



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A prisão preventiva decretada de ofício no Processo Penal Brasileiro

Paula Cunha Basilio

Rio de Janeiro
2013

PAULA CUNHA BASILIO

A prisão preventiva decretada de ofício no Processo Penal Brasileiro

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Professores orientadores:

Nelson C. Tavares Junior

Artur Gomes

Néli Luiza C. Fetzner

Mônica Areal

Guilherme Sandoval

Rafael Iorio

Rio de Janeiro

2013

A PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Paula Cunha Basilio

Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: A tradição do Código de Processo Penal Brasileiro sempre foi a de admitir que as medidas cautelares pessoais fossem decretadas de ofício pelo juiz, seja na fase pré-processual seja no curso do processo. Contudo, atento às críticas feitas por grande parte da doutrina pátria, o legislador inovou no tema com a Lei n. 12.403 de 2011. Atualmente, o artigo 311 do CPP prevê que apenas no curso da ação penal é possível ao juiz decretar prisão preventiva *ex officio*. A essência do trabalho consiste em analisar a constitucionalidade desta previsão em face do sistema acusatório e princípio da imparcialidade, enfrentar as controvérsias sobre a possível existência de exceções à regra que veda a prisão de ofício decretada durante o inquérito, além de destacar as consequências que a inovação legislativa gerou sobre a legislação especial e suas previsões sobre o tema medidas cautelares pessoais.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Prisão preventiva. Decretação de ofício. Sistema acusatório. Derrogação da legislação especial.

Sumário: Introdução. 1. Espécies de sistema processual penal. 2. Permissivo legal para prisão preventiva decretada de ofício no curso do processo e crítica doutrinária. 3. A (im)possibilidade de prisão preventiva decretada de ofício na fase pré-processual. 4. Influência da Lei n. 12.403/2011 sobre a legislação especial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora apresentado enfoca a temática (im)possibilidade de a prisão preventiva ser decretada de ofício pelo magistrado, diferenciando os momentos da investigação policial e do curso da ação penal.

O Direito Processual Brasileiro tradicionalmente é classificado como integrante do modelo de sistema penal acusatório. Contudo, muitas vezes há questionamentos se, de fato,

tal sistema é respeitado, diante de uma série de previsões legislativas que conferem aos magistrados poderes que conceitualmente deveriam ser restritos aos órgãos responsáveis por instaurar a persecução penal.

A prisão preventiva é medida cautelar autorizada pela quase totalidade de sistemas processuais penais dos diversos países do mundo. Trata-se de restrição da liberdade que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Como seu principal objetivo é resguardar a efetividade do procedimento jurisdicional, não deve ser vista como antecipação de pena, compatibilizando-se, assim, com o princípio da presunção de inocência.

A tradição do Código de Processo Penal Brasileiro sempre foi no sentido de admitir que as medidas cautelares pessoais fossem decretadas de ofício pelo juiz, seja na fase pré-processual seja no curso do processo. Desde 2011, contudo, o tratamento conferido pelo Código foi alterado. Hoje, atento às críticas da doutrina brasileira e estrangeira ao procedimento oficioso do juiz, o legislador vedou que a prisão preventiva fosse decretada sem requerimento durante o inquérito. As controvérsias, porém, ainda não foram integralmente solucionadas.

O art. 310, II do CPP prevê que uma das possíveis medidas a ser adotada pelo magistrado ao receber o auto de prisão em flagrante é a conversão dessa prisão em preventiva. Tal redação fez com que diversos autores defendessem que, neste caso, a atuação sem provocação do juiz seria permitida, ainda que não haja ação penal em curso. Importante cotejar tal previsão com o art. 311 do Código de Processo Penal, de modo a perseguir a verdadeira intenção do legislador e adequá-la com o espírito legislativo de evitar ao máximo a confusão da atuação do julgador com a do acusador.

Ademais, existe legislação especial que ainda prevê que no inquérito pode ser decretada medida cautelar restritiva pessoal de ofício, como se encontra no art. 20 da Lei Maria da Penha e no art. 294 do Código de Trânsito Brasileiro. Interessante questão é saber se

tais disposições devem permanecer vigentes ou se a interpretação dos artigos deve ser adequada à regra geral de que a prisão preventiva e demais restrições pessoais não podem ser espontaneamente decretadas pelo magistrado na fase pré-processual.

Diante deste panorama normativo da prisão cautelar no direito brasileiro se insere o presente artigo. A essência do trabalho consiste em analisar a constitucionalidade das previsões sobre o tema prisão preventiva decretada *ex officio* em face do sistema acusatório e dos princípios da imparcialidade e da inércia.

Busca-se, com o tema, despertar a atenção da sociedade, pois a má aplicação do instituto vem causando uma onda desenfreada de prisões cautelares em hipóteses não necessárias para o regular processamento da ação penal, muitas vezes causadas pela pressão popular e da mídia.

1. ESPÉCIES DE SISTEMA PROCESSUAL PENAL

As distinções entre os principais sistemas processuais penais variam de acordo com o momento histórico e com a corrente doutrinária, mas em geral levam em consideração o tratamento empregado ao acusado de cometimento de uma infração penal.

O processo penal certamente é o instrumento para garantir a aplicação da lei penal e punir um sujeito que comprovadamente tenha praticado um fato típico, ilícito e culpável. Contudo, esta não é a sua principal função. O principal escopo desse instrumento é servir como elemento limitador do poder punitivo estatal, assegurando ao réu a observância de suas garantias fundamentais.

Buscando atender a esse objetivo, o modelo processual penal brasileiro ao máximo tenta se aproximar do sistema acusatório. Apesar da tradicional afirmação de que este é o sistema adotado pelo Brasil, certas previsões legislativas ainda estão em desacordo com suas

características mais relevantes. Isso fez com que certos doutrinadores, com destaque para Geraldo Prado¹, questionassem a adoção de tal modelo. Relevante, assim, a apresentação das distinções entre os mais tradicionais modelos processuais para identificação daquele que tem maior destaque no país.

O modelo inquisitório, apesar de ainda mais antigo, fortaleceu-se e teve seu apogeu durante a Idade Média, período em que a religião confundia-se com o direito. Surge como reação ao sistema acusatório, que em sua versão primitiva e pura concedia grande poder de repressão dos delitos aos particulares. Buscando o Estado garantir para si o poder punitivo, ganha força o sistema inquisitivo. É possível identificar cinco principais características do modelo mencionadas de maneira recorrente pela doutrina.

