



Recebido em 10 fev. 2016

Aceito em 28 mar. 2016.

PRISÃO PREVENTIVA E CONSTITUIÇÃO: UMA LEITURA CRÍTICA DO ARTIGO 310, II, CPP

*Gabriel Lucas Moura de Souza**

RESUMO: A faceta prisional do processo penal, através de sua prisão preventiva, é ponto sensível para influências autoritárias. Este escrito propõe discutir a postura jurisprudencial acerca da prisão preventiva precedida da detenção em flagrante, lançando mão de uma revisão crítica do disciplinamento constitucional do processo penal e estabelecendo como marco o modelo acusatório. Aponta, ainda, equívocos conceituais advindos da utilização da teoria geral do processo no âmbito criminal. Por fim, questiona a natureza jurídica da prisão em flagrante e suas possíveis influências na decretação da prisão preventiva. Busca revelar a impropriedade do texto legal quando interpretado sem as lentes constitucionais.

Palavras-chave: Processo Penal. Constituição. Prisão Preventiva.

1 INTRODUÇÃO

A postura do julgador no processo penal é um tema permeado de influências político-ideológicas, e – por isso mesmo – deve ser sempre objeto de análises doutrinárias, com vistas a amadurecer a forma como se decide na seara criminal. Alia-se ao exposto, o fato de, no Brasil, marcas do autoritarismo político ainda se fazerem presentes no cenário processual penal, em claro descompasso com o espírito democrático reinaugurado com a Constituição de 1988.

* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, cursando o 9º período.

Nesta senda, o corte temático proposto neste escrito visa se debruçar sobre a problemática das prisões preventivas convertidas, de ofício, a partir da preexistência de uma detenção em flagrante. Trata-se de temática pacificada nos tribunais, mas que não sofreu o devido enfrentamento crítico, gerando clara concordância acrítica com dogmas postos.

A crítica ao atual conformismo acadêmico e jurisprudencial relativo ao tema das prisões preventivas e a sua forma de decretação, deve perpassar por uma análise historicista do processo penal, visando – a partir da compreensão dos modelos acusatório e inquisitório – demonstrar a nefasta identificação da atual postura com o modelo inquisitivo de processo penal, sistema caracterizado pela pouca sintonia com a democracia.

Não apenas com base em modelos teóricos é que fundamentar-se-á a crítica. Do ponto de vista normativo, há de ser sedimentado que a opção constitucional se deu pelo modelo acusatório de processo penal, demonstrando-se, ainda, que as reiteradas influências da processualística civil, através da sub-reptícia teoria geral do processo, tendem a afastar a prática processual-penal do modelo constitucionalmente proposto.

A cultura autoritária que permeia o manejo dos institutos do processo penal é tamanha, ainda, que há uma total indiferença com as lentes constitucionais através das quais deve ser lido o diploma infraconstitucional. Soluções mais afinadas com a Constituição Federal de 1988 são ignoradas em prol da manutenção da cultura antidemocrática concentradora de poderes. Doravante pretender-se-á expor as incoerências atuais encontradas no discurso que legitima a conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Nesse sentido, o presente artigo perquire se a existência da detenção em flagrante é idônea para influenciar a postura do juiz quando da decretação da prisão preventiva. Tal reflexão tomará como norte o disciplinamento constitucional do processo penal, notadamente no que concerne ao modelo acusatório proposto. Doravante, buscar-se-á expor, também, as danosas influências da teoria geral do processo no âmbito criminal, especificamente quanto às medidas cautelares e suas formas de julgamento, bem como a possibilidade interpretativa constitucionalmente legítima. Nesse intuito, lança-se mão de revisitações interpretativas lastreadas pela literatura especializada nacional e estrangeira, além de pontuais remissões ao posicionamento jurisprudencial objeto de crítica.

2 O LUGAR DA FALA: CRIME, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

O delito é um fenômeno social normal. É, ainda, cumpridor de uma função social importante, qual seja, a de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa. (BITENOURT, 2012, p. 33)

Em que pese a normalidade de sua ocorrência, atribui-se ao delito a inegável responsabilidade pela desordem, e – consequentemente – pela mácula à paz social. Nesse contexto, o Direito Penal surge enquanto teórica ferramenta de manutenção da paz social, ou, nas palavras de Jescheck (1993, p.02, tradução nossa), “a missão do direito penal é a proteção da convivên-

cia humana na comunidade”.

O direito penal, portanto, atua a partir de uma conduta humana que satisfaça os quesitos legalmente estabelecidos como conceituadores do crime. Contudo, essa referida ferramenta de manutenção da paz social não dispõe de executividade imediata, não sendo, portanto, autoaplicável. Nesse sentido, inclusive, lecionam Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2014, p. 30), afirmando que ao contrário do direito civil, o direito penal não encontra na realidade concreta um âmbito de atuação, dependendo, sempre, do processo.

