

A (IM)POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO JUIZ NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI Nº. 13.964/2019 E DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Bruna de Almeida Terra Melo

Graduanda em Direito – FDCI

Brnaterra2011@hotmail.com

José Eduardo Tuão Carvalho

Graduado em Direito. Orientador – FDCI

Jose-eduardotuao@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo objetiva promover uma análise à luz do sistema processual penal acusatório e das alterações promovidas pela Lei nº. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), da discussão acerca da problemática que versa sobre a (im)possibilidade de atuação de ofício do magistrado na decretação da prisão preventiva, seja na fase investigatória ou na fase processual. Em um primeiro momento, pretende-se fazer uma análise do contexto antecedente à introdução da lei nº. 13.964/2019, mais conhecida como Pacote Anticrime, com posterior exame pormenorizado das inovações e alterações trazidas pela referida lei, bem como das disposições do ordenamento processual penal brasileiro e de algumas doutrinas e jurisprudências que versam sobre o assunto. Há que se destacar, para tanto, que a construção de uma resposta para essa celeuma pauta-se no método dedutivo, com pesquisa qualitativa, baseada em material bibliográfico e documental legal. Dessa forma, conclui-se que a lei nº. 13.964/2019 introduziu no Código Processual Penal Pátrio diversas mudanças significativas com intuito de alinhar-se ao sistema acusatório proposto pela Constituição Federal. Todavia, em que pese o novo regramento trazido pelo pacote anticrime, tem-se uma celeuma em razão de interpretações díspares, tendo os tribunais entendido tanto pela legalidade quanto pela ilegalidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício.

Palavras-chave: Sistema acusatório. Pacote anticrime. Prisão. Inovações. Código de processo penal.

ABSTRACT: This article aims to promote an analysis, in the light of the accusatory criminal procedural system and the changes promoted by Law no. 13.964/2019 (Anti-Crime Package), from the discussion of the problem that deals with the (im)possibility of the magistrate's ex officio action in the decree of preventive detention, either in the investigative phase or in the procedural phase. At first, it is intended to analyze the context prior to the introduction of law no. 13.964/2019, better known as the Anti-Crime Package, with a subsequent detailed examination of the innovations and changes brought by the aforementioned law, as well as the provisions of the Brazilian criminal procedural system and some doctrines and jurisprudence that deal with the subject. It should be noted, therefore, that the construction of an answer to this stir is guided by the deductive method, with qualitative research, based on bibliographic material and legal documents. Thus, it is concluded that Law No. 13,964/2019 introduced several significant changes in the Brazilian Criminal Procedural Code in order to align with the accusatory system proposed by the Federal Constitution. However, despite the new regulation brought by the anti-crime package, there is a stir due

to disparate interpretations, with the courts understanding both the legality and the illegality of converting the arrest in flagrante in ex officio preventive.

Key words: Accusatory system. Anti-crime package. Prison. Innovations. Criminal procedure code.

1 INTRODUÇÃO

O sistema acusatório foi consolidado em matéria processual penal pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Entretanto, somente com a introdução da Lei nº. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que o referido modelo processual foi reconhecido em sede infraconstitucional.

Dessa forma, tal reconhecimento, somado às diversas mudanças significativas na legislação, no que concerne à regulamentação das medidas cautelares no âmbito do Código de Processo Penal, fez com que houvesse uma discussão acerca da (im)possibilidade do magistrado decretar a prisão preventiva de ofício, seja na fase investigativa ou no curso do processo, sem requerimento prévio dos órgãos da persecução penal.

O impasse jurídico decorre da tradicional jurisprudência que, sustentado no sistema jurídico-processual antecedente à Lei nº. 13.964/2019, acolhia o atendimento segundo o qual era cabível a decretação da prisão preventiva de ofício pelo Magistrado durante a persecução penal em juízo, notadamente à luz do sistema de cautelares previsto no Título IX, Capítulo I, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº. 12.403/2011.

Com o advento da Lei nº. 13.964/2019, houve o reforço do sistema acusatório no país, tendo em vista que o novo diploma legal introduziu ao CPP o artigo 3º-A, o qual reafirma a estrutura acusatória, incorporando a legislação processual penal do Brasil à Constituição Federal. Dessa forma, não há mais guarida para a construção jurídica defendida por aqueles que sustentavam a legalidade da atuação de ofício do juiz.

Sendo assim, pretende-se analisar a (im)possibilidade do juiz, no bojo da atuação do flagrante delito, decretar, *ex officio*, a prisão preventiva do flagrantado, a partir de uma análise pormenorizada da Lei nº. 13.964/2019, dispositivos legais, doutrinas e jurisprudências.