A primeira está na aglutinação das funções de acusar e julgar. Apesar de neste período surgir a necessidade de um advogado de defesa para o acusado que se declarasse inocente, dificilmente o resultado do processo seria diferente da condenação. O mesmo sujeito que era o responsável pela acusação seria o órgão competente para proferir a decisão final do julgamento. O juiz inquisitor trazia consigo um grave comprometimento, afastando-se de um ideal que hoje é indispensável: a imparcialidade.

Este mesmo magistrado, por deter também a função de acusar, dava início à acusação. A exigência de inércia da jurisdição não era encontrada, mais uma vez comprometendo a necessária imparcialidade.

O acusado era tratado como um objeto do processo e não como um sujeito de direitos. Assim, na busca da verdade real utilizava-se a tortura para extrair do acusado sua versão dos fatos e obter, se possível, a sua confissão, tratada como rainha das provas.

¹ Afirma Geraldo Prado: “Portanto, não bastará ao estudo definir em que consiste o sistema acusatório e depois sublinhar que nossa Constituição o adotou se, confrontada esta com a estrutura processual ordinária, resultante das novas e velhas leis, concluirmos que na prática muitas vezes não se observam os elementos essenciais do sistema acusatório”. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.5.

Durante grande parte do período com valorização do modelo inquisitivo, o sistema de valoração probatória foi o da prova legal ou tarifada. Tal entendimento, buscando uma racionalidade ao mesmo tempo que engessava o magistrado, atribuía nota para cada um dos meios de prova. Dessa forma, a confissão seria a prova máxima, permitindo por si só a punição do acusado. Ainda sobre as provas, o papel do juiz era ativo, ou seja, ele possuía iniciativa probatória, em geral para buscar legitimar uma visão pré-concebida.

Alguns autores, como Geraldo Prado, reconhecem, ainda, como características do modelo inquisitivo a escritura e o sigilo. Outros, porém, como Tornaghi², afirmam que tais elementos, em geral, estão ligados a esse sistema, mas não seriam essenciais para a classificação.

Durante a Revolução Francesa, ganha destaque um novo sistema processual capaz de unir algumas das características do sistema acusatório com as do inquisitório. Trata-se do Modelo Misto, também conhecido como Sistema Francês ou Juizado de Instrução. Pautado por ideais iluministas, o processo penal se viu atingido por ideias humanitárias. A persecução penal seria dividida em dois momentos: fase preliminar e fase judicial. A primeira fase seria marcada pela ausência de contraditório e ampla defesa, além de ser secreta e escrita. A figura que controlaria o procedimento seria o juiz inquisitor. Aproximava-se, assim, do sistema inquisitivo. Já no segundo momento, a ampla defesa, o contraditório e inúmeras outras garantias do acusado estariam asseguradas. Esta fase seria presidida por outro magistrado, diferente daquele que participou no primeiro momento, a quem caberia o julgamento, entendia a doutrina majoritária da época.

O sistema acusatório pode ser considerado o mais antigo sistema processual penal. Apesar disso, relevante tratá-lo posteriormente aos demais sistemas já analisados, pois passou

² Leciona Hélio Tornaghi: “É errado atribuir ao processo inquisitório os característicos do sigilo e da escritura”. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. V.I, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 200/201.

por evolução e uma série de avanços que fizeram com que hoje seja extremamente diverso do chamado modelo acusatório puro.

A evolução do modelo acusatório e sua expansão com a adoção por diversos países do mundo coincidiram com o fortalecimento do Ministério Público. Ao mesmo tempo em que vai além do modelo puro e sua concessão da persecução penal ao particular, supera o modelo inquisitório e a aglutinação das funções de acusar e julgar. Agora, caberia, primordialmente, a um órgão do Estado a instauração da persecução penal, garantindo ao magistrado responsável pelo julgamento a devida inércia e imparcialidade.

Além dessa principal característica, destacam-se a existência do contraditório, a liberdade de defesa e posição de igualdade entre as partes, a imparcialidade do julgador, a livre apreciação das provas e o impulso processual autônomo, isto é, a inércia do juiz, que não poderá iniciar acusação por conta própria.

Tradicionalmente, a doutrina afirma que o sistema acusatório é o adotado pelo Processo Penal Brasileiro, em especial diante do art. 129, I da CRFB/88. Todavia, certas previsões legislativas demonstram que apesar das características desse modelo prevalecerem em nosso ordenamento, certas incompatibilidades ainda são encontradas.

Não restam dúvidas que o sistema acusatório é aquele que prevalece como fundamento para as disposições legislativas, para a interpretação do texto legal e para a solução do caso concreto pelos julgadores. Algumas incongruências, porém, ainda precisam ser superadas.

O Código de Processo Penal, por ter seu texto original de 1941, previa uma série de situações em que o juiz poderia atuar *ex officio*. Assim era com a possibilidade de decretação da prisão preventiva e com a permitida aplicação do instituto da *mutatio libelli* por iniciativa do magistrado. Não há como negar que o legislador brasileiro, atento às críticas e incompatibilidade de tais previsões com o sistema acusatório, trouxe mudanças através de leis que alteraram substancialmente o Código. Entretanto, ainda é possível o encontro de outros

dispositivos que trazem questionamentos sobre o sistema adotado pelo processo penal brasileiro.

O art. 155 do CPP, por exemplo, admite a iniciativa probatória pelo magistrado. A controvérsia sobre o tema ainda é imensa, havendo autores que defendem a incompatibilidade de tal redação com o texto constitucional. Diante do sistema acusatório, dos princípios da inércia e da imparcialidade e da presunção de inocência, parte da doutrina pátria afirma que havendo dúvidas quanto à condenação, deveria o juiz absolver o acusado, aplicando o brocardo *in dubio pro reo*, e não buscar provas de ofício para solucionar suas dúvidas.

Outra previsão que ainda apresenta grande discussão é sobre a possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz e aqui está o foco do presente trabalho. O artigo 311 do CPP traz a referida permissão. Estaria ela de acordo com o sistema acusatório tão valorizado pela doutrina e jurisprudência brasileiras?

2. PERMISSIVO LEGAL PARA PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO NO CURSO DO PROCESSO E CRÍTICA DOUTRINÁRIA

O artigo 311 do Código de Processo Penal, com redação conferida pela Lei n. 12.403/11, permite expressamente que o juiz decrete a prisão preventiva de um acusado de maneira oficiosa, quando no curso da ação penal.

