



## A PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO DIANTE DO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO

### THE PREVENTIVE PRISON OF OFFICE BEFORE THE BRAZILIAN ACCUSATORY SYSTEM

### PRISIÓN PREVENTIVA DE OFICINA ANTE EL SISTEMA DE ACUSACIÓN BRASILEÑO

Karine Cordazzo<sup>1</sup>  
Bruno Vinicius Barboza de Oliveira<sup>2</sup>

**Resumo:** Objetivou-se com este artigo dissertar sobre a prisão preventiva, nos moldes do Código de Processo Penal, dentro das características no inquérito policial, bem como na ação penal, com as eventuais mudanças trazidas pelas leis n. 12.403/2011 e 13.964/2019. A metodologia aplicada no desenvolvimento do trabalho foi a pesquisa bibliográfica, com uso de legislações, doutrinas e artigos científicos, que retratam o tema. A pesquisa apontou que as modificações operadas no artigo 311 do Código de Processo Penal foram evidentemente positivas para o direito, deixando o procedimento mais imparcial na posição em que o juiz só declarará a prisão preventiva em caso em que for provocado pela parte, sendo elas: o Ministério Público, querelante ou assistente, bem como a requerimento da autoridade de polícia. Destaca-se, no entanto, que embora tenha sido encontradas divergências dentro do próprio Código de Processo Penal e em Leis extravagantes, a maioria dos Tribunais têm adotado a posição de que quanto menos agir de ofício o magistrado, mais imparcial será o processo penal.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva; Persecução penal; Pacote anticrime.

**Abstract:** The objective of this article was to discuss preventive detention, in accordance with the Code of Criminal Procedure, within the characteristics of the police investigation, as well as in criminal proceedings, with possible changes brought about by laws n. 12403/2011 and 13,964/2019. The methodology applied in the development of the work was the bibliographical research, using legislation, doctrines and scientific articles, which portray the theme. The research pointed out that the changes made to article 311 of the Code of Criminal Procedure were evidently positive for the law, leaving the procedure more impartial in the position where the judge will only declare preventive detention in case it is provoked by the party, namely: the Public Prosecutor, complainant or assistant, as well as at the request of the police authority. It is noteworthy, however, that although divergences have been found within the Criminal Procedure Code itself and in extravagant Laws, most Courts have adopted the position that the less the magistrate acts, the more impartial the criminal process will be.

**Keywords:** Preventive imprisonment; Criminal prosecution; Anti-crime package.

**Resumen:** El objetivo de este artículo fue discutir la prisión preventiva, de acuerdo con el Código Procesal Penal, dentro de las características de la investigación policial, así como en el proceso penal, con las posibles modificaciones provocadas por las leyes n. 12403/2011 y 13,964 / 2019. La metodología

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Docente do curso de Direito no Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN) e na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3465-0792>. E-mail: [karine.cordazzo@unigran.br](mailto:karine.cordazzo@unigran.br)

<sup>2</sup> Graduando em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5556-1129>. E-mail: [brunovini400@gmail.com](mailto:brunovini400@gmail.com)

aplicada en el desarrollo del trabajo fue la investigación bibliográfica, utilizando legislación, doctrinas y artículos científicos, que retratan el tema. La investigación señaló que los cambios realizados en el artículo 311 del Código Procesal Penal fueron evidentemente positivos para la ley, dejando el procedimiento más imparcial en la posición donde el juez solo declarará la prisión preventiva en caso de que sea provocada por la parte, es decir. : Fiscal, denunciante o auxiliar, así como a solicitud de la autoridad policial. Sin embargo, cabe señalar que, aunque se han encontrado divergencias dentro del propio Código de Procedimiento Penal y en leyes extravagantes, la mayoría de los tribunales han adoptado la posición de que cuanto menos actúe el magistrado de manera oficial, más imparcial será el proceso penal.

**Palabras clave:** Prisión preventiva; Persecución criminal; Paquete contra el crimen.

## 1. Introdução

Na atualidade a prisão preventiva é um instrumento processual, que pode ser usado antes da condenação do réu, podendo ser utilizada em uma ação penal ou criminal, sendo decretada pelo juiz, após este ser provocado pelas partes legítimas. Em muitos casos se perguntam qual seria o prazo dessa prisão cautelar, no entanto inexistente na lei um prazo certo e determinado sobre a duração, tendo apenas regras que determinam que a duração terá que seguir o tempo necessário.

A prisão preventiva como o próprio nome diz, tem sua finalidade de garantir o conveniente andamento da instrução criminal, ficando um lapso temporal quando se tratar da duração prolongada, podendo ser considerado constrangimento ao acusado, tornando-se ato de ilegalidade. Para ocorrer a decretação da prisão preventiva, é necessário a presença de determinante de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, nos casos em que existem provas da existência do crime ou indício suficientes de autoria, a Lei 13.964/ 2019 (BRASIL, 2019) acrescentou que a prisão preventiva pode ser decretada quando tiver perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Conforme o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), os crimes que cabem a prisão preventiva são os crimes dolosos punidos com pena máximo superior a quatro anos, reincidente em crime doloso, ainda os crimes que envolvem violência doméstica e familiar contra mulher, adolescente, criança, idosos, enfermo ou pessoa portadora de deficiência, para garantir as medidas protetivas.

