PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO: UMA REMANSOSA JURISPRUDÊNCIA CONTRAEVOLUTIVA QUE DEBELAVA A HERMENÊUTICA

PRE-TRIAL DETENTION: A LEISURELY COUNTER-EVOLUTIONARY JURISPRUDENCE THAT DEBEATS HERMENEUTICS

Fábio Macedo Nascimento[*]

RESUMO*: A impossibilidade de o juiz determinar prisão preventiva de ofício recebeu tratamento normativo em 2011 por meio de lei que antecipou o entendimento que agora se consolida na legislação de 2019, pela Lei nº 13.964. Pelo menos na fase da investigação já não se admitia que a constrição fosse realizável de ofício, sob pena de se malferir o sistema acusatório adotado para o processo penal brasileiro pós Constituição de 1988. O presente artigo contextualiza a prisão preventiva no ordenamento pátrio e tem por objetivo indicar que essa compreensão já estava presente desde 2011, com a edição da Lei nº 12.403, podendo ser facilmente acessada a partir dos clássicos métodos de interpretação da norma. A despeito disso, o referido entendimento viu-se minoritário até o Supremo Tribunal Federal (STF) referendá-lo como correto. A contribuição do artigo consiste em demonstrar que a Lei nº 13.964 não trouxe propriamente uma inovação normativa sobre a prisão preventiva, mas sim a formalização de um ajuste na jurisprudência sobre o tema. Metodologicamente, o artigo usa abordagem dedutiva, por meio de revisão bibliográfica e jurisprudencial, especialmente das alterações legislativas mencionadas, para problematizar a remansosa cultura jurídica que desconsiderava as técnicas interpretativas.*
Palavras-chave*: prisão preventiva; conversão de ofício; sistema acusatório; interpretação da norma; ativismo judicial.*

ABSTRACT*: The impossibility of a judge to issue a remand without the request of the prosecutor or the plaintiff received normative treatment in 2011 through a law that anticipated the understanding that is now consolidated in the 2019 legislation, by Law No. 13,964. At least in the investigation phase, it was no longer accepted that this restriction could be carried out without the request of the prosecutor or the plaintiff, under penalty of harming the accusatory system adopted for the Brazilian criminal procedure after the 1988 Constitution. The objective of the study is to indicate that this understanding has been present since 2011, with the enactment of Law No. 12,403, and can be easily accessed from the classic methods of hermeneutics. In spite of this, the mentioned understanding was in the minority until the Brazilian Federal Supreme Court endorsed it as correct. The contribution of the article consists in demonstrating that Law No. 13,964 did not exactly bring a normative innovation on preventive detention, but the formalization of an adjustment in the jurisprudence on the subject. Methodologically, the article uses a deductive approach, through a bibliographical and jurisprudential review, especially of the*

[*] Centro Universitário de Brasília (CEUB), Brasília, DF, Brasil.
https://orcid.org/0000-0002-2649-3216

aforementioned legislative changes, to problematize the stagnant legal culture that disregarded interpretive techniques.
***Keywords**: pre-trial detention; conversion with no order; accusatory system; interpretation of the norm; judicial activism.*

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo, pretende-se discorrer sobre o tratamento legislativo e jurisprudencial dado no Brasil à decretação da prisão preventiva de ofício. A hipótese contestável diz respeito a avaliar a recalcitrância de boa parte da comunidade jurídica, pelo menos desde o ano de 2011, quando criada a Lei nº 12.403, em permanecer entendendo válida a prisão provisória decretada de ofício – antes mesmo de se ter uma ação penal ajuizada.

Dessa forma, a partir de uma pesquisa exploratória da ordem dos acontecimentos, seja do ponto de vista legal, seja jurisprudencial, bem assim de uma revisão bibliográfica acerca de conteúdos e institutos do Direito, especialmente no que diz respeito à atividade interpretativa da norma, este estudo objetiva demonstrar que foi desajustado e demorado o processo de assimilação do sistema acusatório, pelo menos no tocante a esse aspecto específico. A abordagem é do tipo jurídico-compreensiva ou jurídico-interpretativa (GUSTÍN, 2010, p. 28), por meio da qual se avalia a questão da decretação de ofício da prisão preventiva em seus diversos aspectos, relações e níveis, com atenção ao sentido normativo dessa discussão extraído dos enunciados constitucionais aplicáveis ao tema.

Tentar-se-á responder, nesse contexto, como os métodos clássicos de interpretação da norma, há muito conhecidos, poderiam ter servido aos Tribunais Superiores para se absorver os novos comandos legais à luz da Constituição.

Para tanto, no Capítulo 2 será introduzida a concepção do sistema acusatório com o fito de se refletir sobre a sua internalização no processo penal a partir de uma dinâmica de constitucionalização desse ramo do direito. Já no capítulo seguinte, serão apresentados as bases e os pressupostos do instituto que se pretende reler pela vista de um novo prisma, qual seja, o da a prisão preventiva.

Uma vez definidas tais premissas, no Capítulo 4 segue-se apresentando o aspecto processualístico da prisão enquanto cautelar antecedente a salvaguardar o sucesso de uma ação principal em que se discute o mérito da conduta criminosa. Vista essa lógica pautada nas teorias do processo, passa-se, então, ao Capítulo 5, no qual se trabalha a obviedade acerca da inconstitucionalidade da decretação/conversão da prisão preventiva de ofício, bem assim se apresenta a injustificada demora em se reconhecer essa espuriedade.

Por fim, no Capítulo 6, com uma breve revisão do que são os clássicos métodos da atividade de interpretação da norma, o artigo amolda o

problema exposto às premissas que haveriam de ser naturalmente seguidas, conforme apresentadas, para se concluir que não havia motivos técnicos para se ter relutado, por mais uma década, à já legalmente estampada proibição de se decretar de ofício prisão preventiva na fase de investigação.

2 O SISTEMA ACUSATÓRIO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

O sistema acusatório, em contraposição ao inquisitivo, é o sistema de persecução penal em que, basicamente, se diferencia a figura do acusador da figura do julgador, isso porque, por ele, se entende que deva haver completa independência das autoridades estatais que exerçam tais tarefas, a fim de se garantir ao jurisdicionado uma análise imparcial da conduta pela qual é julgado.

Significa que aquele que decide não deve ser contaminado pela atividade de colheita de provas (BUSATO, 2010), ao passo que, lado outro, aquele que tem a incumbência de articular uma narrativa que traduza a pretensão de fazer incidir punição (o formulador da hipótese acusatória) não deve ter outra tarefa dentro do processo senão a de tentar influenciar o decisor.

Assevere-se, contudo, que aquele que formula a acusação no processo penal brasileiro não se limita a um atuar tradicional de parte e/ou tampouco a uma advocacia clientelista da tese inicialmente posta. Assim, pode o acusador denunciar se possuir dúvida, porém tem a obrigação de seguir os princípios fundamentais caso ela remanesça até a data da prolação da sentença, quando então deve primar pela solução pautada no brocardo do *in dubio pro reo*, em observância ao *favor rei*.

A maior consequência prática do sistema acusatório, para o titular do direito de ação penal em juízo (ao menos o acusador público), é a garantia de que deve ele, por si, criar toda a estratégia processual em torno do caso concreto, não podendo o magistrado se imiscuir na fase pré-processual – a não ser nos pontos que a lei exija autorização judicial – nem se intrometer na articulação da prova durante a instrução em juízo – salvo para buscar esclarecimentos ou rebater nulidades.

Para o decisor, o sistema acusatório garante a sua equidistância em relação às partes, de molde a se assegurar que tomará a sua decisão livre das influências naturais que são inerentes a atividade de se buscar os elementos que reconstruam a verdade dos fatos pretéritos que se processam. Ao jurisdicionado, o referido modelo garante um julgamento imparcial.

Para se construir um arquétipo que atendesse a essa lógica processual providencialmente isenta e subdividida, foi necessário se estipular princípios outros no âmbito processual penal que o cercasse de cautelas a salvaguardar o próprio sistema em si, como o da inércia da jurisdição, o da

adstrição ao pedido ou da congruência, o de que o réu se defende dos fatos narrados e o de que toda prisão ilegal deve ser relaxada.

