14º FEPEG
FÓRUM DE ENSINO, PESQUISA EXTENSÃO E GESTÃO
"O conhecimento (re)Visitado: Novos desafios para a Universidade"
Realização: Unimontes, Minas Gerais Governo Diferente. Estado Eficiente.
Apoio: FADENOR
ISSN: 1806-549X

AUTOR(ES): MATEUS MAGALHÃES ALVISI, HENDERSON PAULO CALDEIRA DE FARIA FILHO, LEONARDO DE OLIVEIRA MELO e ISABELA SANTOS COSTA.
ORIENTADOR(A): GUILHERME ROEDEL FERNANADEZ SILVA

A CONTROVERSIA DA CONVERSÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA EX-OFFICIO NO CONTEXTO DA PANDEMIA

Introdução

O presente trabalho visa analisar a possibilidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva, de ofício, pelo Magistrado, na impossibilidade da realização da audiência de custódia, prevista no artigo 310 do código de processo penal, sob a justificativa de prevenção do vírus Sars-CoV-2 (COVID-19).

Recentemente, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou habeas corpus (HC 583-995/MG) a um indivíduo autuado pelo crime de homicídio tentado, do qual resultou a prisão em flagrante, e fora convertida em preventiva pelo juiz plantonista. Sua decisão foi motivada e fundamentada para garantia da ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal, disposto no artigo 312 do código de processo penal, ademais a corresponder à urgência da realidade da prisão em flagrante.

O caso gera discussões acerca da legalidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva, considerando que não houve a presença do Ministério Público em audiência de custódia ou representação de Delegado de Polícia. Neste sentido a alteração promovida pela Lei 13.964/19, conhecida como "Pacote anticrime" na legislação processual penal, prestigia o sistema acusatório, concedendo ao Juiz o poder de julgar e, ao mesmo tempo, manter uma posição de equidistância e imparcialidade.

Não obstante serão analisados os aspectos normativos e principiológicos, a fim de encontrar o resultado que observe os detrimentos legais da forma mais adequada e cabível.

Material e Métodos

Para a produção do presente resumo foi utilizada da pesquisa bibliográfica e documental, em artigos científicos, doutrinas, revistas especializadas, jurisprudências e legislações, com ênfase no Código de Processo Penal (CPP) e na Lei 13.964/2019. A pesquisa foi desenvolvida pelo método dedutivo partindo das noções gerais sobre processo penal para o entendimento da problemática proposta.

Ante o exposto foi necessária revisão de obras de autores aclamados do Direito Processual Penal, como Aury Lopes Júnior, Renato Brasileiro de Lima e Guilherme Nucci, no intuito de analisar a legalidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva, tomando como exemplo o recente julgado do STJ.

Resultados e Discussões

A. Prisão em flagrante delito e Prisão preventiva.

Lima (2020) define a prisão em flagrante como "uma medida de autodefesa da sociedade, consubstanciada na privação da liberdade de locomoção daquele que é surpreendido em situação de flagrância, a ser executada independentemente de prévia autorização judicial". Superado os quatro momentos distintos do flagrante, quais sejam, a captura, a condução coercitiva do agente à presença da autoridade policial, a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito (APFD) e a detenção do agente, faz-se a comunicação da autoridade judiciária competente, convertendo o flagrante em ato judicial.

De posse do APFD, incialmente, deve o Magistrado analisar a legalidade da medida constritiva, podendo, então, relaxar a prisão em flagrante (caso ilegal) ou homologá-la. Verificada a legalidade, o juiz pode seguir os seguintes caminhos em audiência de custódia com a presença do acusado, seu Defensor e o membro do Ministério Público: converter a prisão em preventiva (art. 310, II, do CPP) ou conceder liberdade com ou sem fiança (art. 310, III, do CPP), cumulada ou não com as medidas cautelares diversas da prisão.

Em continuidade, a prisão preventiva é definida por Renato Brasileiro como:

ISSN: 1806-549X

> (...) espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319). (Lima, 2020, p. 1.056)

B. Impossibilidade de Audiência de Custódia e o Caráter Excepcional.

Com efeito, a Audiência de Custódia foi incorporada à legislação brasileira através da Lei 13.964/2019, configurando-se meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais, visto que neste momento são garantidos os direitos do detido, podendo o juiz autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando necessário.