Dessa forma, é cristalina uma relação de necessidade entre a resposta estatal ao delito e o processo penal. Não existe processo sem delito e, muito menos, pena sem processo. O processo é, desta feita, o elo de concretização do clássico axioma garantista que assevera inexistir pena sem crime, *nulla poena sine crimine*.

James Goldschmidt (1935, p.07), por sua vez, certa feita, indagou em um de seus escritos:

Por que supõe a imposição da pena a existência de um processo? Se o *ius puniendi* corresponde ao Estado, que tem o poder soberano sobre seus súditos, que acusa e também julga por meio de distintos órgãos, pergunta-se: por que necessita que prove seu direito em um processo?

A resposta de tal questionamento nos leva ao terceiro elemento que compõe o título deste item, que é a Constituição Federal de 1988 e o seu fenômeno fundante, o constitucionalismo.

O processo penal, como bem acentua Walter Nunes da Silva Júnior (2015, p. 190), “foi concebido para controlar e estabelecer regras quanto ao exercício da jurisdição. Com as regras do processo, esta, que era ilimitada, passou a conhecer limites (...)”. Observa-se que tal concepção de processo penal enquanto limite de poder comunga do mesmo fundamento que se extrai do constitucionalismo. Processo Penal e Constituição servem a um objetivo comum, portanto, que é a limitação do Estado.

Em total consonância com essa linha de pensamento, Aury Lopes Júnior (2015, p. 29) atribui ao Direito Processual Penal uma instrumentalidade constitucional, função que muito bem representa o espaço deste ramo do direito no hodierno cenário político. É a Constituição Federal de 1988 a fonte da qual se extrai os direitos fundamentais, e, por conseguinte, a partir de onde se estabelece um “nexo indissolúvel entre garantia dos direitos fundamentais, divisão de poderes e democracia, de sorte a influir na formulação das linhas gerais da política criminal de determinado Estado”. (PRADO, 2006, p. 6)

Tal qual não basta a pena por si só, o processo também não é autolegitimado. Não basta qualquer processo, legitimado pela mera legalidade infraconstitucional. Ele há de ser visto e vivido à luz da Constituição Federal de 1988, respeitando-se, conseqüentemente, as regras constitucionais do devido processo penal, notadamente sob o prisma material-substancial.

A relação entre processo penal e constituição é ainda mais reluzente a partir do

entendimento da função política do processo. Salienta Walter Júnior (2015, p. 196) que a descoberta da verdade não é a função precípua do processo penal, o processo deve, em verdade, “aplicar a medida que seja mais consentânea a uma política de combate à criminalidade inserida no contexto de um Estado democrático-constitucional, que tem como norte a proteção e o respeito aos direitos fundamentais”.

E mais, ainda nas sedimentadas lições da literatura especializada conterrânea (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 126), o arcabouço dogmático do direito processual penal se confunde, em sua teoria geral, com a teoria dos direitos fundamentais. Há uma relação de identidade entre a teoria geral do direito processual penal e a teoria dos direitos fundamentais, o que nos leva a indissociável conclusão que, sendo a Constituição Federal de 1988 uma manifestação essencialmente política, o processo se reveste desta mesma adjetivação. Portanto, entender o processo penal requer apuro constitucional daquele que busca um mínimo lastro crítico frente ao seu objeto de estudo.

3 O PODER PRINCIPIOLÓGICO DO ARTIGO 129, I DA CF E O SISTEMA ACUSATÓRIO DO PROCESSO PENAL

O artigo 129, I, da Constituição Federal de 1988¹ ora vigente no Brasil, contém em seu inciso primeiro singelas dez palavras. São pouquíssimos vocábulos que, da forma como foram arranjados pelo constituinte, bem como conjugados com a hermenêutica sistêmica do texto constitucional, estabelecem o sistema acusatório de processo penal como o vigente no ordenamento jurídico pátrio. Contudo, para compreender a dimensão da importância da sobredita assertiva, é essencial estabelecer limites minimamente claros entre os sistemas processuais que se alteraram na história do processo penal. Não há como entender ao menos o núcleo rígido do sistema acusatório, sem ter sedimentado conceitos mínimos sobre o seu modelo contrastante, o sistema inquisitório. Adequada, inclusive, é a lição de Keity Saboya (2013, p. 05), para quem “a busca pelos antecedentes históricos de um instituto objetiva não somente a compreensão de seu significado, mas, principalmente, a percepção de suas futuras potencialidades”.