Em resumo, aquele que ocupa a função de órgão investido de jurisdição não pode iniciar um processo penal por sua vontade, não pode decidir para além do que foi pedido pelas partes ou permitir que o réu seja condenado por algo que sequer esteve circunstancial e descritivamente explicado, assim como não deve tolerar e/ou fomentar que uma constrição provisória seja ilegal sob o ponto de vista técnico.

Enfim, é primando-se pelo respeito a todas essas nuances de elevado valor axiológico, sob o prisma constitucionalizante, que se infere que o sistema acusatório brasileiro se tornara providencial no contexto pós 1988.

Com efeito, a despeito de o Código de Processo Penal (CPP) ser datado de 1941, deveria mesmo ele, assim como qualquer outro ato normativo abaixo da Constituição, ser interpretado à luz do que nela se passou a preconizar com o seu advento, sendo esse processo revisional importante tarefa dos intérpretes que cuidam do fenômeno da recepção pela nova ordem do Estado Democrático de Direito.

Para Lopes Jr. (2022, p. 51):

> Compreenderam que a constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, era necessário fazer uma "filtragem constitucional" dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório (como os arts. 156, 385 etc.), pois são "substancialmente inconstitucionais". Assumido o problema estrutural do CPP, a luta passa a ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória e, principalmente, pela mudança de cultura, pelo abandono da cultura inquisitória e a assunção de uma postura acusatória por parte do juiz e de todos os atores judiciários.

É, portanto, dentro dessa ótica, que se verá adiante que a 'prisão antes da sentença' é um dos pontos de equilíbrio de fechamento racional desse sistema, especialmente considerando-se que a lógica primeira da prisão

provisória é a de acautelar o processo penal, sem se perder de vista, é claro, a duração razoável do processo.

3 PRISÃO PREVENTIVA: SUA NATUREZA E SEUS PRESSUPOSTOS

É salutar, de início, se conceber que o advento da Constituição de 1988 (CF/88) teve o condão de propiciar a releitura de tantas quantas eram as normas postas no ordenamento jurídico brasileiro, as quais, por certo, pensadas para um período anterior, não exatamente se adequavam ao novo modelo de Estado de Direito.

Nessa perspectiva transformadora, as Leis nº. 11.689 e 11.719, de 2008, extinguiram tipos de prisão provisória que se faziam antiquados e, em seguida, a Lei nº 12.403, editada no ano de 2011, definiu que a prisão em flagrante, como hipótese de prisão cautelar garantidora do processo, já não mais subsistiria de modo autônomo, devendo ser convertida em prisão preventiva, caso necessário fosse salvaguardar o processo por algum motivo, ou afastada para a restituição da liberdade do acusado.

A Lei nº 12.403 definiu, a seu turno, que o flagrante nada mais era do que uma captura realizada por meio de ato administrativo, o qual, por sua vez, haveria de ser ou confirmado ou rechaçado no âmbito da esfera judicial, sendo o auto de prisão em flagrante um mero instrumento administrativo que necessitaria de verificação (SILVA, 2011).

Essa é, portanto, a razão para se ter de efetuar a apresentação do capturado ao Sistema de Justiça dentro do prazo de 24 horas, pois esse modelo cria a tarefa de justificar o motivo pelo qual se opta pela segregação ainda que sem uma decisão final acerca do mérito, o que há de ocorrer numa audiência oficial em que presentes o decisor, o defensor e o membro do Ministério Público[1]. Afora a prisão temporária, que possui uma disciplina à parte e especial, dada pela Lei nº 7.960, de 1989, o advento da lei de 2011 reposicionou formalmente a prisão preventiva como a única modalidade de prisão provisória.

Para além disso, a ela se atribuiu, mais do que antes, o valor de medida cautelar excepcionalíssima, isto é, de medida que deve ser adotada somente em *ultima ratio*, mormente porque, comparadas às inovadoras "cautelares diversas" trazidas com a nova lei – que vieram previstas no novo art. 319 do CPP –, deve sempre o decisor dizer por que preferiu a mais severa em detrimento das menos gravosas.

[1] A Lei nº 13.964, de 2019, incorporou ao CPP, no art.310, a previsão da realização da audiência de custódia. Anteriormente, sua implementação tinha se dado com base no disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), disciplinada, em âmbito nacional, pela Resolução nº 213, de 2015, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Nada obstante essa evolução no campo da ressignificação da prisão antes da sentença, perdeu o *novel* legislador, nos idos de 2011, uma oportuna chance de extirpar de vez, do art. 311 do CPP, de modo irrestrito, a previsão de que a prisão preventiva poderia ser decretada de ofício.

Nesse particular, limitou-se ele a inovar, em relação à redação anterior dada ao dispositivo pela Lei nº 5.349, de 1967, no sentido de que a prisão decretada de ofício só poderia ocorrer se durante o curso da ação penal.

Isto é, havendo denúncia recebida, poderia então o juiz prender de ofício, mas, do contrário, deveria ele contar com o requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou ainda com uma representação da autoridade policial.

É essa, então, a grande mudança efetivada, no âmbito do art. 311 do CPP.

Enfim, somente oito anos depois, com o advento da Lei nº 13.964, de 2019, é que definitivamente se suprimiu, por completo, a expressão "de ofício" do citado dispositivo. Também conhecida como "Pacote Anticrime", a lei que leva em seu referencial de assunto a frase "*Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal*" se preocupou notadamente com atualizações que já tardavam. Com efeito, vários aspectos que remontavam ao sistema inquisitivo ainda insistiam em pertencer ao código processual do século passado, entre os quais a possibilidade de prisão preventiva de ofício e a homologação de arquivamento do inquérito policial pelo Poder Judiciário.

Pois bem, fato é que, como já adiantado, em razão da própria logicidade do sistema adotado após a CF/88, já se era perfeitamente inteligível que não se caberia mesmo de cogitar de uma prisão provisória decretada de ofício – não pelo menos em fase pré-processual –, pois algo de incongruente se afigurava inevitável quando isso acontecia.

É o que se passa a abordar daqui em diante.

Para esse recorte, vale destacar que o raciocínio proposto neste estudo deveria ter sido realizável desde 1988, com o advento da CF/88, mas, tendo em conta o tempo natural de maturação que a comunidade jurídica levou para compreender os reais efeitos da constitucionalização do Direito, é viável que se dirijam os olhares para o ano de 2011, uma vez que foi nesse ano que o legislador resolveu, pela primeira vez, atualizar os antigos comandos legais sob o ponto de vista do sistema acusatório.

Ou seja, levando-se em conta o lapso de 1988 a 2011, é possível se dizer que já não era sem tempo uma adequada revisão legislativa, à luz da Constituição, dos dispositivos que regiam a prisão provisória, sendo esse o motivo pelo qual causa espécie que o art. 311, reescrito que foi pela Lei nº 12.403/2011, tenha ainda sido permeado de interpretações equivocadas por mais quase uma década após o seu advento.

Foi necessária a supressão total da expressão "de ofício" do art. 311 do CPP, pelo denominado "Pacote Anticrime" do ano de 2019, para que uma considerável parcela da comunidade jurídica, de uma vez por todas, parasse de inventar regra diferente para aquela que era a vontade do Poder Constituinte Originário, restando isso definido, em 6/10/2020, quando o Supremo Tribunal Federal (STF), por sua 2ª Turma, julgou o *Habeas Corpus* (HC) nº 188.888/MG.

Conquanto se afigurasse óbvia a inviabilidade de prisão preventiva de ofício – pelo menos desde o ano de 2011 para os casos ainda não judicializados – foi ainda assim necessária a intervenção do Supremo, quase dez anos depois, para se pôr uma pá de cal na questão, haja vista a matéria ter sido alvo frequente de recalcitrâncias por parte de alguns magistrados.

E por que era tão óbvio que o magistrado não poderia adentrar de ofício na questão da prisão antes da condenação? Antes de passar à resposta da questão, é salutar se conhecer qual é a natureza jurídica da prisão preventiva e quais são os pressupostos para a sua decretação.

