelatar. Não se trata de uma medida cautelar de natureza pessoal, mas sim precautelatar, porquanto não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas objetiva colocar o capturado à disposição do juiz para que adote uma verdadeira medida cautelar.

Junqueira (2012, p. 192) também entende que a prisão em flagrante constitui natureza de pré-cautela, pois antecede uma medida cautelar principal, já que a prisão cessará com a decisão judicial que converterá em preventiva, caso necessária sua manutenção ou com a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança.

A terceira e última corrente, entende que a natureza jurídica da prisão em flagrante é a de medida cautelar pois protege os bens jurídicos devendo o juiz, no entanto, obedecer aos pressupostos de todas as medidas cautelares no processo, o *periculum in mora* e *fumus boni iuris*. Tal é o posicionamento de Tourinho Filho (2010, p. 485-486):

A prisão em flagrante inclui-se entre as prisões cautelares de natureza processual. Para os que admitem, no Processo Penal, ao lado do processo de conhecimento e de execução, o processo cautelar, não se pode negar seja a prisão em flagrante providencia nitidamente cautelar, e, assim, como toda medida cautelar, sujeita-se a dois pressupostos: *fumus boni juris* e *periculum in mora* (*rectius: periculum libertatis*), isto é, a aparência jurídica da possibilidade de êxito contra o indiciado, na ação a ser instaurada, e a necessidade.

Nesse mesmo diapasão, Capez (2012, p. 314) afirma que:

É, portanto, uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção.

Conquanto, apesar de haver três correntes acerca da natureza jurídica da prisão em flagrante, a doutrina majoritária classifica a prisão em flagrante como medida cautelar. Tourinho Filho (2010, p. 487), adotando essa premissa, afirma que:

Nenhuma dúvida, portanto, quanto à natureza da prisão em flagrante. Da mesma forma que a prisão preventiva é medida cautelar, também o é a prisão em flagrante. [...] Assim, efetivada a prisão em flagrante, só se justifica a permanência do indiciado no cárcere para assegurar o resultado do processo e para garantir-lhe o desenrolar normal.

Diante disso, observa-se que em consonância ao artigo 5º, LVII da CF/88, as prisões dotadas de cautelaridade são exceções no atual ordenamento jurídico em razão do princípio da presunção da inocência previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, artigo 8º, item 2, ratificada pelo Brasil em 1992, tendo *status* de norma supralegal. Apenas em situações excepcionais, ou seja, quando configurado o binômio necessidade/proporcionalidade é que justifica as prisões cautelares.

Superada a questão da etimologia, definição e natureza jurídica da prisão em flagrante, imperiosa é a análise acerca do procedimento da prisão em flagrante a fim de abarcar o estudo da sua conversão em prisão preventiva feita de ofício pelo magistrado.

3.2 PROCEDIMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Segundo o Código de Processo Penal, o procedimento da prisão em flagrante ocorre da seguinte maneira: a) após a prisão, o preso deve ser levado imediatamente à Delegacia de Polícia, onde será interrogado pelo Delegado, responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante. O condutor do preso e eventuais testemunhas também serão ouvidas nos termos do artigo 304 do CPP; b) caso a suspeita contra o indivíduo seja fundada, a autoridade competente

irá mandar recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou prestar fiança nos termos do artigo 304, §1º do CPP; c) a prisão será comunicada ao Ministério Público e a família do preso ou à pessoa por ele indicada conforme o artigo 306 do CPP; d) em até 24 horas após a prisão, o auto de prisão em flagrante será encaminhado ao juiz competente e, caso o preso não informar algum advogado, uma cópia desse auto será enviada a Defensoria Pública conforme o artigo 306, §1º do CPP; e) o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, conforme o artigo 310: relaxar a prisão ilegal, converter o flagrante em prisão preventiva quando presentes os requisitos do artigo 312 e se revelarem inadequadas medidas cautelares diversas da prisão ou conceder liberdade provisória.

Conforme exposto, o atual artigo 306, §1º do CPP prevê o prazo de 24 horas após a realização da flagrante para que o auto de prisão em flagrante seja encaminhado magistrado, devendo este, fundamentadamente, demonstrar o *periculum libertatis* (justificativa da prisão preventiva e a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão no caso) e o *fumus comissi delicti* (comprovação do crime e indícios suficientes de autoria). Presentes todos os requisitos, o juiz irá homologar o auto de prisão em flagrante.

Nessa seara, destaca-se o instituto da Audiência de Custódia, implementada pela Resolução 213 do CNJ com o apoio do Ministério da Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no dia 15 de dezembro de 2015, conforme será visto a seguir.

3.2.1 Audiência de Custódia como Instrumento de Superação da “Fronteira do Papel”

O principal escopo quando da implementação da audiência de custódia reside na celeridade da apresentação do preso junto do auto de prisão em flagrante perante o magistrado, ocasião na qual, serão ouvidas também, as manifestações do MP, do advogado ou do defensor público. Nesse sentido, o CNJ (2015, online) define a audiência de custódia como sendo:

[...] criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento de medidas alternativas ao cárcere, garantindo que presos em flagrante sejam apresentados a um juiz de Direito, em 24 horas no máximo.

Nesse mesmo sentido, Nucci (2016, p. 1.118) conceitua esse instituto também:

[...] audiência realizada, após a prisão em flagrante do agente, no prazo máximo de 24 horas, para que o juiz, pessoalmente, avalie a sua legalidade e promova as medidas cabíveis (manter a prisão, relaxar o flagrante ou conceder

liberdade provisória). Não há, ainda, lei estabelecendo a sua existência e qual o seu procedimento.

Ainda, para autores como Távora e Alencar (2016, p. 1.249):

A audiência de custódia é a providência que decorre da imediata apresentação do preso ao juiz. Esse encontro com o magistrado oportuniza um interrogatório para fazer valer direitos fundamentais assegurados à pessoa presa. Deve-se seguir imediatamente após a efetivação da providência cerceadora de liberdade.