3.1 O Sistema Inquisitório

O modelo inquisitorial, como facilmente se depreende de sua nomenclatura, deriva da Inquisição, uma poderosa ferramenta utilizada pela Igreja Católica para – de acordo com o Vaticano – eliminar os hereges e proteger o Cristianismo. Não à toa, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001, p. 18) rotula o sistema inquisitório como “maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece”, pois, entre os séculos XV e XVI, criou-se um sistema normativo detalhado e que continha inúmeros estágios de um desumano procedimento a ser

¹ “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (...)”.

seguido pelos inquisidores quando da captura e julgamento do herege.

Aqui não temos a pretensão de traçar uma perspectiva histórica do modelo inquisitorial, até mesmo por tal proposta ser incompatível com os limites materiais e temáticos do trabalho, mas sim estabelecer recortes conceituais que proporcionem ao leitor uma visão panorâmica da caracterização inquisitorial.

Conforme leciona Aury Lopes Júnior (2015, p. 144), no modelo em estudo, frente a um fato típico, o julgador age oficiosamente, recolhendo – igualmente de ofício – o material probatório. Daí a conclusão de que nos processos da Inquisição o mesmo indivíduo poderia exercer, simultaneamente, funções de acusador e de julgador (TENÓRIO, 2011, p. 20).

Oferecida a denúncia, segue-se o rito com a nomeação de um defensor. A este defensor, entretanto, não incumbia qualquer defesa meritória do acusado; esperava-se dele apenas que assegurasse a obediência a todos os requerimentos do tribunal (TENÓRIO, 2011, p. 20), bem como “convencesse o réu a admitir sua culpa, implorar por perdão e buscar a readmissão à Igreja” (RAWLINGS, 2006, p. 32).

Segue ao oferecimento da denúncia uma série de audiências, geralmente em número de três, com um objetivo bem delimitado: forçar o réu a confessar (TENÓRIO, 2011, p. 20). O processado era a melhor fonte de prova, logo, o ritual sobre seus ombros recaía integralmente. Ademais, a noção de parte perde totalmente o sentido, posto caber ao inquisidor o mister de acusar e julgar, transformando, reitera-se, o imputado em mero objeto de verificação (COUTINHO, 2001, p. 23).

Acrescenta Aury Lopes Junior (2015, p. 149) que o interrogatório era o ato principal do processo, afinal, constituía a análise do acusado –maior fonte de prova –; por isso nele empregava-se toda a crueldade do sistema, mediante cinco tipos diferentes de tortura, progressivamente escalonados de forma que ao final de 15 dias, se o acusado não confessasse, e também não morresse, era considerado suficientemente torturado e liberado. Arremata o insigne professor Gaúcho (2015, p. 150) que “o pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas”, anomalia que ainda se perpetua no moderno cenário pseudo-acusatório, notadamente com a banalização das prisões processuais.

A partir do delineado sobre o modelo inquisitório erige na literatura especializada um rol de características que seriam peculiares ao modelo em comento, dentre as quais podemos destacar a inexistência de partes (MINAGÉ, 2015, p. 33); a objetificação do acusado, enquanto fonte de prova; o sigilo processual (MINAGÉ, 2015, p. 33; TENÓRIO, 2011, p. 21); a tarifação das provas e a supremacia da confissão (MINAGÉ, 2015, p. 33); o fetiche pelo processo escrito (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 144) e por uma mitológica verdade real (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 147; TENÓRIO, 2011, p. 23).

Em que pese as inúmeras características sobreditas, indiscutivelmente a que encontra maior ressonância na doutrina é o acúmulo de funções na figura do juiz (MINAGÉ, 2015, p. 33; ROSA, 2014, p. 51; SILVA JÚNIOR, 2015, p. 388; TENÓRIO, 2011, p. 21), e seja no rompimento oficioso da inércia jurisdicional ou na gestão probatória concentrada nas mãos do julga-

dor, o que se tem é uma inflação de poderes, muitas vezes incoerentes entre si.

3.2 O Sistema Acusatório

O sistema acusatório, por sua vez, é historicamente antecessor ao modelo inquisitorial (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 388). Sua origem, narra considerável doutrina (KHALED JÚNIOR, 2013, p. 16; LOPES JÚNIOR, 2015, p. 137), deu-se no direito Grego, que se desenvolveu referendado pela direta participação popular no exercício da acusação e da defesa.

Vagou o sistema acusatório pela cultura Romana, notadamente na Alta República (SENDRA, 1981, p. 190), contudo, na época do Império, “o sistema acusatório foi se mostrando insuficiente para as novas necessidades de repressão dos delitos” e, como consequência “a insatisfação com o sistema acusatório vigente foi causa de que os juízes invadissem cada vez mais as atribuições dos acusadores, originando a reunião, em um mesmo órgão do Estado, das funções de acusar e julgar” (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 139).

