

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCAS TRINDADE BETEGA

**O IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE A CONVERSÃO DE OFÍCIO DA
PRISÃO FLAGRANCIAL EM PREVENTIVA À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO**

Florianópolis
2022

Lucas Trindade Betega

O IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE A CONVERSÃO DE OFÍCIO DA
PRISÃO FLAGRANCIAL EM PREVENTIVA À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em
Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Cláudio Macedo de Souza

Florianópolis
2022

FOLHA FICHA CATALOGRÁFICA

BETEGA, Lucas Trindade. O IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE A CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO FLAGRANCIAL EM PREVENTIVA À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO / Lucas Trindade Betega; Orientador, Cláudio Macedo de Souza, 2022. 65 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022. Inclui referências.

1. Direito. 2. Conversão da prisão em flagrante . 3. Prisão preventiva. 4. Sistema acusatório. 5. Atuação de ofício do magistrado. I. Macedo de Souza, Cláudio . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. O impacto das decisões judiciais sobre a conversão de ofício da prisão flagrancial em preventiva à luz do sistema acusatório

Lucas Trindade Betega

O impacto das decisões judiciais sobre a conversão de ofício da prisão flagrancial em preventiva à luz do sistema acusatório

Este estudo foi apresentado como trabalho de conclusão de Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, obtendo a nota final _____ atribuída pela banca examinadora constituída pelo professor orientador e membros abaixo mencionados.

Florianópolis, SC, 10 de março de 2022.

Banca examinadora:

Dr. Cláudio Macedo de Souza
Presidente

Poliana Ribeiro
Membro Titular 1

Ricardo Ávila Abraham
Membro Titular 2

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Débora e Joni, por todo o apoio e amor incondicionais, sem os quais todos os sonhos não teriam sido realizados.

Aos meus avós maternos e paternos, que, mesmo já distantes deste mundo terreno, me inspiram diariamente com o exemplo de honestidade e perseverança.

À minha namorada Sabrina, por todo o amor e companheirismo que nos guiaram até aqui.

Ao meu orientador Prof. Dr. Cláudio Macedo, pelo comprometimento e seriedade na orientação deste trabalho.

Aos amigos João Pedro, Pierri, Bastos e Matos, por todos os momentos de parceria e felicidade compartilhados.

À minha ex-supervisora de estágio Kenia, por todas as boas memórias e por todo aprendizado profissional.

A todos os professores e servidores da UFSC com os quais convivi nestes últimos anos, pelo esforço em prol da educação pública.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo compreender a construção jurisprudencial e doutrinária acerca da impossibilidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício à luz do sistema acusatório. A Suprema Corte, nesse sentido, determinou a impossibilidade da conversão *ex officio* das prisões em flagrante, em razão da vigência do sistema acusatório, ressaltada pelo advento da Lei n. 13.964/2019. Apesar disso, encontram-se diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido contrário, ao afirmar que tal possibilidade de decisão judicial encontra guarida na manutenção do dispositivo legal do art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal. Assim, frente aos diferentes entendimentos encontrados na jurisprudência e doutrina, firma-se o questionamento: "Qual o impacto das decisões penais dos Tribunais Superiores sobre a legislação processual penal brasileira no que se refere à conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício?". Supõe-se, como hipótese básica, que as decisões dos Tribunais Superiores reafirmam o sistema acusatório, determinado pela Lei n. 13.964/2019, para negar a conversão da prisão flagrancial em preventiva de ofício. Para isso, o trabalho se fundamenta em três partes estruturais. Na primeira, busca-se conceituar os institutos das prisões cautelares na perspectiva doutrinária. Na segunda, serão analisados os sistemas processuais penais, com especial relevância o sistema acusatório, e sua relação com os direitos fundamentais do preso. E, por fim, serão verificadas decisões judiciais que tratem da impossibilidade da conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva. A fim de alcançar estes objetivos, esta pesquisa monográfica adotará o método de abordagem dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, utilização de normas penais e processuais penais, para assim relacioná-los aos precedentes dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e avaliar o impacto destas decisões na possibilidade da conversão de ofício da prisão flagrancial.

Palavras-chave: prisão em flagrante, prisão preventiva, conversão de ofício, sistema acusatório.

ABSTRACT

The aim of this monograph is to understand the jurisprudential and doctrinal construction about the impossibility of *ex officio* conversion of flagrantial prison into preventive prison, according to the accusatory system. The Supreme Court, in this sense, determined the impossibility of *ex officio* conversion of flagrantial prisons, due to the validity of the accusatory system, highlighted by the enactment of Law n. 13.964/2019. Despite this, there are several doctrinal and jurisprudential positions in the opposite direction, stating that such a possibility of judicial decision finds shelter in the maintenance of the legal provision of art. 310, item II, of the Code of Criminal Procedure. Thus, given the different understandings found in jurisprudence and doctrine, the question is established: "What is the impact of the criminal decisions of the Superior Courts on the Brazilian criminal procedural law regarding the *ex officio* conversion of arrests into preventive prisons?". It is supposed, as a basic hypothesis, that the decisions of the Superior Courts reaffirm the accusatory system, determined by Law n. 13,964/2019, to deny the *ex officio* conversion of arrests into preventive prisons. For this, the work is based on three structural parts. The first seeks to conceptualize the institutes of preventive arrests from a doctrinal perspective. In the second, the criminal procedural systems will be analyzed, with special relevance to the accusation system, and its relationship with the prisoner's fundamental rights. And, finally, judicial decisions that deal with *ex officio* conversion of arrests into preventive prisons will be analyzed. In order to achieve these objectives, this monographic research will adopt the method of deductive approach, through bibliographic research, use of criminal and procedural rules, in order to relate them to the precedents of the Superior Courts and the Court of Justice of Santa Catarina and to assess the impact of these decisions on the possibility of converting the prison in flagrant into preventive prisons.

Keywords: Flagrante delicto, Preventive prison, *ex officio* conversion, accusatory system.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 AS PRISÕES CAUTELARES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.....	12
2.1 ESPÉCIES DE PRISÕES CAUTELARES.....	12
2. 1. 1 Prisão temporária.....	14
2. 1. 2 Prisão flagrancial como instrumento pré-cautelar.....	18
2. 1. 3 Prisão preventiva.....	21
2. 1. 3. 1 Pressupostos e fundamentos da prisão preventiva no Brasil.....	23
2. 1. 3. 2 A conversão da prisão flagrancial em preventiva.....	26
3 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: RESQUÍCIOS DE INQUISITORIEDADE.....	29
3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO EM FLAGRANTE.....	29
3.2. ESPÉCIES DE SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	32
3.2.1 Sistema acusatório.....	33
3.2.2 Sistema inquisitivo e a gestão da prova pelo magistrado.....	35
3.2.3 Sistema francês, misto ou napoleônico.....	37
3. 3 OS RESQUÍCIOS DE INQUISITIVIDADE NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	39
4 A IMPOSSIBILIDADE DA CONVERSÃO <i>EX OFFICIO</i> DA PRISÃO FLAGRANCIAL EM PREVENTIVA.....	42
4.1 PANORAMA GERAL DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.964/2019 NA DECRETAÇÃO DE PRISÕES CAUTELARES.....	42
4.2 A MANUTENÇÃO LEGAL DA POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO <i>EX OFFICIO</i> DA PRISÃO FLAGRANCIAL EM PREVENTIVA.....	44
4.3 A IMPOSSIBILIDADE DA CONVERSÃO <i>EX OFFICIO</i> À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO.....	45
4.4 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	46
4.5 POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....	56
5 CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia objetiva analisar o impacto das decisões judiciais que envolvem a conversão de ofício da prisão flagrancial em preventiva à luz do sistema acusatório¹. Observou-se, inicialmente, divergência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca da conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva.

Por um lado, havia precedentes da Sexta Turma do STJ² que sustentavam a tese de que, apesar da adoção do sistema acusatório de forma expressa pelo Pacote "Anticrime", é plenamente possível a conversão de ofício da prisão flagrancial em preventiva, com a justificativa de literalidade do art. 310, inciso II, do CPP³.

Em outro sentido, a Quinta Turma do STJ argumentava que, com o advento da Lei n. 13.964/2019, a conversão da prisão flagrancial em preventiva depende da iniciativa das partes, como do requerimento do Ministério Público ou da representação da autoridade policial⁴.

Posteriormente, pacificou-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no RHC 131.263, no qual foi definida a posição de que, após as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, não é mais possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva sem provocação do Ministério Público, da autoridade

¹ Conforme o Art. 3º-A do Código de Processo Penal, o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus 583.995 MG 2020/0122296-6. Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 15/09/2020, Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 07/10/2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=\(HC+e+583995\).nome](https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=(HC+e+583995).nome). Acesso em: 21 fev. 2022.

³ Conforme art. 310, inciso II, do CPP, após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares

⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus n. 590.039/GO. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data de Julgamento: 20/10/2020, Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 29/10/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001460139&dt_publicacao=29/10/2020 Acesso em: 21 mar 2022

policial, do assistente ou do querelante, mesmo nas situações em que não é realizada a audiência de custódia.⁵

O Supremo Tribunal Federal, nessa linha, igualmente concebe que não é possível a decretação de prisão preventiva sem prévia provocação das partes, não sendo lícita a atuação de ofício do magistrado no tema de privação da liberdade.⁶

Dessa forma, firma-se o problema da pesquisa: "Qual o impacto das decisões penais dos Tribunais Superiores sobre a legislação processual penal brasileira no que se refere à conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício?".

Supõe-se, como hipótese básica, que as decisões dos Tribunais Superiores reafirmam o sistema acusatório, determinado pela Lei n. 13.964/2019, para negar a conversão da prisão flagrancial em preventiva de ofício.

Para isso, o trabalho se fundamenta em três partes estruturais. Na primeira, busca-se conceituar os institutos das prisões cautelares na perspectiva doutrinária. Na segunda, serão analisados os sistemas processuais penais, com especial relevância o sistema acusatório, e sua relação com os direitos fundamentais do preso. E, por fim, serão verificadas decisões judiciais que tratem da impossibilidade da conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva.

A fim de alcançar estes objetivos, esta pesquisa monográfica adotará o método de abordagem dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, utilização de normas penais e processuais penais, para assim relacioná-los aos precedentes dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e avaliar o impacto destas decisões na possibilidade da conversão de ofício da prisão flagrancial.

⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Habeas Corpus n. 131.263/GO. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 24/02/2021, Terceira seção, Data de Publicação: DJe 24/02/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/SearchBRS> Acesso em: 27 mar 2021.

⁶ Valente, Fernanda. **Converter flagrante em preventiva de ofício é ilegal, decide 2ª Turma do STF.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-06/converter-flagrante-preventiva-oficio-ilegal-turma-stf>. Acesso em: 01 de novembro de 2021.

2 AS PRISÕES CAUTELARES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Este capítulo objetiva apresentar os institutos das prisões cautelares na perspectiva doutrinária, examinando os conceitos legais e doutrinários de suas diferentes espécies, a fim de avaliar seus requisitos e pressupostos, bem como elucidar as finalidades e histórico da prisão preventiva no ordenamento jurídico nacional.

2.1 ESPÉCIES DE PRISÕES CAUTELARES

Antes de analisar minuciosamente cada espécie de prisão cautelar, é imprescindível conceituar o instituto da prisão cautelar, assim como relevar os princípios gerais que regem as prisões.

Capez⁷ afirma que, no ordenamento jurídico brasileiro, a prisão pode ser conceituada como:

a privação da liberdade de locomoção em virtude de flagrante delito ou determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (CAPEZ, 2019, p. 308)

Desse modo, observa-se que a privação da liberdade de locomoção somente se dará em três hipóteses: em razão de flagrante delito, por ordem judiciária competente (por sentença transitada em julgado) ou em função de uma prisão cautelar, subdividida em prisão temporária ou prisão preventiva.

Nesse ponto, vale citar que as prisões cautelares estão inseridas na categoria das medidas cautelares de natureza pessoal, descrita por Renato Brasileiro⁸ como:

aquelas medidas restritivas ou privativas da liberdade de locomoção adotadas contra o imputado durante as investigações ou no curso do processo, com o objetivo de assegurar a eficácia do processo, importando algum grau de sacrifício da liberdade do sujeito passivo

⁷CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. ed. 26. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. ed. 8. Salvador: JusPodivm, 2020.

da cautela, ora em maior grau de intensidade (v.g., prisão preventiva, temporária). ora com menor lesividade (v.g., medidas cautelares diversas da prisão do art. 319 do CPP) (LIMA, 2020, p. 930)

Além do mais, Capez rememora que as hipóteses de restrição da liberdade de locomoção não se restringem apenas aos casos de cometimento de delito⁹, circunstância que pode ensejar a prisão flagrancial, à prisão por sentença condenatória ou às prisões provisórias, visto que:

Além das hipóteses de flagrante delito e ordem escrita e fundamentada do juiz, consubstanciada em um documento denominado mandado (CF, art. 5º, LXI), a Constituição Federal permite a constrição da liberdade nos seguintes casos: (a) crime militar próprio, assim definido em lei, ou infração disciplinar militar (CF, art. 5º, LXI); (b) em período de exceção, ou seja, durante o estado de sítio (CF, art. 139, II). Além disso, “a recaptura do réu evadido não depende de prévia ordem judicial e poderá ser efetuada por qualquer pessoa” (CPP, art. 684). Neste último caso, pressupõe-se que o sujeito esteja regularmente preso (por flagrante ou ordem escrita de juiz) e fuja (CAPEZ, 2019, p. 309)

Outrossim, as espécies de prisão são divididas em prisão extrapenal, que abarca as subespécies prisão civil e prisão militar; a prisão penal (prisão pena ou pena), oriunda de sentença condenatória com trânsito em julgado; e a prisão cautelares, provisória, processual ou sem pena¹⁰.

