

Opinião: Juiz não age de ofício ao converter flagrante em preventiva

21/07/2017

O artigo 310, do CPP, estabelece as alternativas à disposição do juiz no momento da análise do auto de prisão em flagrante, sendo seu dever, por imperativo constitucional inclusive, relaxar a prisão ilegal (artigo 5º, LXV, CR). Por outro lado, em se tratando de prisão decretada regularmente, o magistrado competente poderá converter a prisão em flagrante em preventiva (se estiverem presentes os requisitos do artigo 312, do CPP e as demais medidas cautelares se revelarem insuficientes ou inadequadas) ou conceder liberdade provisória mediante a imposição de fiança ou outra medida cautelar diversa da prisão.

Questiona-se, no caso, se para a decretação da prisão preventiva convertida (artigo 310, II, CPP), resultante da conversão de prisão em flagrante anteriormente decretada pelo delegado de polícia, é indispensável a provocação expressa do magistrado, seja pela autoridade policial (por meio de representação) ou pelo Ministério Público (por meio de requerimento). Isto, pois, nos termos do artigo 282, §2º, do CPP, 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*” (grifamos).

Com efeito, fica evidente que durante a fase investigatória é vedada a decretação de qualquer medida cautelar de ofício pelo juiz. Em outras palavras, não é possível a decretação da prisão preventiva sem a provocação da autoridade responsável pela investigação criminal (delegado de polícia) ou pela propositura da ação penal (MP), assegurando-se, assim, o princípio da imparcialidade do juiz e o sistema acusatório, adotado pela Constituição da República.

Sob tais premissas, para a maioria da doutrina o juiz não poderia converter a prisão em flagrante em prisão preventiva sem que haja a provocação do delegado de polícia ou do Ministério Público. É exatamente esta a conclusão de Rômulo Moreira diante do artigo 282, §2º, do CPP, senão vejamos:

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[1].

No mesmo sentido é o entendimento de Renato Marcão:

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 acercados 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.[2]

Destaque-se, todavia, que não é esse o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, onde encontramos diversos julgados em que se admite a conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. POSSIBILIDADE. PROVA DA MATERIALIDADE. INDÍCIOS DE AUTORIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PENA MÁXIMA COMINADA SUPERIOR A QUATRO ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. CUSTÓDIA CAUTELAR LEGALMENTE AUTORIZADA. ORDEM DENEGADA. – O artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal, autoriza o juiz a converter a prisão em flagrante em preventiva, sem prévia oitiva dos legitimados constantes do artigo 311 do Código de Processual Penal. – Fundamentada e demonstrada a necessidade da manutenção da custódia cautelar do paciente, não há falar em constrangimento ilegal. – Também a pena máxima cominada ao delito de tráfico de entorpecentes autoriza a custódia cautelar do paciente. (grifamos)[3]

Ocorre que, de um modo geral, os julgados do STJ não se aprofundam na análise do tema, restringindo-se a estabelecer a possibilidade da conversão do flagrante em preventiva pelo juiz sempre que estiverem presentes os requisitos do artigo 312, do CPP. Encampando esse entendimento, Muccio defende que o artigo 310, inciso II, do CPP, representa uma exceção à regra de que as medidas cautelares não podem ser adotadas de ofício pelo juiz durante a fase de inquérito policial.[4]

Particularmente, concordamos que numa análise perfunctória do ordenamento jurídico, extrai-se a conclusão de que a prisão preventiva convertida não poderia ser decretada pelo juiz sem a provocação do delegado de polícia ou do MP, afinal, trata-se de uma medida cautelar adotada na fase de investigação, sendo que o auto de prisão em flagrante constitui apenas uma forma de instauração do inquérito policial.