Após o período de vigência exponencial do modelo inquisitorial, a semente acusatória ressurgiu com os escritos de João Sem-Terra, em que na Magna Carta, ou *Magna Charta Libertatum*, indicava uma estrutura processual acusatória, posteriormente acentuada pela Declaração de Direitos, ou *Bill of Rights*, de 1698 (MINAGÉ, 2015, p. 36-37). O sistema acusatório, portanto, reapareceu como consequência do avanço humanitário e suas declarações de direitos (SILVA JÚNIOR, 2015, p. 389).

Geraldo Prado (2006, p. 167) fornece uma contribuição preciosa acerca dos contornos conceituais do sistema acusatório, pontuando-o como sistema eleito pela Constituição de 1988:

Assim, se aceitarmos que a norma constitucional quer assegurar ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, com ampla defesa e contraditório além de lhes deferir, até o trânsito em julgado, da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementos do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que embora não diga expressamente, a Constituição da República o adotou (...)

Da colacionada lição do professor Carioca pode-se retomar o que outrora se comentou: o pequeno inciso primeiro do artigo 129, Constituição Federal de 1988 é núcleo fundante de uma alteração sistêmica do processo penal, afinal instituiu as bases de um modelo acusatório no direito pátrio, notadamente quando interpretado sistemicamente com o extenso rol de garantias processuais-penais que se encontram no artigo 5º do mesmo diploma normativo.

Assim, à guisa de sistematização do exposto, é forte a doutrina no sentido de admitir o modelo acusatório como caracterizado por deixar para as partes a incumbência de gerir a prova (MINAGÉ, 2015, p. 34; LOPES JÚNIOR, 2015, p. 139), sendo o juiz obrigatoriamente imparcial e equidistante (LOPES JÚNIOR, 2015, p.139; SILVA JÚNIOR, 2015, p.392). Há, ainda, apego pela publicidade (COUTINHO, 2001, p.37; SILVA JÚNIOR, 2015, p.392), salvo

exceção legal. O réu alcança a condição de sujeito de direitos (LOPES JÚNIOR, 2015, p.140; SILVA JÚNIOR, 2015, p.392), gozando agora de uma série de garantias, como o contraditório e a ampla defesa.

Mas entre a dualidade de sistemas mencionada, surgiu o que se cunhou chamar de *sistema misto*. Conta Armenta Deu (1995, p. 11) que a história do direito processual penal é marcada por uma constante alternância entre dois sistemas: o acusatório e o inquisitório; sem que se possa, contudo, ser sustentada a vigência em sua plenitude de nenhum desses modelos.

Indiscutivelmente, a realidade social impede que as abstrações teóricas se concretizem plenamente no mundo do *ser*. Portanto, o modelo inquisitório e o modelo acusatório, enquanto categorias teóricas, permanecem inalcançados em sua inteireza.

A partir desta premissa, todos os sistemas processuais podem ser rotulados de “mistos”, afinal a pureza do sistema processual, seja ele o inquisitório ou o acusatório, é possível apenas no plano teórico. Nesse sentido é a lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2001, p. 15), para quem não há, na atualidade, sistemas processuais puros.

O que temos, em verdade, são princípios informadores diversos, que atuam de maneira mais ou menos tenaz em determinado cenário jurídico. Esses princípios, que se intercalam no espaço dentro de um mesmo marco temporal, darão a caracterização do modelo adotado pelo ordenamento a partir da preponderância um deles.

Não se deve perpetuar o equívoco teórico do sistema misto. Rotular um sistema de *misto* é dizer nada, pois mistos todos são. Assim leciona Antônio Tovo Loureiro (2010, p. 7): “Todo sistema será misto em sentido amplo, visto que, como já referido, não existe sistema puro; de outra banda, mesmo impuro, o sistema sempre possuirá um princípio informador que o identificará”.

Quer-se com isso dizer que neste escrito não será utilizado o conceito de sistema misto, afinal, em que pese ampla aceitação doutrinária, este não passa de um subterfugio reconfortante, que faz muitos acordarem em um sistema regado por heranças inquisitoriais sem perceber que essa caracterização esconde inúmeras inconstitucionalidades, afinal, como já mencionado, o legislador optou por um modelo de processo penal, qual seja, o modelo acusatório.