Considerando que este trabalho trata acerca da conversão da prisão flagrancial em prisão preventiva, portanto, focará na análise desta terceira modalidade de prisão presente no Brasil, qual seja: a prisão cautelar, também chamada de prisão provisória ou processual.

Nessa toada, é importante destacar que esta terceira modalidade de prisão mencionada tem como subespécies a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária, que conforme análise que segue.¹¹

⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. ed. 26. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁰ *Ibid*, p. 963.

¹¹ *Ibid*, p. 963.

2. 1. 1 Prisão temporária

Após introduzir a temática das prisões cautelares e seus princípios, bem como enumerar as suas diferentes espécies no ordenamento jurídico pátrio, faz-se necessário discorrer mais profundamente acerca da prisão temporária.

Inicialmente, cabe ressaltar que referido tipo de prisão cautelar possui dimensão legal própria, visto que seu procedimento e cabimento estão descritos especificamente na Lei n. 7.960/89.

Sobre isso, conforme art. 1 da Lei n. 7960/89¹², caberá prisão temporária nas seguintes hipóteses:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º)
 - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
 - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
 - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
 - i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
 - n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

¹² BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Brasília, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

Assim, conforme a literalidade do referido dispositivo legal, e trazendo à luz do artigo 282 do Código de Processo Penal¹³, que prevê todas as medidas cautelares deverão cumprir os requisitos da necessidade para a aplicação da lei penal, investigação e para evitar o cometimento de infrações penais, bem como da adequação ao caso concreto, a prisão temporária deve preencher os requisitos enumerados no artigo 1 da Lei de Prisão Temporária. Sobre isso, Aury Lopes Jr.¹⁴ afirma que:

Além de observar se a medida realmente é necessária para a investigação e a coleta dos elementos probatórios buscados, deve verificar se a prisão temporária é adequada à finalidade apontada pela autoridade policial. Em última análise, estamos tratando da proporcionalidade da prisão, que adquire especial relevância agora com o amplo rol de medidas cautelares diversas, previstas no art. 319. Deve o juiz verificar, portanto, se os objetivos buscados não podem ser alcançados por meio de medidas cautelares diversas e menos gravosas para o investigado. (LOPES JR, 2017, p. 111).

No mesmo sentido, Capez¹⁵ conceitua a prisão temporária como a "prisão cautelar de natureza processual destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial".

Neste ponto, mostra-se indispensável mencionar a existência de divergência na doutrina no que tange à cumulatividade ou alternatividade dos requisitos enumerados na Lei 7.960/89.

Nesse viés, é possível vislumbrar uma primeira corrente que entende que a prisão temporária pode ser decretada em qualquer uma das três situações previstas em lei, ou seja, são alternativas. Corroborando com esse entendimento, Tourinho Filho¹⁶ afirma que:

¹³ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acesso em: 10 jan. 2022.

¹⁴ LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁵ CAPEZ, op. cit, p. 352.

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. ed. 19. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

Em que hipóteses se admite a prisão temporária? Nos termos da Lei n. 7.960/89, será possível quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes [...] dêse que imprescindível para as investigações do inquérito policial ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (TOURINHO FILHO, 2018, p. 699)

Por outro lado, há corrente que afirma que a prisão temporária só pode ser decretada naqueles crimes apontados pela Lei 9.960/89, e desde que ocorra qualquer um dos outros dois requisitos previstos no diploma legal. Nesse sentido, Nucci afirma¹⁷:

Enfim, não se pode decretar a temporária somente porque o inciso I foi preenchido, pois isso implicaria viabilizar a prisão para qualquer delito, inclusive os de menor potencial ofensivo, desde que fosse imprescindível para a investigação policial, o que soa despropositado. Não parece lógico, ainda, decretar a temporária unicamente porque o agente não tem residência fixa ou não é corretamente identificado, em qualquer delito. Logo, o mais acertado é combinar essas duas situações com os crimes enumerados no inciso III (NUCCI, 2016, p. 544).

Há ainda uma terceira corrente que defende que para a decretação da prisão temporária é necessária a presença de pelo menos um dos requisitos legais, desde que presentes igualmente os motivos que ensejam a decretação da prisão preventiva. Assim se manifesta Vicente Greco Filho¹⁸:

Essas hipóteses parecem ser puramente alternativas e destituídas de qualquer outro requisito. Todavia assim não podem ser interpretadas. Apesar de instituírem uma presunção de necessidade da prisão, não teria cabimento a sua decretação se a situação demonstrasse cabalmente o contrário. É preciso, pois, combiná-las entre si e combiná-las com as hipóteses de prisão preventiva, ainda que em sentido inverso, somente para excluir a decretação. (GRECO FILHO, 2019, 340)

¹⁷ NUCCI, Guilherme. **Manual de processo penal e execução penal**. ed. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Manual do processo penal**. ed. 12. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2019

E, por fim, existe uma quarta corrente que defende a necessidade da cumulatividade dos três requisitos legais previstos, entendimento seguido pelo magistério de Scarance Fernandes.¹⁹

Superados os seus requisitos, convém descrever de forma introdutória o seu procedimento, uma vez que tal procedimento se distingue daquele necessário para a prisão preventiva, assim como para a conversão da prisão flagrancial em preventiva objeto de pesquisa deste trabalho.

Nessa linha, a distinção mais marcante entre a prisão temporária e as outras modalidades de prisão provisória é que tal espécie de prisão possui prazo certo e somente poderá ser prorrogada em caso de extrema necessidade. Sobre o tema, Pacelli²⁰ narra:

Ainda ao contrário do que ocorre com a prisão preventiva e mesmo com a conversão em preventiva da prisão em flagrante (art. 310, II, CPP), a prisão temporária tem prazo certo, expressamente previsto em lei, que somente em caso de extrema e comprovada necessidade poderá ser prorrogado, e por uma única vez, findo o qual o aprisionado deverá ser posto em liberdade, salvo se já decretada a sua prisão preventiva (art. 2º, § 7º, Lei nº 7.960/89). (PACELLI, 2019, p. 562)

Ademais, tal prorrogação só pode ser realizada por decisão judicial baseada em elementos colhidos durante o tempo em que o investigado permaneceu segregado. Nesse viés, Renato Brasileiro²¹ mostra que:

Essa prorrogação do prazo da prisão temporária não é automática, devendo sua imprescindibilidade ser comprovada com base em elementos colhidos enquanto o acusado estava preso. Na verdade, apenas diligências novas, diversas daquelas inicialmente pensadas pela autoridade policial, podem efetivamente autorizar a prorrogação da prisão temporária. (LIMA, 2020, p. 1116)

Acerca do procedimento previsto na Lei 7.960/89, comumente chamada de Lei de Prisão Temporária, Capez²² resume da seguinte forma:

a prisão temporária pode ser decretada em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público; – não

¹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. ed 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 308.

²⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. ed. 23. São Paulo: Atlas. 2019.

²¹ LIMA, op. cit., p. 1116

²² CAPEZ, op. cit., p. 354-355

pode ser decretada de ofício pelo juiz; – no caso de representação da autoridade policial, o juiz, antes de decidir, tem de ouvir o Ministério Público; – o juiz tem o prazo de vinte e quatro horas, a partir do recebimento da representação ou requerimento, para decidir fundamentadamente sobre a prisão; – o mandado de prisão deve ser expedido em duas vias, uma das quais deve ser entregue ao indiciado, servindo como nota de culpa; – efetuada a prisão, a autoridade policial deve advertir o preso do direito constitucional de permanecer calado; – ao decretar a prisão, o juiz poderá (faculdade) determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações da autoridade policial ou submetê-lo a exame de corpo de delito; – o prazo de cinco (ou trinta) dias pode ser prorrogado uma vez em caso de comprovada e extrema necessidade; – decorrido o prazo legal, o preso deve ser colocado imediatamente em liberdade, a não ser que tenha sido decretada sua prisão preventiva, pois o atraso configura crime de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65, art. 4º, i); – o preso temporário deve permanecer separado dos demais detentos. (CAPEZ, 2019, p. 354-355)

Assim, apresentado resumidamente o procedimento da prisão temporária, bem como traçadas as distinções básicas (previsão em diploma específico, prazo certo, restrição ao âmbito da investigação) entre tal modalidade e a prisão preventiva, necessário discorrer sobre outra espécie de instrumento capaz de restringir a liberdade de locomoção do indivíduo: a prisão flagrancial.

2. 1. 2 Prisão flagrancial como instrumento pré-cautelar

Como exposto anteriormente, a prisão flagrancial é uma das espécies de prisão provisória (ou sem pena), uma vez que está inserida no escopo das prisões sem sentença condenatória transitada em julgado. Greco Filho²³, ao conceituar o instituto da prisão em flagrante, afirma que:

o flagrante é a situação, prevista na lei, de imediatidade em relação à prática da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de autorização judicial (GRECO FILHO, p. 333)

A prisão flagrancial possui previsão expressa no Código de Processo Penal²⁴, que, em seus artigos 301 e 302, dispõe que:

²³ GRECO FILHO, op. cit., p. 333

²⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acesso em: 12 jan. 2022.

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Da leitura destes dispositivos, podem-se extrair quatro hipóteses que configuram a ocorrência do flagrante, as quais totalizam três espécies de prisão flagrancial: o flagrante próprio, o flagrante impróprio e o flagrante presumido.

Acerca disso, Pacelli²⁵ leciona a natureza do flagrante próprio:

Bem examinadas as coisas, veremos que apenas a situação mencionada no art. 302, I, do CPP se prestaria a caracterizar uma situação de ardência, de visibilidade incontestável da prática do fato delituoso. Ali se afirma a existência da prisão em flagrante quando alguém está cometendo a infração penal art. 302, i). Mas o mencionado art. 302 prevê também como situação de flagrante quando alguém acaba de cometer a infração penal (inciso II), em que, embora já desaparecida a ardência e crepitação, podem-se colher elementos ainda sensíveis da existência do fato criminoso, bem como de sua autoria. Ambas as situações são tratadas como hipóteses de flagrante delito, reservando-se-lhes a doutrina a classificação de flagrante próprio. (PACELLI, p. 545)

Por sua vez, o flagrante impróprio, também chamado de irreal ou quase flagrante, ocorre na hipótese do inciso III, quando o agente é perseguido, logo após cometer o ilícito, em situação que faça presumir ser o autor da infração, admitindo-se, em comparação com a hipótese prevista nos incisos anteriores, um intervalo de tempo maior entre a prática do delito até a captura do agente²⁶.

Assim sendo, não havendo imediatidade visual do delito, caso em que configura a hipótese do inciso I e II, tampouco a perseguição, tem-se o flagrante presumido.

²⁵ PACELLI, op. cit., p. 545

²⁶ Ibid, p. 545

Sobre essa distinção, Greco Filho²⁷ explica:

A quarta hipótese de flagrante é a de que o agente ser encontrado logo depois do fato, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser o autor da infração. Esta situação tem sido denominada flagrante presumido. Ela se distingue da hipótese do inciso II do art. 302 (o agente acaba de cometer a infração), porque não existe, no caso, a imediatidade visual da infração penal. Em princípio, em ambas as situações, o agente acabou de cometer a infração, mas, se há testemunha ocular e ela se efetiva, o enquadramento se faz no inciso III do art. 302 do Código. Se a detenção não coincide com a existência de testemunhas oculares e a convicção da prática da infração decorre da presunção que resulta da posse de instrumentos, armas, objetos ou papéis relacionados com ela, a situação enquadra-se no inciso IV do mesmo artigo. (GRECO FILHO, p. 335)

Da leitura do art. 302 do Código de Processo Penal, todavia, surge um questionamento presente na doutrina no que tange à natureza da prisão em flagrante, uma vez que, apesar de autores a classificarem como uma das três espécies de prisão processual, sequer há processo na ocasião da captura de um agente que se encontra nas hipóteses previstas no supracitado dispositivo.

Sobre isso, Nicolitt, ao enumerar as espécies de prisões processuais, traz esta divergência²⁸:

No processo penal brasileiro existem as seguintes prisões processuais: prisão preventiva e prisão temporária. Também será objeto de nossa atenção a prisão em flagrante, apesar de que, na verdade, está é prisão administrativa, precautelar. (NICOLITT, p. 758-759).

Na classificação, Aury Lopes Jr.²⁹ também ressalta a existência desse comum equívoco:

A doutrina costuma classificar a prisão em flagrante, prevista nos arts. 301 e seguintes do CPP, como medida cautelar. Trata-se de um equívoco, a nossa ver, que vem sendo repetido sem maior reflexão ao longo dos anos e que agora, com a reforma processual de 2011, precisa ser revisado (LOPES JR., 2018, p. 600)

²⁷ GRECO FILHO, op. cit., p. 335

²⁸ NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. ed. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

²⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal** ed. 15. São Paulo: Saraiva, 2018

Assim sendo, resta evidente que a prisão em flagrante, na verdade, se trata de medida de caráter administrativo, visto que, neste momento, não há sequer a instauração de inquérito policial, tampouco ação penal movida contra o autor do suposto delito.

Para corroborar, Badaró³⁰ elucida a natureza desta espécie de prisão:

Em seu novo regime, a prisão em flagrante se restringirá a um momento inicial de imposição de medida cautelar de prisão. Justamente por isso, tem sido considerada uma "pré-cautela". Em outras palavras, a prisão em flagrante somente subsistirá entre a lavratura do auto de prisão em flagrante e a análise judicial da legalidade da prisão e da necessidade de manutenção de prisão cautelar ou de sua substituição por medida diversa da prisão. (BADARÓ, p. 1049-1050)

Ante o exposto, admite-se que a prisão em flagrante foi conceituada como uma das espécies de prisão provisória, cuja finalidade é assegurar a submissão do sujeito temporariamente segregado ao crivo do Judiciário. E, ainda, mostra-se inevitável a conclusão de que, na verdade, a prisão flagrancial é um instrumento de "pré-cautela", tratando-se de uma prisão administrativa que poderá ser posteriormente jurisdicionalizada.

