Thiago Gandra: Prisão cautelar de ofício após pacote ‘anticrime’

Por ocasião do julgamento, no último dia 5, do recurso em Habeas Corpus nº 120.281/RO, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reafirmou o entendimento de que, ainda que sem provocação da autoridade policial ou do Ministério Público, pode o juiz converter a prisão em flagrante em prisão

go de Processo Penal. Vale colacionar a ementa do julgado:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. LEGALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O Juiz, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá, quando presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, converter a prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento ao disposto no artigo 310, II, do mesmo Código, não havendo falar em nulidade. 2. Nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. 3. Hipótese em que a custódia cautelar está suficientemente fundamentada na garantia da ordem pública, haja vista a gravidade concreta da conduta delitiva, pois o recorrente é apontado como um dos destinatários dos entorpecentes apreendidos com a corré (1.890 gramas de maconha e 607 de crack). Segundo consta, os agentes estariam associados para a prática do tráfico, sendo a corré responsável por adquirir substâncias entorpecentes em município vizinho e abastecer pontos de venda de drogas locais, nos quais o recorrente realizava a venda de entorpecentes no varejo. 4. Recurso não provido" (RHC 120.281/RO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 15/05/2020).

Contudo, analisando a reforma introduzida pelo Pacote Anticrime, forçoso reconhecer a implementação do modelo efetivamente acusatório que deságua na inviabilidade de atuação de ofício do juiz, salvo quando na proteção dos direitos e garantias fundamentais do ser humano.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Assim se extrai do novo artigo 3º-B, que atribui ao juiz das garantias a responsabilidade pelo *"controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário"*. Obviamente, esse deve ser o norte de interpretação do novo processo penal.

Por isso, a interpretação dos artigos 282, §5º, e 316 do Código de Processo Penal passa necessariamente por uma interpretação sistemática de modo a tornar harmonioso o sistema processual penal pátrio que, em termos de decretação de medidas cautelares, inclusive da prisão cautelar, parece ter se posicionado pela impossibilidade de atuação de ofício do juiz.

Com efeito, o parágrafo segundo do artigo 282 do Código de Processo Penal, inserido pela reforma, disciplina:

"§2º — As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz ***a requerimento das partes*** *ou, quando no curso da investigação criminal,* ***por representação da autoridade policial ou mediante requerimento*** *do Ministério Público"*. (grifos do autor)

A simples leitura do dispositivo deixa claro que o juiz está impossibilitado de atuar de ofício na decretação de medidas cautelares. A leitura da antiga redação do referido parágrafo 2º revela a intenção inequívoca do legislador que apenas extirpou da anterior disposição a expressão *"de ofício"*. Onde se lia: *"as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz,* ***de ofício*** *ou a requerimento das partes"*, agora se lê: *"as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes"*. A *mens legis* é evidente.

Mais do que isso, o parágrafo 4º do mesmo artigo 282 do Código de Processo Penal, também inserido pela reforma é expresso no sentido de que o descumprimento das obrigações impostas por ocasião da decretação de medida cautelar diversa da prisão poderá ensejar o reforço da medida com a imposição de outras em cumulação ou, ainda, a decretação da prisão preventiva, mas, sempre, a requerimento do Ministério Público, do assistente de acusação ou do querelante, jamais de ofício. Vale colacionar, com grifo nosso:

"§4º — No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, ***mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá*** *substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do artigo 312 deste Código"*.

Então, nos parece suficientemente claro que o juiz deve ser provocado pelo Ministério Público, pelo assistente de acusação, pelo querelante ou pela autoridade policial para que possa decretar uma medida cautelar diversa da prisão e para que possa decretar a prisão preventiva.

Assim devem ser interpretados os artigos 282, §5º, e 316 do CPP, abaixo citados:

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

"§5º — 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.

Artigo 316 — 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".

Note-se que, na primeira parte de cada um dos dispositivos, admite-se a atuação do juiz de ofício no sentido de proferir uma decisão que é benéfica ao acusado, seja no artigo 282, §5º, revogando a medida cautelar ou a substituindo quando verificar a falta de motivo para que subsista; seja no artigo 316, revogando a prisão preventiva se verificar a falta de motivo para que ela subsista.

Obviamente, ciente de que as medidas cautelares e a prisão cautelar mitigam direitos e garantias fundamentais, e sendo o juiz das garantias o guardião na proteção de tais direitos e garantias, não só pode, como deve agir de ofício.