2 O SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO E O ADVENTO DA LEI Nº. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME): REFORÇO DO REFERIDO SISTEMA NO PAÍS

Durante a evolução histórica foram adotados três sistemas processuais penais pelos ordenamentos jurídicos das mais diversas civilizações, quais sejam: inquisitório, acusatório e misto. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não expressa que o sistema adotado no país é o acusatório. Entretanto, a partir de uma detida análise e interpretação sistêmica do artigo 129, inciso I, da referida, o qual dispõe que a função institucional de promover a ação penal pública é do Ministério Público, pode-se concluir que o sistema processual penal pátrio se pauta pelo princípio acusatório.

Em que pese o dispositivo constitucional mencionado, o Código de Processo Penal brasileiro passou a vigorar durante o período do Estado-Novo, tendo influência, de certa forma, do modelo fascista italiano. Sendo assim, sem óbice da abertura democrática consolidada no Brasil com a Carta Magna, o

código de processo penal sofreu apenas modificações pontuais, mantendo a estrutura básica fundamentada em bases inquisitoriais provenientes do regime totalitário da Segunda Guerra Mundial.

Os ordenamentos jurídicos influenciados pelos ideais humanitários passaram de um modelo processual inquisitorial, comprometido não com os direitos e garantias fundamentais do acusado, mas com uma finalidade condenatória, para um sistema no qual o magistrado exerce a sua função judicante, de maneira imparcial, sempre respeitando os direitos e garantias fundamentais do acusado.

O sistema acusatório tem como característica primordial a separação das funções de acusar, julgar e defender entre os operadores do processo penal: juiz, defesa e ministério público. Para tanto, durante a persecução penal, o juiz deve manter uma equidistância das partes, a fim de que sua imparcialidade seja mantida do início ao fim da persecução criminal.

Desta feita, as partes processuais possuem cada qual a sua função muito bem delineada, cabendo ao órgão acusador, que é o Ministério Público, titular da ação penal, o início da ação e produção de prova no sentido de comprovar a autoria e materialidade delitiva. À defesa, por sua vez, cabe rebater as acusações em busca de absolvição do acusado, desclassificação do crime ou, pelo menos, a redução da pena.

Segundo Nucci, o referido sistema é caracterizado da seguinte maneira:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a 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 (NUCCI, 2020, p. 11).

Lima define o sistema acusatório da seguinte forma:

De maneira diversa, o sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Chama-se “acusatório” porque, à luz deste sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias. Daí, aliás, o porquê da existência do próprio Ministério Público como titular da ação penal pública. Ora, se é natural que o acusado tenha uma tendência a negar sua culpa e sustentar sua inocência, se acaso não houvesse a presença de um órgão acusador, restaria ao julgador o papel de confrontar o acusado no processo, fulminando sua imparcialidade. Como corolário, tem-se que o processo penal se constitui de um *actum trium personarum*, integrado por sujeitos parciais e um imparcial – partes e juiz, respectivamente. Somente assim será possível preservar o juiz na condição de terceiro desinteressado em relação às partes, estando alheio aos interesses processuais (...) (LIMA, 2019, p. 41/42).

No referido sistema, não cabe ao juiz tomar iniciativas processuais pró-acusatórias, visto que, na prática, se confunde com a atuação do órgão ministerial, afetando o ideal da equidistância das partes e a inviolável imparcialidade do julgador.

Ademais, leciona Lopes Junior a respeito da temática:

Durante muito tempo, por conta da cultura inquisitória dominante, se admitiu que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício no curso do processo ou que convertesse a prisão em flagrante em preventiva, de ofício. O erro era duplo: primeiro permitir a atuação de ofício (juiz ator = ranço inquisitório), em franca violação ao sistema acusatório; depois em não considerar que o ativismo judicial implica grave sacrifício da imparcialidade judicial (LOPES JR, 2020, p. 984).

À luz do escólio exposto alhures, a gestão da prova pelas partes processuais é o que proporciona as condições favoráveis para a efetivação da imparcialidade do magistrado. Dessa forma, qualquer iniciativa de natureza pró-acusatória por parte do juiz, seja na fase investigatória, como a conversão *ex officio* de prisão em flagrante em preventiva, seja na fase processual penal, fere a sua imparcialidade, na medida em que, buscando elementos produzidos na fase pré-processual penal, o juiz forma uma pré-convicção em desfavor do acusado.

Para Renato Brasileiro de Lima, a nova redação dada ao dispositivo do CPP de fato prestigia o sistema acusatório, o qual determina que “a relação processual somente pode ter início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne oadar judex er officio*)” (LIMA, 2016).

É perceptível que o sistema acusatório mostra-se mais democrático em relação ao inquisitivo, tendo em vista que o acusado deixa de ser objeto do processo, passando a ser um indivíduo de direitos e garantias. Assim, verifica-se que foi dado um passo importante em direção a uma persecução penal menos punitivista e mais interessada com os direitos e garantias fundamentais, sendo a presunção de inocência a mais importante delas. Dessa forma, o ônus da prova é direcionado ao acusador, cabendo a ele provar os indícios de autoria e materialidade de determinado delito.