2. 1. 3 Prisão preventiva

Este tópico tem por finalidade conceituar doutrinariamente e legalmente outra espécie de prisão provisória, qual seja: a prisão preventiva. Como exposto anteriormente, tal instituto se distingue da prisão temporária e da prisão flagrancial por diversas peculiaridades, que serão expostas de forma mais detalhada a seguir.

Inicialmente, frisa-se que a prisão preventiva é um instrumento de restrição da liberdade que pode ocorrer tanto na fase inquisitorial quanto na fase processual, desde que determinada pelo magistrado e cumpridos os demais requisitos legais.

Segundo Nucci³¹, trata-se da medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei.

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. ed. 6. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

³¹ NUCCI, op. cit, p. 564

A prisão preventiva possui previsão expressa no artigo 311 do Código de Processo Penal³², que determina a legitimidade para o requerimento ou representação, bem como para a decretação da prisão, exclusividade do Judiciário:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Portanto, da mesma forma que a prisão temporária, a prisão preventiva somente pode ser decretada com o aval do Judiciário, em decisão fundamentada, com base no artigo 93 da Constituição Federal.

Além do mais, traça-se outra distinção importante em relação à prisão temporária e a prisão flagrancial, uma vez que, como esmiuçado anteriormente, a prisão temporária é restrita à fase investigatória, assim como a prisão flagrancial é uma prisão administrativa que só poderá permanecer caso convertida em prisão preventiva ou temporária, cumpridos os requisitos legais.

A prisão preventiva, todavia, pode ser decretada em sede de investigação policial ou do processo penal.

Aury Lopes Jr³³. ressalta essa diferença da seguinte forma:

A prisão preventiva pode ser decretada no curso da investigação preliminar do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível. Ademais, mesmo na fase recursal, se houver necessidade real, poderá ser decretada a prisão preventiva (com fundamento na garantia da aplicação da lei penal) (LOPES JR., 2018, p. 632)

Nessa linha, cabe mencionar as mudanças recentes promovidas pela Lei 13.964/2019³⁴ no que tange à possibilidade de decretação da prisão preventiva.

Anteriormente à edição da Lei 13.964/2019, a prisão preventiva poderia ser decretada de ofício no curso da ação penal, embora não pudesse ser assim decretada em sede de investigação.

³² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acesso em: 12 jan. 2022.

³³ LOPES JR., op. cit., p. 632

³⁴ BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em: 27 jan. 2022.

Tal diferenciação é crucial na afirmação do sistema acusatório brasileiro, uma vez que, com as alterações promovidas no artigo 311 do Código de Processo Penal, resta evidente a intenção do legislador de vedar a possibilidade de decretação *ex officio* da prisão preventiva.

Renato Brasileiro³⁵, nessa toada, elucida as importantes e recentes alterações no sistema processual penal brasileiro:

Pelo menos até o advento da Lei n. 13.964/2019, o Código de Processo Penal vedava a decretação de medidas cautelares de ofício pelo juiz apenas durante a fase investigatória, admitindo-o, todavia, quando em curso o processo criminal. Com a nova redação conferida aos arts. 282, §§2 e 4, e 311, ambos do Código de Processo Penal, pelo Pacote Anticrime, denota-se que, doravante, não mais poderá o juiz decretar nenhuma medida cautelar de ofício, pouco importando o momento de a persecução penal. A mudança em questão vem ao encontro do sistema acusatório. (LIMA, 2020, p. 946)

Delimitados o conceito, os legitimados para o requerimento ou representação, assim como explicado o momento de decretação da prisão preventiva, cabe tratar no próximo tópico dos pressupostos e dos requisitos da prisão preventiva no sistema processual penal vigente.

2. 1. 3. 1 Pressupostos e fundamentos da prisão preventiva no Brasil

De início, vale rememorar que os pressupostos e requisitos da prisão preventiva no Brasil tem parte de sua previsão no próprio Código de Processo Penal³⁶.

Isso porque o artigo 312 menciona explicitamente os pressupostos que podem ensejar a decretação da prisão cautelar:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

³⁵ LIMA, op. cit., p. 946

³⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm Acesso em: 12 jan. 2022.

Badaró³⁷ distingue que existem pressupostos positivos e negativos da prisão preventiva:

Os pressupostos positivos para a decretação da prisão preventiva são previstos no art. 312, caput, CPP: a prisão preventiva poderá ser decretada "quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria" (destacamos). Trata-se, pois, do que se convencionou denominar *fumus commissi delicti*.

Desse modo, infere-se que, para a decretação da prisão preventiva, há dois pontos cruciais: a certeza quanto à existência do crime e a existência de indícios suficientes para um juízo de probabilidade do magistrado quanto à autoria do delito.

Vicente Greco Filho³⁸ denomina estes pressupostos positivos como "prova do fato" e "indícios suficientes de autoria". Assim explica o renomado autor:

Prova do fato significa convicção da existência da materialidade da infração. Em princípio, em se tratando de infração que deixou vestígios, a presença do exame de corpo de delito, tem sido, porém, decretada a prisão preventiva sem ele se outros elementos probatórios dão a certeza da ocorrência do fato. Indícios suficientes de autoria significa a convicção razoável, em termos de probabilidade, de que o acusado tenha sido o autor da infração ou de que tenha dela participado.

A aferição da existência ou não desses indícios, portanto, deve seguir ao prudente arbítrio do magistrado, não existindo regras gerais ou padrões específicos que o definam.³⁹

Nicolitt⁴⁰, de modo diverso, não distingue a existência de pressupostos positivos ou negativos da prisão preventiva, destacando que há, na verdade, fundamentos, pressupostos e hipóteses de cabimento da prisão. O autor critica a própria disposição dos artigos 312 e 313, uma vez que traz os fundamentos de forma anterior aos dos pressupostos:

A aplicação da prisão preventiva deve ser analisada em três etapas, na seguinte ordem: hipótese legal de cabimento ou simplesmente cabimento (art. 313 do CPP), pressupostos (art. 312, segunda parte) e fundamentos (art. 312, primeira parte). Lamentavelmente o CPP inverteu a ordem dos artigos, dispondo primeiro sobre os fundamentos (art. 312, primeira parte), depois sobre os pressupostos

³⁷ BADARÓ, Op. cit., p. 1062

³⁸ GRECO FILHO, Op. cit, p. 342

³⁹ MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. ed. 18. 2005, p. 390

⁴⁰ NICOLITT, Op. cit., p. 785-786

(Art. 312, segunda parte) e por fim, no art. 313, sobre o cabimento. Antes de se verificar a presença dos pressupostos fáticos (pressupostos e fundamentos), impõe-se conferir se a lei prevê a possibilidade de prisão (cabimento).

Por conseguinte, pode-se afirmar que majoritariamente se compreende que os pressupostos da prisão preventiva são os indícios suficientes de autoria e a prova da existência do crime, conforme disposição do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Os fundamentos, por outro lado, são as razões jurídicas que podem motivar a segregação preventiva de um indivíduo. Norberto Avena⁴¹, nesse viés, conceitua os fundamentos:

Trata-se dos motivos que ensejam a decretação da custódia e sobre os quais deve assentar a decisão judicial deferitória. Satisfaz-se, neste caso, o segundo requisito genérico das medidas cautelares, qual seja, o *periculum in mora* (*periculum libertatis*) - risco de que a demora das investigações ou da tramitação processual venha a prejudicar o ajuizamento da ação penal ou a prestação jurisdicional.

Feita essa conceituação, cabe enumerar os fundamentos da prisão preventiva, descritos expressamente na segunda parte do artigo 312 do Código de Processo Penal: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e segurança da aplicação da lei penal.

Avena explica que a prisão preventiva poderá ser decretada com base em apenas um destes fundamentos, não sendo necessária a concomitância de todos os fundamentos descritos no artigo 312, servindo a presença de mais de um apenas como um reforço argumentativo à necessidade da custódia cautelar⁴².

Em relação à "garantia da ordem pública", Nicolitt afirma que este fundamento, o primeiro daqueles enumerados no texto legal, é um conceito vago e indeterminado, e que a doutrina e a jurisprudência tradicionais o associam à periculosidade do agente, à necessidade de acautelar o meio social e à própria credibilidade da justiça em função da repercussão de um crime.⁴³

⁴¹ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. ed. 11. Rio de Janeiro: Forense. 2019, p. 1005

⁴² *Ibid*, p. 1005

⁴³ NICOLITT, Op. cit., p. 793

Aury Lopes Jr., ao tratar sobre o assunto, elucida que, pela vagueza e abertura do conceito "garantia da ordem pública", é o fundamento preferido para a decretação, pois ninguém sabe ao certo o seu significado em plenitude.⁴⁴

O segundo fundamento (garantia da ordem econômica), por outro lado, foi inserido com base na Lei n. 8.884/94, Lei Antitruste, com a finalidade de dirimir o risco oriundo das condutas que atingem a ordem econômica e o próprio funcionamento regular do sistema financeiro.⁴⁵

O terceiro fundamento (conveniência da instrução criminal), ademais, é utilizado nas hipóteses em que houver risco para a instrução probatória. Esse termo é criticado justamente por se tratar de hipótese aberta com ampla discricionariedade, sendo incompatível, portanto, com o atual sistema de prisão preventiva, pautado pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade da custódia cautelar.⁴⁶

O quarto dos fundamentos elencados no Código de Processo Penal, por sua vez, é baseado na possibilidade de fuga do agente, para garantir a eficiência do sistema punitivo do Estado, sendo necessário que o magistrado vislumbre o intuito do réu de se furtar a aplicação da lei penal.⁴⁷

2. 1. 3. 2 A conversão da prisão flagrancial em preventiva

Este tópico tem por finalidade elucidar a possibilidade e o momento da conversão da prisão flagrancial em preventiva, uma das hipóteses cabíveis ao magistrado depois da homologação do flagrante.

Nesse sentido, ressalta-se a importância desse momento no processo penal, tendo em vista que se trata da apreciação judicial da prisão em flagrante, que, como exposto anteriormente, é uma modalidade de prisão administrativa, provisória e que só tem razão de permanecer caso preenchidos os requisitos para a decretação de outra modalidade de prisão cautelar. Como afirmado anteriormente, portanto, a prisão flagrancial tem objetivo pré-cautelar, como uma etapa preparatória para eventual prisão cautelar que tutele determinadas finalidades elencadas legalmente.

Renato Brasileiro⁴⁸, ao explicar este momento da persecução penal, narra:

⁴⁴ LOPES JR., Op. cit., p. 637

⁴⁵ Ibid, p. 638

⁴⁶ Ibid, p. 638

⁴⁷ NUCCI, Guilherme. **Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade**. ed. 8. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 105

⁴⁸ LIMA, Op. cit., p. 1050-1051.

Ao longo dos anos, a jurisprudência majoritária sempre entendeu que, ao receber a comunicação do flagrante, a autoridade judiciária não estaria obrigada a fundamentar a manutenção da prisão cautelar do agente. Se acaso deliberasse pelo relaxamento da prisão, aí sim a decisão deveria ser motivada. Portanto, quando da comunicação da prisão em flagrante, competia ao Juiz apenas verificar a existência de situação de flagrância e a devida observância das formalidades legais, estando obrigado a fundamentar apenas se fosse determinado o relaxamento da prisão

Esse tipo de conduta judicial apontada pelo autor, todavia, não se coaduna mais com a atual sistemática de decretação de prisões, por ferir os princípios da adequação e da necessidade da prisão cautelar, uma vez que se trataria nessa hipótese de perpetuação automática das prisões em flagrante.

Renato Brasileiro afirma que procedeu bem a Lei n. 12.403/11 ao conferir nova redação ao art. 310 do Código de Processo Penal, obrigando o magistrado a aferir a necessidade (ou não) da manutenção da prisão do agente preso em flagrante.⁴⁹

A propósito, o texto legal do artigo 310 do Código de Processo Penal determina que:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Para Avena, a verificação da própria legalidade da prisão flagrancial é a primeira providência a ser adotada pelo juiz. Caso seja verificada a ilegalidade do cerceamento da liberdade do indivíduo, o magistrado deverá relaxar a prisão, seja

⁴⁹Ibid, p. 1051

pela inobservância de formalidades legais ou pela própria ausência de situação flagrancial.⁵⁰

Após essa primeira análise por parte do magistrado, deverá ser verificada a possibilidade de concessão de liberdade provisória ou da necessidade de outra prisão cautelar. Nesse momento, como bem ensina Renato Brasileiro, cabe ao juiz questionar a existência de alguma das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, analisando se o agente, caso seja posto em liberdade, afete algum dos interesses tutelados pela norma penal: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, garantia da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal.⁵¹

Assim, se o magistrado vislumbrar no caso concreto a completa insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão, e presentes uma das hipóteses previstas no art. 313 do Código de Processo Penal, o magistrado deve converter a prisão em flagrante em preventiva, competindo ao Estado o ônus de demonstrar a necessidade e adequação desta medida ao caso concreto, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência.⁵²

A partir dessa exposição, o questionamento pertinente, e atual objeto de estudo desta pesquisa monográfica, é justamente a necessidade ou não de provocação por iniciativa das partes para que seja decretada a prisão preventiva por ocasião da judicialização da prisão flagrancial, à luz do sistema acusatório, adotado expressamente pelo Código de Processo Penal.

⁵⁰ AVENA, Op. cit.

⁵¹ LIMA, Op. cit., p. 1051

⁵² Ibid, 1053.

3 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: RESQUÍCIOS DE INQUISITORIEDADE

Este capítulo tem por objetivo analisar os direitos fundamentais do preso provisório, assim como conceituar os sistemas processuais penais, divididos doutrinariamente em três espécies: sistema acusatório, inquisitório e misto.

