

Felipe de Oliveira: A conversão ex officio da prisão em flagrante

No dia 6 de outubro, no julgamento do HC 188.888/MG, a 2ª Turma do STF, além de deixar claro, já que o texto legal nunca parece suficiente [1], que é direito do preso em flagrante ser submetido à audiência de custódia, definiu que a autoridade judiciária não pode converter o flagrante em prisão preventiva sem provocação. Ou seja, para tal conversão o juiz ou juíza necessita ser provocado pela defesa, ou pelo Ministério Público, mediante requerimento.



A importante decisão consolida no processo criminal

brasileiro o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, princípio nascido no Direito romano e que, transposto a um modelo democrático, consagra e fortalece a independência e imparcialidade da magistratura. É uma mudança paradigmática.

No período republicano, até 1937, cabia aos Estados brasileiros organizarem as suas regras de direito penal adjetivo. Assim, o Código de Processo Penal de 1941 foi primeiro diploma legal a regular o processo penal brasileiro pós-império. Como exposto pelo então ministro Francisco Campos na exposição de motivos, as motivações e o modelo mental que pautou a elaboração do CPP eram estranhos a um modelo democrático: "*De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social*".

Como se vê, o discurso do ministro Campos é o mesmo que os defensores de um modelo mais repressivo ainda hoje propalam. Ou seja, as atuais justificativas repressivas são as mesmas de 1940 e, de lá para cá, a violência e criminalidade apenas aumentaram, o que, por si só, já indica o equívoco do modelo.



Contudo, nem mesmo o ministro Francisco Campos se atrevia a afirmar que o *ne procedat iudex ex officio* seria inaplicável no modelo processual penal brasileiro. Aliás, a mesma exposição de motivos traz a seguinte afirmação: "*O projeto atende ao princípio ne procedat iudex ex officio, que, ditado pela evolução do direito judiciário penal e já consagrado pelo novo Código Penal, reclama a completa separação entre o juiz e o órgão da acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal. O procedimento ex officio só é mantido em relação às contravenções, que, dado o caráter essencialmente preventivo que assume, na espécie, a sanção penal, devem ser sujeitas a um processo particularmente célere, sob pena de frustrar-se a finalidade legal. A necessidade de se abolirem, nesse caso, as delongas processuais motivou mesmo a transferência, respeitada pelo projeto de se permitir à autoridade policial, para o efeito de tal processo, excepcional função judiciária*".

Ao mesmo tempo em que afirmava a necessidade de respeito ao princípio, o braço-direito do presidente Vargas oferecia um código no qual a autoridade judiciária poderia, *ex officio*, dar início à ação penal, determinar a instauração de inquéritos policiais, decretar prisões preventivas, produzir provas e condenar o acusado mesmo em caso de pedido absolutório do Ministério Público.

Enfim. A partir da ideologia do código, construiu-se a ideia, apesar do imperativo racional da imparcialidade, de que magistrados e magistradas poderiam/deveriam assumir o protagonismo no processo penal não apenas na tomada de decisões frente aos pedidos das partes, mas, principalmente, como agentes na busca da imposição do poder punitivo estatal.

Haveria imparcialidade num processo em que o próprio juiz determinasse a sua instauração? Atuaría com imparcialidade uma juíza que, de ofício, determinasse a prisão de alguém e, passados oito, nove, dez, 11 meses, decidiria se essa pessoa deveria ser condenada? Poderia se falar que houve imparcialidade em um processo no qual a autoridade judiciária condenasse alguém a despeito do pedido absolutório? Esse réu já não estaria condenado no curso do processo ou, eventualmente, antes dele? Era claro que o CPP de 1941 não primava pela imparcialidade — pressuposto civilizatório básico na busca de uma decisão minimamente justa.

A Constituição de 1988 conseguiu desatar alguns desses nós e sinalizar que o sistema processual penal brasileiro deveria é, ou deveria ser, acusatório. Porém, a atuação da maioria dos magistrados e magistradas seguiu no modelo mental de 1941. E, assim, em que pese, felizmente, termos hoje um Ministério Público extremamente forte, com procuradores e promotoras repletos de garantias institucionais e profissionais, e merecidamente muito bem pagos pelo dinheiro dos contribuintes, os magistrados do século XXI, tal qual os de 1941, seguiam a segurar pela mão o titular da ação penal pública, auxiliando-o como se inapto ou débil.

Diante de uma prisão em flagrante, apesar da ausência de postulação do titular da ação penal, decidiam por encarcerar, preventivamente, o preso; diante da ausência do Ministério Público em audiência, faziam (e alguns ainda fazem) perguntas às testemunhas e ao acusado, como se promotores de Justiça o fossem; diante de um processo em que o Ministério Público não produziu provas suficientes para a condenação, determinavam (e ainda determinam) a inquirição de outras testemunhas ou a realização de provas, como, até mesmo, a surreal juntada de documentos, para superar a dúvida que, se presente, imporá a absolvição.



O *ne procedat iudex ex officio*, ao mesmo tempo em que é uma característica do sistema acusatório [2], e, assim, consolida um sistema processual fundado na imparcialidade e na democracia, fortalece o princípio republicano e reconhece a maioria e autonomia do Ministério Público.

O Ministério Público não precisa de tutor, mais que isso, não pode ter, no Judiciário, um tutor. A omissão do promotor de Justiça ou da procuradora da República podem se constituir em ato sujeito a atuação das respectivas corregedorias e cumpre a eles e à instituição assumir a responsabilidade pelo não agir.

Tal qual a pessoa física que, ao 18 anos, em que pese ainda um pouco distante da maturidade cerebral, deve assumir a responsabilidade por suas ações e omissões na vida civil, aos 32 anos, depois que a Constituição consolidou de forma necessária o Ministério Público como imprescindível à democracia, já é hora de assumir as suas responsabilidades pelo não agir.

Ainda não acredito que a decisão do Supremo trará como consequência a necessária conscientização dessa maioria e, assim, venha a se estender a todas as situações em que juízes e juízas costumam suprir as omissões do *Parquet*, prova disso, resguardadas todas as peculiaridades do caso concreto, é o recente entendimento, por 9x1, do STF em relação ao parágrafo único do artigo 316 do CPP.

Contudo, no mínimo, o posicionamento adotado no HC 188.888/MG nos aproxima da compreensão de que em uma República democrática as instituições devem possuir papéis definidos, claros, e seus agentes precisam agir em conformidade e preocupados com a observância de tais limites.

[1] STRECK, Lênio. <https://www.conjur.com.br/2020-out-12/lenio-streck-revisar-prisao-cada-90-dias>.

[2] UBERTIS, Giulio. *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino 2007, pp. 15-16.

Date Created

02/11/2020