

Cadernos Jurídicos

Ano 22 - Número 57 - Janeiro-Março/2021

Pacote Anticrime e temas atuais de Processo Penal



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2021

Anotações sobre a atuação judicial *ex officio* na prisão cautelar em face da Lei 13.964/2019

Aristóteles de Alencar Sampaio¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Prisão processual; 2.1. Prisão preventiva; 2.2. Prisão em flagrante; 3. Sistema acusatório; 4. Atuação judicial *ex officio* na prisão cautelar; 4.1. Atuação cautelar *ex officio*: marcos temporais e limites; 4.1.1. Audiência de custódia e prisão em flagrante; 4.1.2. Prolação de sentença condenatória e pronúncia; 4.1.3. Revisão nonagesimal; 4.2. Atuação *ex officio* condicionada e iniciativa judicial *pro reu*; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A prisão cautelar é tema bem explorado pela doutrina, dada sua relevância decorrente dos relevantes princípios constitucionais que a envolvem. Contudo, busca-se no presente artigo analisar alguns impactos sobre o instituto da prisão cautelar da recente Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, que alterou a legislação penal e a legislação processual penal, em especial, o Código de Processo Penal.

O enfoque deste artigo é a repercussão da nova legislação sobre a decretação *ex officio* na prisão cautelar no Código de Processo Penal, importando ao estudo breves digressões sobre o princípio acusatório, a prisão preventiva e a prisão em flagrante delito, analisando-se, outrossim, a introdução da revisão nonagesimal da prisão processual e suas consequências no processo penal.

Busca-se responder neste artigo a seguinte questão: ainda é juridicamente possível a decretação de prisão cautelar *ex officio*, ou seja, sem requerimento do Ministério Público, ou de representação da autoridade policial? E, caso afirmativo, em quais hipóteses esta atuação judicial pode ocorrer?

Pretende-se, assim, contribuir para o estudo de ponto relevante da prisão cautelar após a vigência da nova legislação. Sem qualquer pretensão de esgotamento de tão rica temática, importando desde já consignar que, além das inovações aqui abordadas, muitas outras modificações foram realizadas pela Lei 13.964/2019 em relação à prisão cautelar, que, contudo, escapam aos limites deste artigo.

¹ Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

2. Prisão processual²

Dada a natureza dinâmica da persecução penal é comum a necessidade da concessão de medidas cautelares para a consecução de certos fins processuais, para permitir o prosseguimento da persecução penal, mediante a restrição temporária de direitos.

No processo penal, as medidas cautelares podem ser divididas em “reais” e “pessoais”.

De forma geral, as medidas cautelares pessoais são aquelas relativas à prisão cautelar e as medidas alternativas à prisão, delineados nos arts. 282 e seguintes do estatuto processual penal. Já as medidas cautelares reais são relativas às constrições sobre bens móveis ou imóveis, sendo elas os sequestros de bens móveis e imóveis,³ a especialização e registro de hipoteca legal⁴ e o arresto de bens móveis prévio ao registro e a especialização da hipoteca legal⁵ e arresto subsidiário de bens móveis.⁶

A prisão no sistema processual brasileiro pode ser classificada de acordo com sua natureza: prisão decorrente de sentença condenatória transitado em julgado (prisão-pena) ou prisão processual (prisão sem pena).⁷

A prisão processual, que não decorre de uma condenação criminal, insere-se no conceito de “medidas cautelares”,⁸ que, na técnica processual, constitui instrumento para a superação do risco de que o tempo e o estado das coisas tenham-se modificado durante a marcha processual de tal forma que tornem ineficaz a intervenção estatal para a solução do conflito; os objetivos, pois, das medidas cautelares são assegurar os meios para que a decisão judicial definitiva seja alcançada, e de forma eficaz.⁹

As medidas cautelares ostentam características específicas à sua natureza, podendo ser citadas sua instrumentalidade hipotética, isto é, será ela um instrumento para assegurar o resultado de uma previsível condenação; acessoriedade, ou seja, a medida não é um fim em si mesma; preventividade, ou seja, tem a função de evitar que um dano irreparável ou de difícil reparação aconteça; provisoriedade, pois a medida cautelar terá seus efeitos vigentes até a superveniência do provimento jurisdicional final; sumariiedade, pois a medida cautelar está fundada em juízo sumário, e não em um juízo de certeza; referibilidade, isto é, a tutela cautelar deve estar ligada a uma situação concreta de direito material; proporcionalidade, pelo qual a medida cautelar deve ser proporcional à restrição aplicável quando do provimento final.¹⁰

² Parte do tema apresentado neste tópico é uma modificação reduzida de trechos de nossa dissertação de mestrado *A colaboração premiada na Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013*, apresentada junto da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

³ Arts. 125 a 132 do Código de Processo Penal.

⁴ Arts. 134 e 135 do Código de Processo Penal.

⁵ Art. 136 do Código de Processo Penal.

⁶ Art. 137 do Código de Processo Penal.

⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15. ed. ver. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 647-648.

⁸ As medidas cautelares podem ser “pessoais” ou “reais”, subdividindo-se as medidas pessoais em “prisão cautelar” e “medidas diversas da prisão”, como se depreende dos art. 319 e 320 do Código de Processo Penal.

⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Medidas cautelares e princípios constitucionais*. In: FERNANDES, Og (org.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*, comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 16.

¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 938-944.

O princípio constitucional da presunção de inocência impõe que todas as medidas cautelares que tolham a liberdade do indivíduo em matéria processual penal não possam antecipar a pena, pois somente a partir da condenação judicial definitiva ficará afastada tal presunção, sendo possível a aplicação da pena relativa à liberdade do agente. Neste sentido, inclusive, foi expressamente consignado pelo art. 313, §2º, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 13.964/19, que, além de afastar a possibilidade que a prisão cautelar possa antecipar a pena, também afasta a possibilidade da prisão cautelar embasada na simples existência da persecução penal.

Além disso, como decorre dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, dentre outros, e expressamente previsto no art. 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal, a prisão cautelar tem natureza subsidiária e excepcional, ou seja, somente será cabível caso as outras medidas cautelares alternativas à prisão não sejam adequadas.

Atualmente são previstas três modalidades de prisão processual: prisão preventiva, prisão em flagrante e prisão temporária.

Analisaremos brevemente neste trabalho alguns tópicos da prisão preventiva e da prisão em flagrante, tendo em vista a modificação destas pela nova legislação no tocante à atuação *ex officio* do magistrado. Deixaremos, por outro lado, de analisar a iniciativa judicial na prisão temporária, que é outra das modalidades de prisão processual, porquanto não houve qualquer modificação no tocante a este aspecto pela nova legislação, mantendo a impossibilidade de decretação *ex officio* pelo magistrado (art. 2º da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989).

2.1. Prisão preventiva

No tocante à prisão preventiva, em função da necessidade de se adequar a prisão processual à proteção dos direitos e a garantias fundamentais, a lei processual penal condiciona a decretação desta ao preenchimento de alguns requisitos.

A natureza cautelar do instrumento processual está subordinada a hipóteses de cabimento, pressupostos positivos e negativos que permitem legitimamente afastar a excepcionalidade da prisão sem pena.

Inicialmente, as hipóteses de cabimento da prisão preventiva estão descritas no art. 313 do Código de Processo Penal. Depreende-se do mencionado dispositivo legal que descabe a prisão preventiva: a) se o acusado se livra solto independentemente de fiança; b) nos crimes culposos; c) se o crime tem pena inferior a 4 anos de pena privativa de liberdade, caso o agente não seja reincidente. Por outro lado, cabe a prisão se o crime envolver violência doméstica e familiar, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência previstas na Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, bem como se houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa, tudo como se depreende do art. 313 do Código de Processo Penal.

Após as hipóteses de cabimento, analisa-se o pressuposto positivo, a saber, o *fumus delicti commissi*, que consiste na existência da aparência do fato delituoso praticado pelo imputado, isto é, prova da materialidade do crime e de indícios de autoria.

Além do pressuposto positivo, há o pressuposto negativo, pelo qual descabe a prisão preventiva se o imputado agiu por alguma causa de exclusão de ilicitude (art. 314 do Código de Processo Penal).

Preenchidas as hipóteses de cabimento e o pressuposto positivo e afastado o pressuposto negativo, é necessário que seja demonstrado o *periculum libertatis*, isto é, que a liberdade do imputado importe em risco aos fins do processo.

Os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal não são cumulativos e constituem, como afirma Chiavario para a análoga legislação italiana, a tipologia da exigência cautelar da prisão.¹¹

O primeiro requisito relaciona-se à garantia da ordem pública. O conceito de “ordem pública” é amplo e indeterminado, mas certamente dirige-se não a proteger o processo penal, mas sim a proteger toda a comunidade, pressupondo-se que esta seria atingida de forma muito intensa pela liberdade de criminosos que causassem intranquilidade social.¹²

Este requisito encontra forte oposição da doutrina sob o argumento de que a prisão preventiva para garantia da ordem pública incorreria em inconstitucionalidade, pois visa à defesa social, consistindo em uma pronta reação ao crime ocorrido, configurando antecipação da pena vedada pela ordem constitucional.¹³ Todavia, prevaleceu na jurisprudência a tese pela qual a prisão nestas hipóteses é justificada para garantir o resultado útil do processo, uma vez que a prolação de sentença condenatória à pena privativa de liberdade decorrente da tutela processual definitiva visa a proteger a sociedade, o que seria acautelado pela prisão para a garantia da ordem pública.¹⁴

Certamente pesou na formulação da jurisprudência a triste, mas real, constatação de que há certos delitos praticados por meio de barbárie, com requintes de crueldade, ou que revelam uma reiteração criminosa contínua contra valores caros à sociedade, que impõem medidas imediatas do Poder Judiciário, sob pena de atentar contra a credibilidade da própria persecução penal institucionalizada.