Essa análise será crucial para o entendimento do tema principal do trabalho, uma vez que a possibilidade ou não da conversão de prisão flagrancial em preventiva perpassa necessariamente a análise sobre a iniciativa das partes no processo penal, bem como influi diretamente nos direitos fundamentais do preso provisório. Ainda, serão brevemente apresentados alguns dos direitos fundamentais do preso em flagrante, e conceituados os sistemas processuais penais, demonstrando a existência de resquícios de inquisitividade no sistema processual penal brasileiro.

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO EM FLAGRANTE

Como exposto, é necessário enumerar os principais direitos fundamentais do preso em flagrante no atual ordenamento jurídico brasileiro, para assim enriquecer o debate acerca das espécies do sistema acusatório e da possibilidade da conversão da prisão flagrancial em preventiva.

Isso porque, evidentemente, os sistemas processuais penais se distinguem sobremaneira em razão da influência na esfera de proteção do indivíduo submetido à persecução penal.

Com o objetivo de garantir a mínima restrição à liberdade de locomoção do indivíduo, a Carta Magna de 1988 conferiu ao cidadão uma série de garantias contra o Estado no que tange às prisões. Para elucidar, citam-se os seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988⁵³:

⁵³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html Acesso em: 2 fev. 2022.

Art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

LXVIII - conceder-se-á "*habeas-corpus*" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder

Como se vê, a preocupação com a liberdade de locomoção do indivíduo como regra é evidente por parte do constituinte originário, diante das diversas garantias para aquele que é temporariamente segregado em função do cometimento de algum ilícito penal ou pelo descumprimento de obrigação alimentícia.

Do texto literal depreende-se que a restrição dessa liberdade de locomoção só poderá ser realizada em função de prisão flagrancial ou por ordem judicial fundamentada, ou ainda nos casos de transgressão militar.

O preso em flagrante terá direito à identificação dos responsáveis por sua captura, assim como seu encarceramento será imediatamente comunicado ao juiz competente, o que revela o objetivo de que tal encarceramento deve ser excepcional e breve. A manutenção do sujeito que fora preso em flagrante só se dará em casos excepcionais previstos em lei, como no caso de conversão da prisão flagrancial em preventiva, caso preenchidos os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Além disso, registra-se que a Lei n. 13.964/2019⁵⁴ conferiu ainda maior proteção aos presos em flagrante, uma vez que previu expressamente que, após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de 24 horas após a prisão, o juiz deve promover audiência de custódia com a presença do acusado, advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público. Findo o prazo inicial de 24 horas, a não realização dessa audiência sem motivação plausível determinará a ilegalidade da segregação, de modo que deve ser relaxada pela autoridade competente.

A propósito, o constitucionalista Marcelo Novelino⁵⁵ rememora que a Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019⁵⁶) instituiu um tipo penal específico para o agente público que deixa de relaxar a prisão manifestamente ilegal dentro de prazo razoável:

Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:

I - relaxar a prisão manifestamente ilegal;

Por isso, faz-se necessário que toda pessoa presa seja submetida a exame de corpo de delito, a fim de documentar o estado de saúde do preso, evitando agressões e tortura por parte dos agentes do Estado, que podem incidir nas sanções previstas na Lei 9.455/97, a "Lei de Tortura". Essa previsão vai ao encontro do mandamento constitucional de que nenhuma pessoa será submetida a tortura e tratamentos desumanos ou degradantes.

Outro direito fundamental do preso provisório a ser rememorado, e que ganha ainda maior importância nos dias atuais, é o de não ser submetido a exibicionismos midiáticos exacerbados. Nesse viés, o professor Renato Brasileiro⁵⁷ escreve:

⁵⁴ BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em: 27 jan. 2022.

⁵⁵ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. ed. 16. Salvador Ed. JusPodivm, 2021. p. 462

⁵⁶ BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm Acesso em: 02 fev. 2022.

⁵⁷ DE LIMA, Op. cit., p. 1004

Especificamente em relação à divulgação da imagem de pessoas presas, o que se vê no dia a dia é uma crescente degradação das autoridades estatais, por meio de reprodução da imagem do preso sem que haja prévia autorização do preso, nem tampouco um fim social na sua exibição. Utilizam sua imagem, pois, como produto da notícia, a fim de saciar a curiosidade do povo. Os programas sensacionalistas do rádio e da televisão saciam curiosidades perversas extraíndo sua matéria-prima da miséria de cidadãos humildes que aparecem algemados e exibidos como verdadeiros troféus.

Cabe lembrar, inclusive, que a já mencionada "Nova Lei de Abuso de Autoridade" instituiu tipo penal específico para a conduta de "constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública" (art. 13, I).

Seguindo a linha, vale mencionar também o conteúdo da Súmula Vinculante n. 11⁵⁸, que determina que o uso de algemas só será possível em caso de resistência ou de fundado receio de fuga ou perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, com a justificativa excepcional por escrito, sob pena de responsabilidade do agente e da nulidade da prisão e do ato processual.

Assim, pode-se vislumbrar que o preso em flagrante, no sistema processual penal brasileiro, possui diversas garantias em relação à sua integridade física e moral - embora, na prática, sejam descumpridas diuturnamente -, o que aponta a necessidade de esforço coletivo para que sejam respeitados, em prol do regime democrático inaugurado neste país pela Constituição de 1988.

3.2. ESPÉCIES DE SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Introduzidos os direitos fundamentais do preso provisório, oportuno conceituar as espécies de sistemas processuais penais, definir qual o sistema adotado no ordenamento jurídico pátrio, para assim embasar a temática principal deste trabalho, que possui relação direta com esse assunto.

⁵⁸ Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 11. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220> Acesso em: 21 fev 2022

Na doutrina processualista penal, historicamente existiram dois sistemas principais, quais sejam: o sistema acusatório e o inquisitivo. Todavia, tais conceitos são abstrações, uma vez que, na prática, não há sistemas completamente acusatórios ou completamente inquisitivos.⁵⁹

Parte da doutrina, inclusive, sustenta que há um sistema misto, ora inquisitivo, ora acusatório. Nesse viés, Norberto Avena⁶⁰ esclarece que são encontradas três espécies de sistemas processuais penais (tipos de processo penal): sistema acusatório, sistema inquisitivo e sistema misto.

Aury Lopes Jr.⁶¹, ao tratar acerca da existência dessas três espécies de sistema processuais penais, considera o seguinte:

Ora, afirmar que o "sistema é misto" é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois esta classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância. (LOPES JR., 2018, p. 41)

Assim, é conveniente, neste momento, conceituar cada sistema e informar o seu princípio norteador, para que, na análise concreta de um sistema processual penal, possa se estabelecer a predominância de um sistema sobre o outro.

3.2.1 Sistema acusatório

O sistema acusatório é aquele que possui a separação nítida entre o órgão acusador e o julgador, de forma que haja liberdade de acusação, predominando a isonomia entre as partes. Além do mais, há presença da publicidade do processo, com a presença de contraditório, sendo que a regra é a liberdade do acusado.⁶²

Esse sistema tem suas origens históricas na Grécia e Roma, sendo que é caracterizado pela acusação oficial, com eventual permissão para iniciativa da vítima. As características básicas do sistema acusatório seriam: a) o contraditório; b) a acusação e o acusado estão em igualdade processual; c) em regra, o

⁵⁹ BADARÓ, Op. cit., 2018. p. 101

⁶⁰ AVENA, Op. cit., p. 9

⁶¹ LOPES JR., Op. cit., p. 41

⁶² NUCCI, Op. cit., p. 72

procedimento é público; d) as funções de acusação, defesa e julgamento são de responsabilidade de entes distintos. e) o procedimento pode ser oral ou escrito; f) igualdade de direitos entre as partes; g) a iniciativa do processo como atribuição da parte acusadora.⁶³

Nessa toada, os princípios do contraditório e da ampla defesa são elementos centrais do sistema acusatório, de modo que a imparcialidade do magistrado na gestão e apreciação da prova é crucial. O professor Nestor Távora⁶⁴, ao narrar a origem desse sistema, corrobora tal entendimento:

Com origem que remonta ao Direito grego, o sistema acusatório é o adotado no Brasil, de acordo com o modelo plasmado na Constituição Federal de 1988. Com efeito, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (art. 129, I, CF/88), a Carta Magna deixou nítida a preferência por esse modelo que tem como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado. (TÁVORA, 2019, p. 55)

Assim, podem-se observar vantagens do modelo acusatório no prisma ideológico, uma vez que se trata de uma forma mais democrática de poder, pois aquele a quem se destina a acusação pode participar ativamente do processo, de forma que o processo se torna uma própria garantia do sujeito acusado.⁶⁵

Além do mais, a separação das funções de acusar e julgar implica em condições mais favoráveis para a possibilidade concreta de uma imparcialidade do magistrado. O afastamento do magistrado da atividade das partes assegura, assim, a sua imparcialidade, elemento central do sistema acusatório.⁶⁶

Por conseguinte, o sistema acusatório demanda uma observância estrita às garantias constitucionais, com isonomia processual em que a defesa e a acusação estão em pé de igualdade no processo, com semelhantes oportunidades para intervir no seu desfecho.

Nesse ponto, impende citar os ensinamentos de Norberto Avena⁶⁷:

⁶³ MIRABETE, Op. cit., p. 22

⁶⁴ Távora, Nestor. **Curso de direito processual penal**, ed. 14. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

⁶⁵ BADARÓ, Op. cit., p. 103

⁶⁶ LOPES JR., Op. cit., p. 44

⁶⁷ AVENA, Op. cit., p. 9

Próprio dos regimes democráticos, o sistema acusatório caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas. Chama-se acusatório porque, à luz desse sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias. Asseguram-se ao acusado o contraditório e a ampla defesa. Como decorrência destes postulados, garante-se à defesa o direito de manifestar-se apenas depois da acusação, exceto quando quiser e puder abrir mão desse direito. A tramitação da ação penal ocorrerá em estrita observância do modelo (procedimento) consagrado em lei [...] Outra nota importante refere-se à garantia da isonomia processual, significando que a acusação e defesa devem estar em posição de equilíbrio no processo, sendo-lhes asseguradas idênticas oportunidades de intervenção e igual possibilidade de acesso aos meios pelos quais poderão demonstrar a verdade do que alegam. Considerando que as bases do sistema acusatório incluem a rigorosa observância das garantias constitucionais do acusado, este, como regra, responderá o processo em liberdade, exceto na hipótese em que atos, fatos ou circunstâncias relacionados ao seu comportamento e à natureza do delito imputado demonstrarem a necessidade de sua segregação provisória.

Por derradeiro, vale citar que, no sistema acusatório, não caberá ao juiz tutelar a qualidade da investigação, pois, exceto nos casos de provas urgentes, não se exerce a jurisdição.

Nesse modelo processual penal, em regra, o conhecimento judicial acerca das provas se reserva à fase de prolação da sentença. Ou seja, a atividade de colher provas deve interessar de forma primária àquele que acusa ou como meio defesa, não como atividade tipicamente judicial⁶⁸.

3.2.2 Sistema inquisitivo e a gestão da prova pelo magistrado

Em contraste com o sistema acusatório, o sistema inquisitivo apresenta uma gestão da prova completamente distinta, uma vez que nele está presente o impulso oficial por parte do magistrado, de modo que as garantias e liberdades processuais são dirimidas em favor de uma forma autodefensiva da administração da justiça.⁶⁹

Nucci, quando o sistema inquisitivo, esclarece que há uma concentração de poder nas mãos do julgador, pois, ao mesmo tempo, exerce a função de acusador e julgador. Além do mais, afirma que nesse modelo há uma predominância dos

⁶⁸ PACELLI, Op. cit., p. 12

⁶⁹ MIRABETE, Op. cit., p. 21

modelos escritos, sem a presença de contraditório, em que a defesa é mera peça de decoração.⁷⁰

Tais características de concentração de poder no julgador atendem justamente à necessidade de maior velocidade no julgamento, sujeitando-se o acusado ao papel de objeto da persecução penal. O interesse coletivo, portanto, deve se sobrepor ao interesse individual.⁷¹

Sobrepondo-se o interesse coletivo ao interesse individual, por conseguinte, leva ao cenário em que o acusado é um inimigo do acusador, transformando-se em objeto útil do processo, com o objetivo espúrio de se extrair a verdade, mesmo com a utilização de métodos desumanos.⁷²

Assim sendo, o juiz inquisidor tinha autonomia para atuar *ex officio*, colhendo provas independentemente da proposição pelo órgão acusador. O acusado poderia ser submetido à tortura e outros meios degradantes de colheita de provas, demonstrando a incompatibilidade do modelo inquisitório com o Estado Democrático de Direito, por violação evidente aos direitos fundamentais do preso, o qual, em regra, permanecia segregado durante o processo.⁷³

Por esse motivo, não se pode falar em paridade de armas no sistema inquisitivo, uma vez que a defesa é extremamente restrita, não sendo-lhe garantida uma série de direitos fundamentais, como o de manifestação em relação a provas produzidas *ex officio*. É por essa razão que se pode afirmar claramente que o sistema inquisitivo é típico de sistemas ditatoriais.⁷⁴

Nessa linha, Aury Lopes Jr., ao abordar o sistema inquisitivo, afirma que este modelo processual foi desacreditado justamente por incidir em um "erro psicológico", qual seja: o de que uma mesma pessoa pode julgar, investigar, acusar e defender.⁷⁵

Logo, é possível concluir que o sistema inquisitivo afeta sobremaneira os direitos fundamentais do preso, que permanece segregado, em regra, durante todo o processo. Além do mais, o acusado é submetido a inúmeras restrições em sua defesa, de modo que a gestão da prova pelo magistrado invalida o princípio da presunção de inocência que deve reinar no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, os resquícios desse sistema devem ser sobrepostos por uma sistemática processual

⁷⁰ NUCCI, Op. cit., p. 71

⁷¹ TÁVORA, Op. cit., p. 54

⁷² BADARÓ, Op. cit., p. 103

⁷³ *Ibid*, p. 102

⁷⁴ AVENA, Op. cit, p. 9

⁷⁵ LOPES JR., Op. cit., p. 42

mais moderna e democrática, e que esteja alinhada com os ditames da Constituição Federal de 1988.

