

**A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA:
NECESSIDADE DE REQUERIMENTO ACUSATÓRIO OU INICIATIVA DO
JUIZ?**

**CONVERSION OF THE ARREST IN TEMPORARY CUSTODY: THE NEED
FOR REQUEST OR INICIATIVE OF THE JUDGE?**

Franklyn Roger Alves Silva

Mestre em Direito Processual pela Universidade do
Estado do Rio de Janeiro. Pós- Graduado em Direito
Processual Civil pela Universidade Gama Filho.
Professor da Universidade Candido Mendes.
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente artigo examina se a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, em razão da alteração operada pela reforma do Código de Processo Penal exige requerimento da acusação ou se o juiz pode, de ofício, realizar a conversão.

Abstract: The present article examines, due to the criminal procedure law reorganization, if the arrest's conversion into temporary custody requires a prosecution's request or the court on its own initiative can convert it.

Palavras-chave: Medidas Cautelares – Prisão – Conversão – Iniciativa – Juiz

Keywords: Provisional remedies – Prison – Conversion – Initiative - Judge

Sumário: 1. Introdução – 2. A nova sistemática das prisões cautelares – 3. O sistema acusatório e a iniciativa do Juiz: a conversão da prisão em flagrante de ofício – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. Introdução:

Ao analisar a nova redação do Código de Processo Penal verifica-se que a alteração da Lei n. 12.403/11 ocasionou verdadeira desjudicialização da prisão em

flagrante, tornando-a mero ato administrativo praticado pela autoridade policial quando do conhecimento da ocorrência de infração penal¹.

Com a modificação da redação do art. 310 do CPP torna-se possível ao juiz, quando do recebimento do auto de prisão em flagrante adotar uma das seguintes providências: i. relaxar a prisão em flagrante no caso de ilegalidade; ii. converter a prisão em flagrante em prisão preventiva; iii. conceder a liberdade provisória com ou sem fiança.

Não há dúvidas de que o relaxamento da prisão e a concessão da liberdade provisória devem ser analisados e deferidos de ofício pelo juiz, independentemente de requerimento defensivo, uma vez que cabe ao magistrado o controle da legalidade da prisão e da restituição da liberdade do indiciado.

O problema, contudo, reside na atividade jurisdicional desempenhada no momento da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. A grande indagação refere-se à possibilidade de o juiz agir de ofício ao realizar a conversão ou se haveria a necessidade de requerimento do órgão acusatório para assim agir.

É certo que a reforma processual prevê expressamente que tanto o Ministério Público assim como a Defensoria Pública² serão comunicados da prisão em flagrante de qualquer indivíduo, como forma de permitir que os personagens do processo possam tomar todas as providências que entenderem cabíveis na fase pré-processual.

Neste ponto, poderia se admitir que o objetivo do legislador ao determinar a expressa comunicação do Ministério Público seria o de conferir ao órgão acusatório a função de pleitear a necessária conversão do flagrante em prisão preventiva?

Mas em se tratando de crime de ação penal privada? A lei é silente no que se refere comunicação do querelante para ciência da prisão em flagrante de seu agressor. Neste contexto, considerando que o Código de Processo Penal não contempla a hipótese de comunicação da prisão em flagrante a vítima ou seu representante legal, a quem recairia o dever de pleitear a conversão?

¹ Para maior compreensão conferir: SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. O novo sistema de medidas cautelares introduzido pela lei n. 12.403/11. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, n. 414, 2011.

² É bom observar que a Defensoria Pública somente é comunicada da prisão em flagrante quando o indiciado não indicar advogado no momento de sua prisão, conforme dicção do art. 306, §1 do CPP.

O objetivo do presente estudo é o de melhor compreender a vontade do legislador no que se refere ao regramento da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, como passaremos a demonstrar.

2 – A nova sistemática das prisões cautelares:

O Direito Processual Penal brasileiro há muito exige uma reforma, ou melhor, a construção de um sistema de medidas cautelares, ante a frágil redação originária do Código de Processo Penal.