Além disso, não poderiam os Tribunais pátrios desconhecer que na maioria dos países civilizados, incluindo-se Alemanha, Espanha, Portugal e Estados Unidos, dentre outros, permitem a prisão cautelar em razão da possibilidade de reiteração criminosa,¹⁵ percebendo-se que a maldade do ser humano deve ser considerada pelas instituições públicas de forma a permitir a reação estatal, sob pena de que a própria sociedade busque alternativas de autotutela igualmente deletérias.¹⁶ Até mesmo a Corte Europeia de Direitos Humanos reconhece a legitimidade da prisão cautelar para garantir a ordem pública contra novos delitos.¹⁷

¹¹ CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*. 6. ed. Torino: Utet giuridica, 2015. p. 763.

¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 556.

¹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 17-27, jan./mar. 1992.

¹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 316.

¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 559.

¹⁶ É de se lembrar os infelizmente comuns linchamentos ocorridos contra pessoas acusadas da prática de crimes sexuais contra menores, que muitas vezes geram a morte do acusado.

¹⁷ “The Court has developed in its case-law four fundamental justifications for detention pending trial: the danger of absconding, of tampering with evidence, of repetition of the offence(s), or of disturbance to the public order (see *Calmanovici v. Romania*, no. 42250/02, §93, 1 July 2008; *Georgiou v. Greece* (dec.), no. 8710/08, 22 March 2011; and the cases cited therein)”. (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case Voicu v. Romania*. Julgado em: 10 set. 2014).

De qualquer forma, fixou a jurisprudência entendimento pelo qual a prisão cautelar decretada com fundamento neste requisito não ofende ao princípio constitucional da presunção de inocência.

A jurisprudência declara, em regra, que a gravidade abstrata do delito não justifica, *de per si*, a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, impondo-se que a tutela cautelar deva ser fundamentada em fatos concretos e não pela opinião do julgador sobre o caso.¹⁸

No entanto, é de se observar que não há um critério geral a guiar as decisões judiciais neste tocante, pois muitas vezes apenas a gravidade do delito praticado decorrente da forma como foi realizado tem sido aceita para legitimar a prisão preventiva.¹⁹

Entende-se de forma geral que a Lei 12.403/11, ao trazer nova redação ao art. 282, I, do Código de Processo Penal, acabou por restringir o espectro da ordem pública no sentido de que este deve ser entendido apenas com o escopo de evitar a reiteração criminosa.²⁰

Neste passo, vale salientar que o Supremo Tribunal Federal reconhece que

a prisão processual imposta com base no fundamento do acautelamento da ordem pública associa-se à tutela de interesses extraprocessuais. Vale dizer, não se trata simplesmente de aferir a probabilidade de persistência de um modelo criminoso determinado. A finalidade cautelar, portanto, desborda do fato individualmente considerado. O que se engendra é a existência de base empírica idônea que confere lastro concreto ao risco da prática de novas infrações, ainda que desvinculadas da relação específica subjacente à ação penal. Em outras palavras, o cenário fático descrito, a meu ver, revela a periculosidade concreta do agente, circunstância que evidencia o fundado receio

¹⁸ Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal consigna que: “A decisão que impõe a segregação de alguém, medida tão drástica e excepcional, precisa de vir fundamentada de forma consistente, demonstrando sólidas evidências do perigo real causado pela liberdade do acusado. Nesse sentido: HC 86.758/PR (DJ 1.9.2006), HC 84.997/SP (DJ 8.6.2007) e HC 83.806/SP (DJ 18.6.2004). É que a constrição provisória deve estar embasada em elementos concretos e não abstratamente como vazio argumento de retórica. Tal posicionamento é hoje uníssono nesta Corte cuja jurisprudência consolidou-se no sentido de entender que a liberdade de um indivíduo suspeito da prática de infração penal somente pode sofrer restrições se houver decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em fatos concretos e não apenas em hipóteses ou conjecturas, na gravidade do crime ou em razão de seu caráter hediondo. Nesse sentido, arrola os seguintes julgados: HC 84.662/BA, Rel. Min. Eros Grau, primeira turma, unânime, DJ: 22 out 2004; HC 86.175/SP, Rel. Min. Eros Grau, segunda turma, unânime, DJ: 10 nov. 2006; HC 88.448/RJ, de minha relatoria, segunda turma, por empate na votação, DJ: 9 mar. 2007; HC 101244/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, primeira turma, unânime, DJe: 8 abr. 2010” (STF. HC 134382/MG. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 2 ago. 2016.)

¹⁹ Do Supremo Tribunal Federal extrai-se julgado que representa a possibilidade da decretação da prisão para garantia da ordem pública apenas pela gravidade do crime ocorrido, utilizando-se apenas a forma de sua execução para embasar a decisão: “Conforme destacado pelas instâncias antecedentes, é idônea a fundamentação jurídica apresentada para justificar a decretação da prisão preventiva. Isso porque a decisão está lastreada em aspectos concretos e relevantes para resguardar a ordem pública, ante a periculosidade do agente, evidenciada pelas circunstâncias em que o delito teria sido praticado – apreensão, após investigação policial, de aproximadamente 25kg de maconha, acondicionadas na forma de 38 tablets. Na linha de precedentes desta Corte, tais circunstâncias autorizam a custódia cautelar: HC 122920. Rel. Min. Teori Zavascki, segunda turma, DJe: 9 set. 2014; RHC 117171. Rel. Min. Luiz Fux, primeira turma, DJe: 25 set. 2013; HC 117090, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, segunda turma, DJe: 4 set. 2013; HC 116744-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, primeira turma, DJe: 4 set. 2013; HC 97688, Rel. Min. Carlos Britto, primeira turma, DJe: 27 nov. 2009; HC 110848, Rel. Min. Dias Toffoli, primeira turma, DJe: 10 maio 2012; HC 105043, Rel. Min. Cármen Lúcia, primeira turma, DJe: 6 maio 2011” (STF. HC 134132 AgR/MG. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgado em: 7 jun. 2016).

²⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (org.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*, comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 41.

*da prática de futuras infrações, ainda que não inseridas no exato contexto em que os fatos pretéritos teriam se desenrolado.*²¹

e, ainda, que “maus antecedentes também são indicativos de potencial reiteração delitiva, ainda que desconexos do fato imputado”.²²

Outro requisito da decretação da prisão preventiva é a garantia da aplicação da lei penal, que acaba por se resumir a evitar a fuga ou o desaparecimento do imputado.²³

Já o conceito de “conveniência da instrução criminal”, para fins de decretação da prisão preventiva, vem sendo entendido para impedir que o imputado suborne testemunhas ou peritos, destrua provas documentais, bem como alicie testemunhas falsas ou ameace vítimas e testemunhas, sendo certo que em tais situações há evidente cautelaridade, uma vez que tais condutas afastam a possibilidade de se produzir no processo elementos probatórios seguros para embasar a convicção judicial.²⁴

A “garantia da ordem econômica”, outro requisito legal, “tem sido identificada com situações de crimes que envolvam vultosos golpes no mercado financeiro, abalando a credibilidade na ordem econômica ou do sistema financeiro”.²⁵

A Lei 12.403/11 introduziu a previsão de que o descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão também justifica a decretação da prisão preventiva, o que pressupõe a concessão anterior de outra medida cautelar. Parte da doutrina afirma que, sem amparo expresso no texto legal, não basta o mero descumprimento da medida cautelar para a imposição da prisão preventiva, devendo estar presente alguma das demais hipóteses do *periculum libertatis*.²⁶ Discordamos deste entendimento, porquanto a lei presume o *periculum libertatis* do próprio comportamento do imputado em descumprir as obrigações anteriormente expostas, porquanto por meio deste novo comportamento (descumprimento) ele intensifica o *periculum libertatis* inicial que justificou a cominação da medida cautelar diversa da prisão que foi por ele descumprida; é, pois, desnecessária nova prova do *periculum libertatis*.

A Lei 13.964/19 modificou o art. 312 do Código de Processo Penal, dando-lhe nova redação, passando a ter o seguinte texto:

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

O dispositivo legal incluiu textualmente o requisito do *periculum libertatis*, isto é, o perigo da liberdade do agente durante a persecução penal, como requisito para a

²¹ STF. HC 143333/PR. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em: 12 abr. 2018.

²² STF. HC 148240, Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 22 set. 2017.

²³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 316.

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15. ed. rev. e de acordo com a Lei 12.403/11. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 688-689.

²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 981.

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 985.

decretação da prisão preventiva, o que já era reconhecido pela doutrina de forma pacífica, vindo o legislador a realçar a necessidade deste pressuposto, ao lado do *fumus delicti commissi*, para que seja possível o decreto da prisão preventiva.

