

Opinião: O juiz pode decretar prisão preventiva de ofício?

02/04/2020



A regra geral trazida pela Lei n. 13.964/19 (Pacote

anticrime) é a de que o Juiz não pode decretar prisão preventiva de ofício, seja durante o curso da investigação, seja durante o curso da ação penal, exigindo prévio requerimento do MP ou representação da autoridade policial, como preconiza o artigo 311 do CPP, quando dispõe que *“em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”*.

Essa é a posição que mais se coaduna com a sistemática trazida pelo Pacote anticrime, o qual pretendeu consagrar de vez o sistema acusatório, ao preconizar que o exercício do *jus puniendi* pelo Estado exige que as partes produzam as provas e o juiz julgue com base nas provas trazidas, não podendo cumular funções de investigar e julgar, como fazia na época da Inquisição. Caso não se convença de uma verdade que levará a uma certeza sobre a culpabilidade do réu, deverá absolvê-lo com base no *in dubio pro reo*.

A Lei 13.964/19, ao criar o Juiz das garantias, deixou claro que o magistrado deve exercer o papel de garantidor das liberdades e de protetor dos direitos fundamentais, não podendo, por isso, determinar prisão preventiva *ex officio*.

Ocorre que, a despeito de o sistema trazido pela Lei n. 13.964/19 preconizar essa impossibilidade de decretação de preventiva *ex officio* pelo juiz, a literalidade de alguns artigos deixa brechas que permitiriam a decretação de ofício da prisão preventiva pelo Juiz. Pois é. Alguns dispositivos legais da Lei Anticrime são mal redigidos e deixam margem a que o Juiz continue decretando prisão preventiva de *moto proprio*. Vejamos.

O artigo 310, *caput*, do CPP afirma que o juiz deverá realizar a audiência de custódia e ao final deverá tomar uma das três medidas, após manifestação obrigatória do MP: a) relaxar a prisão ilegal; ou b) 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; ou c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. A dúvida que se impõe é a seguinte: por ocasião da audiência de custódia, caso o MP, ao se manifestar, pugne pela liberdade provisória do preso, pode o juiz contrariar essa manifestação e converter a prisão em flagrante em prisão preventiva? Parece-nos que sim.

O primeiro argumento é o de que o legislador fala que o juiz “deverá” converter a prisão em flagrante em prisão preventiva sem condicionar a manifestação ministerial nesse sentido. Então, mesmo que o MP venha a pugnar pela liberdade, poderia o Juiz contrariar tal parecer e converter o flagrante em preventiva.

Sobre o tema, Leonardo Alves^[1] afirma:

"Problemática é a possibilidade de o juiz aplicar medida cautelar ou mesmo decretar a prisão preventiva por conversão da prisão em flagrante de ofício. É que os artigos 282, parágrafo 2º, e 311 do CPP, respectivamente, não autorizam a concessão destas medidas de ofício. No entanto, como noticia Marcos Paulo Dutra Santos, há quem sustente a possibilidade de concessão de ofício, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci e Marcellus Polastri Lima (SANTOS, 2011, p. 158), já que o art. 310 do CPP é imperativo ao preceituar que o magistrado “deverá”, tampouco condicionando o seu agir ao pronunciamento prévio do Ministério Público. Essa última posição é acolhida pelo STJ (HC 228913/MG)."

O segundo argumento a sustentar esse posicionamento é o fato de que o § 2º do artigo 310 afirma que o juiz deverá denegar a liberdade provisória se verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito. Deixando de lado a discussão a respeito da constitucionalidade deste dispositivo e fixando-se apenas na intenção do legislador com esta norma, temos que esse parágrafo está diretamente subordinado ao *caput*, ou seja, com o tema da audiência de custódia, de modo que ele autoriza o juiz, nessa audiência, a indeferir o pedido de liberdade feito por qualquer das partes, inclusive pelo MP. Ora, o que o juiz faz quando indefere o pedido de liberdade é converter o flagrante em preventiva, de modo que existe autorização legislativa para que o juiz contrarie a manifestação ministerial, o que, mudando as palavras, seria "decretar prisão de ofício".

