

Opinião: Preventiva após pedido de absolvição é ranço inquisitório



O sistema acusatório irradia inúmeros efeitos no processo penal. Dentre

esses efeitos, põe-se em foco, para fins do presente artigo, o debate acerca da vedação de decretação ou manutenção de prisão cautelar pelo magistrado após pedido do Ministério Público pela absolvição, em sede de alegações finais, no procedimento comum ou nos procedimentos especiais, ou impronúncia/absolvição sumária, no procedimento do Tribunal do Júri.

A questão acima pontuada dispensaria qualquer debate após a proibição expressa, implementada pelo pacote "anticrime", de que o magistrado decrete de ofício prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar diversa da prisão (arts. 282, §2º, 311 e 316, todos do CPP). Todavia, a práxis penal aponta para vários movimentos contrarreformistas, uma verdadeira "sabotagem inquisitorial"¹, e, diante de um estranho silêncio da doutrina sobre este ponto, urge dizer o óbvio. Trata-se daquilo que Bernd Rüthers chama de "revolução secreta feita pelos juízes" (*Die heimliche Revolution*) contra o Estado de Direito.

Um dos problemas de reformas pontuais como o pacote "anticrime", no lugar da confecção de um novo CPP, é que oportuniza mentes inquisitórias a insistirem na aplicação de artigos que, embora não tenham sido expressamente revogados ou alterados, não foram recepcionados pela Constituição Cidadã, ou, para os mais céticos, foram revogados implicitamente pelas reformas processuais penais operadas principalmente a partir de 2011. A escolha pelo ementismo e sumularismo, como se isso fosse, de fato, uma "doutrina de precedentes".

O presente texto faz parte do necessário constrangimento epistemológico, missão da doutrina de superar a condição de repetição de ementas, enunciados e súmulas — "caudatária e meramente reprodutora das decisões de tribunais", não como forma de tutelar, censurar ou estabelecer verdades, mas para impedir más decisões, "compreendidas como fruto de uma racionalidade ideológica subjetivista/discricionária"².

A Constituição do Brasil adotou o sistema acusatório, e, por consequência, trouxe previsão clara e precisa de existência de órgãos específicos incumbidos da função investigativa (art. 144, § 1º, I e § 4º, CRFB), da função de acusação (art. 129, I, CRFB), bem como de instituições responsáveis pela defesa (arts. 133 e 134, CRFB), relegando ao magistrado a função de julgar de forma imparcial, o que se afere



mais precisamente das garantias do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), do princípio do juiz natural (art. 5º, LIII) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII). Sobre isso leia [aqui](#).

Podemos afirmar, contudo, que a pedra angular do sistema acusatório é a imparcialidade judicial, que implica a figura de um juiz que deve agir em posição equidistante das partes. "*O Estado-Juiz deve se conter (e ser contido!) e agir provocado pelas partes, e não as substituir*³". O juiz que assume papel de protagonista, e age com iniciativa acusatória ou probatória, perde o que tem de mais sagrado: sua imparcialidade.

Embora questionável em muitos pontos, a Lei nº 13.964/19 tem a virtude de buscar a consolidação normativa expressa da opção do Constituinte, ao estabelecer expressamente no art. 3º-A do CPP⁴ que o processo penal brasileiro é parametrizado pelo sistema acusatório e, fez ainda importantes alterações para consolidar essa opção acusatória..

Aliás, nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem sido receptivo aos reclamos da doutrina de observar o sistema acusatório como imanente à Constituição de 1988, criticando a escolha arbitrária e casuística do que deve ser uma mera replicabilidade (*replicability*) da decisão pretérita e o que deve ser profundamente refletido como coerente, estável e íntegro do *stare decisis* (art. 926 do CPC)⁵.

Tome-se como exemplo a decisão tomada no HC 188.888, relatoria do ministro Celso de Melo, cujo diálogo intenso com a doutrina revela a busca de distanciamento do solipsismo e o estreitamento à "censura significativa", desaguando na compreensão, entre outros pontos, da impossibilidade de conversão e decretação de prisão preventiva sem o expresse requerimento do Ministério Público, numa verdadeira viragem interpretativa.

Situação análoga ocorre no caso de as alegações finais ministeriais apontarem para pedido de absolvição, no procedimento comum e nos especiais, ou para a impronúncia ou absolvição sumária do acusado, no procedimento do Tribunal do Júri, ao final do *judicium accusationis*: há relevante debate jurídico acerca da vinculação ou não do magistrado ao pedido do *Parquet* — assunto esse que deveria ser objeto de intensa reflexão da comunidade jurídica — , mas dúvida não pode haver de que não mais pode subsistir ou ser decretada uma prisão preventiva.