A lei nº. 13.964/2019, mais conhecida como “Pacote Anticrime” trouxe diversas inovações ao cenário criminal, modificando regras do direito penal, processual penal e de execução penal. A referida lei reforçou o sistema processual penal acusatório no país, ao introduzir o artigo 3º-A, no Código de Processo Penal, sendo responsável por encerrar a celeuma existente na doutrina sobre o sistema adotado no Brasil, na medida em que veda a iniciativa acusatória e probatória do juiz.

O artigo 3º-A, do CPP dispõe que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 1941). Dessa forma, tem-se que o artigo mencionado reafirma a estrutura acusatória, incorporando a legislação processual penal do Brasil à Constituição Federal de 1988. Assim, não há mais guarida para a construção jurídica defendida por aqueles que sustentavam a legalidade da atuação de ofício do juiz.

3 CONTEXTO ANTERIOR E POSTERIOR À LEI Nº. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME)

O flagrante caracteriza-se pelo delito, isto é, uma infração que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, legitimando-se a prisão do agente sem prévia autorização judicial em razão dos elevados indícios de autoria do crime ora cometido. Dessa forma, a prisão em flagrante pode ser entendida como

mecanismo de autodefesa da sociedade, consolidado na privação de locomoção do indivíduo que é surpreendido em situação de flagrância, a ser realizada independente de autorização judicial, conforme artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal.

Ademais, em consonância com a nova redação dada ao artigo 310, inciso II, do CPP, verificada a legalidade da prisão em flagrante, o magistrado poderá, em decisão fundamentada, converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos previstos no art. 312, do CPP, bem como se forem inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, momento em que será expedido mandado de prisão em desfavor do agente.

A prisão preventiva, por sua vez, trata-se de medida cautelar pessoal típica, prevista no artigo 311 do CPP. Muito embora prevaleça no direito processual penal a presunção de inocência, a prisão preventiva é aplicada desde que presente algum dos fundamentos previstos no artigo 312 do CPP, a saber: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução processual e necessidade de se resguardar a aplicação da Lei. Ainda, deve estar presente alguma das condições previstas nos artigos 313 ou 312, §1º, daquele mesmo diploma, e somente será aplicada a medida extrema caso identificada a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão.

Sendo assim, é imprescindível que o juiz seja provocado nesse sentido, uma vez que não poderá, em nenhuma hipótese, fazê-lo de ofício, sob pena de violação aos artigos 282, §§ 2º e 4º, e 311, ambos do CPP, com nova redação dada pela Lei nº. 13.964/2019.

Antes de vigorar a Lei nº. 13.964/2019, as medidas cautelares diversas da prisão poderiam ser decretadas de ofício pelo magistrado, durante o curso do processo penal. Ocorre que tal possibilidade foi extinta pelo Pacote Anticrime, o qual modificou o artigo 282, §2º, do Código de Processo Penal, deixando de existir a expressão “de ofício”.

Ademais, partindo da mesma lógica, a expressão “de ofício” constante no artigo 311 do mesmo diploma legal, que trata da prisão preventiva, também foi eliminada, sendo vedado ao magistrado, portanto, decretar a prisão preventiva de ofício, seja no curso da investigação ou do processo penal, não importando, dessa forma, o momento.

A propósito, a regulamentação das audiências de custódia inserida pelo pacote anticrime, que alterou o artigo 310, do Código de Processo Penal, exige a participação do membro do *Parquet* e da defesa. Assim, o pronunciamento judicial sobre a prisão em flagrante e a aplicação da medida cautelar pessoal deve ocorrer após as respectivas manifestações das partes.

A introdução do regramento previsto na Lei nº 13.964/2019 ao Código de Processo Penal consolida a plenitude do sistema processual penal acusatório. Mediante interpretação sistemática, a atual regulamentação do tema desautoriza qualquer interpretação de que ao magistrado é permitido converter, de ofício, a prisão em flagrante em preventiva, mesmo que uma interpretação literal do artigo 310, inciso II, do CPP possa resultar em conclusão diversa.

Isso porque o uso do verbo no imperativo “deverá” deve ser lido e compreendido como sinônimo de obrigatoriedade da audiência de custódia, sendo essa obrigatoriedade dirigida ao judiciário, mas, em nenhum momento no sentido de conferir permissão à atuação de ofício do juiz, em desrespeito ao sistema acusatório definido pela Constituição Federal. Seguindo tais premissas, Conforme disciplina Sanches:

A Lei 13.964/19 (art. 3º - A CPP) prestigiando o sistema acusatório, acabou por acolher os ensinamentos acima, alterando novamente o art. 311 do CPP, agora proibindo o juiz agir de ofício em qualquer das fases da persecução. A decretação da prisão preventiva, a exemplo da temporária, depende de provocação (SANCHES, 2020, p. 259).