O *periculum libertatis* é definido por conceitos amplos e abertos, não havendo a descrição pormenorizada das situações que configuram cada um dos conceitos justificadores da prisão cautelar,²⁷ cabendo ao intérprete integrar estes conceitos, o que permite uma dose elevada de subjetivismo para a decretação da prisão cautelar, em especial em relação à garantia da ordem pública. Em que pese o subjetivismo abrir margem para prisões arbitrárias, mostra-se impossível ao legislador prever de forma exaustiva todas as situações possíveis de perigo na manutenção da liberdade de alguém que está sendo alvo da persecução penal decorrente da própria riqueza e da diversidade dos comportamentos humanos, razão pela qual o subjetivismo deve ser entendido aqui como um mal necessário e inevitável.

Com a Lei 13.964/2019, houve a alusão expressa ao *periculum libertatis* como “o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”. Todavia, esse conceito prossegue sendo um conceito aberto, gerando o subjetivismo mencionado, mas, de qualquer forma, entendemos ser correta a modificação normativa para estabelecer expressamente em lei o que já estava bem estabelecido na doutrina e na jurisprudência.

Neste sentido, nossa legislação acompanha o direito processual penal italiano que expressamente prevê o pressuposto da cautelaridade para a decretação de medidas cautelares pessoais, consignando-se, ainda, a necessidade de que exista perigo atual e concreto para a justificação da decretação da prisão preventiva.²⁸

Digno de nota é a inclusão do parágrafo 2º no art. 312 do Código pela nova legislação. O dispositivo reconheceu a necessidade de fundamentação concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. Ante a ausência de esclarecimento normativo sobre o conceito de “fatos novos” ou “fatos contemporâneos”, a doutrina e a jurisprudência deverão suprir esta lacuna, que, embora relevante, não comporta ser analisada aqui por ultrapassar os estreitos limites deste artigo.

2.2. Prisão em flagrante

A prisão em flagrante é conceituada por Nucci como “modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal)”.²⁹

A prisão em flagrante é a única modalidade de constrição de liberdade na persecução penal brasileira de iniciativa de qualquer do povo ou dos agentes e autoridades policiais que independe para sua efetivação de ordem escrita da autoridade policial.³⁰ Em razão de seu aspecto subjetivo, a prisão flagrancial é considerada facultativa, no tocante a qualquer do povo, e obrigatória, em relação aos que têm o dever legal de realizá-la.³¹

²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 977.

²⁸ Art. 274 do CPP italiano.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 16. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 756.

³⁰ Art. 301 do Código de Processo Penal.

³¹ Por força do art. 5º, XIV, da Lei Federal n. 13.022, de 8 de agosto de 2014, a guarda municipal pode exercer a polícia ostensiva e auxiliar das forças policiais, podendo encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração

Tem assento constitucional atual,³² vindo de forma constante nas Constituições desde o período do Império³³, sendo formalizada por meio do auto de prisão em flagrante delito que deve observar as formalidades previstas em lei.³⁴

Constitui pressuposto legal da prisão em flagrante o estado flagrancial.

Considerando-se a origem etimológica do vocábulo “flagrante”, que significa “o que arde”, “o que está em chamas”, a doutrina exige a atualidade e a visibilidade do crime para a configuração do estado flagrancial.³⁵

Como decorrência da conjugação destes fatores, a norma processual prevê hipóteses de situação de flagrância. Neste sentido, o art. 302 do Código de Processo Penal, que estabelece as situações da flagrância, reconhece as hipóteses de flagrante em sentido próprio (art. 302, I e II), em sentido impróprio (art. 302, III) e flagrante presumido ou ficto (art. 302, IV).

A finalidade da prisão em flagrante é a de proteger imediatamente bens jurídicos tutelados pela norma penal que estão sendo lesados pela conduta criminosa, impedindo-se o prosseguimento da lesão a estes bens. Neste sentido, como anota Zilli, a prisão em flagrante visa a “assegurar uma reação imediata do aparato repressivo às situações de flagrante violação do ordenamento penal”.³⁶

Além disso, a prisão em flagrante tem a finalidade de tutelar a prova da ocorrência do crime e de sua autoria,³⁷ porquanto traz elementos probatórios relevantes, tais como a apreensão dos instrumentos do crime, o depoimento de testemunhas presenciais e as declarações da vítima.

E em razão desta necessidade urgente de proteção social, urgência esta que afasta a possibilidade de aguardar-se qualquer ordem judicial, é que o ordenamento jurídico pátrio autoriza a prisão sem as garantias inerentes ao procedimento legitimador decorrente da decisão judicial.

A estrutura da prisão em flagrante compreende a prisão-captura pela polícia ou por qualquer do povo, a lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial e a prisão-detenção, sendo assim, um ato complexo, dado que exige a conjugação de vários atos parciais que integram o todo da prisão em flagrante,³⁸ condensados estes atos no auto de prisão em flagrante.

Dentre as medidas cautelares pessoais, a prisão decorrente do estado flagrancial era considerada pela doutrina como medida cautelar pessoal, e, por consequência, era,

penal, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário. Assim, consideramos que a guarda municipal passou a ser também obrigada a agir diante de infração penal, vinculando-se ao flagrante obrigatório.

³² Art. 5º, LXI, da Carta Magna.

³³ A Constituição brasileira de 1824 previa esta modalidade de prisão no art. 179, X: “A exceção de flagrante delicto, a prisão não pôde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima”.

³⁴ Previstas nos arts. 304 e 306 do Código de Processo Penal, incluindo-se a oitiva do condutor, das testemunhas presenciais, o interrogatório do suspeito, além da nota de culpa. Evidentemente, deve a autoridade observar as disposições constitucionais atinentes a esta modalidade de prisão, como a imediata comunicação da prisão à autoridade judicial competente para a apreciação da regularidade da prisão, a comunicação da prisão aos familiares do detido, a faculdade de assistência de advogado, o de ser informado de seus direitos, incluindo-se a nota de culpa e o direito de permanecer calado, o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão e pelo interrogatório policial, e, evidentemente, o respeito à sua integridade física e moral.

³⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 317.

³⁶ ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 447-494, jul./ago. 2010

³⁷ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo, 2015. p. 961.

³⁸ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo, 2015. p. 961.

por si só, título processual suficiente e independente a legitimar a prisão do indiciado. Assim, esta modalidade de prisão, embora sujeita à apreciação da autoridade judiciária para analisar sua juridicidade, não necessitava da sua substituição por uma decisão judicial para que mantivesse seus efeitos, bastando apenas a ausência de relaxamento da prisão pelo magistrado para que o indiciado permanecesse preso.

Com o advento da Lei 12.403/11, que alterou toda a formulação legal do Código de Processo Penal no tocante às medidas cautelares, passou a lei a exigir que o magistrado, quando comunicado da prisão em flagrante, aprecie, além da legalidade do auto de prisão em flagrante, a necessidade da prisão cautelar, devendo converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando as demais medidas cautelares não sejam suficientes ou adequadas ao caso.³⁹

Com esta nova regulamentação legal, a prisão em flagrante passou a não mais constituir título legitimador da prisão de forma permanente para a manutenção da custódia do preso em flagrante, tendo legitimidade muito temporária para justificar a prisão, dado que prevalece até a decisão judicial, que deve ser realizada de forma mais breve possível.

Em razão destas características, a prisão em flagrante vem sendo considerada como medida pré-cautelar, como aduz Lopes Júnior:

*A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.*⁴⁰

Aprofundando a nova sistemática legal, houve a instituição no direito brasileiro da audiência de custódia, na qual o preso em flagrante deve ser apresentado em exíguo prazo para ser ouvido pelo magistrado. A referida audiência foi instituída por força de decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal,⁴¹ com fundamento no quanto estabelecido no art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos.⁴²

Embora se possa questionar a forma pela qual a audiência de custódia foi instituída no país, isto é, por determinação judicial, e sem observância ao princípio da legalidade estrita, de importância ímpar no processo penal, o fato é que a Lei 13.964/2019 supriu a lacuna normativa e passou a prever expressamente a audiência de custódia, regulamentando-a na nova redação do art. 310 do Código de Processo Penal.

Desta maneira, em 24 horas após o recebimento do auto de prisão em flagrante (e não a partir propriamente da prisão em si), o juiz deve realizar a audiência de custódia,

³⁹ Art. 310 do Código de Processo Penal.

⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 806.

⁴¹ STF. Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgada em: 9 set. 2015.

⁴² Art. 7º: Direito à liberdade pessoal: "(...) 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo".

na presença do acusado, de seu defensor e do representante do Ministério Público, efetivando o magistrado o controle jurídico da prisão flagrancial ocorrida.

Há uma aproximação do ordenamento jurídico brasileiro com o ordenamento jurídico italiano no qual vige o sistema de convalidação necessária da prisão em flagrante (*l'arresto in flagranza*) em “*custodia cautelare in carcere*”,⁴³ em regra, pelo “*giudice per le indagini preliminari*”, nomeando o legislador italiano a prisão em flagrante como uma entre as medidas pré-cautelares (*misure precautelari*), reconhecendo, assim, a pré-cautelaridade desta forma de prisão.

