



RÃ´mulo Moreira: Juiz nÃ£o pode converter flagrante em preventiva

A Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça divulgou, no último dia 10 de julho, quatro [novos temas](#) na mais recente edição do projeto Pesquisa Pronta.

Em um deles, afirma-se que a decisão do juiz que converte a prisão em flagrante em prisão preventiva dispensa o prévio requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial.

Vejamos, então, o absurdo da tese.

O artigo 282, parágrafo segundo, do Código de Processo Penal, dispõe, rigorosamente, em sentido contrário, ao afirmar "que 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.*"

Seria preciso uma redação mais clara?

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.

É absolutamente desaconselhável permitir-se ao juiz a possibilidade de, *ex officio*, ainda que em juízo, decidir acerca de uma medida cautelar de natureza criminal (restritiva de direitos, privativa de liberdade etc.). Admitir-se o contrário é sucumbir aos velhos paradigmas do sistema inquisitivo.

Portanto, essa posição do Superior Tribunal de Justiça demonstra um total desconhecimento e um perverso distanciamento dos postulados do sistema acusatório, que não se coadunam com a determinação pessoal, direta e de ofício de nenhuma medida cautelares.

Com efeito, "este sistema vai se impondo na maior parte dos sistemas processuais. Na prática, demonstrou ser muito mais eficaz, tanto para o aprofundamento nas investigações como para preservar as garantias processuais", como bem acentua Alberto Binder (*Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*, Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000, p. 43, em tradução nossa).

Nele estão perfeitamente definidas as funções de acusar, de defender e a de julgar, sendo vedado ao juiz proceder como órgão persecutório (e, sobretudo, na gestão da prova), decretando aqui e acolá prisão preventiva, já que está proibido “ao órgão julgador realizar as funções da parte acusadora” (Gimeno Sendra, *Derecho Procesal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1987, p. 64, em tradução nossa).

Um dos argumentos mais utilizados para contrariar a afirmação anterior é a decantada busca da verdade real, verdadeiro dogma do processo penal medievo e "católico". Ocorre que a "verdade" a ser buscada é aquela processualmente possível, dentro dos limites impostos pelo sistema e pelo ordenamento jurídico. Não se pode, por conta de uma busca de algo inatingível (a verdade...) permitir que o juiz saia de sua posição "supra partes" (ou para além dos interesses das partes – como bem prefere o mestre Jacinto Coutinho), a fim de (ele próprio e de ofício – como se de um deus tratasse-se – já que onisciente e onipotente), avaliar necessária, adequada e proporcional (em sentido estrito) a prisão preventiva.

A propósito, sobre a tal verdade material, ensina Ferrajoli, ser aquela “carente de limites e de regras legais, alcançável a partir de qualquer meio e sem observar rígidas regras procedimentais. É evidente que esta pretendida ‘verdade substancial’, a ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera para um juízo de valor, amplamente dissociado do fato, assim como que o conhecimento ético sobre o que se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do proceso penal”.

Para ele, contrariamente, a verdade formal ou processual é alcançada “mediante o respeito a regras precisas e relativas, tão somente, aos fatos e circunstâncias indicados como penalmente relevantes. Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. É, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, mas mais reduzida quanto ao conteúdo informativo de qualquer hipotética ‘verdade substancial’”.

Vê-se, portanto, que se permitiu um desaconselhável “agir de ofício” pelo juiz. Não é possível adotar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, agora sufragado, em um sistema jurídico de modelo acusatório, pois, como já afirmado acima, lembra o sistema inquisitivo caracterizado por “uma confiança tendencialmente ilimitada na bondade do poder e na sua capacidade de alcançar a verdade”, ou seja, este sistema “confia não apenas na verdade, como também confia a tutela do inocente às presumidas virtudes do poder que julga” (Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, páginas 44, 45 e 604, tradução nossa).

Há, efetivamente, uma mácula séria aos postulados do sistema acusatório. Com inteira razão Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “a questão é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um sistema acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do Codice Rocco de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da *persecutio criminis*, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório. (...) Lá, como é do conhecimento geral, ninguém duvida que o advogado de Mussolini, Vincenzo Manzini, *camicia nera* desde sempre, foi quem escreveu o projeto do Codice com a cara do regime. (*O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro*, Boletim do Instituto Brasileiro



de Ciências Criminais, . 175, junho/2007, p. 11).

De toda maneira, não há surpresas no front jurídico brasileiro. Seria estranho o contrário, ou seja, o Superior Tribunal de Justiça entender que o juiz não poderia converter de ofício a prisão em flagrante em prisão preventiva. Mas, então, já seria exigirmos muito!