3.2.3 Sistema francês, misto ou napoleônico

Ainda utilizado em alguns países europeus e da América Latina, o sistema misto mistura detalhes do sistema acusatório e do sistema inquisitivo. Nesse sistema, em regra, há uma fase de instrução inquisitiva, composta por uma investigação preliminar e instrução preparatória, assim como por uma fase em que existe o contraditório e o julgamento.⁷⁶

O professor Guilherme Nucci⁷⁷ sintetiza esse sistema processual da seguinte forma:

Surgido após a Revolução Francesa, uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas. (NUCCI, 2016, p. 72)

Percebe-se que o sistema processual misto é aquele que se afasta da ideia de um sistema puro, combinando elementos acusatórios e inquisitivos. Desse modo, haveria duas fases processuais, cada qual com a predominância inquisitiva ou acusatória. Nestor Távora⁷⁸ esclarece que o sistema misto, originário do "Code D'Instruction Criminelle" francês, possui as seguintes características, com especial relevo para a peculiaridade da sistemática recursal:

Dissecando toda a persecução no sistema misto, temos: a) investigação preliminar, a cargo da polícia judiciária; b) instrução preparatória, patrocinada pelo juiz instrutor; c) julgamento: só este último, contudo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa; d) recurso: normalmente há o "recurso de cassação", no qual se impugna apenas as questões de direito, mas também é possível o

⁷⁶ MIRABETE, Op. cit., p. 22

⁷⁷ NUCCI, Op. cit., p. 72

⁷⁸ TÁVORA, Op. cit., p. 54

recurso de apelação, no qual são impugnadas as questões de fato e de direito. (TÁVORA, 2019, p. 57)

Pois bem. Ao analisar a forma como a doutrina processualista descreve as diferenças entre o sistema acusatório, o sistema inquisitivo e o sistema misto, pode-se perceber que o foco se encontra na "pureza" ou não do sistema, no que tange a participação do magistrado na gestão da prova e na condução do processo. O sistema misto, como descrito alhures, seria aquele que mescla duas fases, cada qual com modelo diferente de participação do magistrado.

Todavia, parece que esta classificação demonstra uma insuficiência conceitual e não corresponde com os modelos atuais, tratando-se apenas de modelos históricos sem visualização prática no tempo atual. Aury Lopes Jr.⁷⁹, nesse viés, leciona que a visão tradicional acerca do sistema misto é reducionista, pois, na prática, todos os modelos atuais são mistos. Assim, não basta afirmar que o sistema acusatório é aquele em que há separação das funções de acusar e julgar. É necessário que essa separação de funções implique em uma vedação à iniciativa probatória do magistrado.

É justamente por isso que se faz necessário buscar a predominância das características do sistema acusatório e do sistema inquisitivo para se descrever um modelo processual na prática. Assim, quando analisamos o Código de Processo Penal brasileiro, pode-se ver claramente que a ordem constitucional determina a separação das acusações de acusar, defender e julgar, com a garantia do contraditório e ampla defesa, além do princípio da presunção de inocência. No entanto, é certo que não estamos diante de um sistema acusatório puro, uma vez que o Código de Processo Penal pátrio possui nítida inspiração no modelo fascista italiano⁸⁰ e demonstra resquícios de inquisitividade evidentes, que serão abordados brevemente no tópico seguinte deste trabalho.

3. 3 OS RESQUÍCIOS DE INQUISITIVIDADE NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Após introduzir os sistemas processuais penais, em uma abordagem histórica e conceitual, além de determinar a forma como cada um interfere nos direitos

⁷⁹ LOPES JR., Op. cit., p. 45

⁸⁰ DE LIMA, Op. cit., p. 45

fundamentais do acusado, podemos observar claramente que a existência de um sistema puramente inquisitivo ou puramente acusatório não passa de uma conceituação histórica, o que torna necessário concluir que cada ordenamento processual penal possui suas peculiaridades e influências distintas de cada sistema processual. É o que ocorre no sistema processual penal brasileiro.

Todavia, faz-se o alerta de que isso não implica necessariamente, como já dito, que todos os sistemas processuais penais sejam mistos, e sim que deve-se buscar qual a predominância das características de cada modelo na prática.

Por essa linha de raciocínio, esse tópico objetiva demonstrar que, apesar de majoritariamente se entender que o sistema processual penal brasileiro é acusatório, haja vista a previsão expressa adotada no Código de Processo Penal, por meio das alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, podem-se observar resquícios de inquisitorialidade no que tange, principalmente, a gestão da prova.

Nesse sentido, a Lei 13.964/2019 introduziu o art. 3º-A no Código de Processo Penal, com a previsão de que "O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação"⁸¹, fato que demonstra grande avanço. Contudo, isso fortalece ainda mais a dúvida existente: havia dúvida se o sistema processual penal brasileiro era de fato acusatório? E, apesar desta previsão, podemos observar dispositivos legais que mantêm os poderes inquisitórios do magistrado no Brasil.

É por esse motivo que parte da doutrina entende que o sistema processual penal brasileiro é neoinquisitório. Pedro Ganem⁸², ao tratar sobre o caráter neoinquisitório do sistema processual penal brasileiro, elucida que, apesar de a Constituição Federal de 1988 ter atribuído a função de acusar para um órgão específico, o Ministério Público, o magistrado ainda é dotado de poderes essencialmente inquisitivos, podendo determinar a produção de provas (art. 156, CPP), inquirir testemunhas sempre que julgar necessário o esclarecimento de um fato (art. 212 do CPP), e até mesmo condenar o réu cuja absolvição foi solicitada (art. 385 do CPP).

⁸¹ BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em: 27 jan. 2022

⁸²Ganem, Pedro. **O Processo Penal Neoinquisitório Brasileiro**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-processo-penal-neoinquisitorio-brasileiro/>. Acesso em 03 fev 2022

Além do mais, a existência de inquéritos iniciados *ex officio* pelos tribunais, como ocorre no polêmico caso do "Inquérito das *Fake News*"⁸³ e a existência ainda recorrente de prisões decretadas à margem da lei colocam em questionamento a essência acusatória do sistema processual penal brasileiro, tendo em vista a nitidez dos resquícios inquisitivos.

Diante disso, resta evidente que a previsão expressa do caráter acusatório do sistema processual se contradiz à manutenção do art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal, que ainda prevê que é "facultado ao juiz de ofício ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida". José Laurindo de Souza Netto, Anderson Ricardo Fogaça e Adriane Garce⁸⁴ esclarecem essa aparente contradição, afirmando o caráter paradoxal da adoção expressa do sistema acusatória por meio do "Pacote Anticrime":

O fato de a nova lei ter que positivar, expressamente, o sistema processual acusatório permite aferir que, antes de sua vigência, havia dúvidas — nada obstante seja clara a opção do constituinte — sobre qual o verdadeiro sistema processual penal adotado pelo Brasil: se acusatório ou, ainda, misto. Essa previsão, a rigor, ao encerrar a inquietação a respeito do assunto, é um inegável avanço para o Direito Processual Penal brasileiro. A bem da verdade, porém, o sistema acusatório que a nova legislação deseja impor, de acusatório, mesmo, pouca coisa tem ou traz. A começar pela manutenção, no Código de Processo Penal, do art. 156, inc. I, por exemplo, que não foi revogado pela Lei Anticrime. Essa negligência do legislador implica — a toda evidência — na preservação de práticas judiciais de matriz historicamente inquisitorial, da qual, aliás, o Código de Processo Penal, fortemente inspirado no fascista Codice Rocco de 1930, parece não conseguir se desvencilhar mesmo após sucessivas reformas legislativas.

Não bastasse essa aparente contradição, vale mencionar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar nas ADI's 6.298, 6.300 e 6.305, suspendeu a eficácia da figura do juiz das garantias, incluindo o art. 3º-A do Código de Processo

⁸³SILVA, César Dario Mariano da. **O sistema acusatório e o inquérito das fake news**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-31/cesar-dario-sistema-acusatorio-inquerito-fake-news>. Acesso em: 03 fev 2022

⁸⁴ NETTO, José Laurindo de Souza, et al. **Lei Anticrime e a paradoxal afirmação do sistema acusatório**. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/20585333/29.+Qualis+B1+-+Artigo+Lei+Anticrime.pdf/1e738710-2b21-00cf-ec2b-42f18ac90b31> Acesso em: 03 fev 2022

Penal, o qual caracteriza a adoção expressa do sistema acusatório no Brasil, de forma que os trejeitos inquisitivos brasileiros se evidenciaram ainda mais⁸⁵.

Por fim, pode-se concluir que, além de não ser indicado adotarmos o simplismo de dizer que o sistema processual penal pátrio é misto, o sistema processual penal brasileiro deve ser o acusatório, tanto pela previsão da separação de funções na Carta Magna quanto pela literalidade do Código de Processo Penal - ainda que tal previsão esteja suspensa no momento. Isso não impede, todavia, a observação de traços característicos de um sistema inquisitivo, especialmente no que tange à gestão da prova de ofício e a falha imparcialidade do magistrado, circunstâncias que revelam o passado e a inspiração autoritária do Código de Processo Penal brasileiro.

⁸⁵ **Crítica à suspensão da eficácia do art. 3º-A do CPP.** Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/8586> Acesso em: 03 fev 2022

4 A IMPOSSIBILIDADE DA CONVERSÃO *EX OFFICIO* DA PRISÃO FLAGRANCIAL EM PREVENTIVA

Este capítulo objetiva examinar as decisões judiciais acerca da possibilidade ou não da conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva, a fim de demonstrar o seu impacto à luz do sistema acusatório. Para isso, serão apresentadas brevemente as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 no que tange à decretação de prisões cautelares, bem como a paradoxal manutenção legal do art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, e a adoção expressa do sistema acusatório pelo mesmo diploma legal. E, posteriormente, analisar-se-ão recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal, e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com o intuito de pontuar os avanços e correntes jurisprudenciais acerca da temática.

4.1 PANORAMA GERAL DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.964/2019 NA DECRETAÇÃO DE PRISÕES CAUTELARES

A Lei 13.964/2019 promoveu profundas alterações no sistema processual penal brasileiro, entre as quais podem-se citar a criação da figura do juiz de garantias e a adoção expressa do sistema acusatório no Código de Processo Penal. Todavia, dentro da abordagem principal deste trabalho, três mudanças ganham extremo relevo, especialmente quando defrontamos dispositivos legais entre si, do que se podem extrair contradições óbvias.

Essas três mudanças principais, a saber, são: i) a expressa previsão de que o sistema processual penal brasileiro é acusatório; ii) a alteração do art. 310 do Código de Processo Penal, que prevê as possibilidades conferidas ao magistrado ao receber o auto de prisão em flagrante; iii) a nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal, que exclui a possibilidade de decretação de prisão preventiva "ex officio".

Em relação à primeira alteração, como já se expôs anteriormente, apresenta um avanço relevante para a democratização do sistema processual penal brasileiro, uma vez que o art. 3º-A consolida o entendimento doutrinário de que deve prevalecer o caráter acusatório em detrimento dos elementos inquisitórios que ainda estão presentes no ordenamento jurídico. Isso, como afirmado no capítulo anterior, não implica dizer que o sistema processual penal brasileiro, por uma previsão abstrata no Código de Processo Penal, passa a ser um sistema acusatório puro, visto que ainda existem poderes concedidos ao magistrado que violam à imparcialidade do julgador e o princípio da iniciativa das partes. Todavia, tal avanço caracteriza o esforço coletivo de apontar e renegar os resquícios inquisitoriais de um Código de Processo Penal que remonta a 1940.

Já em relação à segunda alteração, o art. 310 do Código de Processo Penal passou a prever que:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I – relaxar a prisão ilegal; ou

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Tal previsão veio no sentido de satisfazer às normas supraleais previstas na Convenção Interamericana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, os quais afirmam que o sujeito preso deve ser apresentado sem demora à presença do magistrado.

Por último, no que concerne à terceira alteração, o art. 311 em sua nova redação prevê que em "qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial".

Tal dispositivo legal advém da necessidade de corrigir um erro histórico da redação anterior do Código de Processo Penal, que conferia ao magistrado a possibilidade de decretar prisões preventivas de ofício no curso da ação penal, um claro atentado ao direito de defesa do acusado e à imparcialidade do julgador, condições *sine qua non* para um sistema verdadeiramente acusatório.

Não obstante esses avanços, podem-se verificar ainda alguns regressos que indicam a permanência do instinto punitivista nos operadores do direito penal, sobretudo a inserção do § 2º no art. 310, que prevê que "se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares". Essa previsão obviamente afronta o próprio entendimento consolidado dos Tribunais Superiores que determinam a impossibilidade de presumir a necessidade da prisão preventiva com base na gravidade abstrata do delito.⁸⁶

4.2 A MANUTENÇÃO LEGAL DA POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO *EX OFFICIO* DA PRISÃO FLAGRANCIAL EM PREVENTIVA

Expostas as três principais alterações no Código de Processo Penal no que tange às decretações de prisões cautelares, faz-se necessário mencionar uma omissão do legislador que pode suscitar uma aparente incompatibilidade com a nova redação do art. 310 e 282, §2º, ambos do CPP.

Inegável que as modificações na legislação penal inseridas pelo dito "Pacote Anticrime" demonstram significativos avanços no combate às ilegalidades e arbitrariedades na decretação da prisão preventiva. Isso pode ser depreendido da retirada da possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado no curso da ação penal, outrora vedada apenas no curso de inquérito policial, mas ainda permitida no curso do processo. Tal distinção, nesse sentido, não subsiste mais no ordenamento jurídico brasileiro.