Durante décadas, em matéria de medidas cautelares, persistiu a concepção de que o Direito Processual Penal contemplava cinco modalidades de prisões provisórias (temporária³, flagrante, preventiva, prisão decorrente da pronúncia e a prisão em razão do advento de sentença condenatória recorrível) e duas medidas de contracautela (liberdade provisória e fiança).

Felizmente em 2008 as Leis n. 11.689/08 e 11.719/08 acabaram por extinguir as “prisões automáticas”⁴ no momento da pronúncia e da sentença

³ A disciplina da prisão temporária é encontrada na Lei n. 7.960/89.

⁴ O Supremo Tribunal Federal também agasalhou o movimento de superação das prisões automáticas, ao reconhecer que apesar de inexistir o efeito suspensivo no Recurso Extraordinário é inviável a imposição do cumprimento antecipado da pena imposta pela sentença. Enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória somente se admite a prisão cautelar, como vemos:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepoem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente".

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

condenatória. Em 2011, com a aprovação da Lei n. 12.403/11, o legislador exterminou a prisão em flagrante como título prisional autônomo que persistia até o advento da sentença condenatória, reconhecendo seu caráter de mero ato administrativo precário, passível de judicialização através da correspondente conversão em prisão preventiva.

Certo é que a prisão preventiva sempre se constituiu como modalidade autônoma de medida cautelar privativa de liberdade e ganhou muito mais *status* com as reformas de 2008 e 2011. Todavia, o grande ponto controvertido da questão reside em saber quais momentos processuais o juiz pode decretá-la de ofício.

Com efeito, não há dúvidas de que as reformas processuais operadas pelas Leis n.ºs 11.719/08 e 12.403/11 reformularam todos os paradigmas das prisões cautelares, em especial a prisão preventiva, criando um regime próprio de medidas cautelares processuais penais, ou melhor, uma disciplina cautelar processual penal.

Esta nova formatação do regime de cautelares adotou uma concepção há muito sustentada pela doutrina, de implementação do princípio da homogeneidade e da excepcionalidade da prisão cautelar. Assim, novas medidas cautelares foram introduzidas no art. 319 do Código Penal suprimindo os anseios da doutrina.

O legislador, ao menos quando da redação de parte da Lei n. 12.403/11, em um lampejo de razoabilidade prestigiou expressamente no art. 282, incisos I e II os princípios da necessidade e adequação. Por óbvio que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito⁵ é extraído da conjugação dos dois princípios antecedentes, expressos

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52]ção do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. STF - HC 84078 MG - Min. EROS GRAU - 05/02/2009.

⁵ Para melhor compreensão da reforma operada pela Lei n. 12.403/11 conferir: SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. O novo sistema de medidas cautelares introduzido pela lei n. 12.403/11. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 414, 2011.

no texto legal, revelando que a imposição de qualquer medida cautelar, seja privativa de liberdade, seja restritiva demanda concreta avaliação das circunstâncias do processo.

É bom que se deixe claro que o art. 282 do Código de Processo Penal estabelece as balizas hermenêuticas a serem observadas no momento de decretação de qualquer das medidas cautelares, inclusive as privativas de liberdade.

A nova lei possui certas atecnias, a exemplo da nova redação do Título IX, agora denominado “DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA”, que traça os parâmetros gerais para a aplicação das medidas cautelares. Ao analisarmos isoladamente o referido Título, poderíamos supor que a prisão, as medidas cautelares e a liberdades provisórias comporiam gêneros distintos e integrariam grupos autônomos.

No entanto, esta não é a melhor interpretação. O novo sistema processual cautelar passa a ser dotado de três modalidades de medidas cautelares: as privativas de liberdade, assim entendidas como a prisão temporária, a prisão preventiva e a prisão domiciliar; as de contracautela consubstanciadas na liberdade provisória e na fiança; e, por último, as cautelares restritivas elencadas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal.