Pois então, configuram-se hipóteses em que se admite a prisão preventiva, alternativamente, aquelas em que os fatos se amoldam a tipos penais dolosos cuja pena máxima cominada em abstrato seja superior a quatro anos, aquelas em que o indivíduo analisado é reincidente por crime doloso ou aquelas em que os fatos denotem violência contra a mulher, no contexto da Lei Maria da Penha, com alguma sinalização de possibilidade de recidiva por parte do agressor, pois se exige a noção de que, para prender, exista um quadro concreto de asseguramento à execução de medidas protetivas de urgência.

Se a violência for, contudo, contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, ainda que não possam ter sido abarcados pela Lei Maria da Penha porque eventualmente do sexo masculino ou porque, embora mulheres, não tenha a violência se dado em razão do gênero propriamente – e por isso não poderiam ser beneficiados com medidas protetivas de urgência –, compreende-se que o intuito do legislador foi o de que será permitida a prisão sempre que essas vítimas forem alvos de um agressor no âmbito doméstico e familiar.

Essa última hipótese de cabimento de prisão preventiva abre inclusive uma brecha para que seja ela requerida em sede de Juizados Especiais Criminais, onde, não raras vezes, há conflitos familiares envolvendo vítimas vulneráveis que não necessariamente podem se valer do regime mais detalhado de acolhimento de vítimas e atenção protetiva da Lei Maria da Penha.

Como a eles não se garante, antes, medidas protetivas típicas, parece desarrazoado exigir a mesma noção de que, para prender, exista um quadro concreto de asseguramento à execução de medidas protetivas de urgência.

Tudo isso, porém, por ser inovador e por fugir do foco deste estudo, merece ser tratado em um artigo à parte.

Retomando o foco após vistas as hipóteses de cabimento, imperioso agora se afirmar que a decretação da prisão preventiva depende da presença de dois requisitos: o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*.

Pelo primeiro, analisa-se a prova da existência do crime e algum elemento minimamente suficiente que indique a autoria. Pelo segundo, examina-se o perigo concreto gerado pelo estado de liberdade do indivíduo, sendo esse sempre com a perspectiva limitada pela lei de se salvaguardar ou a ordem pública, ou a ordem econômica, ou a conveniência da instrução criminal, ou aplicação da lei penal.

Por perigo à ordem pública se mensura o quadro contextual de elementos concretos que atestem uma factível possibilidade de reiteração delitiva violenta; por perigo à ordem econômica se faz a mesma ilação anterior, porém com o enfoque dirigido à reiteração na esfera da defesa das finanças e/ou do patrimônio; por perigo à conveniência da instrução criminal, compreende-se o concreto potencial, ante elementos nesse sentido, de que o investigado queira destruir/demover as provas que serão usadas contra ele no processo e/ou prejudicar/amedrontar pessoas que contra ele testemunharão; por perigo à aplicação da lei penal, avalia-se a possibilidade real de que o investigado queira se evadir do distrito da culpa a fim de não ser citado para responder à ação penal.

Além desses requisitos, vale destacar que a decisão deve indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada, não podendo o decisor optar por prender – se a motivação do pedido for pautada em fatos datados de algum tempo passado.

Repare que a necessidade de indicação expressa dos fatos é muito mais um requisito formal do que propriamente um acréscimo de exigências, pois, ao se analisar o perigo concreto gerado pelo estado de liberdade do indivíduo, está-se invariavelmente considerando se, do tempo do evento criminoso até o tempo da possível decisão, remanesce latente e real a chance de reiteração, de destruição de provas e/ou de fuga.

Isto é, ultrapassado muito tempo e não tendo sido concretizadas as ilações que se tinha sobre esses aspectos, é claro que fica perdida a noção de que o estado de liberdade do indivíduo era perigoso. Portanto, essa necessidade de se indicar os fatos contemporâneos pelos quais se entende a situação ainda perigosa é justamente um corolário da avaliação do *periculum in libertatis*, que, agora, mais do que antes, precisa ser devidamente demonstrado.

Ainda nessa mesma linha, é importante anotar que o *novel* legislador de 2019 fez questão de trazer para dentro do CPP a também exigência de natureza formal no sentido de se fundamentar verdadeiramente a decisão

judicial, conforme o inciso IX do art. 93 da CF/88, oportunidade em que emplacou o § 2º do art. 315 para dizer que os argumentos puramente retóricos, que nada dizem, como aqueles que se remetem à reprodução do ato normativo ou a conceitos jurídicos indeterminados ou a motivos genéricos, não hão mais de ser aceitos na esteira das decisões que se refiram à prisão preventiva.

Outrossim, recomendado é que o decisor esclareça por que razão as cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código, não são suficientes a atender à cautelaridade do caso – e veja-se aqui novamente que essa suposta nova exigência é inerente à análise da presença/ausência dos requisitos autorizadores da prisão, pois, ao se examinar o perigo gerado pelo estado de liberdade do indivíduo, está-se invariavelmente considerando se são concretos e iminentes os riscos ao ponto de não mais se tolerar qualquer outra medida menos severa.

4 CONDIÇÕES DA AÇÃO E PRAZO PARA DENUNCIAR O RÉU PRESO

Neste tópico, dando seguimento à disciplina da prisão preventiva conforme tratada com o advento da Lei nº 12.403/2011, será analisado o porquê de se ter negado ao magistrado a permissão para decidir, de ofício, sobre a prisão preventiva antes que se tenha ação penal ajuizada. Confira-se a outrora redação do art. 311, dada pela lei de 2011:

> Art. 311. 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 (BRASIL, 1941).

Repare que a negativa aparece com a intepretação que se faz a *contrario sensu* do dispositivo, pois nele se diz expressamente que o magistrado pode decretar uma prisão de ofício se no curso da ação penal, isto é, se e somente se houver ação já ajuizada. Desse modo, se não houver, ficará proibido de fazê-lo de ofício.

A resolução encontrada pelo legislador de 2011 era, de fato, a que primeiro mais se compatibilizou com os ares acusatórios trazidos pela CF/88, pois por ela se considerou que a prisão preventiva, sendo uma medida cautelar, há de ser veiculada por meio de uma demanda de natureza cautelar.

Por sua vez, ao se pensar numa medida cautelar antes mesmo de ajuizada a ação principal, pensa-se invariavelmente no ajuizamento de uma ação cautelar capaz de veicular um pedido de natureza cautelar, mas, para toda e qualquer ação, exige-se estejam presentes as condições que a suporte (as condições da ação).

Esse é, inclusive, o motivo pelo qual somente o Ministério Público pode requerer o pedido de prisão, pois apenas ele preenche – ao menos no que tange à persecução de crimes cuja iniciativa para a ação é pública – a condição consistente na legitimidade *ad causam*.

Isso significa que somente quem é parte legítima pode formular um pedido juridicamente possível, por meio de uma demanda cabida, se evidente estiver o interesse de agir no caso concreto. Não preenchidas essas condições, não há falar-se em ação que mereça ser aceita, sendo ela inepta.

Observa-se que a autoridade policial apenas representa pela prisão, devendo então o juiz que recebe a citada representação abrir necessariamente vista a quem possua legitimidade para analisá-la, que é o membro do Ministério Público. Caso ele com a representação concorde e resolva referendá-la, deverá adaptar o texto para transformá-lo numa ação oficial que veicule um pedido formal, tudo com vistas a se observar as regras comezinhas do estudo das 'teorias da ação'.

Enfim, tratando-se, a ação que pede a decretação da medida cautelar prisional, de uma ação cautelar antecedente, é forçoso se concluir que somente aquele que possui legitimidade *ad causam* para ajuizar a ação principal possa fazê-lo. Com efeito, se a cautelar antecedente objetiva, em certa medida, assegurar o resultado útil do processo, será mesmo somente a parte legítima que poderá mensurar a conveniência do tempo de seu ajuizamento, pois, uma vez interposta a cautelar, fica ela submetida a regras de processo que a vinculam quanto ao oferecimento da ação principal.

Ou seja, a partir de um raciocínio elementar pautado na noção de ônus e deveres processuais das partes, percebe-se que a ninguém mais, senão à própria parte, deve-se conferir a possibilidade de criar encargos e riscos àquele que não necessariamente se colocou, de *per se*, numa determinada posição jurídica dentro do processo.

