

Juiz não pode converter flagrante em preventiva de ofício



Realizado o auto de prisão em flagrante pela autoridade

policial, deverá o detido e os respectivos autos serem enviados ao juízo competente para realização da audiência de custódia, onde, além do disposto na Resolução 213/2015 do CNJ, deverá o juiz proceder nos termos do art. 310 do CPP^[1]:

1º Momento: analisar o aspecto formal do auto de prisão em flagrante, bem como a legalidade ou ilegalidade do próprio flagrante, através da análise dos requisitos do art. 302 do CPP. Se legal, homologa; se ilegal (nos casos de flagrante forjado, provocado etc.), deverá relaxá-la.

2º Momento: homologando a prisão em flagrante, deverá, sempre, enfrentar a necessidade ou não da prisão preventiva (se houver pedido), a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança e a eventual imposição de medida cautelar diversa.

No primeiro momento, o que faz o juiz é avaliar a situação de flagrância, se realmente ocorreu alguma das situações dos arts. 302 ou 303, e ainda, se todo o procedimento para elaboração do auto de prisão em flagrante foi devidamente desenvolvido, especialmente no que tange à comunicação imediata da prisão ao juiz, a entrega da nota de culpa ao preso e a remessa ao juízo no prazo de 24 horas. É, em última análise, a fiscalização da efetivação do disposto no art. 306.

Superada a análise formal, vem o ponto mais importante: a concessão da liberdade provisória (com ou sem a aplicação das medidas cautelares diversas) e, em último caso, a decretação da prisão preventiva.

A “conversão” da prisão em flagrante em preventiva não é automática e tampouco despida de fundamentação. E mais, a fundamentação deverá apontar – além do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* – os motivos pelos quais o juiz entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas do art. 319, cuja aplicação poderá ser isolada ou cumulativa.

Mas o ponto mais importante é: não pode haver conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva (ou mesmo em prisão temporária). É imprescindível que exista a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público. A “conversão” do flagrante em preventiva equivale à

decretação da prisão preventiva. Portanto, à luz das regras constitucionais do sistema acusatório (ne procedat iudex ex officio) e da imposição de imparcialidade do juiz (juiz ator = parcial), não lhe incumbe “prender de ofício”. Ademais, o próprio art. 311 do CPP é expresso:

"Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, *se no curso da ação penal*, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial".

Portanto, somente caberá prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal (*rectius* "processo"). A opção do legislador é clara e não deixa espaço para prisão de ofício na fase pré-processual. A despeito de continuarmos a entender que descabe qualquer prisão de ofício (não importa se na fase pré-processual ou durante o processo), chama a atenção como se desconsidera a expressa disposição legal, em face da reiteração das práticas anteriores à reforma do CPP, justamente porque se dá de ombros à mudança normativa da expectativa de comportamento.

Em resumo, ainda que não se compreenda suficientemente o alcance da garantia da imparcialidade e da estrutura acusatória-constitucional, é certo que por força do art. 311 do CPP o juiz não pode "converter" o flagrante em prisão preventiva de ofício, pois isso é, no fundo, o mesmo que 'decretar' de ofício, expressamente vedado. Você pode nos indagar que os juízes do Brasil continuam prendendo, convertendo flagrantes sem que haja requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público. De fato, a mentalidade inquisitória, tão bem trabalhada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (semana próxima há evento em Curitiba discutindo a temática — [aqui](#)), ainda prevalece no imaginário da magistratura.

Entretanto, em pesquisa organizada por Flaviane Magalhães Barros e Leonardo Marinho (PUC/MG), começa-se a perceber a guinada democrática de parcela da magistratura, consoante se verifica da ementa do julgado Habeas Corpus Criminal No 1.0000.19.109874-8/000, relator Des. Flávio Batista Leite:

"HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS, CORRUPÇÃO ATIVA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA DE OFÍCIO NO CURSO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – VIOLAÇÃO AO ART. 311 DO CPP – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – NECESSIDADE DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. De acordo com os artigos 282, § 2º, e 311 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei 12.403/2011, é defeso ao juiz decretar, de ofício, a prisão preventiva no curso da investigação policial. Se a prisão em flagrante foi convertida em preventiva na fase inquisitiva, sem requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, ela deve ser imediatamente revogada. V.V. Atendido ao menos um dos pressupostos do art. 312 do CPP, qual seja a garantia da ordem pública, bem como um dos requisitos instrumentais do art. 313 do CPP, deve ser a prisão preventiva mantida, não havendo que se falar em sua revogação, ou mesmo em substituição pelas medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP, pelo fato de estas se revelarem absolutamente insuficientes. A presença de condições subjetivas favoráveis ao paciente não obsta a segregação cautelar quanto presentes os fundamentos para justificar sua manutenção. Precedentes do STF e STJ".

Assim é que, salvo quando houver declaração expressa da inconstitucionalidade do art. 311, do CPP, pela decisão que decretar de ofício a prisão preventiva, estaremos diante de franca violação normativa. Pode-se prender democraticamente respeitando-se os lugares específicos e as formas. Sem declarar formalmente inconstitucional o art. 311, do CPP, toda decisão que prende de ofício é ilegal. Mas a verdade é: o art. 311 é integralmente constitucional e fundamental para efetivação do sistema acusatório e, assim, criar as condições de possibilidade de um juiz imparcial. Afinal, cada um no seu quadrado, faz parte das regras do jogo. Talvez até a mais importante de todas as regras.

[1] LOPES Jr. Aury. *Direito Processual Penal*. 16ª edição. São Paulo, Ed. Saraiva, 2019, p. 618 e ss.. Consulte-se ainda: MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 5ª Edição. EMais Editora & Livraria Jurídica, 2019.

Date Created

11/10/2019