Nesta mesma linha de raciocínio, parece-nos que o legislador promoveu verdadeira reformatação na prisão preventiva que passa a se constituir em um gênero subdividido em quatro modalidades autônomas: a prisão preventiva propriamente dita, com fundamento nos arts. 311 e 312 do Código de Processo Penal; a prisão preventiva decretada ou reavaliada no momento da sentença condenatória, com espeque no art. 387, parágrafo único do CPP; a prisão preventiva decretada ou reavaliada no momento da decisão de pronúncia, com fulcro no art. 413, §3º do CPP e, por último, a prisão preventiva advinda da conversão da prisão em flagrante, com fundamento no art. 310, II do CPP.

Em relação à prisão preventiva imposta no momento da sentença condenatória ou com o advento da decisão de pronúncia, não há qualquer sombra de dúvida de que a mesma possa ser decretada de ofício pelo juiz⁶, uma vez que os correspondentes dispositivos conferem ao juiz o dever de avaliar a necessidade da imposição ou manutenção da prisão a título cautelar nestes marcos processuais⁷.

⁶ Apesar de a lei, a jurisprudência e parte da doutrina admitirem a imposição da prisão preventiva de ofício em tais momentos processuais, entendemos que em razão da adoção do sistema acusatório não poderia o juiz agir independentemente de provocação, principalmente no que diz respeito à restrição da liberdade do indivíduo. O juiz é personagem inerte da relação processual, daí o porquê de o Ministério Público ostentar as atribuições de *dominus litis* e *custos legis*.

⁷ Neste sentido, conferir: SILVA, Franklyn Roger Alves; SILVA, Luiz Claudio. *Manual de processo e prática penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

O mesmo se diga em relação à restituição da liberdade do indivíduo, posto que tanto o art. 316, assim como o art. 321 do Código de Processo Penal determinam ao juiz o diuturno controle da necessidade da prisão preventiva, cominando o dever de revogação sempre que ausentes os seus requisitos ou quando não mais existirem os motivos que justifiquem a sua subsistência.

O problema diz respeito às prisões preventivas decretadas com fulcro no art. 311 do CPP (prisão preventiva propriamente dita) e em razão da conversão do flagrante (art. 310, II do CPP).

Em sintética análise, no que tange a prisão preventiva propriamente dita, o art. 311 autoriza a sua decretação de ofício somente no curso da ação penal, mas nunca na fase de investigação, que pressupõe a apresentação de requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial.

Trata-se de restrição que se compatibiliza com o regime probatório e a necessária imparcialidade do juiz, personagem do processo que não pode se envolver com circunstâncias capazes de permitir a coleta de prova da materialidade e de indícios de autoria, requisitos estes necessários para o embasamento da deflagração da ação penal.

Aliás, o fundamento também consta do art. 282, §2º do CPP que impede a decretação das medidas cautelares no curso do inquérito policial de ofício pelo juiz. Adota-se o raciocínio de que na fase pré-processual não deve haver a iniciativa do órgão jurisdicional que deverá ser sempre provocado, seja para o deferimento de medida probatória que dependa de autorização judicial (i.e. interceptação telefônica) seja para a imposição de medidas cautelares.

A problemática então surge com a prisão em flagrante e sua conseqüente comunicação ao juiz. Neste caso, poderia o magistrado realizar a conversão do flagrante em prisão preventiva independentemente de requerimento da acusação ou da autoridade policial? Antes da resposta a tal indagação, faz-se necessária a compreensão da dimensão do sistema acusatório no sistema processual penal brasileiro e o necessário entendimento de que a imparcialidade do juiz também se desdobra na proibição de sua intervenção pró-ativa no processo, seja pelas iniciativas probatórias, seja pela imposição das medidas cautelares⁸.

⁸ Infelizmente o Código de Processo Penal permite ao juiz a decretação, de ofício, das medidas cautelares durante o curso da ação penal (arts. 282, §2º e 311 do CPP), assim como a produção probatória de ofício na forma do art. 156 do CPP, constituindo duas grandes falhas do ordenamento processual penal brasileiro.