4 A CAUTELARIDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL E A DANOSA TEORIA GERAL DO PROCESSO

O enfrentamento das vicissitudes do processo penal, além de um mínimo domínio historicista – que neste escrito restou feito a partir dos modelos de processo penal – exige, ainda, uma maturidade epistemológica sobre o tema. Pois, conforme leciona Aury Lopes Júnior (2013, p. 24), existe grave problema no paralelismo entre o processo civil e o processo penal, notadamente com o transporte irresponsável de categorias do primeiro para o segundo, fruto de uma reprodução conceitual acrítica e automática.

A causa de toda essa confusão científica há muito foi bem trabalhada por Canelutti (1961, p. 15-21), que, para ilustrar o posicionamento da evolução dogmática do processo penal, recorreu à conhecida parábola da cinderela. O eminente processualista considera as três irmãs do referido conto nominando-as de Ciência do Direito Penal, Ciência do Processo Civil e Ciência do Processo Penal, aduzindo, ainda, que as duas primeiras, ao contrário da última, tiveram próspera infância e adolescência, chegando à maturidade munidas de uma substancial base de formação. A Ciência do Processo Penal, por sua vez, tivera uma infância pobre e desprestigiada. Tal qual a cinderela, no conto infantil clássico, a ciência processual não detinha roupas próprias, sobrevivendo daquilo (produzido dogmaticamente) que se extraía das demais irmãs. Atesta Canelutti (1961, p. 17) ter a impressão de que “o cultivador do processo penal seja conduzido pela mão do outro”, em clara referência à carência de autonomia dogmática deste ramo.

Esse incisivo escrito de Canelutti, datado da década de 60, ainda se mantém atual, em que pese, de lá para cá, ter a ciência processual penal galgado espaço próprio. Na seara das medidas cautelares, essa contaminação civilista é sentida com peculiar intensidade, devendo haver nítida cisão entre conceitos e posturas frente à cautelaridade no processo civil e no processo penal.

Um dos grandes nichos de contaminação ocasionada por esta teoria geral do processo é a delimitação da postura do magistrado no processo civil e no processo penal. Em tendo esses dois ramos científicos princípios informadores autônomos e valores singulares, à exemplo da diferenciação do efeito da revelia, a dimensão da ampla defesa e a ideia de presunção de inocência, obviamente a postura do magistrado alternar-se-á conforme a área de atuação. Entretanto, quando se amontoam conceitos, embaralhando-os dentro de uma teoria geral do processo, ao comportamento do julgador não se dá a devida diferenciação, prevalecendo a postura esperada para a disciplina dominante que, como dito, é o processo civil.

Exemplo disso é a forma natural e salutar que a concessão de ofício de cautelares no processo civil é vista, influenciada por um protagonismo inegável do Poder Judiciário na concretização eficiente de direitos fundamentais a partir de um viés ativista. Na ótica processual civil, o juiz de hoje rompe o paradigma da legalidade fria e torna-se um sujeito criativo. Essa construção, quando analisada na seara criminal, tem seu vetor contrariamente direcionado: o juiz inquisitivo – sujeito ativo do processo penal – foi aos poucos perdendo espaço e poder de forma a preservar a imparcialidade cada vez mais requerida. Percebe-se que os caminhos dos processos civil e penal são antagônicos nesse aspecto, sendo que em um há um caminho no sentido do protagonismo judicial enquanto no outro há justamente a luta contra esse protagonismo do julgador.

É preciso abandonar as influências nefastas da *teoria geral do processo*, que nos fazem crer em um juiz ativista como sinônimo de concretização da justiça, naturalizando construções conceituais que em nada se relacionam com a realidade do processo penal. Os princípios norteadores do direito criminal são outros, por vezes antagônicas àqueles do processo

civil e por isso a forma de julgamento deste não pode servir de parâmetro para aquele.

5. O ARTIGO 310, CPP A PARTIR DA LEITURA CONSTITUCIONAL

O artigo 310 do diploma processual penal pátrio é oriundo da reforma tópica do processo penal, notadamente em sua segunda etapa (SILVA JÚNIOR, 2012, p. 15), que tratou de alterar a disciplina das medidas cautelares. O referido dispositivo, especificamente, indica as posturas as quais deve o magistrado tomar frente ao auto de prisão em flagrante.

Uma primeira problemática de enfrentamento necessário para os deslindes deste escrito consiste na natureza jurídica da prisão em flagrante. A literatura especializada mais tradicional enfrenta a problemática do flagrante delito dentro da ótica das medidas cautelares, colocando-o como espécie de medida cautelar. Tal posicionamento não merece guarida, carecendo de maior reflexão constitucional notadamente no que se refere à posição ocupada pelos atores do processo e da hermenêutica constitucional do processo penal.

