

Opinião: O ponto final do STJ na prisão cautelar de ofício

26/04/2021

A reforma processual penal introduzida pela Lei Federal 13.964/19 trouxe mudanças significativas quanto à aplicação das medidas cautelares pessoais, em especial a vedação, de forma absoluta, da decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, nos termos dos artigos 282, §§2º e 4º, e 311, todos do Código de Processo Penal.



Nesse sentido, a decretação da medida cautelar pessoal

passou a depender de requerimento das partes; representação da autoridade policial, no curso das investigações; ou requerimento do Ministério Público.

Tal exigência está em consonância com as diretrizes básicas que regem o moderno processo penal democrático e seu sistema acusatório (artigo 3ª-A, do CPP), que exigem, de forma mais rígida, a equidistância por parte do juiz, que deve ter sua atuação limitada ao controle jurisdicional e à garantia dos direitos fundamentais.

A alteração legislativa foi cristalina em afirmar a impossibilidade de decretação de medidas cautelares pessoais *ex officio*. Contudo, com relação à possibilidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva, algumas vozes dissonantes defendem que a conversão não se confunde com a decretação, tendo em vista que a pessoa já estaria presa e, por isso, o juiz não estaria inovando na prisão de alguém, o que justificaria sua atuação de ofício.

O fundamento desse posicionamento é calcado no artigo 310, do Código de Processo Penal, após receber o auto de prisão em flagrante, na audiência de custódia, o juiz deverá: relaxar a prisão, quando for ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos do artigo 312, do CPP, e se revelarem inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Entretanto, não nos parece existir diferença substancial entre a decretação da prisão preventiva e a conversão da prisão em flagrante em preventiva, afinal, o resultado é o mesmo

em ambos os casos: a privação da liberdade do indivíduo de maneira cautelar.

Não há razão técnica para que uma mera diferenciação terminológica seja interpretada em desfavor do investigado, motivo pelo qual tanto na decretação da prisão preventiva quanto na conversão do flagrante em preventiva o juiz deve ser provocado.

Ao ver a questão apreciada nos tribunais superiores, a corrente utilitarista de John Stuart Mill foi utilizada, ainda que tacitamente, como argumento central em julgamento prolatado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça para justificar a possibilidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva, de ofício, pelo magistrado [1]. No voto vencedor, o ministro Rogério Schietti pontuou que, na prática, é possível que a audiência de custódia não seja realizada, ou que o membro do Ministério Público, por algum motivo, não compareça, o que possibilitaria ao juiz decidir de ofício e, posteriormente, encaminhar os autos ao membro do *Parquet*.

Importante destacar que o entendimento da 6ª Turma, pautado em uma visão pragmática, não foi acompanhado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que considerando a intenção do legislador em busca da efetivação do sistema penal acusatório, ressaltou a necessidade de provocação do juiz para que este aplique qualquer medida cautelar, o que inclui os casos de conversão da prisão em flagrante em preventiva [2].

Diante da divergência de entendimento entre as duas turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de pacificar o entendimento sobre o tema que se tornara recorrente no Poder Judiciário, o RHC nº 131263 foi afetado à 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, que seguindo o entendimento da 5ª Turma, decidiu acertadamente que a redação dada pela Lei Federal nº 13.964/19 ao artigo 282, §2º, do Código de Processo Penal, exige a provocação do Ministério Público, da autoridade policial, do assistente ou do querelante para que haja a conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Como bem pontuado pelo ministro relator Sebastião Reis, a prisão preventiva não é uma consequência natural da prisão em flagrante, de modo que o pedido deve ser feito independentemente da realização da audiência de custódia ou da participação do membro do Ministério Público em audiência, sendo obrigação do Ministério Público e da polícia judiciária se estruturarem para atender os novos deveres que lhes foram impostos [3].

Da mesma forma já havia se posicionado a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que em decisão impecável da lavra do ministro Celso de Mello, conferiu ao artigo 310, II, do Código de Processo Penal interpretação à luz dos artigos 282, §2º e 4º, e 311, do mesmo diploma legal, ressaltando a necessidade de anterior e formal provocação para a conversão da prisão em flagrante em preventiva [4].

No caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal não houve a realização da audiência de custódia, motivo pelo qual as ilegalidades do caso estão consubstanciadas tanto na impossibilidade da decretação/conversão *ex officio* da prisão preventiva, como na ausência da audiência de custódia, em violação a um direito público subjetivo do cidadão, assegurado por convenções internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu [5].

Ademais, ficou consignada a inadmissibilidade de presunção implícita do pedido de conversão do flagrante em prisão preventiva com base no auto de prisão em flagrante, independentemente da gravidade em abstrato do crime envolvido, tendo em vista que referido documento possui natureza meramente descritiva.

A presunção descabida de que o auto de prisão em flagrante traria, de forma implícita, o desejo da autoridade policial em ver o autuado preso constitui verdadeira anomalia jurídica, se assemelhando à dialética erística de Schopenhauer. Ora, as regras do jogo são claras e devem ser cumpridas. Se o delegado entende, nos limites impostos pelo artigo 312, do CPP, que a prisão preventiva é necessária, deve representar formalmente nesse sentido.

Por outro ângulo, analisando os julgados é possível traçar um paralelo com as hipóteses de silêncio eloquente ou lacuna de formulação, para aqueles que ainda acreditam existir diferença substancial entre as situações de decretação e conversão.

Com efeito, o artigo 310, II, do CPP, ao atribuir ao magistrado a possibilidade de converter a prisão em flagrante em preventiva, de fato, não dispõe expressamente sobre a necessidade de provocação do juiz, o que não foi alterado pela Lei Federal 13.964/19. Entretanto, esse fato deve ser analisado sob a ótica da lacuna de formulação, tendo em vista que ocorreu apenas um lapso do legislador em não incluir a exigência de requerimento prévio das partes, que é suprido pelo que determina o artigo 282, §2º, do CPP.

Dessa forma, não há que se falar em silêncio eloquente, caso em que o legislador teria optado — de forma intencional — em não incluir no comando legal do artigo 310, II, do CPP a exigência de prévia provocação do juiz. Dentro desse contexto, caracterizada a hipótese de lacuna de formulação, o dispositivo deve ser interpretado, de forma integrada, à luz dos parâmetros do artigo 282, §2º, do CPP, que passou a exigir, de forma cabal, a prévia provocação do magistrado para a atuação em tema de privação cautelar da liberdade.

Dentro do contexto apresentado, resta preservado o sistema penal acusatório pelo recente posicionamento da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça a respeito da ilicitude da atuação *ex officio* do magistrado em matéria envolvendo a decretação de medidas cautelares pessoais, notadamente, para a conversão da prisão em flagrante em preventiva, sendo imprescindível o requerimento do querelante, do Ministério Público ou a representação da autoridade policial.

[1] STJ. HC 583.995/ MG. Relator para acórdão: ministro Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. J. 15.09.20.

[2] STJ. HC 590039/GO. Relator: ministro Ribeiro Dantas. Quinta Tutma. J. 20.10.2020.

[3] STJ. RHC n.º 131263. Terceira Seção. Relator: ministro Sebastião Reis Júnior. J. 24.02.21.



[4] STF. HC 188.888. 2ª Turma. Relator: ministro Cezar de Mello. J. 06.10.20.

[5] Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 7, n. 5, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Artigo 9, n. 3.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-abr-26/opinioao-ponto-final-stj-prisao-cautelar-oficio/>