O confronto dessa dicção com as principais características do sistema acusatório, destacadas em momento anterior desta obra, gera uma série de dúvidas por parte da doutrina sobre a real adoção do modelo pela legislação brasileira. Aury Lopes Jr³, autor com grande destaque nacional, faz a seguinte crítica:

Infelizmente, insiste o legislador brasileiro em permitir a prisão preventiva decretada de ofício, sem suficiente compreensão e absorção das regras inerentes ao sistema acusatório constitucional e a própria garantia da imparcialidade do julgador. A nova

³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 823.

redação do art. 311 não representou avanço significativo, pois segue permitindo a prisão preventiva de ofício, desde que no “curso da ação penal”.

Os principais argumentos apresentados por essa corrente doutrinária relacionam-se aos princípios da imparcialidade e da inércia. Defendem que o ativismo judicial em matéria penal é incompatível com o sistema acusatório, ocorra ele na fase pré-processual ou no curso do processo, tendo em vista que esse modelo prima, acima de tudo, pela separação das funções de acusar, defender e julgar. O juiz, em seu papel de garantidor dos direitos fundamentais, não poderia restringi-los sem qualquer requerimento neste sentido, pois agindo assim estaria mostrando-se interessado na causa. Tratar-se-ia de medida drástica de restrição da liberdade, razão pela qual deveria sempre haver requerimento da parte interessada, seja ela o Ministério Público, o querelante ou até mesmo o assistente de acusação.

No mesmo sentido que Aury Lopes Jr, André Nicolitt⁴ aduz que

Para nós o problema está na posição do juiz e não na fase da decretação. Neste sentido estamos com Aury Lopes Júnior ao condenar o ativismo judicial em matéria penal por ser incompatível com o sistema acusatório. À luz do princípio da inercia da jurisdição, do princípio da imparcialidade do juiz e do sistema acusatório, entendemos inconstitucionais os dispositivos acima referidos no que concerne à atribuição de poder ao juiz de decretar medida cautelar de ofício.

Apesar do brilhantismo dos autores citados, a posição neste momento destacada não é a majoritariamente adotada nem pela jurisprudência e nem pela doutrina. Fazendo um contraponto a ela, uma segunda corrente doutrinária prefere diferenciar os momentos em que o magistrado atuará de maneira oficiosa ao analisar a constitucionalidade dessa atuação. Eugênio Pacelli de Oliveira⁵ entende que “no curso da ação penal, será possível a decretação *ex officio* da prisão preventiva, já que, uma vez em curso a atividade jurisdicional, pode e deve o juiz velar pelo seu desenvolvimento regular e finalístico”. Concorde-se, aqui, que não existe qualquer incompatibilidade entre a prisão preventiva decretada de ofício no curso da ação penal e o sistema acusatório.

⁴ NICOLITT, André. *O novo Processo Penal Cautelar – A prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 42.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 446.

Em um primeiro momento, importante destacar que o fato de não concordar com determinada escolha do legislador infraconstitucional não faz com que esta seja errada ou inconstitucional. É imprescindível diferenciar aquilo que se considera ideal do que efetivamente viola o texto constitucional.

Instaurado o processo, o juiz se torna o “presidente” da ação penal, cabendo a ele assegurar seu regular processamento e garantir, ao mesmo tempo, os direitos fundamentais do réu e também os interesses da sociedade. Para isso, deve o magistrado dispor de instrumentos necessários para garantia da efetividade do processo, não podendo ficar dependente de uma atuação anterior do Ministério Público ou do réu. Foi com base nesta mesma ideia que o art. 385 do CPP permitiu que o juiz proferisse sentença condenatória ainda que o *parquet* tenha opinado pela absolvição do acusado.

Vislumbrando, por exemplo, que as testemunhas vem sendo ameaçadas pelo réu que se encontra solto e diante da inércia do membro do Ministério Público, deveria a figura presidencial do juiz ficar de mãos atadas e ver prejudicado todo o regular desenvolvimento da persecução acusatória que interessa à coletividade como um todo? Acredita-se que não.

O Supremo Tribunal Federal, órgão de maior responsabilidade na função de proteção da Constituição, nunca foi adepto da tese de que a prisão preventiva decretada de ofício violaria o sistema acusatório.

Ementa: HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO DE PRISÃO PREVENTIVA. POSTERIOR RETRATAÇÃO APÓS A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. NÃO INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA CONTRA-ARRAZOAR. POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO, DE OFÍCIO, DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. Como a prisão preventiva pode ser decretada até mesmo de ofício (CPP , art. 311), não se sustenta a tese de que a defesa deveria ter sido intimada para contra-arrazoar recurso em sentido estrito interposto pela acusação de decisão que, em um primeiro momento, indeferiu a custódia do paciente, sendo irrelevante o fato de a segregação provisória ter-se operado em sede de juízo de retratação (CPP , art. 589). Ordem denegada.⁶

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96.445/RJ – Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 08.09.2013

Dessa forma, a função conferida pela Constituição ao juiz de garantidor do regular processamento da ação penal justifica sua atuação *ex officio*, desde que já iniciado o processo, ou seja, quando provocado pelas partes – Ministério Público ou querelante - a interferir no procedimento, ainda que não especificamente sobre a prisão. Os princípios e previsões constitucionais, quando parecerem incompatíveis, devem ser ponderados pelo legislador infraconstitucional e pelo intérprete de forma a possibilitar a extração do máximo de cada um deles e a realização da vontade do constituinte originário.

O fato de defender a ausência de inconstitucionalidade não significa que se entenda que a decisão tomada pelo legislador infraconstitucional no sentido de admitir a prisão preventiva decretada de ofício no curso da ação penal tenha sido a mais adequada. Optou-se na elaboração da Lei n. 12.403/11 por um dos caminhos que poderiam ser extraídos da Constituição e tal fato deve ser respeitado. Inconstitucionalidade significa incompatibilidade entre a norma legal e o texto constitucional e não a simples divergência entre o pensamento doutrinário e a opção legislativa.

Reconhece-se, porém, que a imparcialidade do julgador estaria ainda mais assegurada se fossem retiradas do ordenamento jurídico as possibilidades de sua atuação independente de requerimento.