3 – O sistema acusatório e a iniciativa do juiz – a conversão da prisão em flagrante de ofício:

Como visto, muitos tentam justificar nos caracteres do sistema acusatório a necessidade de provocação do Ministério Público ou da autoridade policial como elementos necessários para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

No estudo do Direito Processual Penal é muito cristalina a divisão teórica de dois grandes sistemas, o inquisitivo e o acusatório.

Qualifica-se o sistema processual inquisitivo pela ausência de contraditório; pelo caráter sigiloso e tarificação nos meios de prova; e, notoriamente, pela acumulação de funções em um único órgão, o que leva um mesmo personagem do processo a exercer os encargos de acusação, defesa e julgamento do acusado.

No sistema acusatório verifica-se o total antagonismo com o sistema antecedente. Neste sistema predomina a garantia do contraditório na relação processual; o processo é dotado de publicidade; há liberdade na produção e avaliação dos meios de prova; e, principalmente, há nítida divisão de tarefas, cabendo a pessoas distintas o exercício da função acusatória, a de defesa e a de julgamento, esta última caracterizada pela necessidade de imparcialidade e inércia do julgador.

Pois bem, não paira qualquer sombra de dúvida de que o Brasil não adota o sistema inquisitivo, diante da clara divisão de tarefas entre os personagens da relação processual e pela inúmera gama de princípios constitucionais que tratam da disciplina processual penal. Todavia, o mesmo consenso não é encontrado quando da adoção da concepção de que o Brasil adota o sistema acusatório.

Isto porque, inobstante nosso ordenamento preconizar pela ampla defesa, contraditório, publicidade, divisão de tarefas entre a acusação e defesa com a conseqüente paridade de armas, verifica-se que o órgão afeto ao exercício da jurisdição, apesar de inerte e imparcial pode agir pró-ativamente, ao interferir na produção de provas (art. 156 do CPP), nas iniciativas afetas ao Ministério Público (art. 28 e 384 do CPP), bem como deferir medidas cautelares de ofício no curso do processo (art. 282, §2º e 384 do CPP, além de diversas leis esparsas).

Assim, faz-se necessário reconhecer a premissa de que o Brasil adota um sistema acusatório impuro, ou um sistema misto como definido por parte da doutrina, ante a existência de caracteres que particularizam o sistema processual brasileiro, desnaturando a definição doutrinária do sistema acusatório.

Certo é que diante da formatação peculiar do sistema acusatório no Brasil, temos que analisar a situação processual criada pelo art. 310, II do Código de Processo Penal e compreender a possibilidade de atuação jurisdicional “sem provocação”.

Aury Lopes Jr., em recente estudo desenvolvido sobre a nova alteração legislativa adverte que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva demandaria requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, por entender inconstitucional a decretação de ofício pelo juiz⁹.

Defende o doutrinador que a adoção do sistema acusatório impede que o juiz adote qualquer postura pró-ativa, seja quanto a determinação de medidas cautelares, inclusive a prisão e a produção de provas no processo.

André Nicolitt¹⁰ reconhece ser impossível ao juiz o ativismo na decretação de medidas cautelares. No entanto, quando trata da questão referente à conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva o autor deixa de enfrentar a controvérsia aqui analisada, manifestando-se apenas no sentido de que seria prudente ao juiz ouvir o Ministério Público antes de operar a conversão, visto que o órgão acusatório poderia não concordar com os elementos constantes do inquérito, entendendo necessária a baixa para a realização de outras diligências.

Com o devido respeito aos citados autores, tal posição não se afigura a mais adequada. Exigir a manifestação do Ministério Público quanto à conversão da prisão é simplesmente impor exigência que não possui previsão legal e, conseqüentemente, dilatar a manutenção de uma restrição corporal sem o correlato título prisional. Relembre-se que a prisão em flagrante, como ato administrativo de natureza precária tem prazo certo de duração.

Neste ponto, não se pode deixar de registrar que cabe a autoridade policial a comunicação da prisão no prazo de 24 horas, sob pena de aquela restrição administrativa afigurar-se ilegal. Efetuada a comunicação, competirá ao juiz realizar uma das situações do art. 310 do Código de Processo Penal, visto que a duração da prisão em flagrante se esgota com a conseqüente comunicação. Admitir a interferência do Ministério Público, seja para requerer ou se manifestar sobre a conversão é simplesmente ignorar as garantias constitucionais e o próprio contraditório, posto que

⁹ LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 39.

