

A CONVALIDAÇÃO JUDICIAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Danilo César Basílio de Souza

Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera/UNIDERP – São Paulo – Brasil

Delegado de Polícia

e-mail: danilocesar1987@hotmail.com

Recebido em: 19/03/2015

Aprovado em: 21/08/2015

RESUMO

Analisa as alterações promovidas no Código de Processo Penal pela Lei Federal nº 12.403/11, no que tange à sistemática da prisão em flagrante e conversão em preventiva pelo Juiz. Aborda a natureza jurídica, conceito, espécies e procedimentos formais relativos à prisão em flagrante. Delineia as possibilidades conferidas ao Magistrado quando do recebimento do Auto de Prisão em Flagrante Delito, bem como esquematiza a discussão acerca da possibilidade de conversão da prisão em preventiva, de ofício, pelo Magistrado, assim como dos requisitos para aludida aplicação da cautelar.

Palavras-chave: Processo penal. Lei nº 12.403/2011. Prisão em flagrante. Prisão preventiva.

THE CULTURE MINISTRY OF JUSTICE PRISON IN FLAGRANTE

ABSTRACT

Analyzes the changes promoted in the code of criminal procedure for the Federal Law No. 12,403/11, as it pertains to the systematic arrest in flagrante and conversion into custody by judge. Discusses the legal nature, concept, species and formal procedures relating to arrest in flagrante. Delineates the opportunities assigned to the magistrate when the Auto receive in prison in Flagrante delicto, as well as outlines the discussion about the possibility of conversion of preventive arrest, ex officio, by the magistrate, as well as the requirements for application of precautionary alluded.

Keywords: Criminal proceedings. Law nº 12,403/2011. Arrest in flagrante. Pre-trial detention.

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se, com o presente ensaio, abordar os aspectos relacionados à lavratura de um auto de prisão em flagrante delito e a possível conversão em prisão preventiva pelo Poder Judiciário, açambarcando desde o cometimento do crime, com a respectiva captura do Autor, até a análise judicial do procedimento policial. Nessa seara, analisar-se-ão aspectos controvertidos inerentes à prisão, tais como os requisitos para a convalidação do flagrante e conversão em prisão preventiva, assim como da possibilidade de mencionada conversão ocorrer de ofício pelo magistrado.

No ano de 2011, veio à tona a Lei Federal nº 12.403/11, que promoveu sensíveis modificações no sistema processual penal, mormente no que tange aos autos de prisão em flagrante delito e prisões preventivas.

Antes do advento de referido diploma normativo, existiam somente duas espécies de medidas cautelares a serem adotadas pelo Magistrado na seara penal: concessão de liberdade provisória ou decretação de prisão provisória (prisão temporária ou prisão em flagrante). Com a nova lei, em 2011, foram instituídas diversas medidas cautelares diversas da prisão, possibilitando uma maior variedade para consecução dos fins processuais penais, bem como limitando a segregação pessoal cautelar como medida excepcionalíssima.

Neste ínterim, além da criação de medidas cautelares diversas da prisão, foram limitadas as hipóteses de decretação da prisão preventiva com a criação de novos requisitos (art. 313 e art. 292, §6º, CPP).

Entrementes, a mudança que será objeto do presente trabalho, diz respeito à normatização inserida no art. 310 do Código de Processo Penal, que acabou com a prisão em flagrante como condição suficiente para se manter alguém acautelado. Isso porque, de acordo com a nova redação do art. 310, o Juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante lavrado pelo Delegado de Polícia Civil, deverá, obrigatoriamente, analisar se a prisão deve ser relaxada, convertida em preventiva ou se concederá liberdade provisória ao autuado.

Destarte, em breves linhas, analisaremos se a prisão preventiva decorrente da conversão da prisão em flagrante pode ser decretada de ofício pelo Juiz e se deve atender, além dos requisitos do art. 312, àqueles previstos no art. 313, ambos do CPP.

2 REFORMA PROCESSUAL: LEI 12.403/2011

Consoante explanado alhures, no dia 4 de julho de 2011, entrou em vigor a Lei Federal nº 12.403, que teve como finalidade precípua evitar o encarceramento provisório do investigado ou réu, quando não houver absoluta necessidade da prisão. Para tanto, operou diversas modificações legais no “Título IX” do Código de Processo Penal, o qual passou a contar com a seguinte rubrica: “Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”.