3. A (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

Antes da entrada em vigor da Lei n. 12.403 de 2011, muito se controvertia na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado ainda durante a fase das investigações policiais. O então artigo 311 do CPP dispunha que “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão

preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”. Dessa forma, ficava demonstrada que a intenção do legislador infraconstitucional era permitir a atuação oficiosa, não importando o momento de investigações ou processual.

O Supremo Tribunal Federal, vinculando-se apenas ao texto legal, repetia a possibilidade, como pode ser observado a partir do seguinte julgado.

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NO INQUÉRITO POLICIAL SEM A OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGALIDADE. VEDAÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA AO PRESO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA. NULIDADE DO PROCESSO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. A prisão preventiva pode ser decretada, de ofício, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução do processo (CPP, art. 311). Não há, pois, ilegalidade consubstanciada na circunstância de a prisão dos pacientes ter sido decretada de ofício, sem a oitiva do Ministério Público.⁷

Apesar da expressa admissão pelo texto legal e da aceitação da jurisprudência dos Tribunais Superiores, a doutrina brasileira, de maneira praticamente unânime, se colocava de maneira contrária à atuação do magistrado sem requerimento durante o inquérito policial. Isso porque, quando o juiz atua sem ser provocado, ele acaba por ferir sua imparcialidade e seu dever de inércia, algo incompatível com o sistema acusatório.

A hipótese não se confunde com a analisada no capítulo anterior, pois na fase pré-processual, como o próprio nome indica, ainda não há processo, ação penal em curso. O Ministério Público ainda não formulou sua *opinio delicti* e o delegado ainda não se manifestou no sentido de entender necessário o acautelamento do investigado, tendo em vista que para o magistrado atuar de ofício nenhum dos dois órgãos se manifestou previamente. Sem ação penal em curso, não cabe ao julgador garantir a efetividade de algo que sequer existe. Qualquer atuação sem provocação, então, antes da denúncia do Ministério Público ou antes da queixa do querelante, representaria uma violação ao princípio da inércia.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 98968/SC. Rel Min. Eros Grau; julgado em 04.08.2009. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 08.09.2013

Relevante, ainda, o fato de que o magistrado que se manifesta sobre medidas cautelares, pessoais ou probatórias, durante o inquérito policial torna-se prevento para o julgamento da posterior ação penal. Permitir que o juiz atue de maneira oficiosa durante as investigações significaria arranhar de maneira severa a imparcialidade que qualquer julgador deve ter no momento de conduzir a ação penal em curso. Atuando sem ser provocado, o interesse na causa já estaria sendo demonstrado.

Guilherme Nucci⁸, sobre o tema, já alertava que esse poder “É mais uma amostra de que o juiz, no processo penal brasileiro, afasta-se de sua posição de absoluta imparcialidade, invadindo seara alheia, que é a do órgão acusatório, decretando medida cautelar de segregação sem que qualquer das partes, envolvidas no processo, tenha solicitado”. O doutrinador, porém, não critica essa possibilidade, afirmando apenas que o Código de Processo Penal brasileiro adota o modelo misto e não o acusatório.

Até mesmo Eugênio Pacelli⁹, favorável a prisão preventiva decretada de ofício no curso do processo, entendia ser inconstitucional a redação do artigo 311 do CPP anterior às alterações trazidas pela reforma de 2011. Lecionava o autor que “a prisão preventiva, na fase investigação, somente pode ser decretada a requerimento dos responsáveis pela investigação e legitimados à persecução em juízo”.

Diante de todo o exposto, ferindo os princípios da inércia e da imparcialidade, o modelo acusatório como um todo estaria sendo diretamente atingido.

Atento e sensíveis às críticas externadas pela doutrina processualista penal de todo o país, assim como do direito comparado, o legislador infraconstitucional buscou solucionar o problema com a Lei n. 12.403 de 05 de maio de 2011. Durante o capítulo que versa sobre as medidas cautelares pessoais, inovações legislativas foram trazidas no sentido de sempre evitar a atuação do magistrado sem provocação durante a fase de investigações. Neste sentido, surge

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 617/618.

⁹ PACELLI, *op. cit.*, p. 444.

a nova redação do art. 311 do CPP, que agora assegura que “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

Apesar da redação truncada do dispositivo, claramente a *mens legis* foi permitir a decretação da prisão preventiva decretada de ofício pelo magistrado “se no curso da ação penal”. Hoje, a preventiva determinada durante o inquérito, sem requerimento, viola não somente princípios constitucionais, mas também o próprio texto legal.

Cabe destacar que a alteração do art. 311 do CPP foi inspirada no tratamento conferido ao tema pelo Código de Processo Penal português¹⁰, que, preocupado com uma possível parcialidade do julgador, já vedava sua atuação sem provocação durante o inquérito.

Elogiável a inovação legislativa, mas teria ela sido completa?

A grande controvérsia existente atualmente está em saber se existiriam exceções, seja no próprio Código de Processo Penal seja na legislação extravagante, à necessidade de provocação para decretação da prisão preventiva antes da instauração do processo judicial.

Sobre o Código de Processo Penal, o embate recai sobre o artigo 310, II, ou seja, sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva. Questão tormentosa é saber se poderia essa conversão ser realizada pelo juiz independente de requerimento formulado pelo Ministério Público ou pelo querelante, mesmo antes da denúncia ou queixa.

Por mais uma vez, duas correntes são encontradas.

Uma primeira corrente entende que a hipótese envolve uma exceção à vedação da decretação da preventiva de ofício durante o inquérito policial. O artigo 310, II do CPP apenas exige para a conversão a presença dos requisitos constantes do art. 312 do mesmo diploma

¹⁰ Art. 194 do CPP de Portugal, que assim dispõe: 1 – À exceção do termo de identidade e residência, as medidas de coação e de garantia patrimonial são aplicadas por despacho do juiz, durante o inquérito a requerimento do Ministério Público e depois do inquérito mesmo oficiosamente, ouvido o Ministério Público. 2 – Durante o inquérito, o juiz não pode aplicar medida de coação ou de garantia patrimonial mais grave que a requerida pelo Ministério Público, sob pena de nulidade.

legal, além da inadequação ou descabimento de outras medidas cautelares diversas da prisão. Não haveria exigência legal de requerimento por parte de nenhum interessado, cabendo apenas ao juiz fazer a análise destes requisitos. A hipótese seria distinta da regra geral trazida pela atual redação do artigo 311, tendo em vista que naquela existiria um decreto prisional anterior (o flagrante) sem qualquer envolvimento do magistrado. Não haveria violação ao princípio da inércia, pois o juiz apenas estaria realizando um controle de legalidade da anterior prisão em flagrante, que não pode durar, atualmente, mais de 24 horas.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por exemplo, já se manifestou pela desnecessidade de oitiva do Ministério Público para conversão da prisão em flagrante em preventiva.