De igual modo, leciona Lima:

Pelo menos até o advento da Lei n. 13.964/19, o Código de Processo Penal vedava a decretação de medidas cautelares de ofício pelo juiz apenas durante a fase investigatória, admitindo-o, todavia, quando em curso o processo criminal. Com a nova redação conferida aos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, ambos do Código de Processo Penal, pelo Pacote Anticrime, denota-se que, doravante, não mais poderá o juiz decretar nenhuma medida cautelar de ofício, pouco importando o momento da persecução penal (LIMA, 2020, p. 946).

O aperfeiçoamento do sistema jurídico pátrio, com objetivo de perfilar-se aos contornos do sistema acusatório, leva à conclusão de que, na possibilidade do artigo 310, inciso II, do CPP, a atuação de ofício do juiz necessita de absoluta legalidade. Ademais, a respeito do sistema acusatório almejado na Constituição Federal, o processo penal pátrio ainda precisava de novos “ajustes” para ficar em conformidade com o escopo do legislador constituinte, visto que, ao inserir como atribuição ao Ministério Público a responsabilidade exclusiva de propor ação penal pública, o legislador objetivou a configuração de um sistema processual no qual o magistrado possa manter a equidistância das partes, preservando a sua imparcialidade.

Com efeito, a regra contida no dispositivo 3º-A do CPP não apenas asseverou que o processo penal pátrio deve se pautar no sistema acusatório, mas também delimitou os contornos fundamentais, uma vez que vedou a atuação *ex officio* do magistrado na fase de investigação, bem como proibiu a substituição da atuação probatória da acusação.

Contudo, foram proferidas duas decisões nas ações diretas de inconstitucionalidade, não tendo nenhuma delas abordado, especificamente, o artigo 3º-A do CPP e, mesmo assim, a regra está com a eficácia suspensa. Na primeira decisão liminar, o Ministro Dias Toffoli reconheceu a constitucionalidade da regra, asseverando que a adoção de “um sistema acusatório, no qual é central a salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado” decorre da “conformação constitucional de nosso sistema de persecução penal”.

As palavras proferidas por Toffoli restam claras que ele entende o desenvolvimento legislativo que o instituto representa, adjetivando-o de paradigmático e como um progresso no processo penal brasileiro. Sua decisão se deu em virtude do prazo insuficiente de *vacatio legis* que o legislador colocou, visto que 30 dias para aplicar uma modificação desse escalão não parece um prazo razoável para que as modificações sejam incorporadas nas varas criminais do país.

Entretanto, em que pese o reconhecimento de que o juiz das garantias é uma evolução na legislação pátria, o Ministro Luiz Fux, posteriormente, revogou a referida decisão e suspendeu a eficácia do artigo 3º-A do CPP por prazo indeterminado. O ilustre Aury Lopes faz uma crítica à decisão do Ministro Fux:

Sem dúvida essa liminar foi um golpe poderosíssimo na reforma que se pretendia levar a cabo. Ao suspender o art. 3º-A, do CPP, que finalmente consagraria o sistema acusatório; ao suspender também a implantação do juiz das garantias; o sistema de exclusão física dos autos do inquérito; e a nova forma de arquivamento adequada ao sistema acusatório (art. 28), o Min. Luiz Fux sepultou décadas de luta, de pesquisa, de milhares de debates e de páginas escritas para modernizar e democratizar o processo penal brasileiro. Talvez o Ministro, por ser um processualista civil, não tenha tido a compreensão do que está em jogo para o processo penal e que foi suspenso com sua decisão liminar e monocrática. Era, Ministro, o mais forte movimento reformista para livrar o processo penal do seu ranço autoritário e inquisitório, para reduzir o imenso atraso civilizatório, democrático e constitucional que temos no CPP. Sua liminar não suspendeu apenas artigos, suspendeu a evolução, a democratização do processo penal. Lamento profundamente a decisão do Ministro, que espero seja urgentemente revista pelo plenário do STF, para que finalmente o processo penal se liberte da matriz fascista e inquisitória do Código de Rocco (LOPES JR, 2020, p. 40).

Dessa forma, a decisão do Ministro representa um movimento de contrarreforma, haja vista que antes da entrada em vigência de forma integral do pacote anticrime, promoveu a suspensão liminar da eficácia dos dispositivos que continham alguma evolução em matéria de democracia processual.

4 DA (IM)POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA

O processo penal, enquanto mecanismo de proteção dos direitos e garantias fundamentais do acusado, funcionando como limitador do poder punitivo estatal, não deve depender do arbítrio do magistrado na condução da persecução penal, mas deve contar com a observância específica da legislação, especialmente com o propósito de restrição ao direito de liberdade. Deveras, o princípio da estrita legalidade rege a atuação do Estado, como imposição inarredável de um Estado Democrático de Direito.