¹⁰ NICOLITT, André. *Lei n. 12.403/2011: o novo processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. P. 43

não se garante à defesa oportunidade para assim se manifestar sobre a impossibilidade de conversão em prisão preventiva após a comunicação da prisão em flagrante¹¹.

Neste contexto é nítido o contrasenso em se exigir o requerimento ou manifestação do órgão acusatório para a conversão, visto que o Ministério Público na grande maioria e para não dizer a totalidade dos casos, em nada contribuirá para a conversão, mas apenas apresentará argumentos baseados nas informações do auto de prisão em flagrante, as quais, diga-se de passagem, o juiz já dispõe.

É praticamente impossível que no prazo de 24 horas, tempo este razoável para que o juiz possa analisar o auto de prisão em flagrante e adotar uma das providências do art. 310 do CPP, o Ministério Público possa reunir outros elementos capazes de embasar o requerimento de prisão. O contexto da prisão em flagrante certamente permanecerá o mesmo e o Ministério Público em nada contribuirá.

Logo, voltando a indagação inicial de nosso estudo, a resposta sobre a possibilidade de o juiz realizar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, a nosso ver é positiva, pois cabe ao juiz o dever de adotar qualquer uma das medidas do art. 310 do Código de Processo Penal, independentemente de provocação do Ministério Público ou da autoridade policial.

Relembre-se que não estamos diante de uma situação que demande a necessária produção de elementos de prova necessários para a decretação da prisão preventiva, como dispõem os arts. 311 e 312. Muito pelo contrário, os elementos constantes do auto de prisão em flagrante e a própria comunicação judicial já são suficientes para permitir ao juiz a realização do juízo de valor acerca da necessidade da conversão, diante da presença dos requisitos da prisão cautelar, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Se assim não o fosse, o art. 310 do CPP seria redigido de modo a comportar dois resultados, o do relaxamento de prisão e o da concessão da liberdade provisória. Eventual imposição de prisão preventiva ficaria a cargo do Ministério Público que a partir da comunicação deveria reunir elementos capazes de embasar o requerimento de prisão preventiva.

A redação do art. 310 do Código de Processo Penal utiliza-se em seu *caput* do verbo imperativo “deverá”. Assim, ao receber a comunicação da prisão em

¹¹ É bem verdade que o art. 282, §3º do Código de Processo Penal exige a observância do contraditório no momento da imposição de alguma das medidas cautelares, salvo nas hipóteses de urgência ou de perigo de ineficácia da medida.

¹² Nos crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher o art. 41 da Lei n. 11.343/06 impede a incidência de qualquer dispositivo da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Logo, afigura-se possível a imposição da prisão em flagrante às infrações de menor potencial ofensivo.

flagrante caberá ao Juiz, mediante decisão fundamentada, avaliar de início, a legalidade da prisão em flagrante. Superado o exame da validade da prisão o juiz sopesará a eventual desnecessidade da prisão cautelar (art. 321 do CPP) com a possibilidade de imposição de alguma das medidas cautelares restritivas (arts. 319 e 320 do CPP) ou das medidas de contracautela (liberdade provisória e fiança).

Se a restituição da liberdade do indivíduo puser em risco a garantia da ordem pública, da ordem econômica ou se for conveniente à instrução criminal ou à futura aplicação da lei penal, demonstrado o perigo por meio de elementos concretos do auto de prisão em flagrante, caberá ao juiz realizar a conversão do flagrante em prisão preventiva.

Em nenhum momento o legislador exige a manifestação das partes ou da autoridade policial quando do momento da conversão do flagrante em prisão preventiva, até porque não estamos diante de hipótese de atividade de iniciativa do juiz. A comunicação da prisão em flagrante em si é provocação suficiente para demandar a resposta jurisdicional.