EMENTA: 'HABEAS CORPUS'. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA, DE OFÍCIO, PELO JUIZ. POSSIBILIDADE. REVOGAÇÃO. INVIABILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. - Após as reformas trazidas pela Lei nº 12.403/2011, o Juiz deve, obrigatoriamente, converter a prisão em flagrante em preventiva quando se fizerem presentes os requisitos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, não se exigindo, para tal ato, a oitiva prévia do Ministério Público ou a instauração do contraditório. Inteligência do artigo 310, II, do Código de Processo Penal. - O decreto de prisão preventiva se mostra satisfatoriamente fundamentado quando o Julgador aponta elementos concretos do caso em apuração que indicam a necessidade da medida extrema ante o risco patente que a soltura do paciente pode trazer à ordem pública. - A existência de condições pessoais favoráveis do paciente, por si só, não garante eventual direito subjetivo à revogação da prisão preventiva decretada.¹¹

Por outro lado, uma segunda corrente doutrinária, com cada vez mais adeptos, defende que é preciso fazer uma interpretação sistemática de todo o Código de Processo Penal. Assim, a redação do art. 310, II deveria ser compatibilizada com as disposições previstas nos artigos 282, §2º, 306 e 311 do CPP. Esta posição é adequada.

O Código de Processo Penal é um sistema, de modo que em sua interpretação deve ser sempre buscada a coesão entre suas disposições. O art. 282, §2º exige provocação para aplicação de medidas cautelares pessoais pelo juiz antes de haver ação penal em curso. Da

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo n. 0618329-91.2011.8.13.0000. Rel. Des. Renato Martins Jacob. Data do julgamento: 06.10.2011. Disponível em www.direitopenalvirtual.com.br – Acesso em 06.09.2013.

mesma forma, o art. 311, CPP veda especificamente a decretação da prisão preventiva de ofício na fase das investigações. Assim, deve o art. 310, II, que também trata de medida cautelar de prisão preventiva, respeitar as determinações dos artigos 282, §2º e 311, todos do CPP. Interpretação diversa mais uma vez estaria indo de encontro aos princípios da inércia e da imparcialidade.

Além disso, de grande relevância é a previsão do art. 306 do CPP. Antes da edição da Lei n. 12.403, o artigo apenas previa que a prisão em flagrante deveria ser de imediato comunicada ao juiz competente, à família do preso e à Defensoria Pública. Com a reforma ocorrida em 2011, o mesmo art. 306 passou a exigir também que a prisão em flagrante fosse comunicada ao Ministério Público. Essa é uma grande demonstração que a intenção do legislador foi oportunizar para o *parquet* a possibilidade de se manifestar perante o juiz no sentido de requerer a conversão do flagrante em preventiva. Existe esse momento adequado de acordo com o Código.

Mais uma vez agiu bem o legislador. Possibilitando a manifestação do promotor de justiça, a *opinio delicti*, ainda que de forma superficial, continua sendo externada por ele, órgão competente para fazer tal avaliação. A prisão preventiva possui uma série de exigências, como a prática de crime doloso com pena máxima superior a 4 anos. O juiz, no momento da análise sobre a possibilidade de conversão do flagrante, deverá analisar se os requisitos do art. 313 estão preenchidos. Se realizar tal averiguação sem ouvir o Ministério Público, estará ele fazendo uma análise sobre o crime praticado pelo preso, antes mesmo daquele que seria verdadeiramente competente. Pode ocorrer de o juiz converter o flagrante em preventiva de ofício e depois o Ministério Público se manifestar no sentido de que o crime praticado não comporta preventiva ou até mesmo que deve haver o arquivamento do inquérito. Aquela prisão tornar-se-ia desnecessária e a restrição da liberdade poderia ter sido

evitada com uma simples oitiva prévia do órgão titular do direito de propor a ação penal, além de evitar uma usurpação de funções.

No mesmo sentido aqui defendido, ensina André Nicolitt¹² que

Ademais, para assegurar a efetividade do sistema acusatório, o Juiz, quando receber o auto de prisão em flagrante (art. 306, CPP), antes de decidir sobre a prisão preventiva (art. 310, II, CPP), deverá ouvir o Ministério Público. A providência é saudável, principalmente porque a decretação da prisão preventiva atualmente depende da capitulação do delito em razão dos limites impostos pelo art. 313 do CPP, bem como da formação da opinião delicti do Ministério Público, sob pena de, por exemplo, decretar uma prisão e o Ministério Público entender que não estão presentes os requisitos para a denúncia, requerendo baixa para diligências investigatórias.

O Superior Tribunal de Justiça recentemente se manifestou a favor da conversão pelo magistrado independente de requerimento. Entendeu o Tribunal que esta atuação do juiz não seria de ofício tecnicamente, pois haveria uma implícita representação do delegado ao encaminhar o auto de prisão em flagrante. Além disso, argumentam que não houve inovação na liberdade ambulatorial do agente, que já estava preso pelo flagrante, diferente do que ocorre com a decretação inicial de prisão preventiva.

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. TESE DE NULIDADE PELA DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUÍZO PROCESSANTE. NÃO-OCORRÊNCIA. SIMPLES CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PREVENTIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 310, INCISO II, DO CPP. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PACIENTE E CORRÉUS QUE EFETUARAM DISPAROS DE ARMA DE FOGO CONTRA VIATURA DA BRIGADA MILITAR, NA TENTATIVA DE FUGA. EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO. PRONÚNCIA SUPERVENIENTE. SÚMULA N.º 21 DESTA CORTE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO RESTANTE, DENEGADO. 1. Não se verifica a alegada nulidade da prisão preventiva, por ter sido decretada de ofício pelo juízo processante, porquanto se trata, na realidade, de simples conversão da prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento dos ditames do art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal.¹³

O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou de maneira definitiva sobre a matéria, mas está próximo de expor sua opinião. O HC 118.241 do Mato Grosso do Sul tem como questão principal exatamente a (im)possibilidade de conversão da prisão em flagrante

¹² NICOLITT, op.cit., p. 43.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 182.843/RS. Rel Min. Laurita Vaz; julgado em 22.05.2012. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 18.12.2013

em preventiva sem requerimento anterior por parte do Ministério Público durante a fase de investigações policiais. Recentemente, em 18.06.2013, o relator Min. Ricardo Lewandowski negou a concessão de medida liminar. O mérito, contudo, ainda não foi analisado pelo colegiado.