Dentre as principais modificações encontra-se a redação dada ao art. 310, em que se buscou evitar as prisões mantidas apenas pela lavratura do auto de prisão em flagrante, em que o Poder Judiciário, ao ser comunicado da prisão, se limitava a homologar o auto, perdurando prisões por vários dias, muitas vezes, até o início da ação penal, sem a necessária análise dos requisitos de uma prisão preventiva. Isso porque, antigamente, era comum que após o encaminhamento do APFD ao Poder Judiciário, esse se limitasse à análise formal do auto e mantivesse a prisão do autuado, aguardando eventual pedido de liberdade provisória da defesa e/ou início da ação penal.

Considerava-se, com isso, a prisão em flagrante como modalidade de prisão cautelar.

Imperioso anotar que, antes mesmo da reforma legislativa, o Conselho Nacional de Justiça já havia editado a Resolução nº 66 de 27 de janeiro de 2009, cujo art. 1º previa que o Magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante delito, deveria fundamentar a concessão de liberdade provisória (com ou sem fiança), a necessidade de manutenção da prisão, quando presentes os requisitos da prisão preventiva ou relaxamento da prisão.

Contudo, antes da efetiva alteração no Caderno Processual Penal, malgrado a edição da Resolução, a realidade forense demonstrava que a prisão em flagrante se mantinha como espécie de prisão provisória, sem nenhuma análise dos pressupostos da prisão preventiva.

Assim, o Legislador fez constar no indigitado art. 310 que o Juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante delito, deve: I - relaxar a prisão ilegal; II - converter a prisão em flagrante em preventiva se presentes os requisitos do art. 312 do CPP (se não se mostrar adequada ou suficiente a aplicação de medida cautelar diversa da prisão); III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

3 PRISÃO EM FLAGRANTE

3.1 Natureza Jurídica

A prisão em flagrante possui previsão na Carta Magna de 1988, precisamente no art. 5º, LXI,¹ e é regulamentada nos artigos 301 a 310 do Código de Processo Penal.

O fundamento da prisão em flagrante é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente (NUCCI, 2014).

“O termo flagrante provém do latim *flagrare*, que significa queimar, arder. É o crime que ainda queima, isto é, que está sendo cometido ou acabou de sê-lo.” (CAPEZ, 2012, p. 287).

Antes da reforma, a doutrina costumava classificar a prisão em flagrante como medida cautelar. Com a reforma processual de 2011, a natureza jurídica desse instituto processual foi revista.

Com feito, ante a exigência da convalidação judicial da prisão em flagrante, não mais existe a possibilidade de se manter algum indivíduo acautelado, durante a fase pré-processual, pela mera lavratura do auto, tal como ocorria anteriormente.

Vê-se, pois, que após a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante pelo Delegado de Polícia (AFDP), o autuado permanecerá recolhido até a análise do Juiz. Essa segregação constitui uma medida pré-cautelares, somente transmutando em verdadeira cautelar pessoal com a decretação (se for o caso) da prisão preventiva.

Assim, hodiernamente, a doutrina mais atualizada tem considerado a natureza jurídica da prisão em flagrante como medida pré-cautelares (DAMÁSIO, 2012).

Nas precisas lições de Edilson Mougenot Bonfim:

antes do advento da Lei n. 12.403/2011, a “prisão em flagrante” (arts. 301 a 310 do CPP) também poderia ser incluída facilmente como modalidade de prisão cautelar ou prisão provisória. Não obstante, conforme se infere do art. 310 do CPP, esta modalidade perdeu seu caráter autônomo, passando a figurar como verdadeira medida “pré-cautelares” ou “subcautelares” (2012, p. 468).

¹ LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

3.2 Estado em Flagrante (Espécies)

Diz o art. 301 do CPP que qualquer do povo poderá (Flagrante Facultativo) e os integrantes das Forças Policiais deverão (Flagrante Obrigatório) prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.²

Vale dizer, “quanto às autoridades policiais e seus agentes (Policia Militar ou Civil), impôs o dever de efetivá-la, sob pena de responder criminal e funcionalmente pelo seu descaso” (NUCCI, 2014, p. 796).

De forma que a nós, nesse trabalho, incumbe a análise do estado flagrancial previsto no Código de Processo Penal, embora doutrina balizada disserte acerca de várias espécies de flagrante (provocado, esperado, forjado, etc.).

Assim, para que o Delegado de Polícia ou um de seus agentes realize a prisão de alguém em flagrante, nos termos do art. 301 do CPP, mister que este indivíduo se enquadre nas hipóteses delineadas pelo art. 302 do mesmo Caderno Legal.

In verbis:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Os incisos I e II preveem o denominado “Flagrante Próprio”, em que, na primeira hipótese (“está cometendo a infração penal”) o autor ainda percorre o *iter criminis* quando é surpreendido, e, no segundo caso (“acaba de cometê-la”), embora já tenha finalizado os atos executórios, ainda se faz presente na cena do crime.