Em assim sendo, o que o ordenamento jurídico tutela é a contraposição entre o direito de liberdade, a integridade da sociedade e o bom andamento da investigação ou da instrução processual. E este controle é ínsito ao Juiz, visto que a prisão em flagrante é o ato estatal precário que constata o indício de autoria da infração penal e exige do órgão judiciário pronta resposta acerca da manutenção daquela prisão.

A situação aqui analisada não configura, em essência, atividade realizada pelo juiz “de ofício”. Não! Muito pelo contrário, ao realizar a análise da conversão do flagrante em prisão preventiva o juiz age “no seu ofício”, pois a lei lhe outorgou o dever de fiscalizar a legalidade e a necessidade da prisão em flagrante, com a sua conseqüente conversão.

É certo que o legislador acabou criando verdadeira distorção no sistema pelo seguinte motivo: enquanto os arts. 282, §2º e 311 do CPP vedam a imposição, por iniciativa própria do juiz, da prisão preventiva em sentido estrito (arts. 311 e 312) no curso do inquérito – uma autêntica medida cautelar privativa de liberdade, o §4º do art. 282 autoriza que o juiz possa decretar a prisão preventiva de ofício quando configurado o descumprimento de alguma outra medida cautelar imposta.

Em outras palavras, o juiz não pode decretar a prisão preventiva no curso da investigação uma vez ser necessário o requerimento acusatório ou a representação da autoridade policial. No entanto deferida a imposição de alguma das medidas cautelares restritivas (arts. 319 e 320 do CPP) poderia o juiz, de ofício, rever as medidas já impostas e até mesmo, em último caso, decretar a prisão preventiva, independentemente do momento, processual ou pré-processual.

Na realidade, torna-se necessária a compreensão de que quando o art. 282, §4º do CPP determina que no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, possa o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, não sendo contemplada a figura da autoridade policial, o que o legislador quer dizer é que a revisão da imposição das medidas cautelares de ofício pelo juiz só pode ocorrer no curso do processo, onde apenas atuam o MP, o Querelante e o assistente de acusação.

Ao elencar os personagens que atuam no processo penal, alguns com exclusividade, a exemplo do assistente de acusação que não atua durante o inquérito policial e não conferir legitimidade à autoridade policial, que só atua na fase inquisitorial, o legislador deixa claro que a revisão de ofício das medidas restritivas e a conseqüente imposição da prisão preventiva pelo descumprimento das demais cautelares só se afigura possível no curso da ação penal, onde o legislador resiste em manter o ranço de outorgar iniciativa ao juiz.

Um outro ponto que reforça a tese de que o juiz deve realizar a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva independentemente de requerimento, diz respeito ao tratamento referente às prisões por crimes de ação penal privada. Isto porque, a lei não exige a comunicação do ofendido acerca da prisão em flagrante do indiciado, apesar de esta só poder ser realizada mediante seu próprio requerimento.

Atualmente, o rol de crimes afetos à ação penal privada no Código Penal resume-se a: crimes contra a honra (arts. 138 a 140), crimes contra o patrimônio (arts. 161, §3º, 163, IV, 164 e 179), crimes contra a propriedade imaterial (art. 184, caput), crimes contra a família (art. 236), crimes contra a administração da justiça (art. 345).

Apesar de quase todos serem da competência dos Juizados Especiais Criminais, o que impossibilitaria a imposição da prisão em flagrante desde que assumido o compromisso a que alude o art. 69, parágrafo único da Lei n. 9.099/95¹² e também estarem dentro do patamar do art. 313, I do Código de Processo Penal, o que impediria a cominação da prisão preventiva, é possível, em tese, que uma destas infrações penais possa ser alvo da conversão.

Hipoteticamente¹³, o indiciado que é reincidente em crime doloso e pratica o crime do art. 163, IV (pena de 6 meses a 3 anos) pode ter sua prisão em

¹² Nos crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher o art. 41 da Lei n. 11.343/06 impede a incidência de qualquer dispositivo da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Logo, afigura-se possível a imposição da prisão em flagrante às infrações de menor potencial ofensivo.