É preciso salientar, para fins de seriedade conceitual, que a prisão em flagrante não ostenta caráter judicial e, mais ainda, passa longe de ser medida cautelar. A doutrina mais atenta atribui ao flagrante caráter precautelar (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 50), caracterizando-o como mera detenção (SILVA JÚNIOR, 2012, p. 481).

Inicialmente, a prisão em flagrante não restringe a liberdade de alguém autonomamente por período maior que 24 horas, não apresentando outro fim senão o de conter aquele que é pego em estado de visibilidade do delito (CARNELUTTI, 1950, p.77) e torna-lo disponível ao juiz, para que, somente então, possa ser aferida a necessidade de restringir sua liberdade.

Ademais, a prisão é uma restrição extreme do direito fundamental do indivíduo, carecendo, para fins de compatibilidade constitucional, de ordem judicial devidamente fundamentada para que tal flexibilização se protraia no tempo. A fragilidade da detenção em flagrante, típica das atividades policiais em nosso modelo autoritário de sociedade, só pode ser compatibilizada com a ordem constitucional garantista vigente ao ter seus efeitos restritivos da liberdade adstritos a um curto lapso temporal, voltando-se unicamente a cessar o evento criminoso e tornar o agente disponível para o Estado-Juiz fazer, agora sim, o juízo devido sobre a manutenção da restrição do direito fundamental ou o seu reestabelecimento.

Assevera Aury Lopes Júnior (2013, p. 52) que a prisão em flagrante é uma medida precautelar, e que “somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 horas, nas quais cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão”.

Estabelecida a natureza administrativa precautelar da prisão em flagrante, passa-se a analisar as posturas dos magistrados frente ao auto de prisão em flagrante, ainda nos termos do esmiuçado artigo 310, CPP.

É de perigoso consenso doutrinário que, ao receber a comunicação da prisão em flagrante, deve o magistrado trilhar o seguinte caminho: inicialmente analisar o aspecto formal do auto de prisão em flagrante, bem como a legalidade do próprio flagrante – a partir da interpretação do artigo 302, CPP. Em comprovada legalidade, homologa-se o flagrante; do contrário, relaxar-se-á a detenção fruto do flagrante. Homologando a prisão em flagrante, inaugura-se o segundo momento, no qual o juiz deverá, fundamentadamente, enfrentar a necessidade, ou desnecessidade, da prisão preventiva ou outra medida cautelar diversa da prisão, para que, caso tal juízo seja de necessidade, converta a medida precautelada em alguma das cautelares propriamente ditas.

Depreende-se que o ordenamento processual estabeleceu um juízo lógico na sequência de atos judiciais em face da prisão em flagrante. Inicia-se com um exame do auto de flagrante perquirindo sua legalidade e, superada tal etapa, é avaliada a necessidade de uma medida cautelar propriamente dita (SILVA JÚNIOR, 2012, p. 514). Nessa segunda etapa, na qual já se superou a análise do auto de flagrante, inicia-se o juízo de cautelaridade.

Não há que se discutir a constitucionalidade do relaxamento da prisão ilegal, aquela cujo auto de prisão em flagrante não observe os requisitos legais, notadamente a partir de uma ótica garantidora do judiciário. Da mesma forma, após a homologação do flagrante, pode o magistrado conceder a liberdade plena do flagrado, diante da ausência de cautelaridade. Vê-se, nessa última hipótese, a total autonomia das medidas cautelares às quais se refere o inciso II do artigo 310. Quer-se com isso dizer que a análise do flagrante e a análise acerca da cautelaridade são juízos autônomos, que não guardam vinculação recíproca. Ainda que incólume o flagrante, pode o juiz não entender necessário o acautelamento.

Em suma, nada há de afrontoso ao modelo constitucional adotado, qual seja, o acusatório, de processo penal nos incisos I e III do artigo analisado. Muito pelo contrário, são tais molduras normativas absolutamente consonantes com um viés democrático de persecução penal. Quanto ao inciso II, contudo, não se pode render os mesmos elogios, residindo nele uma latente inconstitucionalidade que, em que pese alertada por parcela doutrinária, mantém-se desaperecebida nos tribunais.

6. A INTERPRETAÇÃO INCONSTITUCIONAL DO ARTIGO 310, II, CPP

De acordo com o que dispõe o artigo 310, II, do CPP, ao juiz é dada uma terceira possibilidade frente à comunicação da detenção em flagrante. Pode-se, conforme disposição legal, “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”.