Em síntese, a audiência de custódia é um mecanismo de apuração de infrações e ilegalidades, rechaçando atos de maus tratos e torturas durante a prisão, possibilitando ao preso o direito de resguardar suas garantias fundamentais, e reforçando os princípios basilares da justiça penal já elencados no capítulo II do presente estudo.

A introdução do instituto da audiência de custódia só foi possível através de pactos internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto San José da Costa Rica. O artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos expressa que:

Art. 9º: [...] Toda a pessoa detida ou presa devido a uma infração penal será presente, no mais breve prazo, a um juiz ou outro funcionário autorizado por lei para exercer funções judiciais, e terá direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade. A prisão preventiva não deve constituir regra geral, contudo, a liberdade deve estar condicionada por garantias que assegurem a comparência do acusado no ato do juízo ou em qualquer outro momento das diligências processuais, ou para a execução da sentença. (Brasil, 1992).

Nesse mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos/ Pacto San José da Costa Rica:

Art. 7º: [...] toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (CIDH, 1969, online).

Ocorre que, mesmo sendo signatário dos tratados mencionados, o Brasil ficou-se inerte quanto à instituição da audiência de custódia, ocorrendo a menção do prazo de apresentação do preso ao juiz no ordenamento jurídico somente em 2007 com a implementação da Lei 11.449/2007, contido no §1º do artigo 306 do CPP:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada

§ 1º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Na prática, as audiências de custódia foram implementadas por meio de atos administrativos do Poder Judiciário. O primeiro ato administrativo nesse sentido foi o Provimento Conjunto 3/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo.

Ocorre que nos termos do artigo 22, inciso II da Constituição Federal de 1988, compete a União legislar de forma privativa toda matéria de natureza processual penal, sendo impetrada a ADIN 5240 no que concerne a introdução da audiência de custódia por meio de atos administrativos sob argumentação de ofensa ao princípio da legalidade e o princípio da separação dos três poderes. A indagação que se faz é: como um ato administrativo pode influir no Código de Processo Penal que é uma Lei Federal? Diante disso, o STF entendeu que tal provimento não inovaria na ordem jurídica, apenas explicitaria conteúdo normativo já existente em diversas normas do CPP e da Convenção Americana sobre Direitos do Homem.

Nesta seara, é importante ressaltar o Projeto de Lei do Senado Federal 554/2011 de autoria do Senador Antônio Carlo Valadares em que a finalidade é alterar o artigo supramencionado e incorporar na legislação ordinária, a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa no prazo de 24 horas ao juiz de direito com o seguinte conteúdo:

Art. 306. [...] § 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2.º A oitiva a que se refere o § 1.º não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 3.º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.

§ 4.º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no § 2.º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código.

Esse PLS 554/2011 foi aprovado pela Comissão de Assuntos Econômicos em 2013, chegando, posteriormente, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania onde foi distribuído ao Senador Humberto Costa que recebeu uma emenda de autoria do Senador Francisco Dorneles a fim de estabelecer que a audiência de custódia também possa ser feita mediante sistema de videoconferência, com a seguinte redação:

Art. 306. (...) § 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, pessoalmente ou pelo sistema de videoconferência, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

No entanto, Lopes Jr. e Paiva (2014, p. 177) problematizam a questão dessa audiência ser realizada por meio de videoconferência visto que há o risco de se notar indiferença e insensibilidade do julgador. Ademais, a Convenção Americana de Direitos Humanos assegura, em seu artigo 7.5 que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz não podendo essa presença ser equiparada com ausência.

A ação de custodiar, portanto, pressupõe literalmente como um ato de proteção, guarda e tutela. Considerando a acepção jurídica do termo, consiste num ato de conduzir o preso imediatamente à presença de uma autoridade judicial, que através de um contraditório entre o advogado ou defensor e Ministério Público, há o dever de analisar a prisão por dois pontos de vista diferentes. O primeiro consiste no ato de avaliar a legalidade e necessidade da prisão, e de forma conjunta levar em consideração os antecedentes e características do preso. O segundo, consiste e em avaliar os métodos utilizados pela autoridade que efetuou a prisão levando em consideração indícios de tortura ou maus tratos. (PAIVA, 2015, online).

Posto isso, o entendimento que se faz a respeito da implementação da audiência de custódia no Brasil coaduna com a ideia de que o indivíduo, ao comparecer pessoalmente à presença de um juiz, este irá analisar de forma mais zelosa a real necessidade de se converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, ou a aplicação de medida diversa da prisão.

Para os críticos desse instituto, a apresentação do indivíduo perante um juiz não irá servir como instrumento de instigação a soltar o máximo de presos possíveis, ou ainda, comover o juiz a soltá-lo. O atual ordenamento processual penal já prevê garantias assecuratórias para impedir uma prisão desnecessária, consoante o artigo 306, §1º do CPP que aduz:

A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Sendo assim, durante a audiência de custódia, a autoridade judiciária deverá sob os ensinamentos de Lima (2016, p. 1.259): I) cientificar o preso de seu direito de permanecer em silêncio; II) perguntar ao preso se foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de se consultar com advogado, o de ser visto por médico e o de comunicar-se com seus familiares; III) indagar ao preso sobre as circunstâncias de sua prisão e sobre as condições do estabelecimento onde se encontra detido; IV) fazer consignar em ata quaisquer protestos, queixas ou observações relacionadas com os procedimentos policiais ou administrativos ou com as condições de sua custódia; V) tomar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades; VI) comunicar ao MP possíveis ilegalidades e VII) abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal, sem prejuízo de mandar consignar as declarações que o preso desejar fazer espontaneamente.