Noutro turno, prevê o inciso III do art. 302 o “Flagrante Impróprio”, em que o autor é “perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido, ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”. Nesse contexto, necessário seja esclarecido que estará em estado de flagrante aquele que é perseguido e capturado, logo após o cometimento do crime.

Extrai-se do §1º do art. 290 o conceito de “Perseguição”:

² Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 290. (...)

§ 1º - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:

- a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;
- b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.

Destarte, na perseguição há uma continuidade ininterrupta, em que a autoridade policial ou seus agentes vão ao encalço do suspeito, ainda que sem contato visual. Inexiste prazo para essa perseguição – ao contrário da crença popular de que há um limite temporal de 24h – que poderá perdurar por dias, desde que os policiais estejam o tempo todo em diligências, no encalço do criminoso.

Não há tempo legalmente determinado para a perseguição, mas, quanto maior o tempo, mais difícil fica a caracterização da continuidade. Não quebra a continuidade a substituição ou alternância de perseguidores, desde que não haja interrupção da perseguição. (GRECO FILHO, 2012, p. 278).

Por fim, prevê o Código Penal a hipótese do “Flagrante Presumido” (art. 302, IV), em que o suspeito é encontrado, logo depois, com instrumentos (*latu sensu*) que façam presumir a autoria da infração.

“Constitui-se na situação do agente que, logo depois da prática do crime, embora não tenha sido perseguido, é encontrado portando instrumentos, armas, objetos ou papéis que demonstrem, por presunção, ser ele o autor da infração penal” (NUCCI, 2014, p. 798).

Há doutrina que tenta explicar diferenças contextuais das expressões “logo após” e “logo depois”. Para uns, há um lapso temporal maior nesta última. Comungamos do entendimento que não há diferença entre aludidas expressões; a diferença entre as espécies de estado em flagrante reside no fato do agente ainda estar na cena do crime logo após cometê-lo (Flagrante Próprio), ser perseguido logo após (Flagrante Impróprio) ou ser encontrado com instrumentos do crime, após o seu cometimento (Flagrante Presumido).

De forma que efetuada a prisão do autor, que se encontre em estado flagrancial, será dado início à lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito, com as ressalvas legais (v.g., crimes de menor potencial ofensivo, em que são lavrados termos circunstanciados de ocorrências previsto na Lei 9099/95, etc.).

3.3 Procedimento

Imediatamente após a detenção, deverá o preso ser levado à presença do Delegado de Polícia, para análise jurídica dos fatos e, se for o caso, lavratura do competente APFD.

A Autoridade Policial competente, em regra, é aquela da circunscrição onde foi efetuada a prisão e não a do local do crime (art. 290, CPP). Não havendo autoridade no local onde foi efetuada a prisão, o capturado será logo apresentado à do lugar mais próximo (art. 308, CPP).

Nessa esteira, em sendo o caso de lavratura de APFD, preconiza o art. 304 do CPP que o Delegado de Polícia, ao lhe ser apresentado o preso, deverá ouvir o condutor (quem realizou a prisão e conduziu o detido a sua presença), após, ouvirá as testemunhas que presenciaram o fato e, ao final, procederá ao interrogatório do preso. Tudo isso será reduzido a termo e assinado pelo Delegado de Polícia e pelas pessoas que prestarem as respectivas declarações. Não havendo testemunhas presenciais, deverão assinar, pelo menos, duas testemunhas que tenham presenciado a apresentação do preso à autoridade.

Após a colheita dos elementos informativos supracitados, a Autoridade Policial, de acordo com sua discricionária convicção, ratificará ou não a voz de prisão do condutor, em despacho fundamentado.

Nesse contexto, Roberto Delmanto Júnior menciona que “se as provas forem falhas, não justificando fundada suspeita de culpabilidade, a autoridade, depois da lavratura do auto de prisão em flagrante, fará pôr o preso em liberdade” (2001, p. 121).

Não se trata, no caso, de relaxamento da prisão em flagrante, uma vez que, sem a ratificação, o sujeito se encontra apenas detido, aguardando a formalização por meio da ordem de prisão em flagrante determinada pelo Delegado de Polícia.

Cinge anotar, outrossim, que constatando a autoridade policial que se trata de crime afiançável, poderá conceder fiança (no valor de 1 a 100 salários mínimos), nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos. Para pena máxima superior a quatro anos, somente o juiz poderá fixá-la (no valor de 10 a 200 salários mínimos).