⁸⁶ Gurgel, Sergio et al. **Pacote anticrime: os efeitos da reforma ao Código de Processo Penal.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/pacote-anticrime-os-efeitos-da-reforma-ao-codigo-de-processo-penal/> Acesso em: 15 fev 2022

Todavia, o art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, ao prever que a possibilidade de o magistrado "converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão", no momento em que "receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão", levanta o seguinte questionamento: tal conversão da prisão flagrancial em preventiva também necessita de alguma espécie de representação ou requerimento, ou tal exigência legal prevista no art. 311 do CPP, sofre uma exceção aberta pela omissão do legislador no art. 310, inciso II?

Esse questionamento carrega em si implicações práticas drásticas, pois, ao se abrir uma exceção para o caso da conversão do flagrante em preventiva, cria-se uma abertura para a reprodução automática de decisões judiciais decretando a prisão preventiva em sede de audiência de custódia, sem provocação de qualquer natureza.

Assim, o que pode parecer apenas um descuido do legislador, ao não esclarecer no próprio art. 310, inciso II, a impossibilidade de que essa conversão seja de ofício, significa, na verdade, a manutenção - ao menos no plano legal - desta possibilidade.

4.3 A IMPOSSIBILIDADE DA CONVERSÃO *EX OFFICIO* À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Como exposto no tópico anterior, apesar das diversas alterações em dispositivos do Código de Processo Penal, manteve-se, ao menos no plano legal, a possibilidade de conversão de ofício da prisão flagrancial em preventiva. Isso porque o art. 310, inciso II, do CPP, ao determinar as providências cabíveis ao magistrado no momento de recepção do auto de prisão em flagrante, apresenta lacuna legal que permite ao juiz a conversão, caso preenchidos os requisitos e pressupostos previstos em lei.

No entanto, esse entendimento não se sustenta, quando confrontado com os demais dispositivos legais. Ora, apesar da omissão do legislador ao não suprimir a possibilidade de conversão no art. 310, inciso II, do CPP, as alterações promovidas pelo "Pacote Anticrime" nos artigos 311 e 282, ambos do CPP, não deixam dúvidas

que a intenção é de modificar a forma como os operadores de direito têm enfrentado a decretação de prisões preventivas.

A supressão da expressão "de ofício" do artigo 311 do Código de Processo Penal, por exemplo, é claro indício de que a intenção do legislador é justamente de coibir a atuação inquisitiva dos magistrados, os quais devem manter-se imparciais e equidistantes das partes. É inevitável que se conclua pela necessidade de provocação das partes para que se opere a conversão do flagrante em preventiva. Não há como interpretar que se queira atribuir uma interpretação diametralmente oposta para artigos pertencentes ao mesmo diploma legal, o qual está subordinado aos princípios processuais penais e constitucionais.

Logo, não parece razoável fazer distinção entre a prisão preventiva genuinamente decretada e a prisão preventiva originária de situação flagrancial, pois nem a legislação faz essa distinção. Interpretar que um dispositivo abre exceção ao sistema acusatório determinado pelo art. 3-A é, na verdade, abrir margem para as discricionariedades de um sistema com claros ranços inquisitivos.

A adoção expressa do sistema acusatório no Código de Processo Penal, em conjunto com a supressão da expressão "de ofício" do próprio artigo 311, que trata da prisão preventiva em abstrato, exige em todos os casos a interpretação de que o magistrado não pode atuar de forma inquisitiva, restringindo a liberdade de locomoção de indivíduos sem a devida provocação pelas partes.

Por esse viés, tornam-se inócuos todos os esforços por uma maior democratização do sistema processual penal brasileiro e pela concretização do sistema acusatório, se, a bel prazer, ao interpretarmos na prática um tema como a possibilidade de conversão da prisão flagrancial em preventiva, abrimos margem a interpretações que não se alinham com a imparcialidade e equidistância do magistrado.

Faz-se necessário, desse modo, concluir que, à luz das regras constitucionais do sistema acusatório e da imposição de imparcialidade do juiz, não incumbe ao magistrado prender de ofício.⁸⁷

4.4 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

⁸⁷ LOPES JR., Op. cit., p. 619

Demonstrado a impossibilidade da conversão de ofício da prisão flagrancial em preventiva à luz do sistema acusatório, cabe mencionar a evolução jurisprudencial no âmbito dos Tribunais Superiores, para analisar o impacto dessas decisões na temática.

O advento da Lei 13.964/2019 acentuou as divergências em relação à possibilidade da conversão da prisão flagrancial em preventiva de ofício, diante da nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal que retirou o trecho em que se permitia a decretação *ex officio* de prisões preventivas no curso da ação penal.

À primeira vista, como exposto anteriormente, a interpretação conferida por alguns Tribunais foi de que o art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, abriu uma exceção à nova redação do art. 311, do mesmo diploma legal, visto que a literalidade afirma abertamente que o magistrado possui o poder de converter a prisão flagrancial em preventiva, caso preenchidos os requisitos e pressupostos insculpidos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, por exemplo, foi o posicionamento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, nos autos do Habeas Corpus n. 583.995/MG⁸⁸, julgado em setembro de 2020, formou maioria pela possibilidade da conversão de ofício da prisão flagrancial em preventiva:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. MODELO BRASILEIRO. CÓDIGO DE 1941. ADOÇÃO DE UMA ESTRUTURA PREDOMINANTEMENTE ACUSATÓRIA. REMANESCENTE INCLINAÇÃO INQUISITORIAL EM DISPOSITIVOS PROCESSUAIS (ARTS. 5º, II; 10, §1º; 28; 156, I E 574, SEGUNDA PARTE, CPP E ART. 13, LEI N. 9.296/1996, ART. 13). ADAPTABILIDADE À REALIDADE BRASILEIRA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE PROVOCAÇÃO. ART. 311 DO CPP, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 13.964/2019. CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PREVENTIVA. HIPÓTESE PARTICULAR. PROVIDÊNCIAS PREVISTAS NO ART. 310 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE ATIVIDADE PROPRIAMENTE OFICIOSA DO JUIZ. FUNDAMENTAÇÃO. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. OFENSA À ORDEM PÚBLICA (REITERAÇÃO DELITIVA E PREMEDITAÇÃO). MOTIVAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS DENEGADO. LIMINAR CASSADA. [...] 6. Com a edição da Lei nº 13.964/2019, que deu nova redação ao art. 311 do CPP, não mais se permite ao juiz decretar a prisão preventiva do investigado ou réu, sem provocação do Ministério Público ou da autoridade policial. 7. Diversa, porém, é a situação em

⁸⁸SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus 583.995 MG 2020/0122296-6. Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 15/09/2020, Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 07/10/2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=\(HC+e+583995\).nome](https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=(HC+e+583995).nome). Acesso em: 21 fev. 2022.

que o juiz converte, por força de comando legal, a prisão em flagrante em alguma(s) medida(s) cautelar(es) de natureza pessoal, inclusive a prisão preventiva, porquanto, nesta hipótese, regulada pelo art. 310 do CPP, o autuado já foi preso em flagrante delito e é trazido à presença da autoridade judiciária competente, após a lavratura de um auto de prisão em flagrante, como determina a lei processual penal, para o controle da legalidade e da necessidade da prisão, bem como da observância dos direitos do preso, especialmente o de não sofrer coação ou força abusiva pelos agentes estatais responsáveis por sua prisão e guarda. 8. Não há, em tal situação, uma atividade propriamente oficiosa do juiz, porque, a rigor, não apenas a lei obriga o ato judicial, mas também, de um certo modo, há o encaminhamento, pela autoridade policial, do auto de prisão em flagrante para sua acurada análise, na expectativa, derivada do dispositivo legal (art. 310 do CPP), de que o juiz, após ouvir o autuado, adote uma das providências ali previstas, inclusive a de manter o flagranciado preso, já agora sob o título da prisão preventiva.

Nesta decisão, vencidos os Ministros Nefi Cordeiro e Sebastião Reis Júnior, a Sexta Turma, com o voto vencedor do Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, e dos Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz, decidiu por manter a decisão do Tribunal originário, que adotou o posicionamento de que "a vedação constante no artigo 311 do CPP se refere apenas à prisão preventiva decretada de ofício no curso do Inquérito Policial ou da instrução criminal, e não à conversão da prisão em flagrante em preventiva, situação distinta, a denegação da ordem por tal fundamento é medida que se impõe".

Nessa toada, o voto do Relator expõe acertadamente que o sistema processual penal brasileiro permanece "com fortes ranços inquisitoriais tanto em alguns dispositivos da legislação processual, especialmente os que dizem respeito ao procedimento e às iniciativas judiciais ao longo do inquérito policial e da ação penal".

Todavia, embora reconheça essa faceta espúria do sistema processual penal brasileiro, a decisão relativiza a exigência de provocação do magistrado, ao afirmar que "é preciso, portanto, considerar que a praxe judiciária não tem acolhido dogmas ou princípios de modo absoluto".

Com base nessa relativização, o Ministro Rogério Schietti Cruz afirma que há uma diferença notável entre a decisão judicial que decreta uma prisão preventiva, ou outra medida cautelar pessoal ou probatória, e aquela decisão que converte por força legal a prisão em flagrante em alguma medida cautelar, pois nessa última hipótese o preso em flagrante foi levado à presença da autoridade judiciária,

provocada pela lavratura e remessa ao juízo de um auto de prisão em flagrante. Assim, através da referida decisão, o entendimento da Sexta Turma passou a ser de que, nesse caso, não há qualquer atividade oficiosa do magistrado, tampouco afronta ao sistema acusatório, pois o togado estaria sendo provocado pelo próprio encaminhamento do auto de prisão em flagrante e pela situação de apresentação do preso em sede de audiência de custódia. É necessário, pois, que o magistrado tome alguma das providências enumeradas pelo art. 310 do Código de Processo Penal.

Na mesma linha, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em momento inicial, corroborou o entendimento de que era possível a conversão oficiosa do flagrante em preventiva. Nesse sentido, também no mês de setembro de 2020, a Quinta Turma, nos autos do Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 611.940/SC⁸⁹, reconheceu a legalidade de prisão preventiva convertida de ofício em sede flagrançial:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO INDEFERIDA LIMINARMENTE. SÚMULA 691/STF. AUSÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE. RECEPÇÃO (POR CINCO VEZES), ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. LEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça tem compreensão firmada no sentido de não ser cabível habeas corpus contra decisão que indefere o pleito liminar em prévio mandamus, a não ser que fique demonstrada flagrante ilegalidade, o que não ocorre na espécie. Inteligência do verbete n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2. Embora a Lei n. 13.964/2019 - Pacote Anticrime - tenha retirado a possibilidade de decretação da prisão preventiva, de ofício, do art. 311 do Código de Processo Penal, no caso, trata-se da conversão da prisão em flagrante, hipótese distinta e amparada pela regra específica do art. 310, II, do CPP. 3. O artigo 310, II, do CPP autoriza a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva pelo Juízo processante, desde que presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, como ocorreu, na espécie. Precedentes. 4. Assim, não há ilegalidade ou ofensa ao sistema acusatório, na prisão preventiva do agente uma vez que a sua conversão do flagrante está amparada na previsão legal do art. 310, II do CPP. Aliás, no julgamento recente do HC 583.995-MG, a colenda Sexta Turma manteve tal interpretação, por votação majoritária. 5. Agravo regimental improvido. Ausência de

⁸⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 611.940/SC. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 22/09/2020, Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 28/09/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002135069&dt_publicacao=20/10/2020 Acesso em: 21 fev 2022

teratologia ou de flagrante ilegalidade capaz de justificar a superação da Súmula 691/STF.

Nesta decisão, a Quinta Turma votou, por unanimidade, pelo desprovemento de Agravo Regimental, de modo a manter prisão preventiva convertida do flagrante sem a devida provocação pelo Delegado de polícia ou pelo *Parquet*. O Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca utilizou como base a supracitada decisão da Sexta Turma nos autos do Habeas Corpus n. 583.995/MG.

Segundo o relator, o tratamento à situação de conversão da prisão flagrancial deve ser distinto ao de prisões preventivas decretadas no curso da ação penal, haja vista que a manutenção da literalidade do art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, comporta exceção à nova redação do art. 311 do mesmo diploma legal. O relator afirma também que tal tratamento não viola o sistema acusatório, pois, nesse caso, não se trataria de uma prisão decretada de ofício quando o sujeito se encontra solto, sem restrição à liberdade, mas se trata de cenário em que este é levado à autoridade judicial, que, por conseguinte, deve adotar alguma das medidas legais previstas no art. 310 do CPP.

Nada obstante, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, um mês após adotar o posicionamento supracitado, em 20 de outubro de 2020, nos autos do Habeas Corpus n. 590.039/GO⁹⁰, decidiu por alterar seu entendimento em relação à possibilidade de conversão *ex officio* da prisão flagrancial em preventiva:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691/STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SUPERAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. VIGÊNCIA DA LEI 13.964/2019. CONVERSÃO EX OFFICIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. Nos termos da Súmula 691 do STF, é incabível habeas corpus contra decisão que indefere pedido liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada. No caso, observam-se circunstâncias excepcionais que autorizam a mitigação do referido enunciado sumular. 2. A Lei n. 13.964/2019 promoveu diversas alterações processuais, deixando clara a intenção do legislador de retirar do Magistrado qualquer possibilidade de

⁹⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus n. 590.039/GO. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data de Julgamento: 20/10/2020, Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 29/10/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001460139&dt_publicacao=29/10/2020 Acesso em: 21 fev 2022

decretação ex officio da prisão preventiva. 3. O anterior posicionamento desta Corte, no sentido de que "não há nulidade na hipótese em que o magistrado, de ofício, sem prévia provocação da autoridade policial ou do órgão ministerial, converte a prisão em flagrante em preventiva", merece nova ponderação em razão das modificações trazidas pela referida Lei n 13.964/2019, já que parece evidente a intenção legislativa de buscar a efetivação do sistema penal acusatório. 4. Assim, a partir das inovações trazidas pelo Pacote Anticrime, tornou-se inadmissível a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva. Portanto, a prisão preventiva somente poderá ser decretada mediante requerimento do Ministério Público, do assistente ou querelante, ou da autoridade policial (art. 311 do CPP), o que não ocorreu na hipótese dos presentes autos. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício para declarar a nulidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva, sem prévio requerimento.