Concernente às fases procedimentais para a realização da audiência de custódia até o momento que o juiz tem a faculdade de converter o flagrante em prisão preventiva, grosso modo, há a obediência ao seguinte rito: I) realizada a prisão em flagrante; II) apresentação do preso à autoridade policial; III) lavratura do auto de prisão em flagrante; IV) agendamento da audiência de custódia (caso o indivíduo indicar nome de advogado, este deverá ser intimado da data marcada, do contrário, a defensoria será intimada); V) protocolização do auto de prisão em flagrante e apresentação do indivíduo preso ao juiz; VI) entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado ou defensor; VII) início da audiência de custódia, devendo haver a participação do preso, do juiz, membro do MP e da defesa; VIII) o membro do MP manifesta-se acerca do caso; IX) o indivíduo é entrevistado e são feitas perguntas a ele; X) a defesa se manifesta sobre o caso; XI) o magistrado profere decisão que poderá ser uma das seguintes: a) relaxamento de eventual prisão ilegal (artigo 310, I do CPP), b) concessão da liberdade provisória com ou sem fiança (art. 310, III), c) substituição da prisão em flagrante por medida cautelar diversa (art. 319 do CPP) ou d) conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II do CPP).

Assim sendo, observa-se que a audiência de custódia ainda não foi regulamentada pelo ordenamento do país, permanecendo, atualmente, o PLS 554/2011 em tramitação na Câmara dos Deputados. Contudo, é importante asseverar que a falta de regulamentação não torna inconstitucional a implementação da audiência de custódia pelo CNJ e pelos Tribunais visto que há amparo legal na própria Carta Magna em consonância com Tratados Internacionais de Direitos Humanos das quais o Brasil é signatário.

Conforme já mencionado, na atual prática processual penal, ou seja, sem a implementação da audiência de custódia, após a prisão em flagrante, o indivíduo será levado a autoridade policial para a lavratura do auto de prisão em flagrante. Esse auto será enviado para apreciação a um juiz que deverá decidir conforme o artigo 310 do CPP: relaxar a prisão ilegal; converter a prisão em flagrante em prisão preventiva quando presentes os requisitos do artigo 312 do mesmo diploma legal e se revelarem inadequadas medidas cautelares diversas da prisão; ou conceder liberdade provisória.

Agindo de tal maneira, nitidamente, o juiz não tem contato algum com o indivíduo. Seguindo essa linha de raciocínio, caso a prisão em flagrante seja convertida em prisão preventiva, o indivíduo terá contato com o juiz apenas no seu interrogatório que poderá ocorrer em meses, ou até anos na audiência de instrução e julgamento.

Ocorre que, consoante exaustivamente tratado no capítulo II, verifica-se que a implementação da audiência de custódia, seja por meio de Resolução do CNJ, por Projeto Lei ou, até mesmo, por Emenda, deve respeitar o princípio do juiz natural posto que deve-se especificar a competência do juízo que irá realizar a audiência de custódia, conforme preceitua o artigo 5º, inciso LIII da Constituição Federal. Conforme explanado, tal princípio não só garante a imparcialidade do juiz como também a vedação a incidência do juízo ou tribunal de exceção, fato que se compreende da introdução da audiência de custódia no processo penal brasileiro, até mesmo porque a resolução do CNJ baseada na Convenção Americana de Direitos Humanos que abaliza o instituto da audiência de custódia em que o Brasil é signatário, não prevê a competência do juízo que irá presidir a audiência. Há a possibilidade, portanto, do juiz que não o natural da causa, converta a prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício configurando, assim, afronta ao princípio do juiz natural.

O que se observa, portanto, é que com a implementação da audiência de custódia, o indivíduo possui contato direto com o juiz, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel”

estabelecida pelo atual artigo 310 do CPP. A apresentação do preso perante o juiz proporcionará uma melhor qualidade e quantidade de informação capaz de tornar, tanto a decisão que decreta a preventiva, como a decisão que solta o agente, mais próxima a realidade e do impacto humano proporcionado pelo contato pessoal conduzido. (MORAIS DA ROSA, 2016, online).

Diante do aludido, é através da audiência de custódia que se promove um “encontro” com o juiz, superando dessa forma a fronteira do papel estabelecida pelo artigo 306 §1º do CPP que satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado. A partir do controle judicial imediato da prisão em flagrante, prisões arbitrárias, ilegais, ou desnecessárias serão evitadas.

Outrossim, percebe-se que é na Audiência de Custódia que o magistrado possui a possibilidade de converter de ofício a prisão em flagrante em prisão preventiva. Dessa maneira, superada a questão da audiência de custódia, o estudo do presente capítulo é sustentar a inconstitucionalidade da conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva prevista no artigo 310, inciso II do Código de Processo Penal.

3.2.2 Inconstitucionalidade da Conversão de Ofício da Prisão em Flagrante em Prisão Preventiva

Uma das questões mais controvertidas no direito processual penal, é justamente a suposta autorização que o CPP permite ao juiz de efetuar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva sem a devida provocação. É justamente nos alicerces estruturantes do processo penal já elencados no capítulo II do presente trabalho que essa análise deve se pautar a fim de estabelecer um silogismo jurídico sobre a questão colocada.

A crítica doutrinária atinente à conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória sempre foi grande e permeia até hoje.

Na doutrina, conforme explana Nucci (2016, p. 580), ao converter de ofício a prisão em flagrante em prisão preventiva, o magistrado perde a sua imparcialidade, além de ferir outras garantias do processo penal. Confira-se:

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.

Ocorre que, a crítica que se faz a essa conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva sem a oitiva das partes e sem requerimento do Ministério Público vai além da perda da imparcialidade do juiz.

O juiz ao agir de ofício exclusivamente baseada em elementos constantes no auto de prisão em flagrante e sem oportunizar o direito de defesa ao indiciado e sem a chancela, também, do Ministério Público, infringe o sistema acusatório constitucionalmente previsto.