De forma que uma prisão em flagrante perpassa por quatro fases, vale dizer, haverá (1) **captura**, que poderá ocorrer por policiais (civis ou militares) ou por particulares (art. 301, CPP), nas hipóteses em que logo após o crime tenha sido presenciado ou perseguido - art. 302 do CPP; após, haverá (2) a **condução**, em que o preso será conduzido à presença do Delegado de Polícia, o qual, (3) **lavrará o auto de prisão em flagrante delito**, com a respectiva

colheita dos depoimentos do condutor, testemunhas, vítima (caso haja) e do conduzido, e, após, (4) **decidirá** se o fato é típico (análise formal e conglobante³), antijurídico e culpável, bem como se está presente autoria, materialidade e estado flagrancial. Feito isso, deverá haver (5) a **comunicação** aos órgãos e pessoas exigidas pela lei, consoante será visto abaixo.

Com o advento da Lei 12.403/2011, o art. 306 passou a exigir que sejam comunicados o Juiz, Família e Ministério Público⁴. Deverá ser encaminhada cópia ao Juiz, no prazo de 24 horas e, caso o autuado não possua advogado, à Defensoria Pública. Nesse mesmo prazo, deverá ser dada cópia da Nota de Culpa ao flagrado. A inobservância de alguma dessas regras conduz a ilegalidade formal da prisão, com conseqüente relaxamento.

O juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, procederá nos termos do art. 310, ou seja: num primeiro momento analisará o aspecto formal (cumprimento das formalidades exigidas em lei), bem como verificará se estão presentes algumas das hipóteses de estado flagrancial previstas no art. 302. Estando o APFD legal, o Juiz o homologa. Do contrário, relaxa a prisão.

Após, em sendo homologado o APFD, deverá o Juiz, obrigatoriamente, analisar se há necessidade ou não da prisão preventiva do investigado, a possibilidade de concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, bem como eventual imposição de medida cautelar diversa da prisão.

4 CONVALIDAÇÃO JUDICIAL – ART. 310 DO CPP

Reza o art. 310 do Caderno Processual Penal (com as alterações trazidas pela Lei 12.403/11):

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Com efeito, em sendo a prisão tida por ilegal, deverá o magistrado relaxar a prisão.

³ Tipicidade conglobante: Não basta que o fato seja formalmente típico (adequação do fato ao tipo penal, seja de forma direta ou indireta, através das normas de extensão), devendo ser, também, conglobante, cujos requisitos são a tipicidade material (lesividade ao bem jurídico) e antinomartividade (não ser fomentado por outro dispositivo legal).

⁴ Antes da mudança promovida pela Lei 12.403/11, não se exigia a comunicação ao Ministério Público.

São hipóteses de ilegalidade da prisão: a) falta de formalidade essencial na lavratura do auto; b) inexistência de hipótese de flagrante⁵, ex.: pessoa presa após transcorrer extenso lapso temporal após a prática do crime; c) atipicidade do fato narrado pelas pessoas ouvidas no auto de prisão; d) excesso de prazo da prisão.

Além disso, poderá o Juiz conceder a liberdade provisória com ou sem fiança, cumulativa ou não com outra medida cautelar diversa da prisão, descritas no art. 319 do CPP.

Entretantes, o presente trabalho tem por foco a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, cuja previsão encontra-se no inciso II do art. 310.

Para isso, imperiosa se revela a análise dos requisitos desta (extrema) medida cautelar:

Cuida-se de modalidade cautelar pessoal, que poderá ser decretada em qualquer fase da persecução penal, vale dizer, do Inquérito Policial a fase recursal.

Os pressupostos para sua decretação encontram-se no art. 312: “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” (Código de Processo Penal).

O *fumus comissi delicti* se consubstancia na presença de prova da materialidade e existência de indícios de autoria. No caso do flagrante, não há maiores problemas, vez que o próprio APFD já constitui a verossimilhança da autoria e prova da ocorrência do crime.

O *periculum libertatis* possui as hipóteses descritas pela lei, como sendo:

a) Garantia da ordem pública: a prisão cautelar se justifica para estancar a reiteração das práticas delitivas, não se podendo aguardar o término do processo penal para, somente então, retirar o indivíduo do convívio social. Nesse caso, a natural demora da persecução penal põe em risco a sociedade.

Avulta anotar, por oportuno, que o clamor social, por si só, não autoriza a custódia cautelar. Por essa razão, a gravidade da imputação, isto é, a brutalidade de um delito que provoca comoção da população, gerando sensação de impunidade e descrédito pela demora na prestação jurisdicional, não pode por si só justificar a prisão preventiva⁶.

b) Conveniência da instrução criminal: tem por escopo garantir o normal transcurso da persecução penal, evitando que o agente perturbe ou impeça a

⁵ Nesta hipótese, poderá o Juiz, na mesma decisão que relaxar o flagrante, decretar a prisão preventiva, caso entenda que estão presentes os requisitos.