Sob a lógica garantista e considerando-se os riscos inerentes à efetivação de uma prisão sem decisão judicial, bem como a necessidade de se prevenir quaisquer violações de direitos humanos, o sistema de convalidação da prisão administrativa por meio da necessária decisão judicial sobre a prisão flagrancial é apto a conferir o justo equilíbrio entre a imprescindibilidade da prisão em flagrante para o resguardo imediato de valores caros ao ordenamento jurídico e a proteção dos direitos fundamentais do preso. No entanto, não é imune à crítica a alegada necessidade da apresentação do preso ao juiz logo após a prisão flagrancial como forma de controle desta prisão.⁴⁴

A *ratio* normativa, da mesma forma que a decisão judicial que a precedeu, cinge-se ao controle da prisão, isto é, à verificação dos requisitos legais autorizadores da prisão, bem como ao respeito aos direitos constitucionais do imputado.

Juntamente com a audiência de custódia, a nova legislação instituiu a figura do juiz de garantias ao introduzir o art. 3º-B no Código de Processo Penal.

Neste passo, é de se observar que qualquer juiz criminal “(...) já é a própria garantia de uma jurisdição que se presta segundo avaliação e asseguuração de direitos fundamentais, seja do indivíduo (autor da infração ou vítima) seja do grupo social”.⁴⁵ Isto porque a atividade jurisdicional visa precipuamente a garantir os direitos individuais em qualquer fase da persecução penal.

Se em princípio a denominação *juiz de garantia* mostra-se redundante, ao mesmo tempo não se pode negar que a nomenclatura indica o exercício jurisdicional específico

⁴³ Cf. Livro V do Código de Processo Penal italiano.

⁴⁴ Registre-se, por exemplo, que a Corte de Cassação italiana reconhece que a convalidação da prisão em flagrante pode ocorrer sem a presença do acusado, diferentemente do atual sistema brasileiro: “*Secondo consolidato orientamento giurisprudenziale in tema di convalida dell'arresto e contestuale giudizio direttissimo, la mancata presenza dell'arrestato all'udienza non impedisce al giudice di provvedere, in presenza dei requisiti richiesti dalla legge, alla convalida (Cass. Sez. VI n. 53850/2014 RV 261682). Invero l'eventualità che l'arresto non compaia è contemplata dall'art. 391 commi 3 e 7 c.p.p. richiamati dall'art. 449 c.p.p. (Cass. Sez. V n. 24612/2009 RV 244138; Cass. Sez. VI n. 3410/2011 RV 249229)*”. (Corte de Cassação. Penale Sent. Sez. 4 Num. 24984/2017. Julgado em: 21 fev. 2017). De fato, o controle da prisão em flagrante pode ser realizado eficazmente sem a necessidade da audiência de custódia, uma vez que esse controle é realizado pelo magistrado conforme os elementos de informação colhidos e documentados no auto de prisão em flagrante. A oitiva do imputado, que não é interrogado na mencionada audiência, mas apenas ouvido, não tem o condão de afastar, por si só, a credibilidade da oitiva das testemunhas ouvidas pela autoridade policial e dos demais documentos eventualmente carreados por esta, o que indica a muito reduzida possibilidade desta declaração do acusado ter relevância para a modificação do controle da prisão realizada. Eventuais documentos existentes em favor do acusado poderão ser carreados pela defesa a qualquer tempo. Por outro lado, a eventual violação de sua integridade física pelos agentes policiais será constatada por meio do cotejo do exame de corpo de delito e dos depoimentos colhidos nos autos, exsurindo a pouca efetividade da audiência de custódia para tais escopos. Ademais, o interrogatório do preso pela autoridade policial poderia ser gravado, suprimindo, pois, a necessidade da presença do preso perante o juiz para documentação de eventuais lesões corporais visíveis. Mostra-se, pois, de pequena eficiência em termos processuais e muito custosa a movimentação do aparato estatal desenvolvido nesta audiência de custódia.

⁴⁵ GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das garantias”: inconsistência científica; mera ideologia: como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, v. 14, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010.

de atividade restrita à fiscalização externa da atividade de outros órgãos da persecução penal, mediante a observância e o respeito aos direitos fundamentais. Assim, e ressalvado o quanto mencionado, mostra-se adequada a nomenclatura utilizada.

O conceito legal de juiz de garantias declara que este é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário l.

A competência para a realização da audiência de custódia cabia, nos termos da Lei 13.964/2019, ao juízo de garantias. Entretanto, o juízo de garantias não entrou em vigor, eis que, sob o fundamento de que a norma federal usurpou a competência legislativa estadual prevista constitucionalmente. Assim, ao instituir norma relativa à organização judiciária, o Supremo Tribunal Federal em decisão liminar suspendeu *sine die* a implantação do juízo de garantias nos autos da ADI 6299 MC/DF.⁴⁶ Em razão disso, a competência para a realização das audiências de custódia retornou, como já era antes da nova legislação, a ser exercida pelos juízos criminais conforme a competência estabelecida em lei estadual e nos atos normativos judiciários desta decorrentes.

A nova legislação incluiu causa de relaxamento da prisão em flagrante (art. 310, §4º, do Código de Processo Penal), a saber, o decurso do prazo de 24 horas após a apresentação do auto de prisão flagrancial, determinando que a não realização da audiência de custódia sem motivação idônea importaria na automática soltura do imputado, prevendo, contudo, a possibilidade da decretação da prisão preventiva quando o caso.

Em razão da irrazoabilidade dessa consequência jurídica, o Supremo Tribunal Federal também suspendeu a vigência deste dispositivo legal.⁴⁷

Forte no princípio constitucional da Separação de Poderes, ante a superação da decisão judicial do Supremo Tribunal Federal que instituiu a audiência de custódia pelos novos dispositivos legais que passaram a suprir a anterior omissão legislativa e regulamentaram no País o art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, entendemos que perderam a validade jurídica as disposições do art. 13 da Resolução n. 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, que se embasava na mencionada decisão da Suprema Corte, ficando, portanto, afastada a extensão da audiência de custódia para as prisões diversas da prisão flagrancial.

Não se justifica, de fato, a extensão da audiência de custódia para outras modalidades de prisão anteriormente decretadas por autoridade judicial competente. A um, porque o magistrado a que for apresentado o preso nem sempre ostenta o poder jurisdicional de revogar a prisão decretada, seja porque não tem competência territorial, seja porque a prisão decorre, por exemplo, de determinação contida em sentença transitada em julgado contra a qual não cabe mais recurso. A dois, porque a eventual violação da integridade física durante o procedimento da prisão preventiva ou de prisão definitiva do imputado pode e deve ser apurada por meio de exame de corpo de delito e por outros meios em direito permitidos, sendo desnecessária a audiência de custódia para tal mister.

⁴⁶ STF. ADI 6299 MC/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em: 22 jan. 2020.

⁴⁷ STF. ADI 6299 MC/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em: 22 jan. 2020.

3. Sistema acusatório

A característica fundamental do sistema acusatório reside na separação entre as funções de julgar, acusar e defender, ou, como afirma Chiavario,⁴⁸ o sistema acusatório implica indubitavelmente a separação subjetiva na titularidade da função decisória no tocante ao exercício da ação penal e ao investigar, opondo-se ao sistema inquisitório.

Os modelos inquisitórios são fundados em um ideal de Estado autoritário, no qual há a prevalência do interesse estatal na reconstituição do ordenamento violado. Este modelo de processo penal imperou no Ocidente desde a Idade Média até a Revolução Francesa, ostentando especial valor para o Direito Canônico vigente na Europa, bem como para as monarquias europeias.

O conceito subjacente ao modelo inquisitivo é que quanto maior poder for conferido ao inquisidor (autoridade pública), melhor será a verdade composta na lide,⁴⁹ estando umbilicalmente ligado à ideia da busca da verdade real a qualquer custo, fundado no princípio da autoridade.

O modelo inquisitório ostenta algumas características marcantes, sendo elas: a concentração da função de julgar e acusar em um único órgão; o conceito de que o réu é um objeto do processo e não uma parte com direitos e deveres, conceito do qual decorre a inexistência da incidência do contraditório e ampla defesa; e, em regra, o processo era escrito e secreto.

Decorre do processo inquisitório a desnecessidade da regulamentação da matéria de prova, pois uma regulamentação da atividade probatória implicaria, sob a ótica autoritária, um indesejado limite à busca da verdade real.⁵⁰

No campo probatório, no sistema inquisitório há a intervenção *ex officio* do juiz, que tem liberdade para colher provas, independentemente da proposição das partes, sendo uma das características deste sistema a prisão do acusado durante o processo.

Em contraposição ao modelo inquisitório, há o sistema acusatório, fundado em dois pilares essenciais, o conceito de que o réu é titular de direitos e garantias, ostentando a qualidade de parte em igualdade de condições com o acusador público, e, ainda, a separação entre a função de julgar e acusar, que é distribuída a órgãos distintos; e, em regra, os processos são públicos.

O sistema acusatório está baseado no princípio dialético, pelo qual se considera ser a verdade melhor acertada com a permissão de atividade probatória pelos sujeitos que têm interesses contrapostos, cabendo sua análise ao juiz imparcial com base nas provas produzidas pela acusação e pela defesa em contraditório,⁵¹ sendo o processo penal acusatório a expressão de um Estado liberal-democrático, enquanto o processo penal inquisitivo puro está ligado a regimes autoritários.⁵²

⁴⁸ CHIAVARIO, Mario. *Diritto Processuale Penale*. 6. ed. Torino: Utet Giuridica, 2015. p. 20.