Ademais, nítida é a violação ao princípio da presunção da inocência pois privará do convívio social o indiciado antes do devido processo legal e do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória. É importante ressaltar a questão da eventualidade, pois no decorrer da instrução penal, há a possibilidade do indivíduo ser absolvido, tendo sido ineficiente todos os gastos realizados no curso do processo, violando assim, outro princípio consagrado pela constituição, o da economia processual. Concernente a este princípio, Cintra, Grinover e Dinamarco (2006, p. 79) aduz que “preconiza o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”.

Outro ponto de suma relevância é a questão do juiz que ao converter a prisão em flagrante em prisão preventiva está prendendo o indiciado com a finalidade de difundir uma falsa percepção de segurança jurídica à população quando nem sempre essa prisão é fundamental. Ou seja, o Estado prende para exteriorizar a população que está reduzindo a criminalidade. Esse posicionamento é adotado por Rangel (2019, p. 1176):

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.

Ademais, o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal ao julgar o *Habeas Corpus* 2009.00.2.013656-4, estabeleceu:

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: 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. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2009, online).

O mesmo entendimento é o do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região quando do julgamento do *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. (Tribunal Regional Federal, 2012, online).

Passa-se a analisar a reflexão do Desembargador Relator em 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 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.

(Tribunal Regional Federal, 2012, online).

A indagação que se faz é: se fosse dada ao indiciado a oportunidade de defesa antes da decisão de conversão do flagrante em prisão preventiva ou fosse oportunizado o requerimento do Ministério Público, todas as decisões de prisão seriam imprescindíveis? Nesse sentido, não é necessário explorar muito para encontrar decisões genéricas e baseadas na gravidade em abstrato do delito supostamente cometido.

Nesse sentido, Lopes Jr. (2013, p.74-75) destaca:

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.

Também é o posicionamento de Lima (2011, p. 138):

Como visto anteriormente, ao tratarmos do procedimento atinente à decretação das medidas cautelares, destoa de as 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.

Todavia, apesar da crítica doutrinária a respeito dessa conversão, a jurisprudência tem se consolidado no sentido contrário, ou seja, que essa conversão não viola o sistema acusatório, tampouco as garantias fundamentais inerentes ao indivíduo. Nesse sentido, o STJ entendeu no julgamento do RHC 36.087/MG que a conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva é válida quando preenchido os requisitos dos artigos 282, §2º; 310, inciso II e 311, combinado com os artigos 312 e 313, todos do Código de Processo Penal, independentemente da *opinio delicti* do Ministério Público:

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”. (Superior Tribunal de Justiça, 2013, online).

No mesmo sentido é o entendimento do TJDF quando julgou o 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 o fato do juiz poder proferir decisões sem prévio requerimento das partes ou do Ministério Público:

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, 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 opinião 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 delictiva denota a inclinação para ofensa à ordem pública. 4 Ordem denegada. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2012, online).

Recentemente, um precedente do STJ ao julgar o HC nº 263.320/MS, sob a relatoria da Ministra Marilza Mainard ratificou a constitucionalidade dessa conversão:

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, decretá-la.

Não há que falar em nulidade no decisum 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.

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 setecentas 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. (Superior Tribunal de Justiça, 2013, online).

Cumprir destacar a transcrição do voto supramencionado:

“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 decisum 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 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 decisum 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 praticado 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 no 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”. (Superior Tribunal de Justiça, 2013, online).

Ademais, a edição nº 120 da “Jurisprudência em Teses” do Superior Tribunal de Justiça, trouxe 11 teses que dizem respeito à prisão em flagrante. Atinente ao tema tratado, uma delas é a tese de que “realizada a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade porventura existente em relação à ausência de audiência de custódia”. Isso significa que caso a audiência não seja realizada, mas a prisão em flagrante seja convertida em preventiva, afasta-se a possibilidade de decretação de nulidade da prisão:

Esta Corte tem entendimento reiterado segundo o qual, realizada a conversão da prisão em flagrante em preventiva, como no presente caso, fica superada a alegação de nulidade porventura existente em relação à ausência de audiência de custódia. (Superior Tribunal de Justiça, 2019, online).

Nessa seara, verifica-se que o processo penal pode ser interpretado a partir de várias perspectivas. No entanto, a análise do processo penal deve ser pautada sempre de forma imperiosa a fim de estabelecer meios que garantam a mais ampla possibilidade de mecanismos de defesa ao indivíduo frente ao arbítrio estatal. Quando se pensa num processo penal a partir da lógica de sua existência como mecanismo de garantia do acusado, todo o raciocínio formulado deve convergir para essa finalidade.

Conforme explanado no Capítulo II, muitos dos pensadores defendem a ideia de que a atual Carta Magna adotou um sistema misto, ou seja, uma mescla entre o sistema anterior, o inquisitivo e o ora sistema acusatório. Com a devida vênia, advoga-se a ideia de que a Constituição Federal de 1988 é francamente explícita no que concerne às funções dos sujeitos no processo. Nesse sentido, Prado (2005, p. 300-301) entende:

Assim, se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir até, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção da inocência, e a que aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou. Verificando a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade no processo, pelo menos como regra para as infrações penais de menor potencial ofensivo, e a publicidade, concluiremos que se filiou, sem dizer, ao sistema acusatório.

Sob essa ótica, observa-se que o processo penal brasileiro, balizado em seus limites da Constituição de 1988, estabelece um sistema categoricamente acusatório em que desvincula o Estado-Juiz de qualquer tipo de ligação funcional com a figura da acusação, vetando quaisquer atos do magistrado de caráter acusador e sem prévia provocação. A questão da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva se insere exatamente nesse contexto. Com maestria, Lopes Jr. (2017, p. 49) aduz:

Precisamos compreender que a constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio do contraditório (como os artigos 156, 385 etc.), pois são “substancialmente inconstitucionais”. Assumindo o problema estrutural do CPP, a luta passa a ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória.

Portanto, toda e qualquer interpretação da legislação processual penal deve ser feita partindo de tal premissa. Isso significa que o juiz, enquanto sujeito inerte e responsável pelo fiel cumprimento da lei e como figura de garantidor do indivíduo, ou seja, como um juiz das garantias, deve decidir em relação às pretensões das partes do caso concreto.