¹³ Na prática, afigura-se pouco usual a imposição de prisão preventiva em crimes de ação penal privada, ante a diminuta gravidade das condutas que são alvo da queixa-crime.

flagrante convertida em prisão preventiva, visto que o crime não é da competência dos Juizados Especiais Criminais.

Nesta hipótese, como se trata de crime de ação penal privada, cuja iniciativa é afeta o querelante, não seria possível ao Ministério Público se manifestar quanto a eventual prisão do indiciado. E, como visto, o querelante não é cientificado da prisão em flagrante¹⁴, apesar de participar da confecção do auto de prisão em flagrante na qualidade de vítima, requerendo a imposição da restrição corporal administrativa, como manda o art. 304 do Código de Processo Penal.

Admitir que a conversão da prisão em flagrante pressuponha requerimento do Ministério Público nos levará a situação em que o juiz não poderá converter a prisão em flagrante em prisão preventiva nos crimes de ação penal privada, visto que o MP não terá legitimidade para se manifestar sobre a conversão e o ofendido não é apontado no rol de pessoas que serão comunicados da prisão em flagrante.

Em outras palavras, o ofendido se manifestará favoravelmente à prisão em flagrante no momento da lavratura do auto de prisão, mas não será informado de que o auto de prisão em flagrante foi comunicado à autoridade competente, o que impedirá a formulação do requerimento de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Por estas e outras razões é que não há como admitir que a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva demande a necessidade de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial.

4 – Conclusão:

Não temos dúvida de que a reforma do Código de Processo Penal operada pela Lei n. 12.403/11 promoveu verdadeira revolução no processo penal cautelar brasileiro, seja ao estabelecer princípios, seja ao tipificar as possíveis medidas cautelares a serem impostas no curso do processo.

A inovação de um sistema cautelar chega em excelente momento, diante da crescente atuação judicial no combate a criminalidade e a necessidade de se desinchar o já abarrotado sistema prisional brasileiro.

Em que pesem as posições contrárias, não nos parece que a conversão do flagrante em prisão preventiva dependa de requerimento do órgão acusatório, inviabilizando a iniciativa automática do juiz.

¹⁴ Observe-se que o art. 201, §2º do Código de Processo Penal determina apenas a comunicação do ofendido em relação aos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão. Logo, não há qualquer exigência legal quanto a comunicação da prisão realizada na fase inquisitorial.

Como visto, a prisão preventiva adquiriu novo formato a partir das alterações operadas pelas Leis n.s 11.689/08, 11.719/08 e 12.403/11 que estabeleceram quatro espécies do gênero prisão preventiva.

O *caput* do art. 310 adota comando imperativo, pois determina ao juiz a adoção fundamentada de uma das três providências constantes de seus incisos. Logo, o relaxamento da prisão, a concessão da liberdade provisória e a conversão do flagrante em preventiva devem ser examinados pelo juiz independentemente de requerimento da defesa ou do órgão acusatório.

Estando demonstrada no auto de prisão em flagrante a necessidade de imposição da medida cautelar, caberá ao juiz avaliar a situação concreta, optando por uma ou algumas das medidas cautelares restritivas dos arts. 319 e 320 do CPP ou, em último caso, decidir pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, quando as outras medidas não se afigurarem adequadas ou suficientes.

Logo, apesar das inúmeras inconsistências do ordenamento processual penal brasileiro que em diversos momentos admite a postura ativa do magistrado, a nosso ver, não há como extrair interpretação diversa no sentido de ser vedado ao juiz a conversão do flagrante em prisão preventiva de ofício, diante da redação da Lei n. 12.403/11.

Referências Bibliográficas:

- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- NICOLITT, André. *Lei n. 12.403/2011: o novo processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- POLASTRI, Marcellus. *Da prisão e da liberdade provisória na reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, Franklyn Roger Alves; SILVA, Luiz Claudio. *Manual de processo e prática penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. O novo sistema de medidas cautelares introduzido pela lei n. 12.403/11. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 414, 2011.