Nessa linha de raciocínio, a audiência de custódia estaria situada em uma zona neutra, na qual seria permitido ao Juiz contrariar posicionamento ministerial e converter a prisão em flagrante em preventiva.

Para corroborar ainda mais a tese de que a lei autoriza a atuação de ofício do magistrado no tocante à prisão preventiva, há que se focar na literalidade do artigo 316 do CPP, com a nova redação dada pela Lei n. 13.964/19, que assevera: *"O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem"*.

Vê-se, claramente, que, na hipótese tratada no dispositivo legal alhures transcrito, o juiz poderá decretar a prisão preventiva, mesmo sem requerimento do MP ou representação da autoridade, atendidos três pressupostos: a) decretação inicial após ser instado a tanto (pelo MP ou delegado); b) revogação posterior por falta de motivo para mantê-la; e, c) o investigado/réu que estava solto dá motivos para que a preventiva seja de novo decretada. Preenchidos esses requisitos, o juiz, em nome da cláusula *rebus sic standibus*, poderia decretar de novo a prisão preventiva independente de pedido das partes.

Os tribunais já começam a enfrentar a matéria, proferindo decisões no sentido ora esposado, a exemplo do acórdão exarado em sede de *Habeas Corpus* (nº 2002378-94.2020.8.26.000), do TJSP, em março/2020, cujo relator foi Luis Augusto de Sampaio Arruda, que pontificou:

Cumpre salientar que não se olvida que o § 5º do artigo 282 do Código de Processo Penal dispõe que “o juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. Todavia, in casu, o Juízo a quo não voltou a decretar a prisão preventiva e sim a decretou após revogar a prisão temporária em razão do decurso do tempo e por entender que a prisão temporária não se fazia mais necessária [...]

Da leitura do trecho do acórdão, conclui-se que a prisão seria legal se o Juízo tivesse voltado a decretar a preventiva, o que não ocorreu no caso porque não havia prisão preventiva anterior, mas prisão temporária.

A nosso ver, sustentamos que, em regra, como estabelecido pelo Pacote Anticrime, o Juiz não pode decretar prisão preventiva de ofício, o que, no entanto, se revela possível nas seguintes situações excepcionais:

I) por ocasião da audiência de custódia, ao analisar a prisão em flagrante, podendo convertê-la em preventiva, mesmo que o MP se manifeste pela liberdade provisória;

II) quando analisar prisão em flagrante, nos casos em que restar impossível a realização de audiência de custódia por motivo idôneo, a exemplo da situação em que o agente tenha sofrido lesão que o deixou internado em hospital sofrida no momento da prisão em flagrante, desde que haja manifestação prévia do MP, mesmo que este pugne pela liberdade;

III) durante o curso da investigação ou do processo quando houver o preenchimento das seguintes condições: a) decretação inicial após pedido do MP ou representação da autoridade policial; b) revogação posterior por falta de motivo para mantê-la; e, c) surgimento de motivos que tornam necessária a decretação da preventiva.



A questão é polêmica e logo se esclarecerá quando a jurisprudência se consolidar a respeito do tema.

Não foi suficiente o Pacote Anticrime ter a pretensão de consolidar o sistema acusatório no país vedando, *a priori*, o decreto judicial de ofício da prisão preventiva. Com esse nobre objetivo, deveria a novel legislação se esmerar para promover uma reforma harmônica e coerente em todo o sistema, evitando a coexistência de dispositivos legais que, muitas vezes, são conflitantes. De nada adiantou ao legislador a vontade de tirar dos juízes a responsabilidade de decretar preventiva de ofício, se não escreveu isso na lei a contento.

[1] ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Sinopses para Concursos: Processo Penal - Parte Geral**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. v. 7, pg. 83-84.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-abr-02/opiniao-juiz-decretar-prisao-preventiva-oficio/>