⁴⁹ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16.

⁵⁰ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16.

⁵¹ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 17.

⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 106-107.

Expostas estas breves considerações, exsurge o conceito do sistema adversarial, próprio da *Common Law* e que, embora se aproxime do conceito do sistema acusatório, com ele não se confunde.

De fato, o *adversarial system* configura o modelo em que, além desta separação de funções de julgar, acusar e defender, “há predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas”.⁵³

O *adversarial system* ostenta características específicas, a saber, um juiz neutro e passivo; iniciativa instrutória das partes processuais e um ambiente jurídico altamente estruturado. A passividade do juiz é imprescindível para garantir sua neutralidade em relação aos fatos alegados pelas partes, evitando-se os riscos de pré-julgamento da causa decorrentes da iniciativa. Por outro lado, a iniciativa probatória das partes visa a afastar a gestão da prova pelo juiz, forçando as partes a buscarem elementos probatórios, dado que o juiz não pode ter nenhum conhecimento sobre o caso, sob pena de ser suspeito. Por fim, o ambiente jurídico fortemente estruturado decorre da existência de regras que dispõem sobre as fases do julgamento (*rules of evidence*) e sobre o comportamento das partes (*rules of ethics*).⁵⁴

A pedra de toque do processo penal adversarial é a disputa entre partes processuais em posição de igualdade perante um juiz, cabendo a este o papel de zelar pela observância das normas que disciplinam a disputa, enquanto ao acusador espera-se que busque a condenação por meio da persuasão racional pelo ônus de provar, cabendo, por fim, à defesa, o papel de buscar evitar a condenação, apresentando as teses que melhor lhe aprouver.⁵⁵

Decorre, ainda, do *adversarial system* a possibilidade ampla de negociação entre as partes em questões relevantes do processo penal.

Do quanto o exposto, um sistema processual penal acusatório pode adotar o modelo adversarial ou inquisitorial, conforme exista um predomínio das partes na marcha do processo e produção probatória (adversarial) ou atribuindo este predomínio ao magistrado (inquisitorial).⁵⁶

Em que pese pontuais inserções de institutos de negociação no processo penal, como a ampliação do instituto da colaboração premiada desenvolvido pela Lei n. 12.850/2013, e a introdução do acordo de não persecução penal no art. 28-A do Código pela Lei 13.964/2019, e a restrição à iniciativa probatória do juiz, que passou a ter poderes instrutórios mais limitados com as modificações ocorridas no art. 156 do Código, o desenvolvimento do processo penal brasileiro ocorre, ainda, por impulso oficial, havendo, ainda, marcante função social do juiz decorrente do caráter publicista do processo pátrio.

A Lei 13.964/2019 incluiu o art. 3º-A no Código de Processo Penal para reconhecer expressamente a estrutura acusatória do processo penal brasileiro, consignando-se que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, depreendendo-se

⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, p. 71-79, jul./set. 1999.

⁵⁴ MALAN, Diogo Rudge. *Processo penal de partes: “right of confrontations”*. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 19-20.

⁵⁵ DAMASKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, n. 121, p. 506-589, 1973.

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, p. 71-79, jul./set. 1999.

do dispositivo legal a subsidiariedade do poder instrutório do magistrado na ação penal, com seu afastamento na fase investigativa, que é justamente o momento primordial da pesquisa da prova que pode gerar eventualmente alguma violação à imparcialidade judicial.

Corroborando o sistema acusatório inquisitorial pátrio, além de conferir poderes instrutórios ao magistrado, a possibilidade legal do juiz *de ofício* determinar a retirada do réu da sala de audiências sempre que verificar que a sua atitude influi no ânimo da testemunha (art. 217), bem como a retirada de qualquer pessoa que ponha em risco a ordem dos atos processuais (art. 251), além de poder determinar a condução de testemunhas faltosas (art. 218), aplicando-lhes multa (art. 219).

Desta feita, não obstante a constatação de que a iniciativa instrutória do juiz vem sendo diminuída, o fato é que esta ainda permanece prevista no ordenamento processual, não havendo, ao menos neste momento, elementos suficientes para que se afirme que o processo penal pátrio virá a se transformar em um processo puramente adversarial, porquanto as raízes da tradição da *civil law* estão consolidadas na cultura jurídica do país,⁵⁷ decorrente do processo histórico-institucional que remonta à influência europeia quando da colonização do País.

Reconhecido o sistema acusatório e mantida a iniciativa instrutória judicial no processo, o sistema do processo penal pátrio insere-se na categoria de sistema acusatório inquisitorial. Isto porque cabe ao juiz dar o impulso oficial ao processo, gerenciando e complementando sob certas hipóteses a atividade probatória das partes, as quais foram atribuídos deveres cada vez mais intensos no tocante à instrução do processo penal. E, sob os princípios inerentes ao sistema acusatório, deve o magistrado zelar pelo respeito ao contraditório na formação dos atos processuais, em especial os probatórios, devendo motivar de forma suficiente os provimentos jurisdicionais e resguardar os limites constitucionais e legais das provas produzidas.

Para arrematar, nas sociedades democráticas é inadmissível o sistema inquisitório; no entanto, a adoção do sistema acusatório inquisitorial ou adversarial cinge-se à escolha política e legítima do legislador sem que seja, nenhuma delas, indicativa de qualquer violação aos direitos fundamentais.

4. Atuação judicial *ex officio* na prisão cautelar

Com as premissas anteriormente delineadas acerca do sistema acusatório inquisitorial presente no ordenamento processual brasileiro, conclui-se que a atuação *ex officio* do magistrado para a decretação da prisão cautelar, isto é, a possibilidade do juiz decretar a prisão preventiva independentemente de requerimento do Ministério Público,⁵⁸ é compatível com o sistema acusatório brasileiro.

⁵⁷ Da mesma forma, mesmo na Itália, em decorrência de sua cultura jurídica, reconhece-se a introdução após o Código de 1988 de alguns institutos do *adversarial system*, mas com temperamento. Mario Chiavario aponta que: “Quanto à formação das provas, o código de 1988 sublinhou de várias maneiras a importância do contraditório. Antes de mais nada, admitindo a técnica do modelo processual *adversary* cujo momento chave se dá na *cross examinations*, ainda que não reduzindo o juiz a um outro e simples espectador mudo de uma lide que não exclui lances graves e inesperados” (CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. Trad. Maurício Zanoide de Moraes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 31, jan./mar. 1994).

⁵⁸ Embora a lei declare a possibilidade de decretação de medidas cautelares, bem como da prisão preventiva a requerimento de qualquer das partes, é evidente que a prisão preventiva é requerida apenas pelo Ministério Público, e nunca pela defesa do acusado; por outro lado, considerada a pequena abrangência para fins de prisão cautelar a pedido do querelante ou, ainda,

De fato, à luz do nosso sistema acusatório inquisitorial, é de se concordar com Ada Pellegrini, para quem

*não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social. O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo.*⁵⁹

Ora, tendo o magistrado poderes instrutórios no nosso sistema processual, mostra-se com mais razão poder atuar, independentemente da vontade das partes, para assegurar o resultado útil do processo penal. Isto porque, ao contrário do processo civil, aquele tem sempre seus efeitos desbordantes da mera situação específica da relação jurídica firmada entre o Estado e o imputado.⁶⁰

Como já advertia Frederico Marques:

*(...) é preciso não transformar em modalidade de ação penal simples incidentes processuais nascidos no curso da relação processual. Só se pode falar em ação quando, com o pedido que nela se contém, se instaura uma relação processual. Outras atividades postulatórias, e são muitas, que qualquer dos sujeitos processuais exerça, refogem do conceito de ação.*⁶¹

Neste sentido, ao contrário do que afirma parte da doutrina,⁶² a iniciativa judicial para a decretação de uma medida cautelar não viola o sistema acusatório. Ora, não se confunde esta iniciativa judicial com o ingresso de uma ação, na qual vige o princípio *ne procedat iudex ex officio*, mormente porque inexistente no ordenamento pátrio um processo penal cautelar,⁶³ e, portanto, não configura esta iniciativa qualquer atentado ao sistema acusatório, embora certamente a iniciativa do magistrado em decretar medidas cautelares atente contra o *adversarial system*. Em verdade, parte da doutrina confunde “sistema acusatório” com o “sistema adversarial”, decorrendo disto conclusões jurídicas indevidas.

do assistente da acusação, neste trabalho deixaremos de abordar esses outros legitimados, mantendo o enfoque apenas no requerimento ministerial.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, p. 71-79, jul./set. 1999.

⁶⁰ Considerando-se que uma das finalidades da pena é a prevenção geral de delitos, a persecução penal de um imputado gera efeitos em toda a sociedade, sejam benéficos (quando valorizam o papel estatal de pacificação social por meio de um processo justo), sejam maléficos (quando fomentam a impunidade por uma atuação deficiente ou, ainda, quando produz arbitrariedades), o que diferencia a jurisdição penal da jurisdição civil, na qual o processo individual atinge apenas as partes envolvidas.