⁶ “A repercussão do crime ou clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva” (STF, RT, 549/417).

produção de provas, ameace testemunhas, apague vestígios do crime, destrua documentos, etc.

- c) **Garantia de aplicação da lei penal:** visa evitar a iminente fuga do investigado/réu, fato que inviabilizaria a futura execução da pena.
- d) **Garantia da ordem econômica:** o art. 86 da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste) incluiu no art. 312 do CPP esta hipótese de prisão preventiva. Trata-se de requisito destinado aos crimes financeiros.
- e) **Descumprimento da medida cautelar imposta:** havendo o descumprimento de qualquer das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, poderá o juiz: (a) substituí-la por outra medida; (b) impor cumulativamente mais uma; (c) e, em último caso, decretar a prisão preventiva (CPP, art. 312, parágrafo único). Trata-se, aqui, da prisão preventiva substitutiva ou subsidiária, a qual somente será decretada excepcionalmente, quando não cabível a substituição da medida cautelar por outra.

Por sua vez, reza o art. 313 do CPP que para a decretação da prisão preventiva deverão ser observados os seguintes requisitos:

- a) crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
- b) condenação por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do CP;
- c) crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;
- d) quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa; ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

É de bom alvitre lembrar que, com a reforma – e previsão legal de medidas cautelares diversas da prisão –, a prisão preventiva tornou-se excepcionalíssima. Se o direito penal é considerado subsidiário à atuação dos demais ramos, a prisão, na definição de Luiz Flavio Gomes (2011), tornou-se a “*extrema ratio da ultima ratio*”. Diante disso, além dos requisitos da prisão preventiva, deverá o Juiz fundamentar a impossibilidade de substituição por medida cautelar diversa da prisão.

Nesse diapasão, dois pontos relevantes se exurgem nesse tema: a possibilidade do juiz decretar, *ex officio*, a prisão preventiva quando da análise do auto de prisão em flagrante, e se, para a conversão, deva haver o preenchimento dos requisitos do art. 313, CPP, discriminados acima.

5 ASPECTOS POLÊMICOS

5.1 Conversão da prisão em flagrante por prisão preventiva realizada de ofício pelo Juiz de Direito

Consoante é cediço, a prisão preventiva somente pode ser decretada por juiz ou tribunal competente, em decisão fundamentada.

Preceitua o art. 311 que: “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.”

De forma que é incontroverso que o Juiz não poderá, no curso de uma investigação policial, decretar a prisão preventiva de ofício, vale dizer, sem que haja representação do Delegado de Polícia ou pedido do Ministério Público.

Inclusive, doutrina balizada assevera a impropriedade do CPP por permitir a decretação *ex officio* no “curso da ação penal”. Isso porque, segundo alguns autores, a proatividade do Juiz, nesses casos, conduz a uma violação do sistema acusatório, que preceitua a absoluta separação entre as funções de acusar, julgar e defender, bem como a devida imparcialidade do Juiz.

A par disso, grassa séria divergência no tocante à possibilidade do Magistrado converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, de ofício, quando da comunicação exigida pelo art. 310 do Código de Processo Penal.

Uma primeira corrente aduz que o ordenamento jurídico não confere essa possibilidade ao Juiz. Renato Brasileiro de Lima diz que:

Leitura apressada do art. 310, inciso II, do CPP, com redação dada pela Lei nº 14.403/2011 pode levar à conclusão (equivocada) de que o magistrado pode converter a prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício, independentemente de provocação do titular da ação penal. Ora, não é possível que o juiz decrete a

prisão preventiva de ofício durante a fase pré-processual, mas somente na fase processual, sob pena de evidente violação ao sistema acusatório. (2011, p. 1257).

Damásio Evangelista de Jesus (2012) comunga desse entendimento.

Na mesma seara, Aury Lopes Junior afirma que “ao decretar uma prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de agastamento que garante a imparcialidade” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 858).

Contudo, prevalece o entendimento de que é plenamente possível ao Juiz converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, de ofício, vez que o art. 311 (que veda a decretação de prisão preventiva de ofício na fase investigativa) refere-se somente às hipóteses de Inquéritos Policiais de investigados soltos, pois, nessas hipóteses, haveria ingerência nos atos investigativos, o que demonstraria parcialidade na conduta de julgar do Magistrado.