Isso porque o processo, ainda que o penal, é construído a partir de estratégias das partes e a ninguém, muito menos ao juiz, deve-se deixar aberta a possibilidade de influenciar nesse exercício, o qual, a seu turno, é complexo e multifacetado.

Pode-se dizer, inclusive, que a liberdade de articular as teses que serão sustentadas em juízo, bem assim a tarefa de arrebanhar as provas que servirão a tanto, são expressões irredutíveis do princípio do acesso à jurisdição e, mais que isso, garantias imaculadas dos princípios da inércia

da jurisdição, da adstrição ao pedido e de que o réu se defende dos fatos narrados.

Dessa forma, definir quando será proposta a ação cautelar antecedente é sim um exercício estratégico e correlato à privativa função constitucional atribuída àquele que tem o mister de ajuizar a ação principal, no caso a ação penal. Sendo assim, se e somente se o Ministério Público pode avaliar, dentro de um contexto de sistema acusatório, a conveniência e a oportunidade acerca do oferecimento de uma denúncia relativo a crime cuja iniciativa seja pública, cabe a ele também exclusivamente decidir quando pedirá a prisão preventiva.

A propósito, o art. 46 do CPP, há muito, mesmo antes de 2011 e de 1988, já prelecionava que "o prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial" (BRASIL, 1941).

Portanto, como dito antes, se pudesse o juiz, num caso concreto em que sequer há ação em curso, decretar a prisão preventiva do investigado, estaria ele criando, sem ser parte no processo, um ônus ao membro do Ministério Público no sentido de que ofereça a denúncia no prazo de cinco dias.

Acontece que o membro ministerial, para além de não estar submetido a nenhuma imposição processual para a qual não participou ou pediu, pode não concordar com a avaliação do juiz[2], especialmente no que diz respeito ao requisito do *fumus comissi delicti*, de modo que, em última análise, entendendo não haver – não pelo menos àquela altura – prova da existência do crime ou algum elemento minimamente suficiente que indique a autoria, não estará convencido a fazer denúncia.

Nesse caso, pode o órgão do Ministério Público fazer retornar os autos à delegacia para que se promovam novas diligências que o ajude a elucidar a dinâmica delitiva e então a formar a sua *opinio delicti*, porém certo de que isso não será providenciado em 5 (cinco) dias, até mesmo porque não haveria razão para pressa se não foi o próprio membro ministerial que se colocou nesta posição processual.

Mais que isso, por vezes, ainda que se tenha uma presença de materialidade e autoria do delito e cabida seja a prisão, não é sempre que se consegue denunciar o investigado, pois, para além desses elementos, exige o CPP que a denúncia contenha a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias e que se apresente de antemão o rol de testemunhas.

[2] Nesse mesmo sentido, Franklyn Silva (2011) pondera que essa avaliação, se feita pelo juiz, não se compatibiliza com o regime probatório e a sua necessária imparcialidade, haja vista ser ele 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 esses necessários para o embasamento da deflagração da ação penal.

Essas são, portanto, nuances que devem ser deixadas à análise exclusiva e privativa do membro do Ministério Público, cabendo a ele, somente a ele, decidir quando estará formada a sua convicção acerca de todos os elementos para se oferecer a ação principal na forma como deve sê-lo.

Para se eliminar quaisquer dúvidas que ainda possam existir sobre a temática, é fácil se fazer um exercício que ateste o acerto da tese aqui sustentada quando se pensa que uma prisão preventiva decretada de ofício, num caso em que ainda não há ação penal, estará fadada à ilegalidade se o membro ministerial simplesmente concluir que não há elementos para se efetivar a denúncia em cinco dias.

Ao magistrado que a decretou, restará revogá-la, tudo isso sem dispor de quaisquer ferramentas que o faça impelir o membro ministerial a denunciar o investigado preso.

E, ao contrário do que se pode pensar alguns que ainda nutrem uma mente inquisidora, esta não é uma celeuma que se deveria resolver com uma imposição ao membro ministerial, porquanto não cabe se chamar à baila o princípio da obrigatoriedade da ação penal, pois o que se discute neste estudo é outra coisa.

O que se está a debater não é pura e simplesmente a inação ou a arrepsia do membro ministerial diante de um evidente caso de denúncia, mas sim um caso em que persistam dúvidas fundadas a respeito da ausência de todas as circunstâncias que exige o art. 41 do CPP.

Nesse diapasão, o leitor mais atento então perguntaria: mas quem é que define se o caso é de inação ou de estado de dúvida fundada? Quem é que define se o membro ministerial estava violando um dever funcional de obrigatoriedade ou se realmente estava ele agindo estrategicamente na busca de mais elementos de prova?

A resposta é: ele mesmo, o membro ministerial.

De acordo com a CF/88, o membro ministerial é funcionalmente independente e não subordinado a ninguém, sendo por isso classificado, à símile do magistrado, como agente político para efeito de tomada de decisões no âmbito do Estado de Direito. Se ao magistrado se confere o poder de atribuir o direito no caso concreto, ao membro do Ministério Público se confere a atribuição privativa para se dizer quando um caso concreto está devidamente preparado para ser denunciado, bem como quando ele não o estará, caso em que então o arquiva.

Isto é, cabe ao membro ministerial, autoridade estatal legitimada pela via do concurso público, definir os rumos de política criminal cabidos à sua esfera local a partir justamente da convicção pessoal que movimenta as suas estratégias probatórias e as suas escolhas acerca do que entenda ser suficiente para se preencher as condições de ação penal que eventualmente pense em ajuizar.

Ao arquivamento realizado, é certo dizer, dentro da concepção do sistema acusatório, cabe a outro membro ministerial mais experiente revisá-lo, não sendo esse exercício, contudo, uma expressão de hierarquia ou subordinação, mas, sim, apenas um ferramental específico que atende ao princípio democrático do duplo grau de jurisdição.

Enfim, retomando do ponto em que se perquire contra quem deve a eventual celeuma ser resolvida, se é que ela já não o é automaticamente quando se escoa o prazo de cinco dias sem o oferecimento da denúncia, resta dizer que ao magistrado deva recair toda a desconfiança. Afinal, como antecipado, é ele quem viola diversos princípios constitucionais e processuais quando decide prender um indivíduo de ofício, haja vista adentrar oblíqua e ilegalmente em competência/atribuição para a qual não foi previamente escolhido pelo constituinte.

Ao analisar o *fumus comissi delicti* sem provocação da parte – e considerando que o membro ministerial se sentisse obrigado a denunciar pelo simples fato de se ter uma prisão decretada –, estaria o magistrado invariavelmente concluindo que, a seu ver, estão presentes as condições para o oferecimento de uma ação que sequer estaria ainda ajuizada, de modo que, pelo menos transversalmente, começar-se-ia a macular o princípio da inércia da jurisdição.

Esse cenário ofende também o princípio da imparcialidade (PRADO, 2006)[3], uma vez que o magistrado estaria forçando um ajuizamento precipitado da ação principal de molde a combalir a estratégia processual pensada pelo membro ministerial. Isso, inevitavelmente, lhe faria assumir a condição de avaliador do que é necessário se ter de prova para se ajuizar uma ação, manipulando, assim, o resultado do processo, visto que já poderia sinalizar que aquele pouco material coletado bastaria à condenação, ou forçar uma ação fragilizada sob o ponto de vista probatório para depois pretender uma absolvição.

Ante todo o exposto, parece inadmissível se permitir que um magistrado decrete uma prisão preventiva de ofício ainda num momento pré-processual, sendo, portanto, descabido que o Judiciário converta as prisões em flagrantes em prisões preventivas sem antes haver um pedido cautelar formal do Ministério Público nesse sentido.

