

Opinião: Revisão da prisão preventiva e sistema acusatório

Não é segredo que a decisão liminar concedida pelo ministro Luiz Fux no julgamento das ADIns nºs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pautou-se em interesses políticos e não na necessidade de melhoria de nosso Direito Penal e Processual Penal — ainda que a justificativa apresentada tenha sido a preocupação com alguns "aspectos organizacionais" do Poder Judiciário. A mera listagem dos dispositivos suspensos deixa claro que a atitude do respeitável magistrado impediu a entrada em vigência justamente das alterações nº 13.964/19).



Ainda que as discussões a respeito desse tema girem em

torno, em sua maioria, do instituto do juiz das garantias (artigo 3º-B e seguintes), há de se dedicar maior atenção à positivação do sistema acusatório, através da redação do novo artigo 3º-A do Código de Processo Penal, por se tratar de norma com caráter estruturador, apta a nortear todos os demais dispositivos desse diploma legal.

Ora, a própria Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657) bem explica, em seu artigo 2º, §1º, que a lei posterior revogará a anterior quando ambas forem incompatíveis entre si.

É inegável que com a entrada em vigor do sistema acusatório, finalmente de forma expressa, inúmeras disposições de caráter inquisitivo perderão, automaticamente, sua aplicabilidade. A título de exemplo, citma-se alguns entre os diversos dispositivos da norma processual penal que autorizam a atividade probatória *ex officio* pelo magistrado, quais sejam os artigos 127, 156, 209 e 242. Isso pois, segundo Carlos Eduardo de Athayde Buono e Antônio Tomás Bentivoglio (1991, p. 28): "*O processo do tipo acusatório é essencialmente um processo de partes, no qual se contrapõem a acusação e a defesa, num duelo judiciário caracterizado pela igualdade das posições e dos direitos das duas partes contrapostas sobre as quais se ergue, moderador impassível, o juiz. A este último não se reconhece nenhum poder de iniciativa na obtenção da prova, cujo ônus cabe tão só ao acusador...*".

Nesse mesmo sentido, os dizeres de Aury Lopes Júnior (2021, p. 221) em obra publicada cerca de duas décadas depois, de modo a demonstrar a solidez das características deste modelo processual, as quais — ainda que não observadas por nossa jurisprudência — encontram-se enraizadas em nossa doutrina. Vejamos: *"Em decorrência dos postulados do sistema, em proporção inversa à inatividade do juiz no processo está a atividade das partes. Frente à imposta inércia do julgador, produz-se um significativo aumento da responsabilidade das partes. Já que têm o dever de investigar e proporcionar as provas necessárias para demonstrar os fatos. Isso exige uma maior responsabilidade e grau técnico dos profissionais do Direito que atuam no processo penal"*.

Pois bem, em função da impossibilidade da tomada de atitudes de ofício pelo julgador, noção decorrente do protagonismo das partes, há de se repensar sobre a redação do parágrafo único do artigo 316, que dispõe sobre a chamada "revisão periódica da prisão preventiva".

Ainda que tal dispositivo representasse um avanço legislativo — ao menos até a discussão envolvendo o caso "André do Rap", momento em que sua finalidade foi totalmente deixada de lado pela jurisprudência —, é certo que sua redação foi feita de forma extremamente infeliz, violando frontalmente o próprio sistema acusatório.

Em que pese a revisão periódica da prisão preventiva ser o meio adequado para se analisar a contemporaneidade de seus requisitos e pressupostos, nem mesmo essa finalidade *pro reo* justificaria a tomada de decisões de ofício por parte do magistrado.

Nesse sentido, destaca-se a contradição entre três inovações promovidas pela Lei nº 13.649/19 no Código Processual Penal. Pois bem, ao passo em que o artigo 3º-A positiva o sistema acusatório, e que o artigo 311 veda a decretação da prisão preventiva de ofício, tem-se a instituição da revisão periódica dessa mesma cautelar por iniciativa do juízo.

Ora, uma vez excluída de nosso ordenamento jurídico a decretação da prisão preventiva de ofício — tema pacificado pela 3ª seção do Superior Tribunal de Justiça através do RHC 131.263/GO —, e considerando-se o protagonismo das partes, estaria realmente legitimado o juízo a analisar, *ex officio*, a necessidade da manutenção da prisão cautelar?

Sendo certo que a decretação da prisão preventiva exige prévio *"requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou representação da autoridade policial"*, é inegável que sua manutenção deveria igualmente depender de provocação nesse sentido.

Além disso, estando a decisão que determina o encarceramento cautelar condicionada à comprovação de sua necessidade, ao preenchimento dos requisitos legais e à comprovação da ineficiência de medidas cautelares diversas, tais exigências seriam dispensáveis na análise da necessidade, ou não, de manutenção da mesma medida?