Neste contexto:

O art. 311 do CPP diz que o juiz não pode decretar prisão preventiva de ofício durante o inquérito policial. Este dispositivo, contudo, é aplicável somente à hipótese em que o indiciado está solto, posto que a decretação da prisão, dependendo do caso, poderá atrapalhar as investigações, pois a autoridade policial passaria a ter prazo de dez dias para a conclusão do inquérito. A redação do art. 310 não deixa dúvida de que o juiz pode converter a prisão em flagrante em preventiva, ainda que não haja pedido expresso do Ministério Público, do querelante ou da autoridade policial nesse sentido. O Código de Processo, aliás, não prevê a necessidade de vista ao Ministério Público antes de o juiz proferir sua decisão, embora, na prática, isso seja muito comum. (REIS, 2012, p. 377).

Na hipótese do art. 310, II, do CPP, cumpre ao magistrado analisar se o investigado, que já está preso, deve permanecer encarcerado, sendo esta medida indispensável para persecução penal e/ou manutenção da ordem pública.

Guilherme de Souza Nucci preleciona:

Logo, o que mudou (para melhor) foi a formalização do ato: em lugar de manter o flagrante, como prisão cautelar, até o final da instrução, passa-se a considerar a detenção provisória como prisão preventiva, já que seus requisitos estão evidentes. Não há nenhuma inconstitucionalidade nisso. O juiz não age de ofício, determinando a prisão do indiciado, durante a fase investigatória – o que seria vedado por lei. Ele simplesmente recebe – pronta – a prisão, ocorrida em virtude de flagrante, constitucionalmente autorizado; a partir disso, instaura-se investigação compulsória e segue o auto de prisão às mãos da autoridade judicial para checar a sua legalidade e a necessidade de se manter a cautelaridade da situação. Esse mecanismo encontra-se em vigor há décadas e somente foi aperfeiçoado pela Lei 12.403/2011. (NUCCI, 2014, p. 818).

Neste ínterim, cumpre colacionar, também, o entendimento de Norberto Avena:

A proibição de o juiz decretar *ex officio* medidas cautelares na fase das investigações, a nosso ver, **não implica dizer que não possa ele converter o flagrante em medidas alternativas ou até mesmo em prisão preventiva**, quando aquelas providências não se revelarem adequadas ou suficientes, nos termos autorizados pelo art. 310, II, do CPP. Afinal, a hipótese difere daquela em que, diante de uma investigação em andamento, o juiz, *ex officio*, resolve impor medidas cautelares ao indiciado por entender presentes os respectivos requisitos. Isto é o que, agora, restou proibido em face da literalidade dos arts 282, §2º e 311 do CPP. Na hipótese do art. 310, com efeito, o que se tem são providências obrigatórias que devem ser adotadas pelo juiz ao receber o auto de prisão em flagrante, sob pena de constrangimento ilegal passível de *habeas corpus*. Logo, não há rompimento do sistema acusatório na conduta do magistrado que adota oficiosamente qualquer das soluções inseridas aos incisos do art. 310, ainda que seja a conversão do flagrante em medidas cautelares alternativas, ou, na impossibilidade, na própria prisão preventiva, pois apenas estará ele cumprindo o que a lei determina, não sendo razoável, ademais, que permaneça na dependência de prévia representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público para assim decidir. A questão, todavia, é controvertida, existindo orientação no sentido de que até mesmo a conversão *ex officio* pelo Juiz do flagrante em preventiva está vedada. (AVENA, 2012, p. 839).

No julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 46.355/RS, realizado em 08/04/2014, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu pela possibilidade de conversão do flagrante em preventiva, de ofício, pelo Juiz:

[...]

A proibição de o juiz decretar *ex officio* medidas cautelares na fase das investigações, a nosso ver, não implica dizer que não possa ele converter o flagrante em medidas alternativas ou até mesmo em prisão preventiva, quando aquelas providências não se revelarem adequadas ou suficientes, nos termos autorizados pelo art. 310, II, do CPP. Afinal, a hipótese difere daquela em que, diante de uma investigação em andamento, o juiz, *ex officio*, resolve impor medidas cautelares ao indiciado por entender presentes os respectivos requisitos. Isto é o que, agora, restou proibido em face da literalidade dos arts. 282, § 2º e 311 do CPP. Na hipótese do art. 310, com efeito, o que se tem são providências obrigatórias que devem ser adotadas pelo juiz ao receber o auto de prisão em flagrante, sob pena de constrangimento ilegal passível de *habeas corpus*. Logo, não há rompimento do sistema acusatório na conduta do magistrado que adota oficiosamente qualquer das soluções inseridas aos incisos do art. 310, ainda que seja a conversão do flagrante em medidas cautelares alternativas, ou, na impossibilidade, na própria prisão preventiva, pois apenas estará ele cumprindo o que a lei determina, não sendo razoável, ademais, que permaneça na dependência de prévia representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público para assim decidir. [...].