Do ponto de vista legal se detecta a contradição do mencionado dispositivo quando lido sistemicamente com o que versa o artigo subsequente, este último responsável por inserir no ordenamento jurídico a impossibilidade de o magistrado decretar oficiosamente a prisão

preventiva na fase investigativa, antes, portanto, do oferecimento da ação penal. Em suma, pela legislação processual, o magistrado só pode agir sem provocação com o desiderato de prender o sujeito preventivamente depois de ofertada a ação penal e, por isso mesmo, depois de cessada a fase investigativa.

A redação do artigo 311 é merecedora de extensos elogios, posto que se alinha ao caminho democrático-acusatório de processo penal ao afastar o magistrado da cena investigativa, preservando, com isso, sua imparcialidade, princípio reitor do processo, afinal toda a construção acusatória objetiva afastar situações de influência no julgador. O magistrado não deve ter funções investigativas sob pena de se desvirtuar a equidistância e o desinteresse que dele se espera.

Entretanto, admitindo-se que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, converta a detenção flagrancial em prisão preventiva, nada mais faz o legislador que desdizer a si próprio. Como é sabido, o momento de aplicação do artigo 310 – que trata da homologação do flagrante, relaxamento ou conversão – é pretérito ao oferecimento da ação penal, e, por isso, insere-se no marco temporal destinado às investigações. Admitir que o magistrado converta a detenção em flagrante em prisão preventiva, sem que haja manifestação do Ministério Público nesse sentido, é, de forma absolutamente assistemática e incoerente, admitir que o juiz decrete uma prisão preventiva de ofício em um momento no qual tal ato restou legalmente vedado, por força do artigo 311.

Estaria o legislador desconsiderando a capacidade intelectual do intérprete, quando, por um jogo de palavras, trata da mesma coisa como se fossem coisas distintas? Em verdade, decretar de ofício a prisão preventiva na fase anterior ao oferecimento da ação penal consiste numa conduta legalmente vedada segundo o artigo 311, CPP. Contudo, o mesmo diploma legal admite que se *converta*, também de ofício, a prisão em flagrante, que necessariamente ocorre anteriormente à dedução da pretensão acusatória, em prisão preventiva, aos moldes do artigo 310, CPP.

Observa-se que em ambas as situações há uma mesma delimitação temporal: fase investigativa; e um mesmo resultado: prisão preventiva. A saída encontrada para diferenciar os institutos da *decretação* e da *conversão* seria, portanto, a existência de um elemento anterior presente apenas na segunda situação, que é justamente a prisão em flagrante. Desta feita, seria a preexistência de uma prisão em flagrante suficiente para alterar a natureza jurídica da decisão que converte esta detenção em prisão preventiva, distinguindo-a daquela decisão que, sem flagrante antecedente, decreta a segregação cautelar?

A decisão que homologa o flagrante e o *converte* em prisão preventiva pode até ser faticamente una, dividindo, via de regra, a mesma página nos autos processuais, indicando, quiçá, a fragilidade das fundamentações que assolam as decisões em matéria criminal. Ainda que na mesma página, contudo, há, em verdade, duas decisões distintas: uma primeira, que homologa a partir do juízo retrospectivo cujo objeto é o flagrante e faz cessar os efeitos do flagrante; e outra, absolutamente autônoma, de jaez prospectivo, ou seja, juízo de necessidade

acerca das medidas cautelares.

O juiz que se restringe a homologar o flagrante, silenciando acerca da cautelaridade subsequente, apenas atesta que o ato de detenção foi incólume e que naquele instante pretérito houve necessidade de constrição da liberdade do indivíduo por ato administrativo. A decisão que se limita a homologar a detenção flagrancial não é suficiente para manter o indivíduo preso, pressupondo a ausência do segundo momento decisório – juízo prospectivo – como significativa da desnecessidade de prisão.

Nota-se, com isso, que o flagrante em nada influencia esse segundo momento decisório, que, como dito, é absolutamente autônomo. Portanto, o único elemento diferenciador entre a decisão que decreta oficiosamente a prisão preventiva na fase investigatória e aquela que converte o flagrante na mesma prisão preventiva é absolutamente insignificante para fins de alterar a natureza jurídica do ato decisório em análise. *Conversão* é apenas uma diferenciação nominal, e não é o nome atribuído ao instituto o responsável por moldar sua natureza jurídica.