O raciocínio é lógico: em sendo idênticas as consequências, a rigidez exigida também deveria ser a mesma. É o que preconiza Aury Lopes Junior (2021, p. 132) ao tratar da conversão de ofício da prisão em flagrante delito em prisão preventiva, a quem pede-se vênia para estender o alcance do pensamento, de modo a abarcar também o teor do parágrafo único do artigo 316 da norma processual penal. Vejamos: *"A tal conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva equivale, fática e juridicamente, ao 'decretar de ofício' a prisão preventiva. Ou seja, o resultado final da conversão é faticamente o mesmo que decretar a prisão preventiva de ofício. E, nesse caso, além de clara violação às regras do sistema acusatório-constitucional, viola-se frontalmente a regra insculpida no art. 311"*.

Em suma, não há de se falar em prisão cautelar de ofício em um processo penal regido por um sistema acusatório, seja no tocante à conversão da prisão em flagrante delito em prisão preventiva e muito menos no tocante à sua renovação. Calha repetir: sendo idênticas as consequências, a rigidez exigida para a adoção da medida também deveria ser a mesma.

Nesse sentido, conclui-se que caberia ao órgão acusatório — bem como à autoridade policial, enquanto perdurar a fase investigativa da persecução penal — manifestar-se, a cada 90 dias, a favor ou não da manutenção da prisão preventiva, fazendo-o sempre de forma fundamentada, nos moldes do artigo 315, §2º, do Código de Processo Penal.

Dessa forma, em não havendo provocação do juízo para revisão da necessidade e cabimento da prisão preventiva, ou quando verificada a ausência de fundamentação concreta no pedido de manutenção formulado — de forma pormenorizada, atentando-se às minúcias do caso concreto —, a parte final do parágrafo único do artigo 316 deverá ser respeitada, relaxando-se a prisão em virtude de sua ilegalidade.

Ademais, ressalta-se que o defendido no presente trabalho deverá ser postura fiscalizada voluntariamente pelo próprio membro do Ministério Público em atuação no caso, em respeito à sua função de *custos legis*, que lhe impõe o dever de zelar pelo cumprimento da lei — e não por interesses parciais/acusatórios, jamais colocando a pretensão punitiva acima do respeito à norma — até mesmo porque as prerrogativas ministeriais também decorrem de norma. Logo, qual seria o critério para se respeitar o artigo 129 da Constituição Federal, mas não o inciso LXV do artigo 5º do mesmo diploma legal?

Em tempo, uma vez constatado que os motivos do encarceramento cautelar não mais vigoram, o próprio membro do órgão ministerial terá o dever de pedir a soltura do indivíduo, sob pena de incorrer no crime previsto no artigo 9º da Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/19).

É óbvio que o procedimento ideal para a análise da revisão periódica da prisão preventiva seria através da realização de audiência específica para tanto, já que a oralidade também é característica primordial do sistema acusatório e seus princípios devem nortear as normas subjacentes, além de ser esta a melhor forma de se respeitar o contraditório.

Contudo, sendo certo que nosso Poder Judiciário não possui estrutura para comportar audiências específicas para tal finalidade (mais uma vez, vê-se os "aspectos organizacionais" do sistema de Justiça brasileiro prejudicando o Estado democrático de Direito), o que se defende no presente trabalho não é nada além da adequação do parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal ao sistema acusatório e seu consequente cumprimento.

Ato contínuo, a vedação da revisão periódica da prisão preventiva de ofício representaria um enorme passo rumo à tão sonhada prisão preventiva com prazo, instituto já adotado em diversos ordenamentos, inclusive de países vizinhos como Argentina, Paraguai e Chile.

Por ora, todavia, há de se lutar pelo mero cumprimento da lei, pretensão aqui representada pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 316 da norma processual penal, visto que caberia ao Parquet requerer a revisão do encarceramento cautelar, demonstrando o cabimento e preenchimento de seus requisitos, sendo, ainda, se possível, oportunizado à defesa o exercício do contraditório, sob pena de relaxamento da prisão.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

_____. Código de Processo Penal (1941). Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

_____. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (1942). Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

_____. Lei de Abuso de Autoridade (2019). Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. A reforma processual penal italiana — reflexos no Brasil. Revista dos Tribunais, 1991.

DE BARROS, Antônio Milton. Processo penal segundo o sistema acusatório — os limites da atividade instrutória judicial. LED: Editora de direito, 2002.

LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES Jr., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SILAS FILHO, Paulo. A ordem pública como fundamento para a prisão preventiva no processo penal. 1ª ed. — Florianópolis, Habitus, 2021.

Date Created

23/11/2021