Ademais, Yarochevsky (2017, online), explica de forma categórica que:

Gostem ou não, está assentado que no sistema processual pátrio, o status *libertatis* (estado de liberdade) é a regra e a prisão provisória a exceção. Nunca

é demais lembrar que a Constituição da República abriga – ainda que mitigado pelo Supremo Tribunal Federal – o princípio da presunção da inocência segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (artigo 5º, LVII).

De acordo com tal entendimento, o juiz, figura que a partir da Constituição Federal de 1988 não guarda mais correspondência com a acusação e, portanto, deve salvaguardar uma distância dos interesses processuais acusatórios, não podendo sem provocação prévia, promover o cerceamento da liberdade.

O entendimento que perfaz o presente trabalho é a de que em fase pré-processual, não cabe ao juiz, de ofício, antes sequer de manifestação, converter o flagrante em prisão preventiva sob pena de nítida violação ao sistema acusatório. O juiz, ao agir de ofício, afasta-se dos preceitos de um sistema acusatório, se aproximando de um sistema inquisitivo caracterizado por “uma confiança tendencialmente ilimitada na bondade do poder e na sua capacidade de alcançar o verdadeiro, o método acusatório se caracteriza por uma confiança do mesmo modo ilimitada no poder como autônoma fonte de verdade”, ou seja, este sistema “confia não só a verdade, mas, também, a tutela do inocente às presumidas virtudes do poder julgador”. (FERRAJOLI 2002, p. 483).

Sendo assim, além da nítida violação ao sistema acusatório vigente e das garantias estudadas no Capítulo II, há também evidente afronta aos princípios da inércia da jurisdição e da imparcialidade do juiz, além do indevido avanço acerca da *opinio delicti* por parte do magistrado.

Sob tais premissas, Moreira (2017, online) à luz do artigo 282 §2º do CPP aduz:

Por óbvio, as medidas cautelares (e, com muito mais razão, uma prisão preventiva) só poderão ser decretadas de ofício pelo Juiz durante a fase processual (o que já é de se lamentar, inclusive – não deveria nem ser o caso também). Antes, no curso de uma investigação criminal (que é o caso ocorrente quando estamos diante uma prisão em flagrante – de natureza meramente pré-cautelar), a decretação de qualquer medida cautelar somente poderá ser decretada quando o Juiz é instado a fazê-lo, seja pelo Ministério Público, seja pela Polícia. Nesse sentido, a exigência é imposta pela lei processual penal expressamente, não havendo margem para dúvidas quaisquer. Aliás, o impedimento decorre muito menos da lei, e muito mais do Sistema Acusatório, portanto, da própria Constituição Federal que o adotou. Se já é sempre inoportuno deferir ao Juiz a iniciativa de medidas persecutórias durante a instrução criminal, imagine-se na fase de investigação criminal! O caso torna-se mais grave e o erro mais grosseiro.

O mesmo entendimento é o de Marcão (2012, p. 1.306 apud NETO, 2017, online):

A atual regulamentação não impõe restrição indevida à atividade jurisdicional. Ao contrário, enseja sensível e virtuoso prestígio ao modelo de processo penal acusatório, no qual o dever constitucional de absoluta imparcialidade está a irradiar acerbados limites à atuação judicial *ex officio*. O ideal, a propósito, seria permitir a decretação de custódia apenas mediante provocação - jamais por iniciativa do próprio julgador, em qualquer momento da persecução penal: fase de inquérito ou judicial, portanto.

Inclusive, neste mesmo sentido, é o entendimento de Bonfim (2012, p. 516):

De acordo com a nova redação do art. 311, a prisão preventiva somente pode ser decretada *ex officio* no curso da ação penal. Assim, se o feito estiver em fase inquisitorial, a prisão preventiva somente poderá ser decretada a requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente de acusação e por representação da autoridade policial. Procurou o legislador, assim, pôr fim às críticas que se sucediam no tocante ao fato de que a decretação da prisão de ofício seria verdadeira postura inquisitória, incompatível com o sistema acusatório seguido pelo Código de Processo Penal.

Ademais, os precedentes pátrios confirmam a inconstitucionalidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva feita de ofício pelo magistrado, pois “se assim precedesse, estaria o juiz ferindo de morte o sistema acusatório, a inércia jurisdicional e sua imparcialidade.”⁵

Apropriadamente é de se transcrever precedente paradigmático de viés nitidamente democrático do TJ/RS:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE NÃO HOMOLOGADO. AUSÊNCIA DE PEDIDO MINISTERIAL OU DE REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL PELA PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. O artigo 310 do CPP, com a nova redação conferida pela Lei 12.403/2011, determina que a prisão em flagrante seja convertida em prisão preventiva na hipótese de não relaxamento do flagrante e quando não for o caso de liberdade provisória, com ou sem fiança. A prisão em flagrante não prende por si só. Conforme art. 311 do CPP, o Juiz não pode decretar de ofício a prisão preventiva na fase policial. Ilegalidade manifesta.” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2011, online).

Questão que merece atenção é o fato de que a conversão do flagrante em prisão preventiva (artigo 310, II do CPP) é instituto idêntico da decretação da prisão preventiva (artigo 311 do CPP). Em ambas hipóteses o magistrado deve analisar os artigos 312 e 313 do CPP para verificar a possibilidade de decretação de cautelar diversa da prisão (artigo 319 do CPP). Logo, os efeitos e os requisitos dessa conversão ou decretação são, de rigor, os mesmos. A diferença

⁵ Autos sob nº 8189-51.2011.8.17.0480, 2ª Vara Criminal de Caruaru/PE, Juiz Pierre Souto Maior. No mesmo sentido a decisão do d. Juízo Marcos Augusto Ramos Peixoto, do Rio de Janeiro, nos autos sob nº 0265394-79.

se pauta no fato de que a conversão só se presta nos casos de flagrância, já na decretação se pauta nos casos em que inexistente flagrância.