⁶¹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. V. II, p. 41-42.

⁶² A título de exemplo: PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 159-160.

⁶³ “(...) inexistente ação ou processo cautelar. Há decisões ou medidas cautelares, como a prisão preventiva, o sequestro, e outras, mas sem que se promova uma ação ou se instaure um processo cautelar diferente da ação ou processo de conhecimentos. As providências cautelares são determinadas como incidentes no processo de conhecimento” (GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processual penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 110).

Não se verifica, ainda, violação à imparcialidade do magistrado com a atuação judicial *ex officio* de medidas cautelares contra o imputado pois não há pré-julgamento da causa com a decretação das medidas cautelares, porquanto os pressupostos e os requisitos destas são diversos daqueles relacionados ao julgamento de mérito do processo.

Ademais, acaso qualquer decisão judicial de ofício gerasse a parcialidade do magistrado, este também deveria ser declarado impedido/suspeito quando concedesse liberdade provisória ao imputado de ofício, pois estaria sendo parcial contra o Estado e a sociedade, representado pelo Ministério Público, o que é inadmissível.

Saliente-se que a própria Corte Europeia de Direitos Humanos reconhece que o mero fato do juiz ter proferido decisões relativas à prisão do imputado não justifica *de per se* violação da imparcialidade (Case Nortier v. Netherlands, j. 24 ago. 1993). Para esta Corte, a imparcialidade do juiz é presumida e deve ser afastada apenas quando comprovada sua violação por meio de *subjective test* ou *objective test*, isto é, por meio de prova que indique interesse pessoal do magistrado no caso ou prova de que a conduta do juiz no processo gere dúvida da sua imparcialidade (Case Hauschildt v. Denmark, j. 24 mai. 1989).

Desta forma, a mera prolação de decisões anteriores *pro societate*, de ofício ou atendendo a requerimento das partes, não indica violação à imparcialidade informadora da garantia constitucional do juiz natural nem atentado ao sistema acusatório.⁶⁴

Não se pode, todavia, deixar de reconhecer a tendência legislativa na redução do poder de iniciativa cautelar do magistrado, o que foi acentuado por meio da Lei 13.964/19.

Em sua redação original de 1941, o art. 311 do Código de Processo Penal atribuía ao magistrado o poder de decretar de ofício a prisão cautelar de qualquer imputado, seja na fase do inquérito policial, seja na fase processual.

Essa extensão do poder cautelar *ex officio* perdurou até 2011, quando houve a modificação do dispositivo legal pela Lei 12.403/11, que reduziu o poder do magistrado, afastando sua iniciativa cautelar na fase do inquérito policial, mantendo-a, contudo, no tocante à fase processual.⁶⁵

Com o advento da Lei 13.964/19, houve nova modificação no art. 311 do Código, passando o dispositivo legal a não mais prever a possibilidade da iniciativa cautelar do magistrado,⁶⁶ que poderá decretar agora a prisão preventiva ou qualquer medida cautelar pessoal apenas por meio de requerimento das partes ou também por representação da autoridade policial.

Embora os dispositivos legais não vedem expressamente a iniciativa do magistrado em decretar medida cautelar, ante o princípio da legalidade estrita que informa o processo penal, é de se concluir que houve a subtração desta iniciativa judicial de decretar a prisão cautelar por meio dessas modificações legislativas.

⁶⁴ Evidentemente não se pode afastar a possibilidade de que, em determinado caso concreto, a atuação judicial *ex officio* gere perda da imparcialidade do julgador, mas para que isso ocorra deve haver outros elementos corroboradores desta perda. Por ser excepcional e dependente de outras circunstâncias do caso concreto, conclui-se que, em regra, a atuação de ofício do magistrado não viola o princípio do juiz natural.

⁶⁵ Art. 311, com a redação dada pela Lei 12.403/11: “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”.

⁶⁶ Art. 311, com a nova redação: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

Portanto, em regra, é proibida a iniciativa judicial cautelar no tocante à prisão, subsistindo, contudo, de forma mais restrita, conforme será visto adiante.

4.1. Atuação cautelar *ex officio*: marcos temporais e limites

A estrutura do processo penal brasileiro, além das hipóteses em que é instado pelas partes, estabelece três momentos processuais em que o magistrado deverá obrigatoriamente analisar a custódia cautelar: na audiência de custódia (art. 310 do CPP), quando da prolação da sentença (art. 387, §1º, do CPP), além da revisão nonagesimal da custódia cautelar (art. 316, parágrafo único, do CPP, acrescido pela nova legislação).

Por outro lado, é de se registrar que o requerimento do Ministério Público ou a representação da autoridade policial no inquérito não integram os requisitos ou pressupostos da prisão cautelar por não estarem delineados nos arts. 312, 313 ou 314 do CPP, mas apenas referem-se à legitimidade da postulação cautelar, sendo, portanto, elementos externos à prisão cautelar e não integrantes de um ato jurídico complexo.

Anote-se, outrossim, que a iniciativa judicial cautelar pode ser classificada sob seu resultado em: iniciativa *pro societate*, quando se decreta a prisão cautelar ou medida cautelar, ou iniciativa *pro reu*, quando se revoga ou atenua medida cautelar já decretada, estando ambas sujeitas a regimes jurídico-processuais distintos.

4.1.1. Audiência de custódia e prisão em flagrante

Na prisão flagrancial, a discussão que se apresenta no tema proposto é se o juiz, diante da apresentação do imputado e do auto de prisão em flagrante, pode converter a prisão flagrancial em custódia preventiva mesmo contra eventual manifestação do *Parquet*;⁶⁷ é dizer: pode o juiz decretar a prisão preventiva sem o requerimento do *dominus litis*?

A prisão em flagrante, como já ressaltamos, é uma espécie de prisão pré-cautelar sujeita necessariamente à convalidação pela autoridade judiciária, não subsistindo mais por si mesma.

Dispõe o art. 310 do CPP que, logo após a prisão em flagrante, será realizada audiência de custódia, na qual deverá fundamentadamente o juiz: a) relaxar a prisão ilegal; b) converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, observados os requisitos do art. 312 do CPP e caso esta prisão não puder ser substituída por outras medidas cautelares diversas da prisão; ou, ainda, c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Como a lei processual obriga o magistrado a deliberar sobre a prisão da pessoa presa em flagrante, inclusive para convertê-la em prisão em flagrante, se o caso, temos que a lei supre e substitui a manifestação de vontade do órgão ministerial, permitindo ao magistrado converter a prisão em flagrante em prisão preventiva independentemente da aquiescência ou discordância do Ministério Público à prisão preventiva que, como já anotamos, não constitui requisito ou pressuposto interno da prisão preventiva.

Em outras palavras, a decisão jurisdicional não está vinculada à manifestação do *Parquet*, pois caso contrário ocorreria indevida transferência do poder jurisdicional concedido pela Constituição Federal ao Poder Judiciário para outro órgão estatal.

⁶⁷ É o caso por exemplo do Promotor de Justiça requerer a liberdade provisória do imputado.

Ademais, pela teoria dos poderes implícitos, é aplicável ao caso o princípio *in eo quod plus est semper inest et minus*, pois se pode o magistrado condenar o imputado mesmo diante de um pedido de absolvição ministerial (art. 385, CPP), pode o menos que é o de decretar uma medida cautelar contra a manifestação ministerial.

Além disso, como esta modalidade de prisão preventiva apenas mantém prisão já ocorrida, e não modifica o *status libertatis* do indiciado, não poderia mesmo estar sujeita às restrições da iniciativa cautelar do magistrado.

Na vigência da legislação anterior à Lei 13.964/19, que também proibía a atuação *ex officio* do magistrado no tocante à prisão cautelar na fase de inquérito, com a anterior redação do art. 311 do CPP, a jurisprudência dominante já reconhecia a possibilidade desta iniciativa judicial.

O C. Superior Tribunal de Justiça reconhece que:

A impossibilidade de decretação da prisão preventiva ex officio pelo juiz na fase de investigação não se confunde com a hipótese vertente nestes autos, retratada no artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal, dispositivo que permite ao magistrado, quando do recebimento do auto flagrancial e constatando ter sido a prisão formalizada nos termos legais, converter o encarceramento em flagrante do acusado na custódia preventiva, diante da presença dos requisitos constantes do artigo 312 do Estatuto Processual Repressivo, situação em que se mostra cabível o atuar de ofício pelo juiz (STJ - HC 449717/RS. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe: 29 jun. 2018).

E, ainda:

Nos termos da orientação desta Corte, não existe óbice para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ainda que de ofício, consoante a interpretação que se confere ao art. 310, II, do CPP (STJ - RHC 95.746/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma. Julgado em: 17 abr. 2018. DJe: 25 abr. 2018).

e, por fim:

Não configura nulidade a decretação, de ofício, da prisão preventiva, quando fruto da conversão da prisão em flagrante, haja vista o expresse permissivo do inciso II do art. 310, do Código de Processo Penal (precedentes) (STJ - RHC 94.204/MG. Rel. Min. Felix Fischer. DJe: 16 abr. 2018).

Assim, neste momento processual a iniciativa judicial cautelar é incondicionada, porque não depende de requerimento das partes, nem tem limites em face de seu resultado, se em favor do réu ou da sociedade.