Ainda, pode ser decretada a prisão preventiva quando o indivíduo cria dúvidas acerca da identidade civil ou mesmo não fornece elementos suficientes que esclareça, esses pressupostos estão previstos no 313 do Código de Processo Penal. Podem ocorrer a decretação da prisão preventiva ainda de forma distinta do artigo 313, quando outra medida cautelar cumulada não é suficiente e o acusado descumprir o recolhimento, com enquadramento aos fundamentos e pressuposto.

O tema em estudo tem como proposta aprofundar o entendimento das características e desdobramentos da prisão preventiva, principalmente a partir das alterações influenciadas pela

Lei 13.964 de 2019 (BRASIL, 2019) “Pacote Anticrime”, mais especificamente a retirada das palavras “de ofício” do artigo 311 do Código de Processo Penal, bem como divergências identificadas no próprio código e nas Leis extravagantes.

O objetivo do artigo é dissertar sobre a prisão preventiva, nos moldes do Código de Processo Penal, apresentando as eventuais mudanças trazidas pela Lei 12.403/2011 e pela Lei 13.964 de 2019.

A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica. O estudo foi delineado por meio de dois itens e subitens, primeiramente apresenta-se uma revisão de literatura sobre as características da prisão preventiva, assim como a definição de prisão de ofício, em seguida apresenta-se uma discussão sobre a prisão preventiva no código de processo penal, assim como a identificação das partes legítimas para requerer e representar prisão preventiva. No segundo item tratou-se das divergências entre dispositivos do código de processo penal, assim como das decisões e divergências nos tribunais superiores, ainda das divergências legislativas, por fim apresenta as considerações finais do estudo.

## **2. A prisão preventiva de ofício**

As espécies de prisão no Brasil são previstas no ordenamento jurídico em três tipos, sendo elas: prisão extrapenal, prisão penal e prisão cautelar. A prisão extrapenal divide-se, prisão civil e prisão militar. A prisão penal é aquela decorrente de sentença condenatória, segundo o Supremo Tribunal Federal nas ADC’S 43, 44 e 54 são aquelas que já têm trânsito em julgado (CUNHA, 2020).

Fazendo uma breve introdução sobre a prisão cautelar, é importante dizer que esse tipo de prisão ocorre quando o acusado, antes de ser julgado é preso, em decorrência da sua liberdade oferecer risco ao término da investigação, no entanto a legislação internacional tem procurado proteger os direitos fundamentais do cidadão diante desse tipo de prisão, Jain (2020) explica que para uma detenção ser legal de acordo com os Direitos Humanos, ela deve ser realizada de acordo com os procedimentos do Estado de Direito e sem nenhum tipo de arbitrariedade.

Lembrando que os ativistas internacionais de direitos humanos reconhecem que a prisão e o não cumprimento de uma ordem legal de um tribunal, ou prisão a fim de garantir o cumprimento prescrito pela lei não constitui violação dos direitos fundamentais. No entanto, a detenção por mera suspeita é uma violação dos direitos fundamentais e, em geral, da liberdade pessoal dos indivíduos. A detenção é legal em caso de prevenção, ou seja, para evitar que uma pessoa fuja após cometer um crime, ou quando uma pessoa tem diagnóstico de doença mental, e é preciso prevenir de qualquer dano.

O Comitê de Direitos Humanos proíbe a detenção de requerentes de asilo e para fins de extradição e deportação, mesmo em caso de entrada ilegal. O que se percebe é que a prisão

preventiva é justificada para manter a ordem pública por razões de segurança pública, embora seja difícil determinar o que exatamente se enquadra na definição de ordem pública, por isso a prisão preventiva ordenada em nome da ordem pública, deve ser controlada pela lei e de acordo com o procedimento estabelecido pela lei e também não deve ser arbitrária (BRASIL, 2011).

Os detidos têm o direito de ser informados das razões da prisão e detenção com base nas quais foram presos e das acusações formuladas contra esse indivíduo. O detido tinha o direito de se apresentar perante o magistrado judicial dentro de um prazo razoável e também o direito de obter procurador ou advogado de sua escolha. Por fim, é necessário um órgão independente, que não esteja sob controle do Executivo e seja conhecido por dar julgamentos imparciais, sendo essencial para que se cumpra as determinações dos direitos fundamentais do cidadão (BRASIL, 2013).