Outrossim, vislumbra-se uma antinomia normativa entre o artigo 310, inciso II e os artigos 282, §2º e 311 do CPP. Confira-se a seguinte incongruência:

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

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

O artigo 310, II é categórico no sentido de permitir ao juiz a opção de converter a prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício na fase pré-processual.

Por outro lado, os artigos 282, §2º e 311 do CPP são categóricos também, mas no sentido de que o juiz somente poderá agir mediante provocação do Ministério Público ou da autoridade policial na fase pré-processual, logo, o magistrado não pode agir de ofício nessa fase, somente na fase processual.

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

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

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

Nesse diapasão, Badaró (2009, p. 734-735), assim como Lopes Jr. (2013, p. 579) sustentam a ideia de que o juiz não pode agir de ofício nem na fase pré-processual nem na fase processual, devendo o artigo 310, inciso II do Código de Processo Penal, objeto do presente trabalho, ser considerado inconstitucional.

Por derradeiro, considera-se a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva como inconstitucional pois o juiz, ao realizar essa conversão, deixará de ser imparcial. Ademais, o juiz que converte a prisão em flagrante em prisão preventiva sem a oitiva as partes e sem o prévio requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, forma a sua convicção, ainda que relativa, acerca dos fatos.

Nessa seara, nítida é a afronta ao princípio da presunção da inocência, porquanto, ao agir de ofício, o magistrado deixa de considerá-lo inocente sem que haja, para tanto, a sentença penal condenatória apta para comprovar a prática do delito. Na verdade, o efeito que se dá é o cumprimento antecipado da pena, o que conforme já mencionado exaustivamente, é vedado por nosso ordenamento.

Ocorre que o atual processo penal é pautado em mandamentos constitucionais específicos existentes a fim de garantir ao acusado o livre acesso às provas dos autos e produzir as que entender necessárias para fortalecer a sua tese de defesa ou alterar a convicção do julgador. No entanto, não concedendo o direito de defesa ao réu, pois na prática, só é conferida ao indivíduo no curso da ação penal, há o enfraquecimento dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ademais, ao agir de ofício, o juiz analisará as provas produzidas no curso do inquérito por meio do auto de prisão em flagrante e, como se sabe, esse inquérito policial é meio diverso da ação penal, não havendo, sequer, a garantia ao contraditório e ampla defesa.

Insta salientar também, que durante a fase pré-processual, toda a produção probatória é feita pela autoridade policial, sendo assim, a autoridade só produzirá as provas necessárias para a configuração do delito e à comprovação da autoria. Ainda que haja expressa determinação do interrogatório do acusado, este procedimento acaba sendo inútil e, de certa forma, acaba por fragilizar a defesa.

Ao agir de ofício, o juiz inevitavelmente violará o sistema acusatório vigente e constitucionalmente previsto, portanto, nítida é a violação da paridade de armas entre a acusação, a defesa e o Estado-Juiz. Cabe ressaltar que o réu não tem o dever de provar a sua inocência, pois é a acusação que deve comprovar a sua culpa já que o indivíduo deve ser considerado inocente até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Além disso, ao agir de ofício em uma situação de flagrância, o juiz se aproxima da função acusatória, dando aos fatos, prévia capitulação jurídica, além de antecipar a sua convicção acerca dos fatos.

Dessa forma, ainda que o ordenamento prevê que o procedimento na fase do inquérito policial seja inquisitivo, não se pode coadunar com tal situação. Se o juiz estiver autorizado a mitigar as garantias fundamentais do réu para homologar a prisão ou antecipar um provimento condenatório, haverá falência do Estado Democrático de Direito. Estado esse que foi concebido como forma de garantir a observância à Constituição e seus mandamentos, além de estruturar o procedimento penal como forma de não impossibilitar o direito do indivíduo de defender-se

dos fatos que lhe são imputados. Ademais, é nesse contexto que se insere o garantismo penal de Luigi Ferrajoli que serve como mecanismo limitador de todo Estado Democrático de Direito que por questão de política criminal, segue uma tendência não punitiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise a respeito de uma das mudanças mais substanciais concernente às prisões cautelares de caráter pessoal com o advento da Lei 12.403/2011, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva praticada de ofício pelo magistrado sem que haja representação da autoridade policial ou do Ministério Público.

Um dos grandes impasses nesse debate, é justamente a suposta autorização que o Código de Processo Penal concede ao juiz de efetuar a conversão sem que haja provocação consoante nova redação dada ao artigo 310, inciso II do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, repisa-se que a Constituição Federal, ao eleger um sistema processual penal de caráter acusatório, tripartiu as funções de acusar, julgar e defender, consagrando ainda, dentre inúmeras outras, as garantias da presunção da inocência, mínima intervenção estatal, contraditório, ampla defesa e juiz natural. Ademais, tanto o estudo da Teoria Garantista de Luigi Ferrajoli quanto da figura do juiz das garantias, foram de suma importância para a compreensão da presente análise posto que figuram como balizas constitucionais do Estado-Juiz.

Consoante restou demonstrado, a doutrina de forma quase uníssona, ao interpretar as mudanças trazidas pela Lei 12.403/2011, passou a considerar como inconstitucional o instituto da conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva na fase pré-processual, destacando também, a prejudicialidade ao acusado. Outrossim, restou comprovado além da nítida violação das garantias fundamentais baseada numa presunção de culpabilidade, indubitável é a inobservância do sistema acusatório, funcionando o juiz como acusador e julgador ao agir de tal maneira.

Hodiernamente, conforme evidenciado, surgiram decisões jurisprudenciais que entenderam tanto pela constitucionalidade quanto pela inconstitucionalidade da conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva. No entanto, a posição mais recente do Supremo Tribunal de Justiça foi no sentido da constitucionalidade, demonstrando que ao aplicar o artigo 310, inciso II do Código de Processo Penal, o magistrado tão somente cumpre a instrução legislativa, posto que ele não está vinculado à opinião do Ministério Público acerca do assunto.