Deste modo, a previsão do instituo no art. 310 do CPP, insere "uma audiência, onde o preso seja (...) ouvido por um juiz, que decidirá nesta audiência se o flagrante será homologado ou não e, ato contínuo, se a prisão preventiva é necessária ou se é caso de aplicação das medidas cautelares diversas" (Lopes Junior, 2020).

Anota-se que uma segunda finalidade da audiência de custódia seria a adequação do ordenamento jurídico interno aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, em especial constante na Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 8 item 1. Ademais, a realização da Audiência de Custódia vai ao encontro dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Durante a pandemia do Sars-Cov-2 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Recomendação nº 62, recomendou aos Tribunais e aos magistrados a não realização de audiência de custódia, em caráter excepcional, como medida essencial à garantia da saúde coletiva e da segurança pública. De modo que no presente momento, encontram-se suspensas as audiências de custódias, com fundamentação nos art. 310, §4º, do CPP, como motivação idônea.

A prisão preventiva, nos termos do art. 282, §6º, do CPP, pressupõe o esgotamento das possibilidades de substituição da prisão pelas medidas cautelares diversas, exigindo, ainda, fundamentação com base nos elementos presentes no caso concreto e de forma individualizada.

C. Sistema acusatório e inquisitorial.

Os sistemas processuais e questão diferenciam-se na concentração ou não das funções de acusar, defender e julgar, em suma o inquisitorial as reúne na figura do juiz inquisidor, já o acusatório as divide em partes distintas com igualdade de condições, reitera-se que a alteração promovida pela Lei 13.964/19 prestigia o sistema acusatório.

Diante do explanado acerca da contrapartida constitucional da prisão preventiva *ex-officio,* é levantada a controvérsia da realidade do nosso sistema processual penal, uma vez considerado misto, como noção doutrinária, vide a fala de Aury Lopes Junior (2019) "Esse pensamento tradicional de sistema misto, que é criticado por nós, deve ser revisado porque é reducionista, na medida em que atualmente todos os sistemas são mistos, sendo os modelos puros apenas uma referência histórica".

Ainda na fala do ilustre Lopes Junior (2019), também resta à definição do nosso sistema como misto em razão das fases Pré-processual e processual propriamente dita, as quais respectivamente representam modelo inquisitorial e acusatório, nas figuras no Ministério Público de acusador e na diligência do inquérito, inquisitorial.

Mas a razão do questionamento sobre o sistema processual penal reduz-se à já expressa impossibilidade de audiência de custódia, sendo a realidade do momento da pandemia uma deturpação do estabelecido na Lei 13.964/19, vide artigo 311 do CPP. Não obstante a conversão da prisão *ex-officio,* violar o expresso no artigo já citado, ela contradiz o principio "*ne procedat iudex ex officio*" o que é incompatível com o sistema acusatório segundo Renato Brasileiro (2019), uma vez vedados atos de caráter persecutórios e probatórios por parte do juiz.

Que em sua posição imparcial, vide o Art. 3º-A do CPP "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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)", observa-se a impossibilidade de ativismo judicial na demarcada fase do processo. Entretanto Guilherme de Souza Nucci, afirma que a fase processual e questão trata-se de pré- processual, logo seria cabível a manutenção da conversão da prisão em aguardo ao posicionamento do MP.

Diante do exposto resta a dura critica a impossibilidade de assemelhar a realidade do nosso sistema processual à um modelo arcaico, ou permitir a violação principiológica por parte dos magistrados mesmo ante ao argumento da excepcionalidade momentânea.

D. Contradição Principiológica.

Desta maneira, observa-se que a prisão preventiva é consagrada pela legislação processual penal como o último instrumento a ser utilizado. O art. 282 faz menção aos princípios da necessidade e da adequação, que, para Lopes Júnior (2020), tratam-se do princípio da proporcionalidade. O caráter excepcional da prisão preventiva está subordinado ao princípio da presunção de inocência, fazendo com que esta modalidade de prisão seja reservada para os casos mais graves, considerando o elevado custo que representam.

A supressão da audiência de custódia, bem como a conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva configuram clara violação ao princípio do contraditório. Embora não seja usual falar de contraditório em sede de medida cautelar, ele é plenamente possível.