Destarte, nessa mesma linha, entendemos que a conversão do flagrante em preventiva, realizada *ex officio* pelo Juiz, em atendimento ao comando legal inserto no art. 310, II, CP, não contraria o sistema acusatório, vez que não há ingerência nos atos investigativos, mas, tão somente, uma obrigatória análise das providências a serem adotadas após a lavratura do auto

de prisão em flagrante delito⁷.

5.2 Requisitos para conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva

Noutro turno, pairam divergências quanto à necessidade de se observar, quando da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, os requisitos instituídos no art. 313 pela Lei 12.403/11.

A celeuma surgiu em razão do art. 310, II, CPP fazer menção somente ao art. 312, fato este que levou alguns doutrinadores a sustentarem a desnecessidade de atendimento aos requisitos previstos no art. 313, do mesmo *Codex Legal*. Isso porque, o art. 313 limitou as hipóteses de decretação da prisão preventiva.⁸

Para Fernando Capez, a “conversão se dará quando presentes os requisitos da preventiva (CPP, art. 312) e não forem suficientes outras medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319). Não se trata de decretação autônoma da prisão preventiva, mas apenas de uma conversão do flagrante em outra modalidade de prisão, razão pela qual bastam os requisitos do art. 312 do CPP, mesmo não presente uma das hipóteses do art. 313 do mesmo Código” (CAPEZ, 2012, p. 304).

Na mesma linha de raciocínio:

a lei é expressa ao demandar do juiz a fundamentação necessária para converter a prisão em flagrante em preventiva, se presentes os requisitos do art. 312 do CPP, e se inadequadas ou insuficientes as medidas previstas pelo art. 319 deste Código. Há coerência nessa previsão, pois, como já sustentamos, as medidas cautelares alternativas possuem requisitos subsidiários à preventiva. O art. 282 bem expõe seus elementos. O caminho do magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante,

⁷ Neste mesmo sentido: “A nulidade da prisão preventiva, sob a alegação de ter sido decretada de ofício pelo juízo processante, não procede, na medida em que se trata de simples conversão do flagrante em prisão preventiva, em cumprimento dos ditames do art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal.” (HC 228913, Rel. Min. Laurita Vaz, em 29/06/2012).

“(...) HOMICÍDIO - CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO - INEXISTÊNCIA DE NULIDADE -(...). Não há que se falar em nulidade da prisão preventiva se esta foi decretada de ofício pelo magistrado na fase pré-processual, pois tal medida encontra-se autorizada pelo disposto no art.310, inciso II, do CPP, com redação dada pela Lei 12.403/12. (...)” (TJMG: 27/06/2013).

⁸ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

entendendo por bem manter algum tipo de restrição à liberdade do indiciado, pode optar pela preventiva (casos mais graves) ou pela medida alternativa (outros casos). (NUCCI, 2014, p. 818).

Adotando posicionamento diverso, Damásio Evangelista de Jesus aduz que “no regime vigente, a autoridade judiciária deve alterar o título prisional, convolvando o flagrante em preventiva. Disso decorre a necessidade de analisar o cabimento dessa medida, apontando fundamentadamente a presença de seus requisitos legais - CPP, arts. 311 a 313” (2012, p. 280).

Em outras palavras, em se tratando de conversão da prisão em flagrante delito em prisão preventiva, nos termos do art. 310, II, CPP, “sendo esta última medida de caráter excepcional, o juiz só poderá decretá-la se estiverem estritamente presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP” (REIS, 2012, p. 377).

O Egrégio Tribunal de Justiça Mineiro também exige, mesmo nessa hipótese de conversão do flagrante em preventiva, a presença dos requisitos do art. 313, CPP:

'HABEAS CORPUS'. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA, DE OFÍCIO, PELO JUIZ. POSSIBILIDADE. REVOGAÇÃO. INVIABILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. - Após as reformas trazidas pela Lei nº 12.403/2011, o Juiz deve, obrigatoriamente, converter a prisão em flagrante em preventiva quando se fizerem presentes os requisitos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, não se exigindo, para tal ato, a oitiva prévia do Ministério Público ou a instauração do contraditório. Inteligência do artigo 310, II, do Código de Processo Penal. - O decreto de prisão preventiva se mostra satisfatoriamente fundamentado quando o Julgador aponta elementos concretos do caso em apuração que indicam a necessidade da medida extrema ante o risco patente que a soltura do paciente pode trazer à ordem pública. - A existência de condições pessoais favoráveis do paciente, por si só, não garante eventual direito subjetivo à revogação da prisão preventiva decretada. TJMG: 0618329-91.2011.8.13.0000, Des. Rel. Renato Martins Jacob, p. em 18/10/2011.