O Relator Ministro Ribeiro Dantas, no voto, argumentou que, após a edição da Lei n. 13.964/2019, foram promovidas diversas alterações no sistema processual penal brasileiro, entre as quais estão principalmente a nova redação do art. 311 do CPP, em que foi suprimida a expressão "de ofício", e a nova redação do art. 282, § 2º, do CPP, que prevê que "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".

Assim, o Relator adotou a posição de que a intenção do legislador foi justamente de retirar do magistrado qualquer possibilidade de decretação oficiosa de prisão preventiva, sobretudo ao analisarmos a inclusão do art. 3º-A no Código de Processo Penal, que afirma categoricamente que "o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação".

Restou consignado no voto, também, a existência da divergência entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça. O Ministro Ribeiro Dantas afirma que, apesar da posição adotada pela Sexta Turma, os argumentos utilizados para sustentar tal posição autorizam a atuação inquisitiva do magistrado, o que afronta a própria intenção da nova lei, que busca reafirmar o caráter acusatório do sistema processual penal brasileiro.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na mesma linha, em julgamento no dia 06 de outubro de 2020, nos autos do Habeas Corpus n. 188.888/

MG⁹¹, firmou posicionamento de que a decretação de prisão preventiva *ex officio*, em qualquer situação, viola o sistema acusatório, sendo necessário, portanto, mesmo em caso de flagrante, prévia provocação do Ministério Público ou da autoridade policial:

[...] IMPOSSIBILIDADE, DE OUTRO LADO, DA DECRETAÇÃO “EX OFFICIO” DE PRISÃO PREVENTIVA EM QUALQUER SITUAÇÃO (EM JUÍZO OU NO CURSO DE INVESTIGAÇÃO PENAL), INCLUSIVE NO CONTEXTO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO), SEM QUE SE REGISTRE, MESMO NA HIPÓTESE DA CONVERSÃO A QUE SE REFERE O ART. 310, II, DO CPP, PRÉVIA, NECESSÁRIA E INDISPENSÁVEL PROVOCAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DA AUTORIDADE POLICIAL – RECENTE INOVAÇÃO LEGISLATIVA INTRODUZIDA PELA LEI Nº 13.964/2019 (“LEI ANTICRIME”), QUE ALTEROU OS ARTS. 282, §§ 2º e 4º, E 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SUPRIMINDO AO MAGISTRADO A POSSIBILIDADE DE ORDENAR, “SPONTE SUA”, A IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA – NÃO REALIZAÇÃO, NO CASO, DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) – INADMISSIBILIDADE DE PRESUMIR-SE IMPLÍCITA, NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, A EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA – CONVERSÃO, DE OFÍCIO, MESMO ASSIM, DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO ORA PACIENTE EM PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE DE TAL ATO, QUER EM FACE DA ILEGALIDADE DESSA DECISÃO, QUER, AINDA, EM RAZÃO DE OFENSA A UM DIREITO BÁSICO, QUAL SEJA O DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, QUE TRADUZ PRERROGATIVA INSUPRIMÍVEL ASSEGURADA A QUALQUER PESSOA PELO ORDENAMENTO DOMÉSTICO E POR CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. – A reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro. – A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (grifei), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “ex officio” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. – A interpretação do art. 310, II, do

⁹¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 188888/MG. Relator: Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento: 06/10/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 15/12/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754666552>. Data de acesso: 21 fev. 2022.

CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência.

Na mesma linha do entendimento firmado pela Quinta Turma do STJ, quando reviu seu posicionamento anterior, o Ministro Celso de Mello argumentou que, a partir da Lei nº 13.964/2019, com a supressão da expressão "de ofício" que constava no art. 311 e 282, §§ 2º e 4º, ambos do Código de Processo Penal, criou-se a vedação absoluta da decretação oficiosa da prisão preventiva, sendo indispensável a provocação do magistrado.

Assim, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal considerou que a interpretação do art. 310, inciso II, do CPP, deve ser feita com base na nova redação dos artigos 311 e 282, §§ 2º e 4º, e 311, não sendo a redação daquele uma exceção a esses. Além do mais, afirmou-se que não se pode afirmar que o magistrado é provocado pelo próprio auto de prisão em flagrante como uma "uma espécie de representação tácita ou implícita" da autoridade policial para decretação da prisão preventiva, pois a remessa do auto de prisão em flagrante é mero ato formal que objetiva documentar as circunstâncias de fato e de direitos que ensejaram a segregação do agente.

Outrossim, o Relator consignou a inexistência, no sistema processual penal, do poder geral de cautela, especialmente no que tange à privação ou restrição à liberdade de locomoção.

Por conseguinte, nesse período, o panorama jurisprudencial apontava o alinhamento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça com o entendimento firmado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a conversão de ofício da prisão flagrancial em preventiva não se coaduna com o sistema acusatório reafirmado pela Lei n. 13.964/2019. No entanto, a divergência interna no STJ permanecia viva em razão da manutenção do entendimento de que o art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, permitia a conversão oficiosa do flagrante, sem considerá-la afronta ao sistema acusatório, tampouco violação à determinação do art. 311, do mesmo diploma legal.

A divergência jurisprudencial só teve seu fim em fevereiro de 2021, com o julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 131.263/GO⁹², no qual a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que "Em razão do advento da Lei n. 13.964/2019 não é mais possível a conversão *ex officio* da prisão em flagrante em prisão preventiva. Interpretação conjunta do disposto nos arts. 3º-A, 282, § 2º, e 311, caput, todos do CPP.":

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO. CONVERSÃO EX OFFICIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO PRÉVIO OU PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, OU PELO QUERELANTE, OU PELO ASSISTENTE, OU, POR FIM, MEDIANTE REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL. 1. Em razão do advento da Lei n. 13.964/2019 não é mais possível a conversão *ex officio* da prisão em flagrante em prisão preventiva. Interpretação conjunta do disposto nos arts. 3º-A, 282, § 2º, e 311, caput, todos do CPP. 2. IMPOSSIBILIDADE, DE OUTRO LADO, DA DECRETAÇÃO "EX OFFICIO" DE PRISÃO PREVENTIVA EM QUALQUER SITUAÇÃO (EM JUÍZO OU NO CURSO DE INVESTIGAÇÃO PENAL) INCLUSIVE NO CONTEXTO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO), SEM QUE SE REGISTRE, MESMO NA HIPÓTESE DA CONVERSÃO A QUE SE REFERE O ART. 310, II, DO CPP, PRÉVIA, NECESSÁRIA E INDISPENSÁVEL PROVOCAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DA AUTORIDADE POLICIAL – RECENTE INOVAÇÃO LEGISLATIVA INTRODUZIDA PELA LEI N. 13.964/2019 ("LEI ANTICRIME"), QUE ALTEROU OS ARTS. 282, §§ 2º e 4º, E 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SUPRIMINDO AO MAGISTRADO A POSSIBILIDADE DE ORDENAR, "SPONTE SUA", A IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA – NÃO REALIZAÇÃO, NO CASO, DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) – INADMISSIBILIDADE DE PRESUMIR-SE IMPLÍCITA, NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, A EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA – CONVERSÃO, DE OFÍCIO, MESMO ASSIM, DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO ORA PACIENTE EM PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE DE TAL ATO, QUER EM FACE DA ILEGALIDADE DESSA DECISÃO. [...]. PROCESSO PENAL – PODER GERAL DE CAUTELA – INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE ESTRITA E DA TIPICIDADE PROCESSUAL – CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DA ADOÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS, INESPECÍFICAS OU INOMINADAS EM DETRIMENTO DO "STATUS LIBERTATIS" E DA ESFERA JURÍDICA DO INVESTIGADO, DO ACUSADO OU DO RÉU – O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DA LIBERDADE JURÍDICA DAS PESSOAS SOB

⁹² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Habeas Corpus n. 131.263/GO. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 24/02/2021, Terceira seção, Data de Publicação: DJe 24/02/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/SearchBRS> Acesso em: 21 fev 2022.

PERSECUÇÃO CRIMINAL. Da análise do auto de prisão é possível se concluir que houve ilegalidade no ingresso pela polícia do domicílio do paciente e, por conseguinte, que são inadmissíveis as provas daí derivadas e, conseqüentemente, sua própria prisão. Tal conclusão autoriza a concessão de ordem de ofício. 4. Recurso em habeas corpus provido para invalidar, por ilegal, a conversão ex officio da prisão em flagrante do ora recorrente em prisão preventiva. Ordem concedida de ofício, para anular o processo, ab initio, por ilegalidade da prova de que resultou sua prisão, a qual, por conseguinte, deve ser imediatamente relaxada também por essa razão.

O Ministro Relator Sebastião Reis Júnior, em seu voto, considerou como fator preponderante para a adoção do entendimento de que é incabível a conversão do flagrante em preventiva de ofício a reafirmação do sistema acusatório por meio da inserção do art. 3º-A do CPP, além da redação do art. 311 do CPP, que não deixa margem para dúvidas: a prisão preventiva está vinculada a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou à representação da autoridade policial.

O Ministro anotou que não vê "diferença entre a conversão da prisão em flagrante em preventiva e a decretação da prisão preventiva como uma primeira prisão", pois em "ambas as situações, o fato relevante é que a prisão preventiva é decretada".

O Ministro João Otávio de Noronha, em seu voto, igualmente ressalta que a Lei n. 13.964/2019 trouxe ao sistema processual penal brasileiro uma "profunda mudança ideológica", de forma que devemos "abandonar a cultura inquisitória". Disse que entende que a Lei n. 13.964/2019, que alterou diversos artigos do Código de Processo Penal, exige "nova leitura dos dispositivos nele inseridos", com base em um "novo princípio ideológico do processo". Ademais, afirmou que "a Lei n. 13.964/2019 não alterou o Código de Processo Penal para que as coisas continuassem como estavam", sendo imprescindível que os operadores do direito penal façam o esforço coletivo de dar concretude às regras processuais com base na inspiração do legislador.

Do exposto até aqui, pode-se concluir que a jurisprudência nos Tribunais Superiores se pacificou a partir de fevereiro de 2021, no sentido de que a conversão de ofício da prisão flagrancial em preventiva não está alinhada com a reafirmação do sistema acusatório por meio das alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019.

Essa orientação impacta diretamente uma prática que era corriqueira, tendo em vista que tanto a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal se manifestaram a favor de dar concretude à acusatoriedade do sistema processual penal vigente.

4.5 POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Após analisar o panorama jurisprudencial acerca da temática nos Tribunais superiores, esse tópico objetiva demonstrar o impacto da orientação jurisprudencial da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça nas decisões judiciais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

É possível observar diversas decisões judiciais exaradas no ano de 2020, no período em que ainda se mantinham as divergências internas no Superior Tribunal de Justiça. A exemplo, a Primeira Câmara Criminal, nos autos do HC n. 5018890-58.2020.8.24.0000⁹³, em julho de 2020, decidiu por corroborar o entendimento de que é possível a conversão *ex officio* da prisão flagrancial:

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. APURAÇÃO DA SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES DE FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO, ESCALADA E CONCURSO DE AGENTES, E DE RECEPÇÃO DOLOSA (CP, ARTS. 155, § 4º, I, II E IV). ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO FEITO POR AUSÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. EVENTUAL VÍCIO SUPERADO COM A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. ventilada necessidade de prévia manifestação da defesa. descabimento. CARÁTER EXCEPCIONAL E EMERGENCIAL DA MEDIDA QUE AUTORIZA SUA DECRETAÇÃO SEM INSTAURAÇÃO DE PRÉVIO contraditório. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. POSSIBILIDADE DE conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva. exegese do inciso ii do art. 310 do código de processo penal. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. PACIENTES QUE SE ENCONTRAM SEGREGADOS HÁ CERCA DE QUATRO MESES. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO DESIGNADA PARA DATA PRÓXIMA. concessão da ordem, NO ENTANTO, de ofício. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE PREVISTOS NO ART. 313 DO CPP PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE RONALDO. IMPUTADO CRIME CUJA PENA NÃO SUPERA 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO E NÃO ENVOLVE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, CONTRA

⁹³SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus nº 5018890-58.2020.8.24.0000. Relator: Desembargador Carlos Alberto Civinski. 23 de julho de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 2020.

ADOLESCENTE, IDOSO OU ENFERMO. PACIENTE TECNICAMENTE PRIMÁRIO E COM IDENTIDADE CIVIL CERTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS, NA FORMA DOS ARTS. 283, § 1º E 319 DO CPP. ORDEM, DE OFÍCIO, PARCIALMENTE CONCEDIDA.

No voto do Relator, consignou-se que, apesar das alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, "não houve alterações no inciso II do art. 310, segundo o qual caberá ao magistrado, ao receber o auto da prisão em flagrante, convertê-la em preventiva".

No mesmo sentido, a Segunda Câmara Criminal, em decisão exarada em setembro de 2020, nos autos do Habeas Corpus n. 5029773-64.2020.8.24.0000⁹⁴, decidiu por manter o entendimento de que, mesmo com as alterações promovidas no art. 311 do Código de Processo Penal, não é vedada a conversão de ofício do flagrante em preventiva:

HABEAS CORPUS. prisão preventiva. 1. CONVERSÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. MEDIDA DE OFÍCIO (CPP, ART. 310, II). LEGALIDADE. 2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. DISPENSA. FUNDAMENTO. PANDEMIA DE COVID-19. 3. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA À OCULTAÇÃO E DESMANCHE DE VEÍCULOS. GRAVIDADE CONCRETA DOS FATOS.