O ideal seria o STF de uma vez por todas definir a adequada interpretação do artigo 310, II do CPP, de preferência manifestando-se pelo respeito aos princípios constitucionais que garantem a imparcialidade do magistrado e exigindo provocação da parte interessada por ocasião da decretação da preventiva em decorrência de prisão em flagrante antes da instauração da ação penal.

IV. INFLUÊNCIA DA LEI N. 12.403/2011 SOBRE A LEGISLAÇÃO ESPECIAL

A Lei n. 12.403/2011 não somente trouxe alterações expressas no texto do Código de Processo Penal, mas também demonstrou uma preocupação maior do legislador infraconstitucional com a garantia do sistema acusatório e dos princípios da inércia e da imparcialidade do julgador.

Apesar da novidade legislativa ter se restringido a alterar dispositivos do Código de Processo Penal, seus objetivos e ideais podem – e devem – influenciar o tratamento conferido pelas legislações especiais às medidas cautelares decretadas de ofício durante a fase de investigações policiais.

Baseada nesta ideia, parte da doutrina passou a defender uma releitura do artigo 294 do Código de Trânsito Brasileiro e do artigo 20 da Lei Maria da Penha.

O artigo 294 do CTB estabelece que

Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante a representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.

Trata-se de clara hipótese de medida cautelar que, de acordo com o texto legal, pode ser decretada pelo magistrado *ex officio*, ainda que em momento anterior ao da propositura da ação penal, no âmbito do Código de Trânsito Brasileiro.

Mesmo antes da edição da Lei n. 12.403, muitas vezes eram encontradas na doutrina defendendo o confronto entre este dispositivo e o sistema acusatório. Neste sentido, Lúcia Bocardo Batista Pinto¹⁴ critica:

A possibilidade de o juiz, de ofício, decretar a medida, parece que, de alguma forma, rompe com o sistema acusatório. Por este sistema, as tarefas são divididas no processo, sendo que cada sujeito processual tem uma função bem definida. (...) Não merece aplauso a lei, portanto, ao permitir que o juiz, de ofício, decrete a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor ou a proibição de sua obtenção. (...) Melhor seria que as partes interessadas formulassem o pedido e o juiz, preservada sua imparcialidade, decidisse da forma que melhor lhe aprouvesse, ao invés de, *ex officio*, decretar a medida.

Todos os dispositivos do direito infraconstitucional devem ser lidos com “óculos constitucionais”, ou seja, as interpretações oriundas da literalidade da lei devem estar de acordo com o texto constitucional como um todo, mas, principalmente, com os princípios que garantem os direitos individuais fundamentais dos sujeitos. Isso, por si só, já seria suficiente para diversos questionamentos incidirem sobre o artigo 294 do CTB. Com maior razão, agora que o próprio Código de Processo Penal demonstra preocupação em garantir a imparcialidade do juiz, a interpretação literal desta previsão legislativa não pode prevalecer.

O magistrado, no seu exercício de intérprete e protetor do texto constitucional, deve afastar a possibilidade de atuar sem provocação durante o inquérito policial para com isso garantir uma distância que se mostra necessária para assegurar a imparcialidade que deverá estar presente quando do julgamento da causa penal.

Não é demais lembrar que aquele juiz que se manifesta sobre medidas cautelares na fase de inquérito policial ficará prevento para um futuro julgamento da ação penal. Quando ele se manifesta sem ser provocado por um interessado ou, no mínimo, através de uma ação

¹⁴ PINTO, Lúcia Bocardo Batista. Trânsito – Lei 9.503, 23.09.1997. In GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coords.). *Legislação Criminal Especial*, v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.971-972.

penal, demonstra um envolvimento, um interesse com a causa que não deveria existir naquele momento inicial. Inegável que sua imparcialidade ficaria ao menos arranhada.

Toda essa construção aqui apresentada poderia justificar também uma releitura do art. 3º da Lei n. 9.296/96 que permite que o julgador decrete de ofício a interceptação telefônica, durante as investigações ou no curso do processo penal. O mesmo entendimento é apresentado por André Nicolitt¹⁵ e é importante destacar que tramita no Supremo Tribunal Federal, ainda sem decisão definitiva, a ADI nº 4.112, na qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo no que tange à possibilidade de decretação de ofício pelo juiz.

Inegável que a interceptação telefônica é medida cautelar probatória e não pessoal e que sobre a possibilidade de o juiz produzir provas de ofício existe uma controvérsia ainda mais intensa. Contudo, o sistema acusatório e os princípios constitucionais já destacados exigem uma evolução na interpretação do dispositivo. Com isso, somente quando provocado deve o juiz analisar a presença ou não dos requisitos para decretação desta medida cautelar durante o inquérito.

Questão ainda mais tormentosa para o magistrado diz respeito à Lei Maria da Penha, pois as particularidades que envolveram sua criação geram um embate acalorado sobre a possibilidade de prisão preventiva decretada de ofício durante as investigações de crimes praticados com violência de gênero.

A Lei n. 11.340 de 2006 foi editada em um contexto de inconformismo pelas constantes e repetidas situações de violência perpetrada contra a mulher, exatamente pelo fato dela ser deste sexo considerado, ao menos fisicamente, mais frágil. Conhecido como Lei Maria da Penha, o diploma legal buscou assegurar uma proteção mais intensa às aquelas

¹⁵ Leciona o autor: “Como já deixamos claro no capítulo sobre o sistema acusatório, sustentamos a impossibilidade, seja no curso do inquérito, seja durante o processo, de o juiz decretar interceptação telefônica de ofício. Neste aspecto, a primeira parte do art. 3º da Lei em exame é inconstitucional”. NICOLITT, André. *O novo processo penal cautelar – A prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.131.

mulheres que se encontram em situação de risco e vulnerabilidade, especialmente através da previsão de medidas protetivas e tratamento mais rigoroso para aqueles que cometem crimes com violência contra mulher no contexto familiar.