Afinal, somente a instituição ministerial pode avaliar se, uma vez preso o detido, haverá condições hábeis para se denunciá-lo dentro do prazo do art. 46 do CPP. Isto é, em linguagem processual, somente aquela

[3] Quando se trata da tutela dos mais importantes bens de um indivíduo, não é admissível supor que o encarregado de decidir sobre a sua fruição ou não seja alguém que tenha, na fase que antecede o processo, espontaneamente tomado a iniciativa de ordenar a prisão do investigado ou a apreensão de uma arma que esteja na casa dele, sob a suspeita exclusivamente sua, do juiz, de que se trata da arma do crime (PRADO, 2006, p. 181).

parte que detém a atribuição para pensar no ajuizamento do principal pode escolher viabilizar uma antecedente pretensão de natureza cautelar[4].

5 INCONSTITUCIONALIDADE DA DECRETAÇÃO/CONVERSÃO DE OFÍCIO: DEMORA E OBVIEDADE

Consoante adiantado, as normas que tratam da prisão preventiva de ofício foram sendo alteradas ao longo do tempo. Em 1941, o art. 311 do CPP era assim disposto:

> Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria (BRASIL, 1941).

Em 1967, esse dispositivo foi revisto para se remanejar a parte final de seu texto ao art. 312, remanescendo a possibilidade de decretação de ofício mesmo na fase pré-processual. Somente em 2011, com a Lei nº 12.403, o legislador ordinário internalizou, nesse aspecto da prisão provisória, a noção do sistema acusatório escolhido pela CF/88 e, assim, alterou o art. 311 para fazer constar o seguinte:

> Art. 311. 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 (BRASIL, 1941, grifo nosso).

[4] A 6ª Turma do STJ, no bojo do HC nº 145.225/RO, de relatoria do Min Rogério Schietti Cruz, cf. Informativo nº 725, segue relutante sem se dar conta de que, ao permitir que um magistrado determine a prisão preventiva quando apenas tiver sido requeridas pelo Ministério Público medidas cautelares diversas, uma vez decretada a prisão, poderá o membro ministerial concluir, no prazo legal e peremptório de cinco dias do art. 46 do CPP, que não vai denunciar, por faltar ainda elementos necessários à construção da narrativa acusatória, provocando, assim, a sua revogação inelutavelmente.

Finalmente então se oficializava, quase 23 anos depois, a concepção de que a lei ordinária haveria de ser interpretada à luz do que almejava o Constituinte.

E de onde se extrai que o Constituinte escolheu o sistema acusatório? Justamente da leitura do art. 129, inciso I, que previu o Ministério Público como instituição única a ter a função de acusar na esfera pública, porquanto separando a figura do acusador da figura do decisor. Confira-se: "art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei" (BRASIL, 1988).

Para além disso, parcela significativa da doutrina pátria processualista elenca princípios outros como expressão do sistema que fora adotado em 1988, como o da inércia da jurisdição, o da adstrição ao pedido ou da congruência, o de que o réu se defende dos fatos narrados e o de que toda prisão ilegal deve ser relaxada.

Inclusive o STF, nos idos de 2002, deixou claro que esta foi a opção de sistema adotada quando, no HC nº 82.507/SE, decidiu pela impossibilidade de o juiz poder requisitar de ofício novas diligências probatórias se o Ministério Público promove o arquivamento da investigação.

Nada obstante tudo isso, permanecemos discutindo no mundo jurídico, até bem recentemente, se estaria errado proibir o magistrado de converter o flagrante em preventiva de ofício. Repare que o STJ foi pacificar o seu entendimento sobre essa questão apenas no mês de abril de 2021, no RHC nº 131.263/GO, por sua Terceira Seção:

> [...]. A reforma introduzida pela Lei n. 13.964/2019 ("Lei Anticrime") modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro. **A Lei n. 13.964/2019, ao suprimir a expressão "de ofício" que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio "requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público"** (grifei), não mais sendo

> lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação "ex officio" do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade [...] (BRASIL, STJ, 2021, grifo nosso).

Destaca-se neste estudo o fato de que a Seção especializada do STJ atribuiu a revisão do seu posicionamento, para agora entender que fica proibida a conversão de ofício, exclusivamente ao advento da 'Lei Anticrime', editada em 2019, conforme se depreende dos fundamentos acima coligidos.

Isso porque, antes, para a maioria dos integrantes do STJ, o art. 310, inciso II, do CPP, permitia que o juiz convertesse o flagrante sem pedido. Veja-se o que dispõe o texto da lei:

> Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:
> [...]
> II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (BRASIL,1941).

Por conta desse excerto legal, então, o Tribunal chegou a criar um enunciado do "Jurisprudência em Teses", na edição nº 120, apoiado em precedentes como o HC nº 474322/MG, RHC nº 105718/RO, RHC nº 105955/MG, RHC nº 102770/MG, RHC nº 102326/MG, RHC nº 101359/MG, para firmar o seguinte entendimento:

> Não há nulidade na hipótese em que o magistrado, de ofício, sem prévia provocação da autoridade policial ou do órgão ministerial, converte a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP (BRASIL, STJ, 2020).

Ou seja, o STJ nada abordou a respeito da alteração que havia sido promovida pela Lei nº 12.403, de 2011, a qual, como visto, já preconizava que a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, só poderia assim sê-lo se no curso da ação penal, ou seja, jamais podendo se dar na fase pré-processual.

Inclusive, vale registrar, a redação dada por essa lei de 2011 ao § 2º do art. 282 do Código também sinalizara, como no art. 311, que as medidas cautelares até poderiam ser decretadas de ofício, mas não se no curso da investigação. Confira-se:

> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
> [...]
> § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público (BRASIL, 1941).

Já o STF, no julgamento em que definiu essa mesma questão, no HC nº 188.888/MG, também não se manifestou de forma completa sobre a temática, pois da mesma forma atribuiu a revisão de posicionamento jurisprudencial somente ao advento da Lei Anticrime, editada em 2019, senão veja-se:

> [...] A reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019 ("Lei Anticrime") modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro. A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão "de ofício" que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio "requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público" (grifei), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação "ex officio" do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. [...] (BRASIL, STF, 2020).

Enfim, da forma como tratada a questão pelos Tribunais Superiores, parece que a exigência de ter, na prática, um escorreito sistema acusatório no tocante à questão da prisão preventiva somente nasceu com o advento da Lei nº 13.964, de 2019, o que, por certo, não se deve admitir.

Com efeito, o sistema acusatório nasceu no Brasil em 1988, com a CF/88, tendo sido legalmente enfatizado, repise-se, com o advento da Lei nº 12.403, de 2011, a partir das ressalvas formuladas nos arts. 282, § 2º, e 311, do CPP, as quais expressamente preconizaram que ao juiz não caberia intervir de ofício no curso da investigação.

Assim, eleger a 'Lei Anticrime' de 2019 como a legislação salvadora e/ou transmutadora do cenário constitucionalmente já reconhecido de há muito se afigura um tanto manipulativo, uma vez que enaltecer a referida lei como fenômeno novo a propiciar, só agora, a releitura do sistema processual penal não se coaduna com o panorama que já se desenhava lá dos idos de 2011, para não dizer no ano de 1988. (PACELLI, 2021, p.450).

Em verdade, o que houve foi um enorme atraso dos Tribunais em relação à temática e, até pouco tempo, uma desmedida afronta ao sistema acusatório, realçando-se que, desde 2011, pelo menos na parte que toca à fase pré-processual, já se era possível ter esse entendimento consolidado para se evitar que magistrados prendessem de ofício antes da denúncia.

No entanto, os Tribunais Superiores preferiram, a seu turno, filiar-se a um comando previsto no art. 310 do Código – o qual, enfatize-se, nada dizia a respeito de atuação *ex officio* – a tecerem, o que seria o correto, uma intepretação gramatical, histórica e sistemática da questão. Isto é, tivessem observado a Constituição e a Lei nº 12.403, de 2011, não teriam adotado posicionamento tão retrógrado por mais quase dez anos após o advento dessa lei.

Portanto, não foi a 'Lei Anticrime' que reposicionou o processo penal brasileiro na esteira do sistema acusatório, mas, sim, a CF/88, tampouco ela o foi a que primeiro previu a inadequação de uma decisão de ofício acerca de prisão preventiva no curso da investigação, uma vez que isso já havia sido assinalado desde a Lei nº 12.403, de 2011.

