

Da Inconstitucionalidade da Conversão da Prisão em Flagrante em Prisão Preventiva, de Ofício, pelo Magistrado, na Fase Investigatória

Ana Carolina Fucks Anderson Palheiro¹

A Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, publicada no dia 05 do mesmo mês de maio, com o início de sua vigência em 04 de julho de 2011, trouxe relevantes alterações no nosso Código de Processo Penal, principalmente no trato das prisões e da liberdade provisória.

A presente análise restringe-se somente ao artigo 310, II do CPP, que determina que o juiz, antes do recebimento da denúncia, converta, de ofício, a prisão em flagrante em preventiva.

Data máxima vênia, entendo que, em fase inquisitorial, não cabe ao magistrado, de ofício, antes sequer da manifestação ministerial, decretar prisão preventiva, sob pena de nítida violação ao sistema acusatório, sistema este salvaguardado na nossa Lei Maior.

Andou muito bem o legislador ordinário, quando da redação do art. 311 do CPP (alterado pela Lei nº 12.403/11), pois determina que, na fase de investigação, a prisão preventiva pode ser requerida pelo Ministério Público e por representação da autoridade policial e somente pode ser decretada pelo magistrado, de ofício, no curso do processo penal, ou seja, com o recebimento da denúncia.

É evidente que o juiz não pode decretar prisão preventiva *ex officio* no curso da investigação, sob pena de violação ao sistema acusatório adotado na Constituição da República de 1988. Afastar o juiz das funções

¹ Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barra Mansa.

investigatórias, certamente preserva ao máximo sua imparcialidade. Neste momento e para essas funções investigatórias, foram instituídos o Ministério Público (artigos 127 e seguintes da CR/88) e a Polícia Judiciária (artigo 144 da CR/88). Não é por outro motivo ser vedada a decretação da prisão temporária (prevista na Lei nº 7.960/89), de ofício, pelo juiz, já que a citada medida cautelar tem por destinação, unicamente, a tutela da fase de investigação policial.

Ocorre que, não obstante tais considerações, o art. 310 e seus incisos do CPP, com a nova redação dada pela mencionada lei, dispõem que o juiz, ao receber a cópia do auto de prisão em flagrante delito, poderia: relaxar a prisão, se ilegalmente realizada, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, ou decretar (ou converter) a prisão em flagrante em prisão preventiva em desfavor do indiciado.

Salvo melhor juízo, entendo que, no que tange à conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, a lei é inconstitucional, ante a ausência de requerimento por parte do MP e por não se tratar de fase processual.

A interpretação literal de leis infraconstitucionais quase nunca é a que mais serve aos propósitos constitucionais, sendo preciso ser realizada a devida “filtragem constitucional”. Em assim procedendo, a outra conclusão não chega que a inconstitucionalidade da determinação contida no art. 310, II, do CPP, quando comanda ao juiz “converter” a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Notória a violação do Sistema Acusatório (art.129, I, da CR/88), assim como do princípio da inércia jurisdicional e da imparcialidade do juiz.

A própria Lei nº 12.403/11 é confusa, pois, ao mesmo tempo em que rechaça o Sistema Acusatório (artigo 310, II do CPP), nos artigos 282, § 2º e 311 também do CPP, revela incansável defesa, quando dispõe que não cabe ao juiz decretar cautelares, especialmente, a prisão preventiva, de ofício, em sede inquisitorial. É sabido por todos que o magistrado, na fase inquisitorial, somente deve atuar mediante provocação.

Nota-se que a possibilidade de o juiz converter a prisão em flagrante em preventiva, além de violar o art. 129, inciso I, da CR/88, já que o

juiz provoca a própria jurisdição, na fase inquisitorial, atuando de ofício e avançando indevidamente acerca da *opinio delicti*, é absolutamente impossível, querendo-se agir com um mínimo de responsabilidade. É que o juiz, para o fim de decretar a preventiva, deve verificar a presença da prova da materialidade de um crime e indícios de autoria. Exigir que se faça isso nessa fase pré-processual, considerando apenas a conduta narrada no Auto de Prisão em Flagrante, se esta se amolda a tipos penais que comportam a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 313, do CPP, é inconcebível, ainda mais quando sequer há alguma imputação feita pela futura parte acusadora! Não se pode esquecer que a *opinio delicti* não é do Delegado de Polícia ou do Magistrado, mas do Promotor de Justiça!

Ante o exposto, neste momento do procedimento, com a mera análise da cópia do APF, entendo que não cabe ao magistrado examinar os fundamentos da preventiva, mas limitar-se a dizer se a prisão está nos moldes do art. 302, do CPP, homologando ou relaxando, ou, se o caso concreto permitir, concedendo a liberdade provisória com ou sem fiança.

Não obstante o supramencionado, é cediço também que a mera cópia do APF não contém informações básicas necessárias para verificar a presença dos fundamentos do art. 312, do CPP: garantia da ordem pública (comprovada prática de reiteração criminosa, através da folha de antecedentes, por exemplo); garantia de aplicação da lei penal (se há indícios de que o autuado estava se preparando para fugir; cópia de comprovante de residência, por exemplo) ou conveniência da instrução criminal (se houve tentativa de destruição de provas, ou ameaça a testemunhas, por exemplo), o que pode levar a decretos de prisão mal fundamentados ou a equívocos, como a concessão de liberdade provisória a quem deveria permanecer em cárcere provisoriamente.