1. Não há ilegalidade na conversão, ex officio, de prisão em flagrante em prisão preventiva se presentes seus requisitos autorizadores, ainda que a medida seja tomada antes do início da ação penal.

2. A pandemia de Covid-19 é fundamento bastante para dispensar a realização de audiência de custódia.

3. A possibilidade de o paciente integrar associação criminosa que promove a realização de diversos desmanche de automóveis furtados ou roubados, é evidência da sua periculosidade social e justifica sua prisão preventiva, com o fim de garantir a ordem pública. ordem denegada.

A argumentação do Relator foi de que a redação antiga do art. 311 do Código de Processo Penal, apesar de permitir a decretação de ofício da prisão preventiva no curso da ação penal, "já vedava a decretação da prisão preventiva ex officio na fase pré-processual, e ainda assim não se reconhecia ilegalidade com a ordem de prisão cautelar sem provocação quando ela decorria da custódia flagrancial"

⁹⁴SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus nº 5029773-64.2020.8.24.0000 Relator: Desembargador Sérgio Rizelo. 22 de setembro de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 2020.

Ainda nesse período referente ao ano de 2020, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina igualmente firmou o posicionamento, nos autos do Habeas Corpus n. 5025243-17.2020.8.24.0000⁹⁵, de que é prescindível a provocação ao magistrado para que se opere a conversão da prisão flagrancial em preventiva:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NÃO REALIZADA. ILEGALIDADE AUSENTE. PANDEMIA DE COVID-19. MEDIDA EXCEPCIONAL DE ENFRENTAMENTO PARA MINIMIZAR OS RISCOS DE CONTÁGIO. RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CNJ. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. PRESCINDIBILIDADE DE PROVOCAÇÃO. ART. 310, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRÉVIO REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EIVA INEXISTENTE. 1 Sem descuidar da importância e exigibilidade da audiência de custódia (Resolução n. 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça), a pandemia de Covid-19 trouxe reflexos abrangentes a todo o Sistema de Justiça e obrigou a adoção de cautelas excepcionais para minimizar os riscos de contágio e desenvolvimento do quadro mais grave da enfermidade, possibilitando a observância de procedimento alternativo para garantir a segurança e saúde de todos (Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, Resolução Conjunta GP/CGJ n. 5/2020 e Circular CGJ n. 66/2020). 2 Predomina o entendimento, inclusive nos Tribunais Superiores, de que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva prescinde de provocação, conforme autoriza o art. 310, II, do Código de Processo Penal, não se podendo falar em ilegalidade na decretação de ofício.

Para isso, o Relator se pautou em julgados da Quinta e Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nas quais ainda não havia sido pacificada a questão referente à possibilidade de conversão de ofício da prisão flagrancial. Meses depois, com o julgamento da matéria pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, já é possível encontrar decisões emanadas pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina que adotam posicionamento contrário ao da possibilidade de decretação *ex officio* de prisão preventiva oriunda do flagrante.

Nessa linha, a Quinta Câmara do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos autos do Habeas Corpus n. 5038936-34.2021.8.24.0000⁹⁶, ao rever entendimento

⁹⁵SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus nº 5025243-17.2020.8.24.0000. Relator: Sidney Eloy Dalabrida. 17 de setembro de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 2020.

⁹⁶SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus nº 5038936-34.2021.8.24.0000. Relator: Antônio Zoldan da Veiga. 12 de agosto de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 2021.

adotado em decisões anteriores, posicionou-se no sentido de que o art. 310, inciso II, deve sofrer interpretação conjunta com os artigos 3-A, 282, § 2º, e 311, do CPP, os quais reformulam o sistema de decretação de prisões provisórias no ordenamento jurídico:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÂNSITO (ARTS. 303, CAPUT, 305 E 306, § 1º, II, DO CTB). PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA, DE OFÍCIO, EM PRISÃO PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL, TAMPOUCO DE PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, QUE PUGNOU PELA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE A IMPOSIÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. CABIMENTO. MATÉRIA PACIFICADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ (RHC 131.263/GO). INTERPRETAÇÃO CONJUNTA DOS ARTS. 3-A, 282, § 2º, E 311, DO CPP, QUE INVIABILIZA A ATUAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUÍZO, INCLUSIVE NA CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM CUSTÓDIA PREVENTIVA. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO PRÉVIO. REVOGAÇÃO DA MEDIDA EXTREMA QUE SE IMPÕE. ORDEM CONCEDIDA.

O Desembargador Zoldan da Veiga pontuou que "a interpretação dada ao art. 310, II, do CPP, que sequer foi alterado pela Lei n. 13.964/19, não mais pode dar ensejo à atuação de ofício do Juízo, de modo que também a conversão do flagrante em prisão preventiva deverá ser precedida de requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial".

Esse entendimento adotado pela Quinta Câmara do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, portanto, encontra-se atualmente alinhado com a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Ora, se o legislador se posiciona no sentido de redesenhar o sistema processual penal brasileiro, deve-se buscar ao máximo a concretização dessa mudança, não cabendo aos tribunais locais buscar lacunas da lei para permanecer a decretar prisões preventivas de ofício, em clara atuação inquisitiva.

Contudo, a matéria não parece estar pacificada em todos os colegiados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Nessa toada, a Terceira Câmara Criminal, nos autos do Habeas Corpus n. 5067779-09.2021.8.24.0000⁹⁷, em 25 de janeiro de 2022,

⁹⁷SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus nº 5067779-09.2021.8.24.0000. Relator: Ernani Guetten de Almeida, 25 de janeiro de 2022. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 2022.

decidiu por manter prisão preventiva originária de conversão do flagrante, mesmo com parecer do *Parquet* favorável à concessão de liberdade provisória.

Por conseguinte, conclui-se que, apesar de a matéria estar pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, além de haver precedente da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal com o mesmo entendimento, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina parece ainda não ter chegado ao fim de suas divergências, visto que, quase um ano após o julgamento da matéria pela Terceira Seção do STJ, ainda é possível encontrar precedente que mantém a antiga posição da Sexta Turma do STJ.

Nesse ponto, impende registrar que a consecução de um sistema sem os ranços inquisitoriais ainda existentes depende necessariamente de um movimento dos tribunais locais e de todos os operadores de direito para que a atuação oficiosa do magistrado seja cada vez mais reduzida, em respeito ao princípio da iniciativa das partes e da imparcialidade do julgador.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa realizada neste trabalho permite chegar à conclusão de que as decisões judiciais dos Tribunais Superiores impactam positivamente na reafirmação do sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro, visto que tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal firmam entendimentos contrários à possibilidade de conversão de ofício da prisão flagrancial em preventiva.

Nessa esteira, o primeiro capítulo conceituou os três tipos de prisões cautelares com base na perspectiva doutrinária. Assim, as prisões temporária, preventiva e flagrancial foram conceituadas, de modo a ressaltar a diferença entre cada uma delas em relação à natureza, prazos e procedimentos. Desse modo, pode-se extrair que a prisão flagrancial, segundo a doutrina mais moderna, é, na verdade, uma modalidade de prisão pré-cautelar, com a finalidade de assegurar a submissão do preso flagrancial ao sistema de justiça penal.

Posteriormente, através da análise dos diferentes sistemas processuais penais acusatório, inquisitivo e misto, mostrou-se que o sistema processual penal brasileiro, apesar dos resquícios de inquisitividade, deve se pautar pelo caráter acusatório, especialmente em razão da previsão expressa do sistema acusatório pelas alterações da Lei n. 13.964/2019. Isso evidencia, necessariamente, a imprescindibilidade do esforço coletivo para a aplicação prática desse dispositivo nos mais diversos temas, entre os quais se encontra a possibilidade de conversão "ex officio" da prisão em flagrante.

Dessa forma, após introduzir as modalidades de prisão provisória, por meio de análise dos dispositivos legais e trechos doutrinários, e conceituar a proeminência do sistema acusatório, adotado expressamente no Código de Processo Penal após alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, este trabalho analisou a construção jurisprudencial do tema principal no âmbito da Quinta e Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, da Segunda Turma do Supremo Tribunal e das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Dessa análise jurisprudencial, pode-se extrair que, em um primeiro momento, a Sexta Turma e a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça sustentavam

posições antagônicas no que diz respeito à conversão de ofício da prisão flagrancial em preventiva, em razão da dicotomia entre a literalidade do art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, e a previsão do sistema acusatório, no mesmo diploma legal. Posteriormente, todavia, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça dirimiu a divergência, ao adotar o entendimento acertado de que a conversão de ofício da prisão flagrancial em preventiva não se coaduna com o atual sistema processual penal brasileiro.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, na mesma linha, compreende que não é possível a decretação de prisão preventiva sem prévia provocação das partes, não sendo lícita a atuação de ofício do magistrado no tema de privação da liberdade. Isso indicaria, em tese, que tal matéria estaria pacificada, de modo a impactar positivamente na consecução de um sistema verdadeiramente acusatório.

No entanto, ao analisar precedentes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, é possível extrair que as divergências ainda permanecem. Isso porque, mesmo diante da unificação de entendimento entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, há julgados recentes que revelam a manutenção de posicionamento favorável à possibilidade de conversão de ofício da prisão flagrancial em preventiva.

Ante o exposto, conclui-se que as decisões judiciais dos Tribunais Superiores possuem impacto positivo no que se refere à afirmação do sistema acusatório no ordenamento jurídico pátrio, pois o entendimento majoritário é de que a conversão *ex officio* da prisão em flagrante viola à imparcialidade do magistrado e o princípio da iniciativa das partes.

Apesar disso, a manutenção das divergências em sede do Tribunal de Justiça de Santa Catarina evidencia que ainda não existe no plano concreto um sistema verdadeiramente acusatório, visto que há decisões judiciais que insistem em manter claros ranços inquisitivos. Desse modo, a simples modificação legislativa não basta para a materialização do sistema acusatório, de modo que as práticas forenses devem ser repensadas, com o fim de rechaçar os fortes ranços inquisitoriais e garantir a democratização do sistema processual penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. **Processo Penal**. ed. 11. Rio de Janeiro: Forense. 2019,
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. ed. 6. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federativa da República do Brasil. . Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 15 ago. 2021. BRASIL.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 ago. 2021. BRASIL.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. . Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm Acesso em: 07 ago. 2021.
- BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Brasília, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm Acesso em: 10 jan. 2022.
- BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm Acesso em: 02 fev. 2022.
- BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em: 27 jan. 2022.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. ed. 26. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- Crítica à suspensão da eficácia do art. 3º-A do CPP**. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/8586> Acesso em: 03 fev 2022
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. ed 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002
- GANEM, Pedro. **O Processo Penal Neoinquisitório Brasileiro**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-processo-penal-neoinquisitorio-brasileiro/>. Acesso em 03 fev 2022
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual do processo penal**. ed. 12. Florianópolis: Tirant Lo Blanch. 2019

GURGEL, Sergio et al. **Pacote anticrime: os efeitos da reforma ao Código de Processo Penal**. Disponível em:

<https://canalcienciascriminais.com.br/pacote-anticrime-os-efeitos-da-reforma-ao-codigo-de-processo-penal/> Acesso em: 15 fev 2022

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. ed. 8. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal** ed. 15. São Paulo: Saraiva, 2018

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. ed. 18. 2005

NETTO, José Laurindo de Souza, et al. **Lei Anticrime e a paradoxal afirmação do sistema acusatório**. Disponível em:

<https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/20585333/29.+Qualis+B1+-+Artigo+Lei+Anti+crime.pdf/1e738710-2b21-00cf-ec2b-42f18ac90b31> Acesso em: 03 fev 2022

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. ed. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. ed. 16. Salvador Ed. JusPodivm, 2021.

NUCCI, Guilherme. **Manual de processo penal e execução penal**. ed. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. ed. 23. São Paulo: Atlas. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus nº 5018890-58.2020.8.24.0000. Relator: Desembargador Carlos Alberto Civinski. 23 de julho de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus nº 5029773-64.2020.8.24.0000 Relator: Desembargador Sérgio Rizelo. 22 de setembro de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus nº 5025243-17.2020.8.24.0000. Relator: Sidney Eloy Dalabrida. 17 de setembro de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus nº 5038936-34.2021.8.24.0000. Relator: Antônio Zoldan da Veiga. 12 de agosto de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas Corpus nº 5067779-09.2021.8.24.0000. Relator: Ernani Guetten de Almeida, 25 de janeiro de 2022. **Diário de Justiça Eletrônico**. Florianópolis, 2022.

SILVA, César Dario Mariano da. **O sistema acusatório e o inquérito das fake news**. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2021-ago-31/cesar-dario-sistema-acusatorio-inquerito-fake-news>. Acesso em: 03 fev 2022

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus 583.995 MG 2020/0122296-6. Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 15/09/2020, Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 07/10/2020. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=\(HC+e+583995\).nome](https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=(HC+e+583995).nome). Acesso em: 21 fev. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 611.940/SC. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 22/09/2020, Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 28/09/2020. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002135069&dt_publicacao=20/10/2020 Acesso em: 21 fev 2022

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus n. 590.039/GO. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data de Julgamento: 20/10/2020, Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 29/10/2020. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001460139&dt_publicacao=29/10/2020 Acesso em: 21 fev 2022

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 188888/MG. Relator: Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento: 06/10/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 15/12/2020. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754666552> .
Data de acesso: 21 fev. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Habeas Corpus n. 131.263/GO. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 24/02/2021, Terceira seção, Data de Publicação: DJe 24/02/2020. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/SearchBRS> Acesso em: 21 fev 2022

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**, ed. 14. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. ed. 19. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

Valente, Fernanda. **Converter flagrante em preventiva de ofício é ilegal, decide 2ª Turma do STF**. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-out-06/converter-flagrante-preventiva-oficio-ilegal-turma-stf>. Acesso em: 01 de novembro de 2021.