Contudo, diferentemente da maior parte da jurisprudência do STJ e da doutrina, entendemos que nessa hipótese o juiz não estaria agindo de ofício, mas provocado pela própria prisão em flagrante. Isto, pois, nessa modalidade de prisão preventiva, o auto de prisão em flagrante funciona como uma espécie de representação tácita ou implícita da autoridade policial. Diferentemente do Ministério Público, por exemplo, que requer a prisão preventiva, o delegado de polícia “representa” pela sua decretação. Essa representação objetiva, justamente, levar ao conhecimento do juiz os fatos que fundamentam a adoção dessa extrema ratio.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o auto de prisão em flagrante possui a mesma função, servindo para dar ciência ao magistrado sobre a prisão de alguém, as circunstâncias dessa prisão (artigo 302, CPP), as condições pessoais do preso (histórico de vida pregressa) e os fundamentos jurídicos que dão subsídio à segregação provisória da liberdade (artigo 304, §1º, CPP), norteando, consequentemente, o provimento jurisdicional no que se refere à decretação da prisão preventiva ou de outra medida cautelar.

Em outras palavras, parece-nos que ao converter o flagrante em prisão preventiva, o juiz não age de ofício, uma vez que está sendo *provocado* a se manifestar por meio do auto de prisão em flagrante, que como uma medida pré-cautelar, expõe o preso e as circunstâncias de sua prisão à análise do Poder Judiciário, para que este órgão decida sobre a necessidade e adequação da medida a ser adotada. A situação nesse caso é completamente distinta de uma prisão preventiva autônoma, pois já há uma restrição provisória da liberdade com o decreto prisional exarado pelo delegado de polícia (artigos 302 e 304, §1º, CPP), cabendo ao juiz verificar a legalidade da prisão e a imprescindibilidade da sua manutenção à luz do artigo 312, do CPP.

Adotando entendimento semelhante, são incisivas as palavras de Andrey Borges de Mendonça:

Nem se alegue que a possibilidade de o juiz converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, prevista no artigo 310, inc. II, durante o inquérito, seja um permissivo para a atuação de ofício do magistrado. Em verdade, na hipótese do artigo 310, já houve uma prisão anterior em flagrante, de sorte que o magistrado não está tomando qualquer iniciativa. A prisão em flagrante já foi realizada por qualquer do povo ou pela autoridade policial e o magistrado, em verdade, apenas verifica se há a necessidade da sua manutenção. O que o legislador chama de “converter” deve ser compreendido no sentido de verificar os pressupostos e fundamentos da prisão preventiva. Ou seja, essa conversão é “jurídica”, no sentido de verificar os pressupostos e fundamentos da prisão preventiva. Na prática, a prisão já ocorreu e o juiz não a decreta, mas apenas verifica se é o caso de manter a prisão ou conceder liberdade. Atua dentro de sua função de garantidor do inquérito policial, zelando para que a prisão somente seja mantida se realmente houver necessidade. Portanto, veja que, nesta hipótese, não se trata de atuação de ofício do magistrado durante o inquérito.[5]

Mais em consonância com ponto de vista aqui defendido, encontramos interessante precedente na 5ª Turma, do STJ:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS . ROUBO MAJORADO. (I) PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA (ALEGAÇÃO DE DECRETO DE OFÍCIO). VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO DE PROCESSO E AO PRINCÍPIO DA INÉRCIA (NÃO OCORRÊNCIA). (II) SEGREGAÇÃO CAUTELAR (FUNDAMENTADA). NECESSIDADE DA PRISÃO PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA (MODUS OPERANDI). CONSTRANGIMENTO ILEGAL (NÃO EVIDENCIADO). RECURSO IMPROVIDO. 1.