É certo apenas dizer que a 'Lei Anticrime' agregou algum aspecto à questão, pois corrigiu os arts. 282, § 4º, e 311, do CPP, para lhes conferir um espectro mais amplo de impossibilidade de atuação de ofício pelo decisor, qual seja, uma impossibilidade mesmo para a fase processual, de modo que, repise-se, motivo não havia para que de 2011 a 2020 se seguisse admitindo, como algo normal, a possibilidade de conversão do flagrante em preventiva de ofício.

Dessa forma, embora se concorde com o mais hodierno entendimento dos Tribunais Superiores – no sentido de que em nenhum caso se deva admitir a prisão preventiva de ofício, seja para a sua conversão ao tempo

ainda da investigação, seja para a sua decretação quando já houver ação ajuizada[5] –, discorda-se da fundamentação exclusivamente apoiada na 'Lei Anticrime' para justificar a tardia alteração jurisprudencial no tocante à prisão preventiva de ofício antes da denúncia.

6 INTERPRETAÇÃO DA NORMA E ATIVISMO JUDICIAL

Sem a pretensão de neste estudo se aprofundar nas questões de ordem política que fomentaram a criação dos diferentes métodos de interpretação da norma – as quais vão desde a análise do surgimento contextual do positivismo, com a Escola da Exegese, na França pós-revolucionária, até o exame dos influxos recebidos a partir das Constituições do século XX –, é salutar definir que a intenção aqui, neste tópico, é apenas delimitar os conceitos dos métodos clássicos que naturalmente auxiliam a atividade do hermeneuta, especialmente na prática profissional.

O objetivo, com isso, é concluir que – a partir de cânones há muito conhecidos – podem-se estabelecer sólidos critérios que permitam ao jurista aplicar a lei de uma maneira comprometida com um sistema jurídico fundado em valores, evitando-se aplicações pautadas em subjetivismos inapropriados à sua concretização.

Andreas J. Krell salienta que, a despeito das críticas dirigidas aos cânones clássicos da metódica jurídica, no trabalho diário da aplicação do Direito a notória escassez dos recursos 'tempo' e 'informação' costuma inviabilizar uma exploração das camadas mais profundas da obtenção das decisões, de modo que o sucesso prático dos quatro cânones metódicos se deve a sua aptidão de finalizar, de forma aceitável para a comunidade jurídica, um processo de discussão interpretativa (2014).

O método gramatical, por exemplo, ensina que a clareza da redação normativa encerra a interpretação, pois dela se colhe imediata e transparentemente o sentido almejado. Criado em momento em que não se admitia qualquer interpretação – que não a que advinha do correr dos olhos sobre o texto –, Raimundo Bezerra Falcão salienta (2004, p.156):

> Em torno da lei, então acolhida como a norma jurídica por excelência, erigem-se altares, onde nem sempre, é bem verdade, se entroniza a justiça ou se incesa a real liberdade. Até o sentido é, ali, sacrificado à sua letra. O alcance social da interpretação também cede espaço ao novo fetichismo legalista. As mentes inclinam-se por

[5] Repare que no processo civil também já não mais se admite a possibilidade de concessão de medidas cautelares de ofício pelo juiz, pois o art. 797 do CPC de 1973 não foi repetido no novo CPC de 2015.

> um liberalismo tão extremado que à prática da interpretação só resta a obediência que na lei se diz, em coro, que se inscreveu.

Já o método sistemático considera que o elemento literal isolado pode levar a interpretações absurdas em razão da própria vaguidade e/ou obscuridade que pode se dar do significado das palavras, de modo que cabe ao intérprete corrigir as distorções a partir de uma leitura que pondera o ordenamento jurídico como um conjunto harmônico de normas que deva ensejar coerência ao final.

Ou seja, há de se levar em conta que as partes possivelmente relacionadas devam estar devidamente compatibilizadas entre si, assim como devam também convergir para o senso de unicidade do "todo", motivo por que Glauco Magalhães Filho concluiu que o método em voga esboça "a interpretação do todo pelas partes e das partes pelo todo" (2009, p.42)

O método histórico é aquele que procura o significado da norma considerando a evolução do texto de uma determinada temática ao longo dos diplomas adotados em uma mesma comunidade, ao passo que o método sociológico tem por escopo adequar o sentido da norma às finalidades sociais pretendidas.

Por último, o método teleológico ou finalístico interpreta a norma a partir do fim para o qual se pensa que ela fora criada, sendo esse, portanto, o método mais avançado na escala cronológica da hermenêutica clássica, quando, então, a seu turno, já se considerava a influência dos "princípios jurídicos", dados pelo ordenamento, tanto para auxiliar a atividade interpretativa em si quanto para que fossem eles, os princípios, se concretizando, o que se alcançaria justamente a partir da tarefa corriqueira de se dizer o que era a norma.

Pois bem, entendidos nesses termos as variantes metodológicas para que se possa interpretar a norma sob o ponto de vista clássico, retoma-se o foco da prisão preventiva de ofício. Abordar-se-á agora, mais especificadamente, em complemento ao introito já iniciado no tópico anterior, como a atividade interpretativa realizada de modo escorreito deveria ter solucionado o problema apresentado.

Antes vale destacar que os métodos acima pontuados não são estanques em si mesmos, isso porque, como se pode deduzir, devem eles ser cotejados em conjunto para que, suplementando um ao outro, se assegure a eficiência que naturalmente se espera da atividade hermenêutica. Com efeito, da tarefa de se desvendar algo se afigura corolário a busca pela completude analítica que garanta o fechamento do sistema, tirando-se, ao fim, a "prova dos noves" com a submissão do resultado à verificação de possíveis erros.

Nesse quadro, viu-se que, historicamente, o CPP foi se atualizando para, então, num primeiro momento reformista, em 2011, retirar-se parcialmente a possibilidade de decretação da prisão de ofício, proibindo-a nas situações em que não se estivesse no curso da ação penal.

Posteriormente, em 2019, a reforma veio para extirpar de vez toda e qualquer possibilidade de decretação da prisão de ofício, isto é, inclusive quando já em trâmite a ação penal.

Ou seja, comparando-se os textos normativos de 1967, de 2011 e de 2019, nota-se uma evidente gradação no que era possível se fazer em termos de decretação de prisão preventiva de ofício: (i) antes de 1988, era possível em quaisquer circunstâncias; (ii) nos idos de 2011 se definiu que não mais se admitiria na fase pré-processual; e (iii), a partir de 2019, ficou silenciosamente estabelecido que não é mais possível nem mesmo no curso da ação penal.

Repare que o sentido da gradação só é possível ser congruentemente realizado se o intérprete se colocar a ler os dispositivos e suas alterações ao longo dos anos, cautela essa que, se não observada, faz perder o sentido histórico-evolutivo que o legislador foi trabalhando na linha do tempo.

Como já também assinalado, nesta linha do tempo houve um marco fundamental, em 1988, que propiciou a revisão do prisma sob o qual se enxergava a possibilidade de decretação da prisão preventiva, com a Constituição da República.

A instauração da nova ordem, como visto, buscou emplacar o sistema acusatório ao processo penal – sistema esse que até então era pouquíssimo difundido no país – fazendo-se espraiar pelos novos textos normativos os mais diversos princípios com vistas a assegurar a realização do sistema em si, muitos deles expressos na própria Carta Magna.

É por isso que uma revisão de entendimento pós 1988 é perfeitamente compreendida dentro desse contexto evolutivo, uma vez que uma almejada recepção das normas de processo precisava invariavelmente de alguma adaptação aos novos comandos constitucionais (PRADO, 2006, p.176 e ss.), o que foi então sendo providenciada com a edição de novos textos, com a releitura dos dispositivos anteriores sob uma nova perspectiva e com a ressignificação de alguns institutos.

Nessa esteira, portanto, conclui-se que a solidificação mais recente, no sentido da extirpação por completo da possiblidade de prisão preventiva de ofício, perpassou, por óbvio, pela evidenciada necessidade de se interpretarem as normas sistemática e teleologicamente, isto é, de acordo com os novos princípios jurídicos propulsionados pela nova ordem e conforme a unicidade pensada para o sistema adotado.