A contradição alhures exposta é passível de superação a partir da inteligência do artigo 311, *caput*, do Código Processual Penal em conjunção com os raios interpretativos do modelo acusatório com guarida constitucional. No dito artigo 311, há expressa vedação ao decreto acautelatório de natureza privativa de liberdade, quando anteriormente ao oferecimento da ação penal e sem a postulação do Ministério Público, o que é plenamente aplicável à conversão, porque, como já detectado, a conversão tem a mesma natureza jurídica da decretação. Essa conclusão é absolutamente lastreada a partir da necessidade de se ler a legislação ordinária com lentes constitucionais. Fazer diferente, como insiste as cortes pátrias², é se manter em inconstitucionalidade, admitindo que a melhor interpretação é aquela literal, atomizada, e sem influências constitucionais. E não só. O §2º do artigo 282, CPP reitera a impossibilidade de, no curso da investigação preliminar, o juiz aplicar alguma medida cautelar sem que para isso tenha sido provocado. Não há dúvidas que a prisão preventiva tem a natureza cautelar a que se refere o mencionado artigo, devendo também se submeter à regra geral.

7. CONCLUSÃO

O modelo acusatório é uma opção constitucional, contudo, a imaturidade epistemológica que os tribunais e a doutrina tradicional detêm junto ao processo penal, deixa-o contaminado com aspectos da teoria geral do processo, que reflete tão somente a processualística civil. Essa contaminação tende a naturalizar a figura de um magistrado protagonista, ativista, ensejando a anuência da decretação de ofício de cautelares, mesmo que sequer processo haja, ou seja, durante fase investigativa, notadamente por esta atividade sem provocação ser vista com bem menos ressalva na área cível.

2 STJ - RHC: 39172 RS 2013/0214450-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 05/05/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/05/2015; STF - HC: 119070 MG, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/09/2013, Data de Publicação: DJe-180 DIVULG 12/09/2013 PUBLIC 13/09/2013.

Ainda que a dicção normativa do artigo 310, II não seja das melhores, posto que inseriu a ideia de *conversão* e abriu espaço para a intelecção inquisitorial do seu dizer, não restam dúvidas que, se enfrentado com as lentes próprias do processo penal, o ordenamento apresenta, por ele próprio, a solução consentânea com o modelo acusatório. O ato de converter, conforme exposto, tem a mesma natureza jurídica do ato de decretar, não havendo distinção ontológica que justifique a submissão de cada um desses atos a regramentos distintos. Assim, abandonando-se a interpretação literal e atomizada do mencionado artigo e buscando a compreensão sistêmica da disciplina das medidas cautelares, percebe-se a impropriedade do entendimento que aceita a conversão da detenção em flagrante em prisão preventiva de ofício.

Seja no plano infraconstitucional, com a vedação expressa pelos artigos 311 e 282, §2º do CPP, que impedem a decretação de prisão preventiva ou qualquer outra cautelar, na fase do inquérito, sem que haja pretérita postulação; seja no plano constitucional com o modelo acusatório de processo penal e a consequente necessidade de zelo com a imparcialidade do julgador, o certo é que a entendimento vigente não se sustenta e precisa ser modificado.

O momento de mudança, inclusive, é esse. Com a implementação das audiências de custódia, que colocam em um mesmo ambiente, defesa, acusação e juiz, no momento de aferição da necessidade da *conversão*, deve-se exigir que o Ministério Público requeira a prisão preventiva e somente assim esteja o juiz autorizado a fazê-lo.

REFERÊNCIAS

ARMENTA DEU, Teresa. **Principio acusatorio y derecho penal**. Barcelona: JM Bosch, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950. 4t.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3-57.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas purídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 4. ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

KHALED JÚNIOR, Salah H.. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição**

inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOUREIRO, Antonio Tovo. **Nulidades e limitação do poder de punir: análise do discurso de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

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

RAWLINGS, Helen. **The spanish inquisition**. Malden: Blackwell pub, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SABOYA, Keity. **Ne bis in Idem: história, teoria e perspectivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SENDRA, Vicente Gimeno. **Fundamentos del derecho procesal**. Madri: Civitas, 1981.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 2. ed. Natal: Owl, 2015.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime de provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TENÓRIO, Rodrigo Antonio. **A ineficiência gerada pela tradição inquisitorial: estudos dos sistemas brasileiro, americano e italiano**. Curitiba: Juruá, 2011.

PREVENTIVE DETENTION AND CONSTITUTION: A CRITICAL VIEW OF ARTICLE 310, II, CRIMINAL PROCEDURE CODE.

ABSTRACT: The prison aspect of the criminal litigation, throughout its preventive detention, is a sensitive spot to authoritarian influences. This work intends to revisit the jurisprudential stance about preventive detention and prison in the act, making use of a critical revisitation of constitutional frame of criminal procedure and establishing like a landmark the accusatory model. Also comments conceptual misunderstandings arising from the use of the general theory of the case in the criminal context. Finally, questions the legal nature of the prison in the act and its possible influence on the preventive detention. Seeks to reveal the inadequacy of the legal text when interpreted without constitutional lenses.

Keywords: Criminal Procedure. Federal Constitution. Preventive detention.