Desta forma, ao passo em que considero inconstitucional o art. 310, inc. II, do CPP, na parte em que determina a conversão de flagrante em preventiva, significando o mesmo que decretá-la ou impô-la, de ofício, em sede inquisitorial, entendo que a análise sobre o cabimento ou não de liberdade provisória (com ou sem fiança), nesta fase, via de regra, é insipiente, já que sem a apresentação de documentação minimamente viável

para que se possa aferir a periculosidade do agente, se representa risco para a instrução penal ou para a aplicação da lei penal. (Muitas das vezes, ainda não há nos autos folha de antecedentes criminais, cópia de comprovante de residência do autuado e etc.)

Pergunto: Como conceder a liberdade provisória ao indiciado, se não há prova de seu comprovante de residência? Se vier a ser processado, a citação ocorrerá onde? Certamente, basta os mais avisados fornecerem falsos endereços residenciais em sede policial que jamais serão processados criminalmente, surgindo nos juízos criminais intermináveis processos suspensos pelo artigo 366 do CPP. Será que o legislador infraconstitucional quis abraçar a impunidade? Evidente que não...

O que pretendeu a novel legislação, sem dúvida, foi impor ao magistrado analisar, em cada caso concreto, a possibilidade de um preso em flagrante delito responder a um processo criminal em liberdade, independentemente de requerimento de liberdade provisória com ou sem fiança por parte da defesa. Essa situação não deve ser feita de forma açodada, apressada, sem qualquer documentação mínima nos autos.

É plenamente possível, em razão de expressa previsão constitucional (art. 5º, LXI, CF), a manutenção da custódia cautelar do indiciado com base em sua prisão em flagrante até que se tenham elementos suficientes para concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, ou decretação de sua prisão preventiva. Para tanto, basta o magistrado aferindo não ser caso de relaxamento de prisão, HOMOLOGAR A PRISÃO EM FLAGRANTE, ou, se assim não entender, diante de documentação mínima acostada ao procedimento, conceder a liberdade provisória com ou sem fiança.

Ora, se assim não for, indago: O juiz recebendo cópia do APF, convertendo a prisão em flagrante em preventiva, como fica o prazo do artigo 10 do CPP e outros dispostos em leis especiais para o término do inquérito? Afinal de contas, se há fundamentos para decretação de prisão preventiva, é evidente que há lastro probatório mínimo de o Ministério Público denunciar. Mas, como imaginar a existência de lastro probatório mínimo somente com cópia do auto de prisão em flagrante (cópia do APF)? O

APF é mera peça, não é o inquérito concluído, como no jargão jurídico chamamos “o vermelhinho”. O APF é mera peça inicial do inquérito (“vermelhinho”) que se instaura quando o sujeito é preso em situação de flagrante. Como o magistrado vai se antecipar ao Promotor de Justiça? Magistrado determinando o momento em que o órgão acusador deve denunciar, bem como sugerindo qual o delito deve ser o indiciado denunciado? Isso fere por completo a CR/88, vai de encontro com o Sistema Acusatório, a inércia jurisdicional, sua imparcialidade. Não é dele a função constitucional de acusar, a *opinio delicti*.

Pois bem, imagine-se um caso concreto: o magistrado recebe uma cópia do flagrante, lê, entende que não é caso de relaxamento e que não é caso de concessão de liberdade provisória, em vez de homologar o flagrante e remeter os autos ao MP, converte a prisão em flagrante em preventiva, por entender ser roubo o delito praticado pelo indiciado. Ocorre que, findo o inquérito, o Promotor de Justiça, quando da denúncia, entende ter o denunciado praticado um furto simples por arrebatamento, opinando inclusive pela concessão de liberdade provisória. Como fica? No mínimo, entendo que este magistrado está suspeito para atuar no feito! Evidente que já adiantou seu entendimento sobre os fatos.

E mais, um magistrado recebe cópia de prisão em flagrante acerca de uma grande apreensão de drogas sintéticas. Como o juiz irá converter em preventiva um crime de tráfico de entorpecentes, somente com base em cópia do APF, sem, muitas das vezes, ainda sequer a polícia tenha terminado a confecção do laudo prévio da droga. O MP terá que denunciar sem laudo? É evidente que não... Mas, como há decretação de prisão preventiva, de ofício, pelo magistrado, nos autos sem sequer prova concreta da materialidade? (Neste caso, visualize este problema não com drogas conhecidas, como maconha e cocaína, mas com drogas sintéticas, o que necessita de uma análise mais técnica para se atestar a materialidade).

Imagine-se a hipótese de o magistrado receber cópia do APF, converter a prisão em flagrante em preventiva e o Promotor, posteriormente, entender não pelo crime do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, mas do artigo 28

do mesmo diploma legal – uso de entorpecentes. Onde fica a imparcialidade do magistrado?

CONCLUSÃO

A meu sentir, não cabe ao magistrado manifestar-se sobre a decretação ou conversão de prisão em flagrante em preventiva, antes do oferecimento da denúncia pelo órgão acusador. Sem dúvida, que relaxar a prisão ilegal, conceder liberdade provisória com ou sem fiança, analisando o caso concreto, pode e deve fazê-los de ofício, já que é missão constitucional do Poder Judiciário a tutela das liberdades públicas. Todavia, decretar prisão preventiva antes de iniciada a ação penal é ferir o Sistema Acusatório previsto na Lei Maior.

A prisão em flagrante é, como explicitado, plenamente possível existir até o recebimento da denúncia, em razão de expressa previsão constitucional (art. 5º, LXI, CF). Basta o magistrado, aferindo não ser caso de relaxamento de prisão, nem de concessão de liberdade provisória, homologá-la. ♦