Enfim, não apenas satisfazendo os métodos histórico, sistemático e finalístico, é de se ver que a alteração promovida foi também inteligível sob o aspecto gramatical, pois, pensando-se na norma de 2011, ficou perceptível

que a negativa de se decretar prisão de ofício se conclui a partir de uma leitura a *contrario sensu* do art. 311 do CPP, uma vez que nele se disse expressamente que o magistrado poderia decretar uma prisão de ofício se no curso da ação penal, isto é, se e somente se houvesse ação já ajuizada[6]. Já na norma advinda com a lei reformadora de 2019, extirpou-se simplesmente a expressão "de ofício" do citado dispositivo, de modo que, literalmente se pensando, concluiu-se que a proibição se ampliou para todo e qualquer caso, inclusive para quando houver ação ajuizada, ainda que tenha o *novel* legislador preferido o eloquente silêncio.

Pois bem, anotadas essas observações em relação à atividade interpretativa referente à prisão preventiva de ofício, considera-se provado que, já pela norma do ano de 2011, era possível pôr em prática a proibição desse tipo de prisão, ao menos quando se estava ainda na fase pré-processual, pois tal ilação atenderia, de um modo ou de outro, a todos os critérios dos métodos clássicos de intepretação aqui pontuados.

Ou seja, não havia motivo para se ter permanecido discutindo, no mundo jurídico, até o início do ano de 2021, se se estaria errado proibir o magistrado de converter o flagrante em prisão preventiva de ofício. Com efeito, a partir de uma leitura literal, histórica, sistemática e teleológica do art. 311 do CPP, dado pela Lei nº 12.403, de 2011, era perfeitamente clara tal impossibilidade.

Realça-se, então, no presente estudo, a falta de adequado uso dos métodos interpretativos por parte de integrantes dos Tribunais Superiores do país para se desvendar conteúdo que se afigurava facilmente perceptível.

Nesse particular, chama-se à baila o erro quanto a não se ter lido o art. 311 à luz do todo que emana dos princípios trazidos pela CF/88, no que diz respeito ao sistema acusatório.

Mais ainda, repise-se, foram omissos os decisores que se debruçaram na presente temática sem ponderar a harmonia que se deveria estabelecer entre a proibição de um atuar de ofício e o contido no art. 46 e/ou o disposto no então § 2º do art. 282 do CPP.

Enquanto este último preconizava expressamente não caber ao juiz intervir de ofício no curso da investigação, aquele outro naturalmente arrematava a ideia de que não há o membro ministerial de se sentir vinculado processualmente a um prazo para o oferecimento de uma ação

[6] Vale registrar que o Código de Processo Penal de Portugal, anterior ao ano de 2011, foi fonte de inspiração para a redação dada ao art. 311 do código brasileiro, sendo ele, contudo, mais direto e assertivo em termos gramaticais, senão veja-se: **Art. 194 do CPP de Portugal**, que assim dispõe: 1 – À exceção do termo de identidade e residência, as medidas de coacção e de garantia patrimonial são aplicadas por despacho do juiz, durante o inquérito a requerimento do Ministério Público e depois do inquérito mesmo oficiosamente, ouvido o Ministério Público, sob pena de nulidade (PORTUGAL, 1987).

principal cuja cautelar antecedente sequer foi por ele pensada, articulada ou ajuizada.

Ainda, vale lembrar que o art. 306 do CPP, também conforme dado pela lei de 2011, previu que toda prisão em flagrante fosse comunicada ao Ministério Público, o que, sem dúvida, corrobora a intenção do legislador de ter adaptado o sistema para permitir ao membro ministerial a formalização do pedido de eventual cautelar prisional (BASÍLIO, 2013).

Nem se diga, por toda essa celeuma, que poderiam os integrantes dos Tribunais Superiores ter preferido recorrer ao comando previsto no inciso II do art. 310 do CPP a tecer uma intepretação gramatical, histórica, sistemática e teleológica da questão, pois tal dispositivo nada dizia a respeito de atuação *ex officio*, tampouco permitiu que magistrados ajuizassem ações cautelares antecedentes em exceção ao princípio da inércia da jurisdição.

Para além disso, muito longe de uma boa técnica é o raciocínio pautado na ideia de que o auto de prisão em flagrante ensejaria uma prisão autônoma e de que, por essa razão, o juiz estaria apenas convalidando uma prisão por meio de conversão (BRASIL, STJ, 2012)[7], havendo então uma devida representação do delegado de polícia a suprir a malfadada oficiosidade[8,9].

Com efeito, como visto, à medida cautelar se supõe uma ação principal posterior, a qual, por ser totalmente imbricada com a atitude antecedente, é, sem outra alternativa viável dentro das teorias do processo, compreendida como uma ação cautelar, motivo por que não é dada à autoridade policial a legitimidade *ad causam* para uma atuação plena.

Sendo assim, toda e qualquer representação policial que possa culminar em uma ação judicial deve ser analisada por quem detém o postulado condicional legitimante para ingressar em juízo.

Nesse sentido, ensina André Nicolitt (2015, p.79 e 93):

[7] HC n. 182.843/RS. Rel Min. Laurita Vaz; julgado em 22. 5.2012.

[8] Filiado a esse entendimento, temos a Ana Carolina Mezzalira, quem, a despeito de ter escrito artigo jurídico que concluiu não ser salutar ao processo que o julgador tome a iniciativa, por si só, de prender cautelarmente o acusado, pois o Ministério Público já possui o papel de acusador na persecução penal, disse também, em contrapartida, que, da análise das hipóteses legais em que ao juiz é possibilitado aplicar de ofício à prisão preventiva, aquela do art. 310 do CPP não parece ser contrária ao sistema acusatório, já que, nessa hipótese, o julgador está diante de uma situação de flagrância, sendo devidamente provocado pela autoridade policial em face do auto de prisão.

[9] Mesmo em trabalho realizado após a Lei Anticrime, Leopoldo Bertolla Reisner e Luciano Alves dos Santos afirmaram ser acertada a posição no sentido de que o próprio auto de prisão em flagrante serve como instrumento para provocação do magistrado, em virtude de que a prisão já fora realizada por alguma pessoa do povo ou pela autoridade policial. Não foi essa, porém, como vista, a posição solidificada pelo STF.

> [...] é importante, inclusive para a preservação do sistema acusatório, que o juiz antes de decidir pela decretação da prisão preventiva ouça o Ministério Público. Até porque a decretação requer um balizamento a partir da *opinio delict* do Ministério Público, seja em razão da presença dos requisitos que autorizam a prisão e obrigam a denúncia (indícios de materialidade e autoria), seja em razão da classificação jurídica do fato. Imagine, por exemplo, que a autoridade policial classifique o fato como roubo e o Ministério Público entenda se tratar de furto. Nesta caso, sequer seria cabível a prisão preventiva. Portanto, inconveniente seria o magistrado decretar a prisão sem ouvir o Parquet, incorrendo no risco de decretar uma prisão sem cabimento legal diante da capitulação dada pelo Ministério Público.
>
> [...] Caso entenda que haja necessidade de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, por via oblíqua está se dizendo que não há indícios suficientes de autoria e/ou prova da materialidade, devendo então ser revogada a prisão [...].

Em suma, repita-se, se tivessem os Tribunais observado a Constituição e as partes da Lei nº 12.403, de 2011, nos pontos e aspectos diretamente relacionados ao tema, não teriam adotado posicionamento tão retrógrado por mais dez anos após o advento dessa lei. Discorda-se, assim, da fundamentação exclusivamente apoiada na 'Lei Anticrime' para se justificar a tardia alteração jurisprudencial no que tange à prisão provisória de ofício antes da denúncia[10].

Pode-se concluir, assim, que a atividade inventiva dos operadores do Direito no tocante a essa temática, por frustrar comandos claros da lei, significou um inadmissível ativismo que ora se identifica como uma patologia do Poder Judiciário, o qual, a seu turno, compromete toda a lógica do sistema em prol de subjetivismos inapropriados que recusam premissas da atividade hermenêutica há muito conhecidas.