A adoção de provimentos cautelares constritivos da liberdade individual, no âmbito do processo penal, depende de prévia determinação legal das medidas, sob pena de ilegítima intromissão do Estado na esfera da liberdade de outrem. O controle de eventuais abusos praticados por agentes estatais é a finalidade maior de um processo penal de caráter democrático, estabelecido pela estrita legalidade e tipicidade das medidas cautelares, designado a limitar o poder de punição do Estado.

Dessa forma, o Ministro Celso de Mello fez importantes considerações nos autos do Habeas Corpus nº 188.888 – MG, no qual reconheceu que:

A razão desse entendimento resulta do fato, juridicamente relevante, de que o processo penal figura como exigência constitucional (“nulla poena sine iudicio”) destinada a limitar e a impor contenção à vontade do Estado, cuja atuação sofre, necessariamente, os condicionamentos que o ordenamento jurídico impõe aos organismos policiais, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário. O processo penal e os Tribunais, nesse contexto, são, por excelência, espaços institucionalizados de defesa e proteção dos réus contra possíveis excessos e o arbítrio do Poder, especialmente em face de eventuais

abusos perpetrados por agentes estatais no curso da persecutio criminis (BRASIL, 2020).

Ocorre que, mesmo com as inovações trazidas pelo pacote anticrime, inicialmente, os tribunais pátrios permanecem acolhendo o entendimento sedimentado, notadamente, no âmbito da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “não há nulidade na hipótese em que o magistrado, de ofício, sem prévia provocação da autoridade policial ou do órgão ministerial, converte a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal – CPP” (Jurisprudência em Teses – Ed. 120 – Tese 10).

A título de exemplo, no julgamento do HC nº. 0800216-94.2020.8.20.5400, ocorrido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, foi exposto o entendimento de que a reforma do Código de Processo Penal proporcionada pela Lei nº. 13.964/2019 não proibiu a conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva (TJRN, habeas corpus nº. 0800216-94.2020.8.20.5400, Rel. Des. Roberto Guedes, julgado em 25.09.2020).

Contudo, no final do ano de 2020, o Supremo Tribunal Federal julgou, nos autos do Habeas Corpus nº. 188.888 – MG, prolatando um copioso acórdão, elaborado pelo Ministro Celso de Mello, deliberando pela ilegalidade da prisão preventiva *ex officio* em qualquer hipótese, inclusive no âmbito da audiência de custódia.

O Pretório Excelso entendeu que a reforma inserida pelo pacote anticrime ao Código de Processo Penal adaptou o regramento jurídico de provimentos cautelares pessoais às exigências democráticas do processo penal acusatório, de maneira a impossibilitar, em absoluto, em qualquer fase da persecução criminal, a decretação da prisão preventiva sem prévio requerimento das autoridades ministeriais e policiais. Eis uma parte do referido acórdão:

(...) A reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro. – A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (grifei), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “ex officio” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. – A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência (BRASIL, 2020).

A Suprema Corte tem considerado a ilegalidade da decretação da prisão *ex officio* em decorrência da prisão em flagrante. Nesse sentido, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Habeas Corpus nº. 590.039 – GO revisou o seu posicionamento anterior às novidades inseridas pelo novo regramento do pacote anticrime, e decidiu que a lei excluiu, de uma vez por todas, a possibilidade de o magistrado realizar, de ofício, a conversão do flagrante em preventiva (STJ, habeas corpus nº. 590.039 – GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 20.10.2020).

Não obstante, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão no Recurso Ordinário em Habeas Corpus, na qual entendeu que a determinação do magistrado pela cautelar máxima, em sentido diverso do requerido pelo Ministério Público, pela autoridade policial ou pelo ofendido, não pode ser considerada atuação *ex officio*, tendo em vista que lhe é permitido atuar de forma a determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória, nos termos do artigo 297, do CPC, e na forma do artigo 3º, do CPP, desde que previamente provocado, no exercício de sua jurisdição (STJ, habeas corpus nº. 583.995 – MG, Rel. Min. Schietti Cruz, julgado em 15.09.2020).

A decisão ora proferida veio da análise de recurso interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de Rondônia, na qual o réu, acusado pelos crimes de lesão corporal e ameaça no âmbito da violência doméstica, alegou ter a sua prisão preventiva decretada de ofício pelo magistrado, afrontando ao que determina a nova redação dada aos dispositivos do CPP pelo pacote anticrime.

De acordo com o contido nos autos, durante a audiência de custódia, o *Parquet* pugnou pela aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, incluindo o monitoramento eletrônico. Contudo, o juiz decretou a prisão preventiva, fundamentada na garantia da ordem pública, por entender preenchidos os requisitos dos artigos 312 e 313, III, do CPP.