Todavia, o entendimento que perfaz o presente estudo é filiado à corrente doutrinária majoritária que afirma ser inconstitucional o artigo 310, inciso II do Código de Processo Penal, ou seja, o juiz não pode converter a prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício na fase

pré-processual. Dada a importância do assunto, entende-se que o sistema processual penal vigente garantidor de direitos e obrigações aos indivíduos não pode compactuar com flagrante ilegalidade.

Outrossim, o juiz ao agir de ofício, antecipa a sua convicção, ainda que relativa acerca dos fatos, tornando-se um juiz imparcial para o julgamento. Sendo assim, conforme demonstrado, alguns julgados já endossaram a posição doutrinária majoritária reafirmando a inconstitucionalidade da conversão de ofício do flagrante em prisão preventiva, denotando uma nítida preocupação por parte dos julgadores em adequar o processo penal brasileiro à luz da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia da boa intenção a boa técnica**. Porto Alegre: FMP, 2016. Disponível em: <https://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-Book-AUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf>. Acessado em: 21 de set. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação Entre Acusação e Sentença**. 2ª ed. São Paulo: RT. 2009.

_____. **A Garantia do Juiz Natural no Processo Penal: Delimitação do Conteúdo e Análise em Face das Regras Constitucionais e Legais de Determinação e Modificação de Competência no Direito Processual Penal Brasileiro**. Tese de Livre-Docência em Direito Processual Penal – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BANACLOCHE PALAO, Julio. *La Libertad Personal y Sus Limitaciones*. Madrid. McGray-Hill, 1996. In: SCHLEDER, Caroline Peil de Oliveira. **Audiência de Custódia e Seus Ditames no Brasil**. 2018. 58 f. Monografia – Curso de Direito, Centro Universitário Curitiba/ Faculdade de Direito de Curitiba, Curitiba, 2018.

BARROS, Marco Antonio de. **Processo Penal: Da Investigação até a Sentença**. 22 ed. São Paulo: Juruá Editora. 2019.

BÁRTOLI, Marcio. *Prisão Cautelar e Princípio da Proporcionalidade*. In **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, Edição Comemorativa, p. 1 a 11, out 2002. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 24 out. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de processo penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANCO, Tales Castelo. **Da Prisão Em Flagrante: Doutrina, Legislação, Jurisprudência, Postulações em Casos Concretos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acessado em: 22 de set. de 2019.

_____. Senado Federal. Anteprojeto. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Coordenador: Ministro Hamilton Carvalhido; Relator: Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira. Brasília: Senado Federal, 2009. 133p.

_____. Superior Tribunal Federal HC: 98.233 PB, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 28/10/2009. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/ br/](http://www.stf.jus.br/br/)>. Acessado em: 21 de set. 2019.

_____. 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/>>. Acessado em: 21 de set. 2019.

_____. Superior Tribunal Federal. HC 98.821 CE, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 16/04/2010. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/> br/>. Acessado em: 21 de set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 104.319 RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 18/02/2019 VOTO DA MINISTRA RELATORA. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/> br/>. Acessado em: 21 de set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 263.320 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/> br/>. Acessado em: 21 de set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp: 1228545 RS 2011/0013879-5, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 29/04/2013. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/> br/>. Acesso em: 01 de out. de 2019.

_____. 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/>>. Acessado em: 21 de set. 2019.

_____. 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/>>. Acessado em: 21 de set. 2019.

_____. 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/>>. Acessado em: 21 de set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. HC 70045402583, Rel. Desembargador FRANCESCO CONTI, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2011, DJe 14/11/2011. Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acessado em: 21 de set. 2019.

_____. 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/>>. Acessado em: 21 de set. 2019.

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

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

COMISSÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)**. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acessado em: 21 de set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ, TJSP e Ministério da Justiça lançam Projeto Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62389-cnj-tjsp-e-ministerio-da-justica-lancam>>. Acessado em: 21 de set. 2019.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Regras Mínimas Para um Devido Processo Penal. p. 15-33. Processo Penal: pensado / aplicado. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005. In: YOUNG, Pedro Paulo Lira. **A (in)constitucionalidade da conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva**. 2014. 68 f. Monografia – Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014.

CUNHA, J. S. Fagundes; BALUTA, José Jairo. O Processo Penal à Luz do Pacto de São José da Costa Rica. Curitiba: Juruá, 1997. In: GONÇALVES, Carlos Eduardo. **As Medidas Cautelares no Processo Penal**. 2013. 75 f. Monografia – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria Do Garantismo Penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1992.

FERREIRA LIMA, Marco Antônio; NOGUEIRA, Ranieri Ferraz. Prisões e Medidas Liberatórias: atualizado de acordo com a Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Atlas, 2011. In: LUCENA, Tales Freire. **A DINÂMICA DA PRISÃO PREVENTIVA E DAS MEDIDAS CAUTELARES À LUZ DA LEI FEDERAL Nº 12.403/11**. 2012. 301 f. Monografia - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria Geral Do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. In: GUSMAN, Fabio. **A Prisão Preventiva de Ofício: Análise Crítica à Luz do Sistema Constitucional Acusatório**. 2015. 170 f. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12. 403, de 4 de maio de 2011. 2ª Ed. revista. São Paulo: RT, 2011. In: LUCENA, Tales Freire. **A DINÂMICA DA PRISÃO PREVENTIVA E DAS MEDIDAS CAUTELARES À LUZ**

DA LEI FEDERAL Nº 12.403/11. 2012. 301 f. Monografia - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 9. ed. rev. e atual. – São Paulo. Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Princípio do Juiz Natural e Sua Dupla Garantia.** Revista de Processo. n. 29, p. 11-33, jan./mar. 1983. In: LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de processo penal. Volume único. Niterói, RJ: Ímpetus, 2013.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal.** 12.ed. Rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar: Doutrina, Jurisprudência e Prática.** 1ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed.** rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

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

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

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

_____. **Direito Processual Penal.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Revista Liberdades. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal.** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos>. Acessado em: 22 de setembro de 2019.