[10] Em monografia apresentada por Francisco Evaldo Ferreira de Morais Filho à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, no ano de 2021, é possível se notar amiúde os pormenores dos votos dos ministros do STF que atribuíram a debatida alteração jurisprudencial exclusivamente ao advento da Lei Anticrime, o que, a nosso ver, não é a mais verdadeira expressão de como se evoluiu no direito brasileiro esse tema.

Assevere-se, inclusive, que, de acordo com a Lei de Abuso de Autoridade, a atual Lei nº 13.869, de 2019, é crime decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais. Ainda, pela redação dada pela lei anterior, a Lei nº 4.898, de 1965, já era também crime ordenar medida privativa da liberdade individual com abuso de poder.

Enfim, conquanto se entenda que – por uma década a mais – a jurisprudência dos Tribunais Superiores sustentou uma interpretação que conduzia à ilicitude, o presente artigo não pretende abordar a questão de se saber se deveria, ou não, tal postura ser considerada um "crime de hermenêutica", pois, além de configurar um assunto que mereça um estudo à parte, com fôlego e foco apropriados, há previsão expressa no § 2º do art. 1º da Lei nº 13.869, de 2019, no sentido de que "*a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade*".

Nada obstante, quanto a esse particular, vale destacar, ainda que apenas para se deixar à reflexão do leitor, anotação muito bem pontuada a respeito disso por Andreas J. Krell (2014):

> Quem nega ser possível arrazoar objetivamente a retidão de decisões jurídicas em virtude da multiplicidade de ideias divergentes sobre "o correto" não está à altura da práxis argumentativa do Direito, que sempre pressupõe – e, em face das expectativas dos endereçados, deve pressupor – uma "pretensão de correição" objetiva.

De todo modo, se ainda nos deparamos, país afora, com magistrados decretando prisões preventivas de ofício até os dias de hoje, é porque existe enorme apego ao poder que, antes da CF/88, advinha de um sistema processual penal inquisitório, cabendo, pois, ao membro ministerial, na condição de fiscal da lei, frear tal ímpeto antidemocrático.

7 CONCLUSÃO

O estudo ora realizado demonstrou o desacerto por parte da comunidade jurídica em aceitar a prisão preventiva de ofício no curso da investigação penal mesmo após o advento da Lei nº 12.403, de 2011.

Tal postura perdurou pelo menos até o início do ano de 2021, quando o STF finalmente, por sua 2ª Turma, julgou o HC nº 188.888/MG e, por meio dele, reconheceu a impossibilidade.

Repara-se que o STJ reviu oficialmente o seu entendimento sobre essa questão apenas no mês de abril de 2021, no RHC nº 131.263/GO, por sua Terceira Seção.

Ou seja, a despeito dos aclarados comandos previstos na Lei nº 12.403, de 2011, os quais se desvendava facilmente a partir do uso dos métodos clássicos de interpretação da norma, conclui-se que permanecemos por mais dez anos discutindo e tolerando interpretação equivocada que comprometia toda a lógica do sistema acusatório.

Como visto, bastava-se perceber que o comando do inciso II do art. 310 do CPP nada dizia a respeito de atuação do magistrado *ex officio* e/ou tampouco permitia que ações cautelares antecedentes fossem providenciadas em exceção ao princípio da inércia da jurisdição.

Isto é, com um mínimo esforço hermenêutico, valendo-se dos cânones básicos da interpretação histórica, gramatical, sistemática e teleológica, era possível se conceber que, desde 2011, o legislador já não mais admitia a prisão preventiva de ofício, pelo menos enquanto ainda não estivesse ajuizada a ação penal.

A lógica se afigurava clara desde então porque literal e historicamente estava evidente que o art. 311 do CPP foi reescrito, em relação à redação de 1967, para se coadunar aos novos princípios constitucionais advindos com a ordem instalada pela CF/88.

Não apenas sob esses pontos de vistas metodológicos, alcançava-se, já na Lei nº 12.403, a noção de que, sistemática e teleologicamente, a norma pretendia fechar o sistema processual penal para que não mais se permitisse que o juiz interviesse de ofício no curso da investigação e/ou se imiscuísse na atividade privativa do membro ministerial.

Com efeito, cabe ao Ministério Público escolher estrategicamente o melhor momento para o oferecimento de uma ação principal, a qual, por sua vez, induvidosamente, mantém imbricada relação com a cautelar antecedente que permite o aprisionamento do investigado por somente até cinco dias antes de sua avaliação final acerca das circunstâncias do crime e das provas que haverá de ser juntadas desde a propositura.

Portanto, considerando-se as mais simples ferramentas conhecidamente disponibilizadas ao jurista – as quais são canais de raciocínio e esquemas de argumentação racional que hão de ser respeitadas inclusive no Brasil do século XXI (KRELL, 2014) –, compreende-se tenha sido extremamente demorado, para não dizer acintoso, o processo de ajuste jurisprudencial a reconhecer a vontade do legislador, o que, visto sob o ângulo das liberdades individuais, representou um ativismo judicial inadmissível – uma impressionante resistência verdadeiramente ativa à implantação das diretrizes de um sistema acusatório (BUSATO, 2010).

Enfim, ainda que lento e gradual o processo de assimilação das leis, inclusive pelo viés político que naturalmente desborda de cada qual delas, destaca-se que não pode e nem deve o Judiciário se desgarrar da sua missão de respeitar os ditames constitucionais.

REFERÊNCIAS

BASÍLIO, Paula Cunha. **A prisão preventiva decretada de ofício no processo penal brasileiro**. Artigo científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.898, de 9 de maio de 1965**. Brasília, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898impressao.htm. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967**. Dá nova redação ao Capítulo III do Título IX do Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5349.htm. Acesso em: 6 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019a**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019b**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). HC 590.039/GO. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado 20 out. 2020, **DJe** 29 out. 2020. Disponível em: https://www.stj.jus.br. Acesso em: 6 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). HC n. 145.225/RO. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado 15 fev. 2022, **DJe** 22 mar. 2022. Disponível em: https://www.stj.jus.br. Acesso em: 6 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). HC n. 182.843/RS. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado 22 maio 2012, **DJe** 5 jun. 2012. Disponível em: https://www.stj.jus.br. Acesso em: 6 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). RHC n. 131.263/GO, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 3ª S., **DJe** 15 abr. 2021. Disponível em: https://www.stj.jus.br. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 188.888. Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 6 out. 2020, **DJe** 15 dez. 2020. Disponível em: https://www.stf.jus.br. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **HC nº 82.507/SE.** Relator: Ministro: Sepúlveda Pertence. Disponível em: https://www.stf.jus.br. Acesso em: 6 mar. 2023.

BUSATO, Paulo César. **De magistrados, inquisidores, promotores de justiça e samambaias:** um estudo sobre os sujeitos no processo em um sistema acusatório. Sequência, nº 60, p. 133-161, jul. 2010.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUSTÍN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV,** São Paulo, v. 10, n. 1, p. 295-320, jan./jun. 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MAGALHÃES FILHO, Glauco. **Hermenêutica jurídica clássica**. Florianópolis: Conceito Editora, 2009.

MEZZALIRA, Ana Carolina. A prisão preventiva e sua decretação de ofício pelo juiz: uma análise sob a ótica da Constituição Federal. **Revista da Defensoria Pública RS,** 20 ed., 2018.

NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar:** prisão e as demais medidas cautelares. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 78/87.** Código de Processo Penal. Diário da República n.º 40/1987, Série I de 1987-02-17. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/139876418/202107290311/73862013/diploma/indice. Acesso em: 28 jul. 2021.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REISNER, Leopoldo Bertolla; SANTOS, Luciano Alves dos. A (im)possibilidade de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, *ex officio*. *In:* ANDREOLA, Andrey Henrique (org.) *et al.* **Direito Contemporâneo:** discussões internacionais e multidisciplinares. Erechim, RS: EdiFAPES, 2020.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva:** necessidade de requerimento acusatório ou iniciativa do juiz?. **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP):** Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, v. 8, 2011.

Recebido: 5/9/2021.
Aprovado: 23/2/2023.

Fábio Macedo Nascimento
Doutorando em Direito do Centro Universitário de Brasília (CEUB).
Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília.
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.
E-mail: fabio.nascimento@mpdft.mp.br.