A Justiça de Rondônia exarou que, embora o pacote anticrime tenha modificado o artigo 282, §2º, do CPP, estabelecendo que a prisão preventiva depende de requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente de acusação ou de representação da autoridade policial, não houve alteração legislativa em relação às medidas decorrentes de violência doméstica, as quais poderiam ser decretadas de ofício pelo magistrado, conforme o que preceitua o artigo 20, da Lei nº. 11.340/2006.

Destaca-se que, no caso em comento, a decisão não foi proferida de ofício, uma vez que houve requerimento do Ministério Público durante a audiência de custódia, para que fossem aplicadas cautelares diversas da prisão, mas o magistrado optou pela cautelar máxima, por entender que as medidas cautelares diversas seriam ineficazes para a garantia da ordem pública.

Para o Ministro Rogerio Schietti, “uma vez provocado pelo órgão ministerial a determinar medida que restrinja a liberdade do acusado em alguma medida, deve o juiz poder agir de acordo com o seu convencimento motivado e analisar qual medida cautelar pessoal melhor se adequa ao caso”.

O Ministro asseverou, ainda, que:

Impor ou não cautelas pessoais, de fato, depende de prévia e indispensável provocação; contudo, a escolha de qual delas melhor se ajusta ao caso concreto há de ser feita pelo juiz da causa. Entender de forma diversa seria vincular a decisão do Poder Judiciário ao pedido formulado pelo Ministério Público, de modo a transformar o julgador em

mero chancelador de suas manifestações, ou de lhe transferir a escolha do teor de uma decisão judicial (BRASIL, 2022).

Dessa forma, vislumbra-se que, os legisladores, baseando-se nos casos concretos analisados pelo Judiciário, definem em leis as medidas cautelares, as quais são denominadas de medidas típicas. Entretanto, a função cautelar não se restringe às medidas típicas, visto que a lei precisa assegurar a eficácia e utilidade do processo, bem como afastar o perigo de lesão ao direito. Sendo assim, em que pese a ausência de previsão legal no CPP sobre medidas cautelares atípicas, há a previsão no CPC, especificamente em seu artigo 297, sendo aplicado no processo penal na forma do artigo 3º do CPP.

O poder geral de cautela é titulado como inominado ou atípico. Trata-se, portanto, do poder que o juiz possui para decretar medidas cautelares que não estão previstas nos dispositivos legais, desde que presentes os requisitos de qualquer medida cautelar: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Dessa forma, nos casos concretos analisados pelo Judiciário, o magistrado pode determinar a medida que entender mais adequada, a qual deriva do poder geral de cautela, mesmo que não prevista em lei, desde que pleiteada alguma das medidas cautelares pelos legitimados a tanto.

Marins afirma que “não se trata apenas de exercício de um poder, mas, sobretudo, de um dever”. Isso pois o magistrado tem o dever de garantir a efetividade da prestação jurisdicional. Por isso, uma vez preenchidos os requisitos, o juiz deve determinar uma medida cautelar, ainda que atípica.

Para Rogério Pacheco Alves, o poder geral de cautela do magistrado é um importante instrumento no âmbito do processo penal. Ademais, Alves defende que:

Seja no crime, seja no cível, sempre que houver uma concreta possibilidade de esvaziamento do exercício da função soberana de julgar, deve o magistrado servir-se de mecanismos que razoavelmente o habilitem a garantir a sua jurisdição (ALVES, 2002, p. 229).

Diferentemente do Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal foi omissivo em relação ao poder geral de cautela em matéria processual penal. Nesse âmbito, existem divergências doutrinárias sobre a sua aplicabilidade ou não no referido processo. Dessa forma, tem-se que parte da doutrina posiciona-se de forma contrária à aplicação do poder geral de cautela no processo penal. Segundo Bianchini et al., o poder geral de cautela do magistrado na seara processual penal se depara com o princípio da legalidade, sendo defendido por eles que:

Toda medida cautelar, incluindo-se a prisão, deve, em primeiro lugar, ter base legal expressa, porque nenhuma coação no processo penal pode ser admitida sem explícita previsão em lei (*nulla coactio sine lege*) (BIANCHINI, et al., 2011, p. 45).

Sendo assim, qualquer limitação a direito fundamental do indivíduo só pode ocorrer mediante expressa previsão legal, devendo a lei ser certa, precisa e taxativa. Ademais, esses autores sustentam que no âmbito processual penal não existe o poder geral de cautela do magistrado. Para eles, todas as medidas cautelares em matéria processual penal são típicas, sendo incabível a decretação de medidas atípicas, bem como que não se admite a limitação dos

direitos fundamentais por meio de analogia ou em decorrência do poder geral de cautela. Dessa forma, o poder do juiz na persecução criminal está restrito ao que a lei o autoriza a fazer, sendo, portanto, legitimado e justificado. É dizer que a legalidade, no seu encargo de garantia, impossibilita que se imponha uma medida restritiva de direito fundamental mais gravosa que não esteja prevista no ordenamento legal.