MALTA, Cristovão Paragibe Tostes. **Do Flagrante Delito.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MARCÃO, Renato. Curso de Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 717. Também adotam esse posicionamento, entre outros: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Lei 12.403 Comentada – Medidas Cautelares, Prisões Provisórias e Liberdade Provisória. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013. p. 261; LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 625; LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. vol. I, 2. ed. Niterói: Impetus, 2012. p.1306. In NETO, Francisco Sannini. **Juiz não age de ofício ao converter prisão em flagrante em preventiva.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-21/sannini-neto-juiz-nao-age-oficio-converter-prisao-flagrante-preventiva>>. Acessado em: 22 de setembro de 2019.

MAYA, André Machado. O juiz das garantias no projeto de reforma do código de processo penal. **Boletim IBCCRIM.** São Paulo: IBCCRIM, n. 204, nov. 2009. Disponível em:

<<http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Juiz-das-garantias-Andre.pdf>>. Acessado em: 22 de setembro de 2019.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e Outras Medidas Cautelares Pessoais**. 1ª Ed. São Paulo: Método, 2011.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do "juiz das garantias"? **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. ed. esp. p. 21-23, 2010. Disponível em: <<https://bdpi.usp.br/item/002169687>>. Acessado em: 22 de setembro de 2019.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Quando o juiz manipula a audiência de custódia**. Revista Consultor Jurídico. [on-line] 8 de julho de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-08/limite-penal-quando-juiz-manipula-audiencia-custodia>>. Acessado em: 21 de set. 2019.

_____. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2014.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Juiz não pode converter prisão em flagrante em preventiva sem ouvir o MP**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-17/romulo-moreira-juiz-nao-converter-flagrante-preventiva-oficio>>. Acessado em: 21 de set. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15ª Edição: Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21ª Ed. Editora Atlas: São Paulo, 2017.

PAIVA, Caio. JUSTIFICANDO.COM. **Especial Audiência de Custódia**. Disponível em:<<http://www.justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/>>. Acessado em: 22 de set. de 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIRES, Diovane Menezes. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/c0b16a253d382a58bb0fd6aeef3b2965.pdf>. Acessado em: 22 de set. de 2019.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo**: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27^a ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as Cautelares e o Juiz das Garantias. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 183 julho-set 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194933/000871250.pdf?sequence=3>>. Acessado em: 21 de set. 2019.

SILVEIRA, Fábio José Ribeiro. **A Implementação das Audiências de Custódia Frente ao Ordenamento Jurídico Pátrio**. (Sem Data). Disponível em: <http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/1fa1d7bafd930d23ed90b26acebd46bb.pdf>. Acessado em: 21 de set. 2019.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11^a ed. Salvador: Jus Podium, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, vol. 03**. 32^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Gostem ou não, estado de liberdade é a regra e a prisão preventiva a exceção**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-05/yarochewsky-gostem-ou-nao-estado-liberdade-regra>>. Acessado em: 21 de set. 2019.



COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

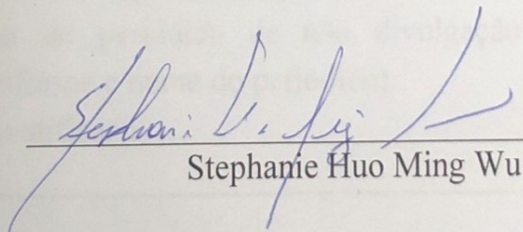
**TERMO DE AUTENTICIDADE E AUTORIZAÇÃO PARA
PUBLICAÇÃO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Eu, STEPHANIE HUO MING WU

Aluna, regularmente matriculada, no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 31516351, período noturno, turma R, tendo realizado o TCC com o título: A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA: UMA ANÁLISE FRENTE AO SISTEMA ACUSATÓRIO sob a orientação do PROFESSOR MESTRE ANDRÉ BOIANI E AZEVEDO declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 07 de novembro de 2019.



Stephanie Huo Ming Wu



COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

Material Bibliográfico: () Artigo Científico (X) Monografia

Graduação em Direito

Título do Trabalho: A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA: UMA ANÁLISE FRENTE AO SISTEMA ACUSATÓRIO

Nome da Autora: STEPHANIE HUO MING WU

E-mail: stephaniehmw@gmail.com

Este e-mail pode ser divulgado (X) SIM () NÃO

Orientador: PROF. ME. ANDRÉ BOIANI E AZEVEDO

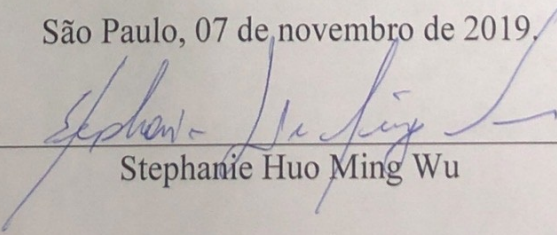
Na qualidade de titular dos direitos autorais da publicação supracitada, de acordo com a Lei nº 9.610/98, (X) AUTORIZO () NÃO AUTORIZO a Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, o documento, em meio eletrônico, no *site* da base de dados Adelpha, para fins de leitura pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada pela Universidade, a partir desta data. Igualmente, declaro que a versão do Trabalho de Conclusão de Curso entregue em meio eletrônico corresponde fielmente e na íntegra à versão similar depositada de forma impressa em papel para a defesa ou apresentação.

Motivos no Caso de Não Autorização

() Exigência de periódico de não divulgação até a publicação (exige justificativa, informe e nome do periódico)

() Outros (justificar): _____

São Paulo, 07 de novembro de 2019.



Stephanie Huo Ming Wu