A sistemática atual, com a necessidade de realização da audiência de custódia, visa segurar e garantir o contraditório ao detido, já que neste momento seria oportunizado ao defensor argumentar e ao representante do Ministério Público manifestar sobre a prisão.

Um segundo princípio constitucional violado com a prisão preventiva de ofício é o da presunção de inocência. Conceitua-se este princípio como o direito de não ser declarado culpado, senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao fim de um processo. A exceção ao princípio é justamente a existência de fundamento que justifique uma segregação cautelar, contudo, para que isso seja possível, deve o Magistrado atentar-se a todas as garantias fundamentais, não sendo o caso da prisão preventiva de ofício.

E. Fundamentação judicial do Habeas corpus 583.995/MG

O julgado do *Habeas corpus* e questão foi um caso repercutido devido a levantar não somente, o contravertido no estudo da conversão da prisão em flagrante delito em preventiva, sem prévio requerimento do Ministério Público ou representação do Delegado de Polícia, mas a aplicação do direito frente à impossibilidade de ocorrência da audiência de custódia. Entretanto as razões pelas quais a impossibilidade do fato tem origem fortuita, uma vez que a pandemia foge às previsões legais.

Assim o legislador e os operadores do direito buscaram os meios necessários para não congelar o andamento processual. Não obstante o H.C recebeu o argumento de Rogério Schietti Machado Cruz, na conversão da prisão, a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública, e ressaltou o art. 282 do CPP, o qual permite ao juiz, com ou sem pedido das partes, revogar medidas cautelares ou voltar a decreta-las, ainda na fala do magistrado, ele reitera que no caso em questão a pessoa já resta em privação de liberdade, logo é necessária ação imediata do juiz a fim de averiguar a legalidade da prisão e a eventual necessidade de convertê-la em preventiva devido ao caráter excepcional do caso.

Nucci (2019) alega que com fundamento no art. 312 do CPP que a prisão preventiva pode ser decretada de ofício no na fase investigatória, a mesma não podendo ocorrer na fase instrutória, devido à sua previsão constitucional, (Art. 5, inciso LXI). Em sua fala Nucci, em posição de magistratura, afirma que na prática do dia a dia a prisão em flagrante persiste a ser convertida em preventiva, ficando em posição de aguardo à manifestação ou representação de competentes a solicitando ou não. Aborda também que a nova redação provida pela alteração Lei 13.964/19, não surpreende nem inova em relação à alteração anterior 12.403/11, consubstanciando assim a inexatidão do legislador e a incompreensão por parte do operador do direito, fazendo renascer o debate.

14º FEPEG
FÓRUM DE ENSINO, PESQUISA EXTENSÃO E GESTÃO
"O conhecimento (re)Visitado: Novos desafios para a Universidade"
Realização: Unimontes MINAS GERAIS GOVERNO DIFERENTE. ESTADO EFICIENTE.
Apoio: FADENOR
ISSN: 1806-549X

Considerações finais

Em resolução ao abordado diante da controvertida conversão de prisão em flagrante em preventiva, apreende-se que a função processual desempenhada pela audiência de custódia não pode ser ignorada, entretanto em sua impossibilidade espera-se que o legislador proponha resposta à controvérsia, uma vez que a prática contrapõe a matriz principiológica do processo penal.

Desta forma a inobservação do contraditório e da ampla defesa não podem ser abandonado em qualquer momento do processo penal, logo que trata-se da privação de liberdade e ou direitos de um individuo, assim como o devido processo legal, impossibilidade judicial da prática de atos persecutórios e o pressuposto de imparcialidade do juiz competente.

Então é incompreensível em vista do argumento da excepcionalidade a adoção de medidas inquisitoriais, logo cabe ao legislador e aos magistrados a revisão dos devidos meios para o processamento da ação observando as matrizes normativas do emaranhado legislativo brasileiro.

Referências

BRASIL. DECRETO N 3689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm- Acesso: 21/09/2020 às 15:30

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União. 1988

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 8 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/17092020-Para-Sexta-Turma--prisao-em-flagrante-pode--excepcionalmente--ser-convertida-em-preventiva-sem-pedido.autoridepolicial.- Acesso: 21/09/2020 às 15:00