Comunicado acerca da prisão em flagrante (artigo 306 do Código de Processo Penal), deve o Magistrado decretar a prisão preventiva, caso verifique a legalidade do cárcere e a inviabilidade de substituição por medida diversa, se reconhecer a existência dos requisitos preconizados nos artigos 312 e 313 da mesma norma, inexistindo, nesse ato, qualquer ilegalidade (Precedentes). 2. Não se trata de decretação da prisão de ofício, em desconformidade com o Sistema Acusatório de Processo ou com o Princípio da Inércia, adotados pela Constituição da República de 1988. Em primeiro lugar, porque o julgador só autuará após ter sido previamente provocado pela autoridade policial (artigo 306 do Código de Processo Penal), não se tratando de postura que coloque em xeque a sua imparcialidade. Em segundo lugar, porque a mesma Lei nº 12.403/2011, que extirpou a possibilidade de o juiz decretar de ofício a prisão provisória ainda durante o inquérito policial, acrescentou o inciso II ao artigo 310 do Código de Processo Penal, que expressamente permite a conversão (grifamos).[6]

Destaque-se, ademais, que em prevalecendo o entendimento de que o juiz estaria vinculado à manifestação da Polícia Judiciária ou do MP no momento da análise do auto de prisão em flagrante, com base nos mesmos argumentos elencados pela doutrina majoritária, restaria prejudicada a possibilidade da decretação de qualquer medida cautelar diversa da prisão, o que sem dúvida alguma colocaria em risco a persecução penal e o próprio princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da CR), retirando-se do magistrado a possibilidade de adotar a medida mais adequada ao caso concreto e, assim, neutralizar eventuais ameaças aos bens jurídicos processuais (artigo 282, inciso I, CPP).

Por óbvio, em observância ao artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição da República, onde se estabelece que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, esta medida cautelar de natureza liberatória poderá ser decretada independentemente de provocação. Insistimos, todavia, que, em prevalecendo a posição majoritária na doutrina, a liberdade provisória deverá ser decretada sem que o juiz possa impor qualquer das medidas cautelares previstas no artigo 319, do CPP ou em outras leis. [7]

Frente ao exposto, concluímos que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva sem a manifestação expressa do delegado de polícia ou requerimento do Ministério Público não ofende o princípio da imparcialidade do juiz e nem o sistema acusatório, pois, conforme demonstrado, nessa hipótese o magistrado não estaria agindo de ofício, mas provocado pelo próprio auto de prisão em flagrante, que tem função de expor a prisão de uma pessoa e as suas circunstâncias ao Poder Judiciário, viabilizando, assim, a adoção de uma verdadeira medida cautelar. Com efeito, em tais situações não há que se falar em violação ao artigo 282, §2º, do

CPP e nem na sua incompatibilidade com o artigo 310, inciso II, do mesmo codex.

Referências

BORGES DE MENDONÇA, Andrey. *Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Lei 12.403 Comentada – Medidas Cautelares, Prisões Provisórias e Liberdade Provisória*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. vol. I, 2. ed. Niterói: Impetus, 2012.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. . São Paulo: Saraiva, 2017.

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> . Acesso: 17.07.2017.

MUCCIO, Hidejalma. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANNINI NETO, Francisco. *Inquérito Policial e Prisões Provisórias – Teoria e Prática de Polícia Judiciária*. São Paulo: Ideias e Letras, 2014.

SZNICK, Valdir. *Liberdade, Prisão Cautelar e Temporária*. 2. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1995.

[1] 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> . Acesso: 17.07.2017.

[2] 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.

[3] STJ, RHC 80740/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Dje 28.06.2017. No mesmo sentido: STJ, RHC 84109/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Dje 30.06.2017.

[4] MUCCIO, Hidejalma. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1192

[5] BORGES DE MENDONÇA, Andrey. op. cit., p.228.

[6] STJ, RHC 66/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Dje 29.02.2016.

[7] Nos artigos 22 e seguintes, da Lei Maria da Penha, por exemplo, encontramos outras medidas cautelares chamadas de protetivas de urgência. Já no artigo 294, do CTB, está prevista



a medida cautelar de suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou da proibição da sua obtenção.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2017-jul-21/sannini-neto-juiz-nao-age-oficio-converter-prisao-flagrante-preventiva/>