4.1.2. Prolação de sentença condenatória e pronúncia

A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível ou da pronúncia era considerada como modalidade de prisão processual, uma vez que o art. 408 (pronúncia) e o

art. 594 do Código impunham como efeito automático da condenação, ainda que recorável, e da pronúncia, a prisão do imputado.

No entanto, pela inspiração do texto constitucional fundada no princípio constitucional da presunção da inocência, a doutrina passou a reconhecer como inconstitucional os dispositivos legais que determinavam a prisão automática,⁶⁸ pois a prisão processual apenas convive com este princípio se decretada em face do *periculum libertatis*, ou seja, a prisão processual somente é constitucional quando reconhecida sua natureza cautelar e excepcional.

Por meio das Leis n. 11.689/2008, e n. 11.719/2008, o legislador reconheceu expressamente a natureza cautelar destas prisões, que passaram a não mais constituir espécies autônomas da prisão processual, integrando ambas agora o instituto da prisão preventiva.

Dispõe o art. 387, §1º do Código que, na hipótese de procedência da ação o penal, o juiz deverá decidir, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. Dispõe, por seu turno, o atual art. 413, §3º, que na pronúncia o

juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.

E, por fim, no tocante à sentença proferida em sessão plenária do Tribunal do Júri, passou a dispor o art. 492, I, "e" do Código, com redação dada pela Lei 13.964/2019, que

*mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.*⁶⁹

Embora a Lei 13.964/2019 tenha subtraído do magistrado a iniciativa para decretar prisão preventiva no curso da ação penal sem requerimento das partes, este óbice não se aplica aqui, dado que, tal como ocorre na prisão flagrancial, a previsão legal de manifestação judicial necessária sobre a prisão preventiva supre o requerimento do órgão acusatório, permitindo que o magistrado altere o *status libertatis* do imputado, determinando a prisão, sua manutenção, ou, ainda, a soltura do acusado, desde que devidamente fundamentada a decisão.

⁶⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 325-330.

⁶⁹ Cabe aqui apenas pontuar, mas sem analisar, a existência de intensa discussão sobre a constitucionalidade da execução provisória da pena no Supremo Tribunal Federal, que certamente terá reflexo sobre este dispositivo legal.

Desta feita, neste momento processual a iniciativa judicial cautelar também é incondicionada, porque não depende de requerimento das partes, nem tem limites em face de seu resultado em favor do réu ou da sociedade.

4.1.3. Revisão nonagesimal

A razoável duração do processo foi reconhecida como garantia constitucional expressa a partir da Emenda Constitucional 45/2004, que inseriu o inciso LXXVIII no art. 5º, da Carta Magna, dispondo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Decorre deste princípio, dentre outros, a necessidade de que a prisão processual tenha duração razoável, isto é, duração que seja compatível com sua finalidade cautelar, que inclui sua excepcionalidade e sua precariedade, não podendo ser estendida de forma injustificada, porquanto se trata de prisão sem condenação definitiva e que não pode configurar antecipação de pena.

A lei brasileira não estipula prazo certo de duração da prisão cautelar,⁷⁰ ao contrário de outros países,⁷¹ já tendo sido utilizado para tal fim pela jurisprudência o referencial temporal da duração do prazo da persecução penal constituído pela soma dos prazos previstos em lei para os atos processuais.⁷²

Superando este entendimento, mormente em face da inovação constitucional que faz menção expressa à razoável duração do processo, de forma geral, a jurisprudência deixou o mencionado referencial normativo, passando a analisar o prazo de duração da prisão cautelar sob crivo de juízo de razoabilidade em face das circunstâncias do caso concreto.⁷³

Sob este aspecto, analisa-se: a) complexidade dos fatos apurados; b) a quantidade de imputados; c) a necessidade da expedição de diligências necessárias como a expedição de cartas precatórias; d) a quantidade de testemunhas a serem ouvidas; e) o comportamento das partes, como reiterações de pedidos sem fatos novos, diligências procrastinatórias ou condutas que retardem injustificadamente a marcha processual, dentre outras circunstâncias.

Amolda-se, assim, nossa jurisprudência ao quanto reconhecido pela Corte Europeia de Direitos Humanos que, juntamente da Corte Americana de Direitos Humanos, reconhecem a indevida duração da prisão cautelar e do processo fundada em três critérios principais: a) complexidade do caso; b) a atividade processual do imputado; e c) a conduta das autoridades.⁷⁴

⁷⁰ No entanto, existe prazo para o encerramento da instrução, como é o caso da previsão do art. 22 da Lei 12.850/2013, que prevê prazo para encerramento da instrução de 120 dias, com possibilidade de prorrogação, aos réus presos pela prática de crime de organização criminosa ou crimes a este conexos.

⁷¹ Como é o caso, por exemplo, do Código de Processo Penal espanhol, que fixa prazo para a *prisión provisional* em determinadas circunstâncias conforme a duração da pena do delito objeto da ação penal, podendo durar de seis meses a dois anos, admitindo, todavia, em algumas circunstâncias, ser prorrogada (art. 504 da Ley de Enjuiciamiento criminal espanhol).

⁷² Era o caso do conhecido prazo de 81 dias previsto para o procedimento ordinário do CPP.

⁷³ Neste sentido, reconhece o Supremo Tribunal Federal que “a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não procede a alegação de excesso de prazo quando a complexidade do feito, as peculiaridades da causa ou a defesa contribuem para eventual dilação do prazo” (HC 139430, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, segunda turma. Julgado em: 6 jun. 2017).

⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. *Doutrinas essenciais: Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. V. VI, p. 6.

A legítima preocupação do legislador com o excesso e a indefinição da duração de prisões cautelares justificou a inclusão do parágrafo único no art. 316 do Código pela Lei 13.964/2019, pelo qual: “Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”.

Pretendeu o legislador obrigar o magistrado a reapreciar de ofício os requisitos e os pressupostos da prisão preventiva, com a intenção de abreviar prisões desnecessárias, concretizando o princípio constitucional da razoável duração do processo, e, por conseguinte, da prisão. A revisão nonagesimal é um caso de iniciativa judicial exclusivamente *pro reu*, sendo vedada a revisão judicial de fatos *ex officio pro societate* fora dos demais momentos processuais específicos descritos neste trabalho.

Ao cominar a nulidade superveniente da decisão que decretou a prisão preventiva, acaso não observada a revisão nonagesimal, a lei, em verdade, passou a definir, ainda que de forma precária e incompleta, que o prazo da prisão preventiva será de 90 dias, devendo ser revisto neste lapso temporal, embora possa ser prorrogado pelo mesmo período de forma indefinida.

É certo que este prazo não será tão rígido quanto aquele previsto para a prisão temporária, na qual a lei determina expressamente a soltura imediata pela autoridade policial com o vencimento do prazo da prisão sem prorrogação judicial. Ausente esta determinação legislativa específica, o prazo da revisão comportará certa flexibilidade em face das circunstâncias concretas, pois dependerá de decisão judicial para a soltura do imputado, mas não poderá ser excedido de forma injustificada, sob pena de transformação da prisão em constrangimento ilegal suscetível de ser reparado por via de *habeas corpus*.

Com a inovação legal, de certa forma, o legislador atenuou o problema da dilação indevida da prisão processual e da ausência de prazo legal para esta.

Por se tratar de norma processual, a inovação legal é aplicável a todos os processos e procedimentos de persecução penal em curso (art. 2º do Código de Processo Penal).

Destina-se o comando legal ao magistrado que decretou a prisão preventiva, e, assim, até a prolação da sentença (ou acórdão de mérito em caso de competência originária), caberá ao juízo natural do feito reapreciar a decisão da prisão preventiva a cada 90 dias. Se, excepcionalmente, a decisão pela decretação da prisão preventiva for proferida, até a prolação de sentença de primeiro grau, em sede de recurso em sentido estrito/mandado de segurança pelo Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal ou por Tribunal Superior, caberá a estes a revisão *ex officio* da decisão, até porque não ostentaria competência o juízo de origem para revogar decisão de Tribunal *ad quem*.

Esclareça-se que o que se está afirmando é que, *na ausência de modificação do contexto fático-jurídico*, deverá o Tribunal realizar tal revisão e apenas até a prolação de sentença de primeiro grau. No entanto, com qualquer alteração neste contexto, poderá o magistrado de primeiro grau revisar a decisão para conceder liberdade ao imputado, uma vez que tais decisões, pela sua excepcionalidade, devem variar conforme as modificações do estado atual de perigo da liberdade do imputado; não se admite apenas que o juiz de primeiro grau modifique decisão proferida por órgão de superior instância sem a existência de novo contexto fático, sob pena de indevida usurpação de competência.

Em face da lacuna legal, entendemos, ainda, que a necessidade de revisão da decisão que decretou a prisão preventiva incide tão somente em relação às prisões decretadas

até a prolação da sentença. Prisões decretadas quando da prolação da sentença ou na instância recursal pós-sentença não estão sujeitas à revisão nonagesimal. Isto porque já estarão sendo objeto de execução provisória de julgado, o que constitui, *de per si*, limitador idôneo e adequado da duração da prisão preventiva, e, assim, embora não definitiva, esta espécie de execução já afasta o risco concernente à duração indefinida de prisão cautelar sem cominação de pena.