A preocupação demonstrada pela lei com a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher constituiu um grande avanço e trouxe para o seio da sociedade uma problemática que vinha sendo deixada de lado. Entretanto, um problema estrutural e ínsito no seio social não será solucionado de imediato com medidas pontuais.

Os fundamentos aqui destacados justificaram o estabelecimento de uma série de rigores no processamento dos crimes cometidos com violência doméstica contra a mulher. Para alguns, o artigo 20 da Lei n. 11.340 traria mais uma espécie de tratamento especial para esses crimes. Não merece prosperar tal posição e passa-se a expor as razões. É a seguinte a redação do dispositivo: “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial”.

A maior discussão envolvendo o tema prisão preventiva decretada de ofício na legislação extravagante recai exatamente sobre este artigo 20 da Lei n. 11.340. Poderia o magistrado decretar a prisão preventiva *ex officio* durante o inquérito policial que investiga crimes praticados com violência contra a mulher? Existe vedação, tendo em vista que o Código de Processo Penal, modificado pela Lei n. 12.403, não mais permite tal prerrogativa ou, sendo a Lei Maria da Penha uma lei especial, deve ela prevalecer sobre a regra geral?

Uma primeira posição doutrinária vem defendendo que o princípio da especialidade deve ser aplicado, ou seja, a regra especial deve afastar a regra geral. Assim, o art. 20 da Lei 11.340 impediria a aplicação do atual artigo 311 do CPP, pois lei posterior geral não pode revogar disposições especiais.

O entendimento dessa corrente baseia-se, principalmente, naqueles fundamentos – situação de vulnerabilidade do sexo feminino e maior reprovabilidade do comportamento do ofensor – considerados pelo legislador infraconstitucional na elaboração da Lei Maria da Penha. A ideia é que o legislador teria intenção de conferir tratamento mais rigoroso para o agente de crime praticado com violência doméstica contra a mulher, logo, diferentemente dos demais crimes que tem seu procedimento disciplinado pelo Código de Processo Penal, nos processos envolvendo a Lei n. 11.340, poderia o magistrado decretar a prisão preventiva do agressor de ofício, mesmo que durante a fase de investigações policiais.

Destacam, ainda, o art. 13 da mesma lei, que prevê que as normas do Código de Processo Penal poderão ser aplicadas subsidiariamente, desde que não conflitem com as disposições daquele diploma legal. No caso, não haveria omissão a ser suprida pelo CPP, tendo em vista que o art. 20 teria exaurido a matéria.

Nesta corrente, pode-se destacar Alice Bianchini¹⁶, que defende

Em nosso entendimento, a segunda posição é a mais correta, pois, não obstante ofender regras de suma importância inerentes ao sistema acusatório (já que o juiz acaba por comprometer a necessária posição equidistante), no momento da ponderação de interesses, há que preponderar a norma de proteção integral à mulher em situação de risco (art. 4º, LMP).

Uma segunda posição, que vem ganhando cada vez mais força entre os doutrinadores modernos, afirma que a solução adequada é uma releitura do art. 20 da Lei n. 11.340 à luz da nova redação dos artigos 282, §2º e 311 do CPP. Defendem que a Lei Maria da Penha, ao tratar sobre o tema prisão preventiva, apenas repetiu o tratamento que até então era conferido pelo Código de Processo Penal.

Com precisão, Marcos Paulo Dutra Santos¹⁷ ensina que

Em contrapartida, no tocante às medidas cautelares afilivas, convém reconhecer que houve uma mudança de paradigma com o advento da Lei nº 12.403/11, pois o atuar oficioso do juiz, antes indiscriminado, eis que exequível tanto em sede de inquérito

¹⁶ BIANCHINI, Alice. Impacto das mudanças na prisão preventiva, as demais medidas cautelares e a Lei Maria da Penha. In GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luiz (Coords.). *Prisão e medidas cautelares*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 240.

¹⁷ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo Processo Penal cautelar*. Salvador: JusPODIVM, 2011, p.32.

policial quanto no curso da ação penal, ficou circunscrito à última, *ex vi* dos arts. 282, §2º e 311 do CPP.

Neste diapasão, dispositivos como o art. 20 da Lei nº 11.340/06 simplesmente reeditaram o referencial então em vigor, isto é, a prisão preventiva decretada de ofício, quer de maneira preparatória quanto incidental à ação penal, haja vista o então art. 311 do CPP. Em suma: o citado artigo 20 simplesmente reproduziu a regra geral vigente à época, logo alterada esta pelos artigos 282, §2º e 311 é natural que tais mudanças alcancem os demais dispositivos que a reproduziram em apreço ao princípio *lex posteriori derogat anterior*. Por conseguinte, o art. 20 da Lei 11340/06 foi tacitamente derogado pelo atual art. 311 do CPP, de sorte que também no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher a prisão preventiva só é decretável *ex officio* pelo juiz incidentalmente ao processo.

Os argumentos apresentados pelos defensores da segunda corrente são mais fortes.

Não há dúvidas de que, em princípio, a regra especial afasta a regra geral. Contudo, o legislador, ao elaborar o art. 20 da Lei Maria da Penha, não quis conferir um tratamento diferenciado ao tema.

A Lei n. 11.340 foi publicada no Diário Oficial da União em 08.08.2006, ou seja, quando o art. 311 do CPP ainda admitia o atuar oficioso do juiz na decretação de medidas cautelares pessoais antes mesmo do início do processo. Certo é que ao elaborar a Lei Maria da Penha uma série de medidas foi prevista para dar tratamento mais rigoroso ao autor dos crimes por ela abarcados. Entretanto, neste ponto específico, houve mera repetição do que antes dispunha o CPP. Não foi a especialidade que justificou a elaboração do art. 20, mas sim a regra geral do Código de Processo Penal.

Dessa forma, com a mudança da regra geral do CPP – com o art. 282, §2º, CPP exigindo provocação do magistrado na decretação das medidas cautelares durante inquérito e, mais especificamente, com o art. 311 vedando que o juiz determine a prisão preventiva de ofício neste mesmo momento –, entende-se que o dispositivo da lei que visa coibir a violência contra a mulher também foi alterado, ainda que não expressamente. Trata-se de revogação tácita do art. 20 da Lei n. 11.340 de 2006 pela Lei n. 12.403 de 2011. A hipótese excepcional de lei geral posterior revogando dispositivo de lei especial deve ser aplicada ao caso.

Ressalta-se que esta solução aqui apresentada não é novidade na jurisprudência dos Tribunais Superiores. A mesma ideia já foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no tema interrogatório do réu.