Todavia, considerando seu encargo de garantia de direitos fundamentais, ela autoriza, para cumprir tal encargo, a alternatividade e redutibilidade das medidas cautelares, objetivando uma medida alternativa menos gravosa. Assim, ao usar o poder geral de cautela no âmbito processual penal, o magistrado poderá ter uma alternativa não expressa em lei para se evitar uma desproporcionalidade na decretação da prisão cautelar que, dessa forma, passa a ser uma aplicação de hipótese cautelar mais benéfica ao acusado.

Tal entendimento dimana do princípio da proporcionalidade, especialmente por força do subprincípio da necessidade, quando cabível uma medida cautelar mais gravosa em desfavor do acusado, o magistrado poderá impor uma medida cautelar alternativa mais severa não prevista no Código de Processo Penal, caso a referida medida seja capaz de assegurar a eficácia do processo.

Ademais, posicionando-se de forma favorável, o autor Souza afirma que a vedação do poder geral de cautela vai em sentido diverso ao Direito Constitucional e às regras internacionais que tutelam os direitos e garantias fundamentais. Isso porque, ao criar a norma, o legislador não consegue englobar todas as situações fáticas possíveis e que, nesse caso, poderá ser necessário utilizar as cautelares atípicas para resguardar os referidos direitos e garantias fundamentais. Portanto, para ele, o poder geral de cautela deve ser aplicado na seara processual penal em analogia ao processo civil, assegurando-se os princípios da legalidade, eficiência, efetividade e inafastabilidade da jurisdição.

A doutrina majoritária entende que existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto. Uma vez que a medida adotada tenha natureza acautelatória, não há que se falar em violação ao princípio constitucional da não culpabilidade e legalidade. Trata-se, pois, de medida adotada de acordo com o poder geral de cautela, inserido no Direito Brasileiro, especificamente no NCPC, em seu artigo 297, na forma do artigo 3º do CPP, não havendo violação do princípio da independência dos poderes, nem tampouco da competência privativa da União em legislar sobre direito processual.

Dessa forma, depreende-se que não há constrangimento ilegal no uso do poder geral de cautela, visto que, como demonstrado, trata-se de instituto previsto no CPC, bem como que o CPP permite, em seu artigo 3º, o uso de analogia quando o referido for omissivo. Ademais, quanto à (im)possibilidade do juiz converter a prisão de ofício, vê-se que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do RHC nº. 131.263 – GO, pacificou, em votação majoritária, o entendimento de que o magistrado não pode, de ofício, realizar a conversão da prisão em flagrante em preventiva, devendo, inicialmente, analisar o pedido do Ministério Público para tomar a decisão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Penal Pátrio, sob influência de um regime com resquícios inquisitoriais, reconhecia que as medidas cautelares pessoais fossem decretadas de ofício pelo juiz, tanto na fase investigatória, quanto na persecução criminal. Entretanto, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a ideia se inverteu. Isso porque o novo ordenamento constitucional exigiu a observância do sistema acusatório, ordenando que, para além de uma mera separação das funções de acusar, defender e julgar, houvessem instrumentos capazes de impedir que um ato processual usurpasse as atribuições que, explícita ou implicitamente, foram delineadas em favor do outro.

Dessa forma, nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que uma das consequências disso é a de que, como forma de garantir a equidistância do juiz, não lhe é dado o direito de agir de forma oficiosa, mormente na etapa pré-processual. Ademais, o modelo constitucional acusatório impõe algumas limitações ao magistrado na condução do processo, impedindo, por exemplo, iniciativas processuais pró-acusatórias e que tendem ao comprometimento de sua imparcialidade, especialmente no que concerne à tomada de providências cautelares restritivas da liberdade individual.

A introdução do regramento previsto na Lei nº. 13.964/2019 ao Código de Processo Penal Brasileiro trouxe significativas mudanças processuais, com intuito de alinhar-se ao perfil acusatório delineado pela Constituição Federal, ao menos no que tange ao regime jurídico das medidas cautelares, disposto no Título IX do CPP. Além disso, a aludida lei, ao tratar da possibilidade de decretação da prisão pelo juiz, suprimiu o termo “de ofício”, previsto nas redações dos artigos 282, §§ 2º e 4º, e do artigo 311, todos do CPP. Dessa forma, conclui-se que o Código Processual veda, em absoluto, e em qualquer momento da persecução criminal, a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz.

A jurisprudência anterior, que confirmava a hipótese de proceder a conversão de ofício do flagrante delito em prisão preventiva, em uma interpretação literal do artigo 310 do CPP, nunca se harmonizou com o processo penal acusatório definido pela Carta Magna. Nos dias atuais, a jurisprudência procede em reconhecer a completa ilegalidade da prisão *ex officio*, em decorrência da conversão do flagrante delito com o modelo acusatório.