O controle da legalidade é realizado de maneira difusa, tanto durante a produção de cada ato de investigação quanto no momento da análise da denúncia, devendo o juiz estar atento à escorreita condução das investigações. Por sua vez, a proteção dos direitos individuais é exercida nos limites da competência constitucional e legal, ou seja, nos casos dos incisos do artigo 3º-B, clausulados pela reserva de jurisdição.

No entanto, quanto à parte final de cada uma das disposições em análise, são incompatíveis com a atuação oficiosa do juiz.

O artigo 282, §5º, do CPP, ao admitir que o juiz volte a decretar a medida cautelar diversa da prisão se sobrevierem razões que a justifiquem deve ser interpretado em conjunto com os parágrafos 2º e 4º do mesmo artigo 282 do CPP, exigindo-se, pois, a provocação do juiz para o fim de restabelecer alguma medida cautelar, anteriormente revogada ou abrandada.

Por sua vez, o artigo 316 do CPP, que possibilita ao juiz novamente decretar a prisão preventiva se sobrevierem motivos para tanto, deve ser interpretado também em alinhamento com as disposições dos parágrafos 2º e 4º do artigo 282 do CPP e, também, com o disposto no artigo 311 do CPP, que permite em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a decretação da prisão preventiva, desde que *"a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial"*, inadmitindo, portanto, a decretação de prisão preventiva de ofício.

Todavia, assim como entendeu o Superior Tribunal de Justiça, a única hipótese em que verdadeiramente poderá o juiz atuar de ofício na decretação de medidas cautelares e da prisão preventiva está no disposto no artigo 310 do CPP, que estabelece as providências do juiz ao receber o auto de prisão em flagrante delito.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Isso porque referido dispositivo, em síntese, estabelece que ao receber o auto de prisão em flagrante o juiz deverá relaxar a prisão ilegal, decretar a prisão preventiva se presentes os requisitos do artigo 312 do CPP ou conceder a liberdade provisória com ou sem fiança.

Considerando que o acusado já está preso por força do flagrante, a análise do juiz passa necessariamente pelo juízo de legalidade da prisão e pela viabilidade da liberdade provisória, o que, em última análise, significa verificar, de ofício, a colocação do acusado em situação melhor do que a que se encontra. Isto é, fazer um juízo sobre a possibilidade de colocá-lo em liberdade com a decretação de medidas cautelares em substituição da prisão (artigo 319, CPP), o que, é claro, pode ser feito de ofício.

Por outro lado, presentes os requisitos que justificam a segregação cautelar, o juiz converterá o flagrante em preventiva, apenas mantendo o acusado com a liberdade cerceada. Portanto, não impõe de ofício a restrição de um direito ou garantia fundamental, mas somente consolida a situação de flagrância preexistente e a necessidade de segregação cautelar, recordando-se que poderá rever essa decisão a qualquer tempo, inclusive de ofício.

Nesse sentido, colha-se o disposto no novo parágrafo único do artigo 316 do CPP, inserido pela reforma, que obriga o órgão que ordenou a prisão a revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 dias:

"Parágrafo único — Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal".

Ademais, é forçoso reconhecer que a autoridade policial, ao ratificar a prisão em flagrante, evidentemente deseja que sua decisão seja amparada no âmbito do Judiciário, com a manutenção da prisão. Se o delegado se vê diante de uma prisão em flagrante que não se sustente nos elementos dos autos não poderá ratificá-la. Portanto, ainda que implicitamente, não há como não reconhecer o desejo da autoridade policial pela conversão da prisão em flagrante em preventiva no instante em que ratifica a prisão e encaminha o preso à disposição da Justiça. Talvez seja o caso de uma representação implícita pela conversão. Claro que, diante das divergências que poderão surgir, desejando o delegado de polícia que o flagrante se converta em preventiva, deverá manifestar expressamente em representação pela conversão dirigida ao juiz que apreciará a prisão em flagrante.

No entanto, ainda que assim não faça, temos que reconhecer que permanece hígida uma única hipótese de atuação de ofício do juiz na decretação da prisão cautelar, qual seja, na conversão da prisão em flagrante em preventiva e, por isso, agiu bem a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em reafirmar sua jurisprudência, na vigência da Lei 13.964/2019.

Date Created
08/06/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.