Defendem esse entendimento Renato Brasileiro (2011) e Aury Lopes Junior (2013).

Dessa forma, no intuito de esquematizar a questão, Eugênio Pacelli de Oliveira pontua:

Há três situações claras em que poderá ser imposta a prisão preventiva:

- a) a qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo autônomo e independente (art. 311, CPP);
- b) como conversão da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP), e
- c) em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, §4º, CPP).

Nas primeiras hipóteses, *a e b*, a prisão preventiva dependerá da presença das circunstâncias fáticas e normativas do art. 312, CPP, bem como daquelas do art. 313,

CPP; na última, apontada na alínea *c*, *retro*, não se exigirá a presença das hipóteses do art. 313, CPP (2011, p. 545).

6 CONCLUSÃO

Em breves linhas, demonstrou-se que a Lei 12.403/11 promoveu substanciais alterações no Caderno Processual Penal, mormente no que tange à postura do Juiz, em face da comunicação da lavratura de um auto de prisão em flagrante.

Uma das principais alterações foi aquela realizada no art. 310, que obrigou o Magistrado a fundamentar a necessidade de se manter o flagrado acautelado, preventivamente, desde que presentes os requisitos.

Acabou-se, com isso, com a famigerada possibilidade de se custodiar alguém preso sem análise judicial dos requisitos da prisão preventiva. Dessa feita, a prisão em flagrante passou a ser vista como medida pré-cautelada.

Além disso, outra modificação foi a criação do art. 313, cujo texto impôs novos requisitos para a decretação da prisão preventiva, limitando-a hipóteses excepcionais.

Nesse contexto, a par dessas mudanças, surgiram dois questionamentos. O primeiro diz respeito à possibilidade do Juiz converter, de ofício, a prisão em flagrante em prisão preventiva. O segundo é relativo à necessidade de se observar, quando da conversão, os requisitos do art. 313, CPP (novos requisitos para a prisão preventiva).

Com efeito, após esquematizar as posições doutrinárias, verificou-se que prevalece o entendimento de que não a óbice a conversão do flagrante em prisão preventiva, *ex officio*, pelo Juiz. Isso porque, nesse caso, não há ingerência nos atos investigativos e nem quebra da imparcialidade do Julgador, mas, tão somente, uma obrigatória análise da necessidade ou não de acautelamento de indivíduo que já se encontra preso. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça adota esse entendimento.

Noutro turno, restou verificado que para a conversão da prisão em flagrante é necessário que estejam presentes um dos requisitos do art. 313, malgrado a má redação do art. 310, II, do CPP, que somente menciona o art. 312. Até mesmo porque, seria, demasiadamente, controverso estar o cidadão, que comete um crime que não seja adequado às hipóteses do art. 313, sujeito a sorte de ser pego em flagrante ou não, pois se flagrado, poderia ter sua prisão preventiva decretada. Do contrário, não poderia. Logo, por evidência, é

SOUZA, D. C. B. de. A convalidação judicial da prisão em flagrante.

necessário que haja uma interpretação coerente, em que se exija, em ambos os casos, a presença dos requisitos do art. 313 do CPP.

De forma que, no sistema processual penal, haverá três espécies de prisão preventiva: prisão preventiva autônoma, prisão preventiva por conversão do flagrante e prisão preventiva pelo descumprimento de medida cautelar anteriormente imposta. As duas primeiras devem atender aos requisitos dos artigos 312 e 313 do CPP. A terceira hipótese deve superar apenas a exigência de não ser suficiente a cumulação ou substituição por outra medida cautelar diversa da prisão.

REFERÊNCIAS

- AVENA, N. C. P. **Processo penal esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BONFIM, E. M. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DELMANTO JÚNIOR, R. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GOMES, L. F.; MARQUES, I. L. **Prisão e medidas cautelares**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.
- GRECO FILHO, V. **Manual de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JESUS, D. de. **Código de processo penal anotado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIMA, R. B. de. **Manual de processo penal**. Niterói: Impetus, 2011.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NUCCI, G. de S. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OLIVEIRA, E. P. de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- REIS, A. C. A.; LENZA, P.; GONÇALVES, V. E. R. (Coord.). **Direito processual penal esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TOURINHO FILHO, F. da C. **Processo penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.