Pela *ratio legis* do dispositivo, que é afastar a indevida e a indefinida duração de prisão cautelar sem condenação, temos que a revisão nonagesimal não se aplica a processos em que o mandado de prisão preventiva não tenha sido cumprido, pois nesse caso não existe o risco de duração indevida da prisão, podendo ser citado na praxe judicial os processos suspensos pela citação editalícia e com mandado de prisão expedido sem cumprimento.

Não obstante a louvável *ratio legis*, o dispositivo não está isento de críticas.

Inicialmente, o prazo previsto para a revisão judicial da prisão cautelar é muito exíguo, mormente em face da realidade do sistema judiciário brasileiro, com notória sobrecarga de processos e limitados recursos humanos e financeiros, o que gera indesejada morosidade no tramitar de feitos.

Assim, o que a prática forense gera como perspectiva é que, na maioria dos casos, a revisão nonagesimal ocorrerá sem que tenha sido alterada a situação fática do imputado pelo não encerramento da instrução, ou, por vezes, sem que esta tenha sido sequer iniciada. Uma das consequências desta exiguidade do prazo é que, pela manutenção da situação fática será, em regra, mantida a decisão anterior; há o risco, pois, que exista movimentação ineficiente da máquina judiciária, com possível aumento do tempo de tramitação do processo ou da própria prisão.

No tocante ao prazo, melhor seria se o legislador pátrio seguisse os passos da nova legislação processual chilena, na qual existe a previsão da revisão *ex officio* da prisão preventiva após o transcurso do prazo de 6 meses de seu início⁷⁵ ou quando a prisão preventiva dure mais da metade da pena privativa de liberdade a qual estará sujeito o imputado.⁷⁶ Esses prazos atenderiam a *ratio legis* e diminuiriam os riscos de movimentação ineficiente do aparato judiciário.

Por fim, há uma última observação acerca da revisão. Pela especificidade da natureza desta decisão, a exigência de fundamentação no caso da revisão *ex officio* é atenuada. De fato, por se tratar de mera revisão de decisão proferida pelo mesmo juízo, e não de decisão nova decorrente de requerimento das partes ou de novos elementos fático-jurídicos, é legítimo que a decisão revisional reporte-se aos fundamentos da decisão anterior, quando inalterado o contexto probatório-fático anterior, sem que exista qualquer violação ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais. Aliás, corrobora a possibilidade da ratificação dos fundamentos já expostos na decisão anterior o reconhecimento jurisprudencial de que é válida a fundamentação *per relationem*⁷⁷ concernente à decisão anterior ou ao parecer ministerial. É possível, pois, em sede de revisão nonagesimal, a manutenção da decisão anterior por seus próprios fundamentos.

⁷⁵ Art. 145 do Código de Processo Penal chileno.

⁷⁶ Art. 152 do Código de Processo Penal chileno.

⁷⁷ “É válida a utilização da técnica da fundamentação *per relationem*, em que o magistrado emprega trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, desde que a matéria haja sido abordada pelo órgão julgador, com a menção a argumentos próprios” (STJ - AgRg HC 564.293/GO. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 30 abr. 2020). E, ainda, “(...) é legítima a técnica da motivação *aliunde*, ou *per relationem*, por meio da qual se agregam ao ato decisório as razões apresentadas em outra peça processual, como medida de economicidade, contanto que se resguarde o pleno exercício do direito ao contraditório” (STJ - HC 416.199/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJe: 27 fev. 2018).

4.2. Atuação *ex officio* condicionada e iniciativa judicial *pro reu*

Na redação dada pela Lei 13.964/2019, o art. 316, *caput*, do Código de Processo Penal, passou a dispor que: “O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Neste dispositivo legal consagra-se a iniciativa judicial cautelar *pro societate* condicionada e a iniciativa *pro reu* incondicionada.

A iniciativa judicial cautelar *pro societate*, afora as hipóteses relacionadas a momentos procedimentais específicos definidos pelo legislador (audiência de custódia e prolação de sentença), foi afastada de forma geral pelo advento da Lei 13.964/2019, havendo apenas uma exceção neste dispositivo legal.

De fato, esta iniciativa judicial não se assemelha àquela permitida na audiência de custódia ou na prolação de sentença, nas quais é possível a decretação da prisão cautelar sem qualquer condicionante anterior e independentemente de pedido das partes.

Nesta hipótese legal, a iniciativa judicial *pro societate* sem requerimento das partes pressupõe, e está condicionada, a existência de uma decisão judicial anterior que tenha decretado a prisão preventiva, decisão esta que tenha sido revogada por qualquer motivo.

A hipótese mais comum desta atuação *ex officio* ocorrerá quando houver a conversão da prisão preventiva na audiência de custódia e posteriormente a concessão de liberdade ao imputado. Nesta hipótese, acaso venha a ser supervenientemente preenchidos os pressupostos e os requisitos cautelares, como por exemplo a fuga do imputado ou a coação a uma testemunha, poderá o juiz de ofício decretar a prisão preventiva independentemente de requerimento do Ministério Público.

A lei facilita a decretação *ex officio* nestes casos, porque compreende que a reiteração do ilegal comportamento do imputado, colocando a sociedade ou o processo em risco com sua liberdade uma segunda vez, exige uma postura mais ativa e célere do magistrado para garantir o resultado útil do processo penal.

Embora de forma não muito sistemática, a lei previu expressamente uma restrição a esta iniciativa: no tocante à prisão preventiva estar fundada no descumprimento de medidas cautelares anteriores, deverá haver pedido do Ministério Público, a teor do art. 282, §4º, do Código. Assim, nesta hipótese, não poderá haver a atuação *ex officio* do magistrado.

Já a iniciativa judicial cautelar *pro reu*, isto é, a revogação da prisão preventiva ou sua substituição por outras medidas cautelares, é ilimitada e incondicionada, pois pode ser efetivada pelo magistrado a qualquer tempo da persecução penal, seja no tramitar do inquérito policial, seja no do processo, e independe de qualquer decisão anterior; isso ocorre para prestigiar o princípio constitucional da presunção de inocência, bem como consagra o compromisso institucional do magistrado como o máximo protetor da liberdade dos cidadãos.

5. Conclusão

Com o presente trabalho, buscou-se apresentar breves considerações do novo panorama jurídico acerca da iniciativa judicial cautelar na prisão processual no processo penal após o advento da Lei 13.696/2019.

Para tanto, após tecidas considerações iniciais sobre a prisão processual, passamos a delinear a compatibilidade da iniciativa cautelar judicial com o sistema acusatório definido pela Constituição Federal, concluindo-se que esta iniciativa se harmoniza com o sistema acusatório brasileiro, embora seja incompatível com o *adversarial system*, que, contudo, não é o adotado no país.

Por outro lado, esta iniciativa cautelar do magistrado não ofende ao princípio do juiz natural, no que toca à imparcialidade do magistrado, ante a diversidade de conteúdo da decisão cautelar e da decisão de mérito do processo penal, não importando em pré-julgamento da causa ou indicação de suspeição.

Definida a compatibilidade constitucional da iniciativa cautelar judicial, constatou-se que o legislador, com a Lei 13.964/19, buscou restringir esta iniciativa durante o tramitar da ação penal, não permitindo, em regra, que o juiz decrete a prisão preventiva de ofício, como outrora era permitido, mantendo, contudo, esta iniciativa de forma condicionada e limitada.

Verificou-se que o juiz ainda mantém poder de decretar *ex officio* a prisão preventiva quando da audiência de custódia e da prolação de sentença condenatória ou de pronúncia, sem necessidade de requerimentos dos legitimados, podendo, ainda, decretar esta prisão em outras hipóteses específicas, mas condicionadas a outros elementos.

Buscou-se, ainda, compreender de forma crítica a revisão nonagesimal da prisão preventiva instituída pela nova legislação em face do princípio constitucional da razoável duração do processo, reconhecendo sua relevância pela fixação de prazo de duração para a prisão preventiva, com sugestão de aprimoramentos à norma fundada no direito comparado.

Por fim, conclui-se que, mesmo que tenha sido restringida, a iniciativa judicial no tocante à prisão preventiva ainda subsiste, é necessária, e tem a função de resguardar o papel ativo do magistrado no processo penal brasileiro.

Referências bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. Trad. Maurício Zanoide de Moraes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 31, jan./mar. 1994.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*. 6. ed. Torino: Utet giuridica, 2015.

DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: A comparative study. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, n. 121, p. 506-589, 1973.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Abel Fernandes. “Juiz das garantias”: inconsistência científica; mera ideologia: como se só juiz já não fosse garantia. *Revista CEJ*, Brasília, v. 14, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010.

- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (org.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*, comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 17-27, jan./mar. 1992.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processual penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, p. 71-79, jul./set. 1999.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES JÚNIOR, Aury. O direito de ser julgado em um prazo razoável: o tempo como pena e a (de)mora jurisdicional no processo penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. *Doutrinas essenciais: Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. V. VI, p. 6.
- MALAN, Diogo Rudge. *Processo penal de partes: "right of confrontations"*. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. V. II.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 16. ed. São Paulo: Forense, 2017.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15. ed. rev. e de acordo com a Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 447-494, jul./ago. 2010.