Ao juiz é vedado manter eventual prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar outrora decretada em desfavor do acusado na hipótese de pronunciamento contrário do Ministério Público, seja expressamente tratando da segregação cautelar, como o requerimento de relaxamento de prisão ou de revogação da preventiva ou mesmo parecer favorável diante de pedido da defesa, seja de forma implícita, com ato incompatível com o desejo de submeter o acusado à prisão cautelar, como obviamente é o pedido de absolvição ou de impronúncia.

Ora, se o promotor não vislumbra possibilidade de condenação ou pronúncia, por óbvio que também entende que cessou o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* autorizadores de qualquer restrição de liberdade cautelar e, conforme já pontuamos, o pacote anticrime foi explícito na proibição do magistrado decretar de ofício medidas cautelares, inclusive a prisão preventiva.

A nossa Constituição incumbiu ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública (art. 129, I, da CF), e, portanto, a função de acusar. Emanava ainda do texto constitucional o princípio do promotor



natural, que é a autoridade competente para exercer a acusação no processamento da ação penal pública (Art. 5º). Assim, se o membro do Ministério Público requer absolvição ou impronúncia é porque, obviamente, entende que (i) ou não há materialidade; (ii) ou não há indícios suficientes de autoria (iii) ou não há tipicidade; (iv) ou está demonstrada causa de isenção de pena; (v) ou está demonstrada causa de exclusão do crime, inclusive inimizabilidade, se esta for a única tese defensiva. Nestes casos, uma prisão decretada de ofício pelo magistrado parece teratológica.

Dizendo de modo simples, se não há que se falar em materialidade, autoria, tipicidade, ilicitude, culpabilidade ou punibilidade, muito menos se poderia arguir a existência de *fumus comissi delicti e periculum libertatis*, por conseguinte, o relaxamento imediato da prisão pelo magistrado é medida que se impõe, até mesmo antes de se intimar a defesa para apresentação de alegações finais, sob pena de o magistrado se tornar autoridade coatora, contrariando o modelo constitucional de persecução penal no Brasil.

O ideal seria que os magistrados agissem imbuídos por um pensamento acusatório (e não persecutório), pois "[e]m havendo leis (atos normativos lato sensu) incompatíveis com a principiologia constitucional, é tarefa do Poder Judiciário expungir-los do ordenamento ou, em determinados casos, efetuar a adaptação/correção de tais atos normativos, vivificando-os, tornando-os aptos a serem aplicados pelos operadores jurídicos"⁶.

Para além de reconhecer e afirmar a relevância do sistema acusatório no ordenamento jurídico, impõe-se hoje o desafio de garantir a projeção de seus inarredáveis efeitos no processo penal, para evitar que um distanciamento prático do proposto aporte teórico conduza a um processo penal autoritário e repressivo.

Certamente, a temática será debatida pelo STF, a quem caberá assentar o que deveria ser óbvio: *manter a privação cautelar da liberdade do acusado após pedido do Ministério Público pela absolvição, em sede de alegações finais, no procedimento comum ou nos procedimentos especiais, ou impronúncia/absolvição sumária, no procedimento do Tribunal do Júri, é incompatível com a consagração do sistema acusatório no ordenamento processual penal brasileiro. A manutenção do decreto prisional nas hipóteses analisadas neste artigo findaria por desvirtuar a "função de tutela" (Schutzfunktion) da liberdade atribuída ao Estado de Direito, ou seja, "o princípio da preservação a maior possível da liberdade sob a limitação a menor possível da liberdade"*⁷.

Eis a questão. De novo, o STF terá de colocar o selo constitucional em algo que já deveria estar sedimentado. Parece óbvio que, nas hipóteses aqui comentadas, não cabe prisão cautelar. O problema é que, por vezes, o óbvio se esconde. Ele é ladino. Tem de ser desvelado.

¹ Expressão cunhada por Alexandre Morais, in ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: Emais, 2020

² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Imprensa: Belo Horizonte, Letramento, 2017, pg 41/44



3 STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Jorge Bheron. **A batalha: o velho inquisitivismos não quer morrer — mas o novo nascerá.** In CONJUR. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/opiniaio-velho-inquisitivismos-nao-morrer-nascera>>. Acesso em 02.01.2021

4 Referido dispositivo encontra-se com a vigência suspensa, em razão de decisão cautelar do ministro Luiz Fux, proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

5 STRECK, Lenio; TORRANO, Bruno. Precedente não é critério máximo para justificar raciocínio judicial. CONJUR. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-set-26/precedente-nao-criterio-maximo-justificar-raciocinio-judicial>>. Acesso em 01.10.2017

6 STRECK, Lenio Luiz. A aplicação dos Princípios Constitucionais. **Escritos de Direito e Processual Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.204.

7 NEVES, António Castanheira. O princípio da legalidade criminal. In **Digesta**, Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 411

Meta Fields