Tradicionalmente, o Código de Processo Penal previa o interrogatório do acusado como primeiro ato da instrução criminal. Tal previsão era muito criticada pela doutrina, que sempre defendeu o interrogatório como ato de defesa, logo deveria ocorrer após a produção de todas as provas pela acusação. Seguindo esta orientação, a Lei n. 11.719 de 2008 alterou o art. 400 do CPP e passou a prever o interrogatório como último ato da instrução.

Ocorre que, tanto a Lei n. 8.038 de 1990 – dispõe sobre o procedimento das ações originárias no âmbito do STF e do STJ – quanto a Lei n. 11.343 de 2006, mais conhecida como Lei de Drogas, continuam a prever o interrogatório como ato inaugural da instrução processual. Diante do tratamento diferenciado entre o CPP e a legislação extravagante, a mesma controvérsia se instaurou: quis o legislador conferir tratamento próprio para essas leis especiais ou seria a previsão de interrogatório ao início da instrução mera repetição daquilo que dispunha a regra geral do CPP? É possível encontrar defensores das duas posições, mas o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de reconhecer que a mudança do paradigma influencia as previsões da legislação extravagante.

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal¹⁸ decidiu que

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES PENAIS ORIGINÁRIAS DO STF. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal. II – Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei 8.038/90 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou. III – Interpretação sistemática e teleológica do direito. IV – Agravo regimental a que se nega provimento.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP528 AgR – Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 22.09.2013

Por derradeiro, destaca-se que os mesmos fundamentos que justificaram a alteração trazida pela Lei n. 12.403 no que tange à decretação da prisão preventiva de ofício antes do início da ação penal devem ser aplicados ao caso. Independente do crime cometido e das vítimas da infração, o sistema acusatório não deve ser violado. Da mesma forma que destacado no tratamento conferido pelo Código de Processo Penal, a imparcialidade do julgador estaria comprometida se ele pudesse decidir sobre uma medida cautelar pessoal sem ser provocado por representação da autoridade policial ou do Ministério Público ou, no mínimo, através da instauração da ação penal. Não há razões razoáveis a justificar o afastamento desses princípios diante dos crimes da Lei Maria da Penha.

Diante de todo o exposto, entendo que a reestruturação realizada pela Lei n. 12.403/11 deve incidir sobre a legislação extravagante, justificando uma releitura de seus dispositivos a partir do sistema acusatório, dos princípios da inércia e da imparcialidade e até mesmo da vontade legislativa trazida pela previsão do art. 282, §2º do CPP.

CONCLUSÃO

Hodiernamente se vivencia um momento de “novo constitucionalismo”. O culto exagerado à lei perde espaço diante de uma Constituição integralmente conformadora. Qualquer norma constitucional, com destaque para os princípios, possui um mínimo que seja de eficácia e limita a atuação de todos.

Claramente o texto constitucional buscou adotar para o sistema processual penal brasileiro o sistema acusatório, garantindo uma separação estanque entre as funções de acusar, defender e julgar. Hoje, mais de 25 anos após a edição da Carta Magna, encontra-se na quase totalidade do país instituições equipadas tecnicamente e intelectualmente para o

desenvolvimento das funções que lhe foram atribuídas pela Constituição, não cabendo mais uma intervenção injustificada de um órgão sobre a atuação de outro.

O art. 129, I da CRFB/88 diz que é função do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública. Trata-se de mais uma demonstração de que o sistema acusatório, juntamente com o princípio da inércia do magistrado, foi valorizado pela nossa Carta Maior. Buscou-se com tal previsão, especialmente, garantir o princípio da imparcialidade do julgador.

Fundamental definir o papel que o juiz passa a exercer na interpretação e aplicação da lei. O magistrado e a Constituição devem ter uma relação direta, completa, extremamente íntima e cúmplice, uma vez que aquele é um dos principais garantidores do sistema democrático. A Constituição existe para ser posta em vigor. O operador do direito não é uma simples máquina que deve representar uma “boca repetidora” da lei.

O legislador infraconstitucional, elaborando a Lei n. 12.403 de 2011, trouxe uma evolução ao prever que a prisão preventiva – no procedimento previsto no Código de Processo Penal – não poderá ser decretada de ofício no momento das investigações policiais. Cabe ao magistrado completar tal caminho para chegar cada vez mais próximo do encontro com o sistema acusatório.

A interpretação a ser empregada sobre o art. 310, II do CPP exige uma produção intelectual do juiz, adequando-se à ideia de que não deve atuar antes de ser provocado expressamente sobre a conversão ou através do início da ação penal.

Da mesma forma, não pode, diante da ameaça de lesão aos direitos fundamentais e aos princípios processuais penais, permanecer inerte ou indiferente, aceitando que o legislador infraconstitucional se ponha indevidamente entre ele e o texto constitucional. Diante disso, deve ser feita uma releitura do artigo 20 da Lei n. 11.340 e do art. 294 do CTB, exigindo que

o atuar oficioso do julgador somente ocorra quando já em curso a ação penal. Essa é a única maneira de garantir verdadeiramente a imparcialidade pretendida.

Infelizmente, porém, ainda se vislumbra uma relação estremecida entre juiz e Constituição. Seja por comodidade, amedrontamento ou por pressão social, o juiz penal se aparta de seu conteúdo substancial para repelir direitos e garantias fundamentais ou para se apegar à legislação infraconstitucional que lhe é conflitante.

Medos certamente existem, mas deve o magistrado ter coragem para buscar realizar de maneira adequada os direitos fundamentais que protegem a pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 182.843/RS. Rel Min. Laurita Vaz; julgado em 22.05.2012. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 18.12.2013
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 96.445/RJ – Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 08.09.2013
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 98968/SC. Rel Min. Eros Grau; julgado em 04.08.2009. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 08.09.2013
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP528 AgR – Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 22.09.2013
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo n. 0618329-91.2011.8.13.0000. Rel. Des. Renato Martins Jacob. Data do julgamento: 06.10.2011. Disponível em www.direitopenalvirtual.com.br – Acesso em 06.09.2013.
- FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 8. ed, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coords.). *Legislação Criminal Especial*, v. VI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luiz (Coords.). *Prisão e medidas cautelares*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NICOLITT, André. *O novo processo penal cautelar – A prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo Processo Penal cautelar*. Salvador: JusPODIVM, 2011.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1959.