Da análise da decisão proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, vislumbra-se que a Corte entendeu pela ilegalidade da prisão preventiva *ex officio* em qualquer momento, inclusive no âmbito das audiências de custódia, constitui um grande avanço na estabilização de uma jurisprudência favorável à tese ora defendida no presente artigo.

Portanto, verifica-se que, após o advento da Lei nº. 13.964/2019, não é mais possível o magistrado converter a prisão em flagrante em preventiva sem provocação por parte da autoridade policial, do querelante, do assistente ou do Ministério Público, mesmo nas situações em que não ocorre audiência de custódia. Dessa forma, a decisão do STJ que pacificou tal entendimento reafirma as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime e fortalece o sistema acusatório almejado pela Constituição Federal de 1988, preservando a imparcialidade do magistrado e garantindo ao acusado não ser preso sem provocação do Ministério Público.

REFERÊNCIAS

AMBRÓSIO, Lucas. **A impossibilidade da conversão da prisão em flagrante de ofício: uma análise à luz do sistema acusatório e das alterações promovidas pela Lei nº. 13.964/19 (Pacote Anticrime)**. 2021, 14 p. Revista eletrônica do Ministério Público do Piauí. Ed 01, jan/jun 2021. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2022/01/A-impossibilidade-da-conversa%CC%83o-da-prisa%CC%83o-em-flagrante-de-ofi%CC%81cio.pdf>. Acesso em: 10 maio 2022.

ALVES, Rogério Pacheco. **O poder geral de cautela no processo penal**. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro: PGJ, no. 15, p. 229 – 245, jan-jun, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 188.888 – MG**, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., julgado em 06.10.2020, Dje 20.10.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 131.371 – MT**, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 08.09.2020, public. Dje. 15.09.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 583.995 – MG**, Rel. Min. Schietti Cruz, julgado em 15.09.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 590.039 – GO**, Rel. Min. Ribeiro Dantas, QUINTA TURMA, julgado em 20 de outubro de 2020, DJe 29 de outubro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 539.645 – RJ**, rel. Min. Joel Ilan Paciornick, Quinta Turma, julgado em 18.08.2020, public. Dje 24.08.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 131.263 – GO**, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 24.02.2021.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689. **Código de Processo Penal**. Decretado em 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 10 maio 2022.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689. **Código de Processo Penal**. Decretado em 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 12 maio 2022.

BRASIL. Congresso. Senado. Decreto nº 3689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**: Legislação Federal.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Habeas Corpus n. 0800216-94.2020.8.20.5400**, Rel. Des. Gilson Barbosa, Câmara Criminal, julgado em 25.05.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Habeas Corpus n. 0806957-54.2020.8.20.0000**, Rel. Des. Roberto Guedes (Juiz Convocado), Câmara Criminal, julgado em 25.09.2020.

BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 45.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2020. p. 1220-1222.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: **Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Ed. JusPodvim. pág. 259.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. Único. 8ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodvim, 2020. p. 946.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Ed. JusPodvim 2016. p. 762.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. Único. 7ª ed. Ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodvim, 2019. p. 41/42.

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

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 984.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. – 17ª. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 40.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2010. V.2

LOPES JUNIOR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403 / 2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARINS, Victor Alberto Azi Bonfim. **Tutela Cautelar: Teoria Geral e Poder Geral de Cautela**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. P. 204.

MILANEZ, B. A. V; SIQUEIRA, F. D. **O Pacote Anticrime e o artigo 3º do CPP: a posição do juiz no sistema acusatório, o movimento de reforma (ainda que parcial) e a contrarreforma**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Vol. 18, 2020, p. 42/57. Disponível em:

https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/460. Acesso em 04 jun 2022.

SEGUNDO, José. **Do sistema acusatório à ilegalidade da prisão preventiva ex officio: uma análise específica da prisão preventiva resultante do procedimento flagrancial à luz do pacote anticrime e dos precedentes jurisprudenciais**. 2020. 36 p. Estudo 1 (Núcleo de assistência aos presos provisórios), Rio Grande do Norte, 2020. Disponível em: <https://www.defensoria.rn.def.br/sites/default/files/2021-01/MATERIAL%20DE%20APOIO%20-%20PRIS%C3%83O%20PREVENTIVA%20DE%20OF%C3%8DCIO%20FLAGRANTE%20DELITO.pdf>. Acesso em 24 abril 2022.

SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais. V. 798, p. 27/31.

SOUZA, José Nilton Costa de. **Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz**. Disponível em: <http://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/15/constituicao-e-processo-penal-o-poder-geral-de-cautela-como-corolario-do-processo-penal-eficaz-jose-nilton-costa-desouza/> Acesso em: 23 ago. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. 46a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 517.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 24a. ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2008.