A prisão cautelar tem se destacado no Processo Penal brasileiro, dentro desta estão: prisão em flagrante, prisão preventiva e a prisão temporária. A prisão preventiva é decretada pela autoridade judiciária competente, ou seja, quem pode decreta-la é o juiz, entretanto este deve ser provocado por autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, querelante ou assistente, podendo ser em qualquer fase das investigações ou processo criminal (CUNHA, 2020).

Hoffmann (2008, p.82) explica que:

[...] as medidas cautelares podem ser adotadas tanto contra o *status libertatis* da pessoa do acusado (consubstanciadas em variadas formas de prisões processuais) como em favor do *status libertatis*, representado por medidas, por exemplo, da liberdade provisória com ou sem fiança, bem como o *habeas corpus*, que pode visar a fatos relacionados com o ato delituoso, cujas providencias se concretizam pela busca e apreensão, por medidas assecuratórias (sequestro, hipoteca legal e arresto), prevista nos artigos 125,134 e 136 do Código de Processo Penal.

Portanto, a detenção antes do julgamento tem como fundamento manter o acusado sob custódia, com intuito de garantir sua presença perante o tribunal, prevenir para que não cometa outra atividade criminosa e / ou impedir que interfira de forma ilegal na investigação do caso.

Quando se trata da prisão preventiva de ofício, é importante entender o que significa a expressão *ex officio* na linguagem forense, de acordo com o que ensina Silva (2005) a expressão é usada quando uma autoridade “executa por iniciativa própria, sem pedido de alguém, somente porque se está na obrigação ou no dever legal de assim proceder”.

No entanto, como ensina Gomes (2011) *ex officio* está diretamente relacionado ao princípio da inércia da jurisdição, ou seja, *ne procedat iudex ex officio*, o que quer dizer na opinião de Tavares (2020, p.2) “que não cabe ao juiz escolher ou ‘ir atrás’ dos casos que pretende decidir, a tutela judicial deve ser instada por outrem”.

No entanto, quando o juiz avalia o flagrante poderá “aplicar uma medida cautelar (inclusive converter a prisão em preventiva) e não precisa, necessariamente, de requerimento,

representação ou mesmo concordância de outras autoridades ou partes para isso”, pois nesse caso o juiz não tomou a iniciativa escolhendo o caso da aplicação, também não viola a inércia, está sim agindo conforme estabelece o art. 5º, incisos LXII, LXV, da Constituição Federal de 1988, assim como o art. 306 do CPP). Segundo Ribas (2020, p.1) “A comunicação e o encaminhamento do auto é formal e de lei exigida, inclusive submetida a distribuição para efeito de firmar a competência”, pois é um ato com razão, valor e forma.

Entendido os preceitos da prisão cautelar, assim como a definição da preventiva de ofício, é relevante conhecer as partes legítimas para requerer e representar a prisão preventiva, tema discutido no próximo item.

### **2.1 Partes Legítimas para Requerer e Representar Prisão Preventiva**

De acordo com novo texto do artigo 311 do Código de Processo Penal, são legitimados para requerer a prisão preventiva o Ministério Público, o querelante ou o assistente, bem como essa prisão preventiva poderá ser por representação da autoridade policial, onde o delegado vai expor os motivos, mesmo se sucintos, mas terá que indicar as razões que justificam a medida. O Ministério Público que tem condição de titular privativo da ação penal pública, previsto no artigo 129, I da Constituição Federal, a requerimento que podem ser na fase de investigações ou posteriormente, no curso da ação penal, quando já for ofertada a denúncia (BRASIL, 1941/2019).

O querelante sempre foi conhecido pela legislação posterior que alterou a disciplina da prisão preventiva, trata-se de legitimidade de querelante comum e ao subsidiário, portanto, o titular da ação penal exclusivamente privada e ao titular da ação penal subsidiária da pública, sendo mais difícil de ocorrer, pois geralmente os crimes de ação penal privada possuem penas mais brandas e por ter pouca gravidade é raro se admitir a prisão preventiva, assim como a subsidiária da pública é mais difícil de ocorrer.

A assistência de acusação é novidade introduzida pela Lei 12.403 de 2011, pois a assistência de acusação não era então prevista na redação anterior deste dispositivo, é legítimo conferida o pedido de decretação de prisão preventiva, o assistente de acusação é conforme artigo 268 do Código de Processo Penal o ofendido, pessoalmente ou por meio de seu representante legal, caso seja incapaz.

### **2.2 Prisão Preventiva no Código de Processo Penal**

A prisão preventiva é medida cautelar encontrada no Código de Processo penal de 1942, cuja adoção foi inspirada no Código de Processo penal italiano de 1930. O Código brasileiro sofreu mudança significativa também em 1994, com o advento da Lei 8.884 de 11 de novembro de 1994, que dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, inserindo no artigo 311 do Código Processual Penal, mais um elemento de cautelaridade,

consubstanciado na garantia da ordem econômica.

Já no ano de 2006 ocorreu a promulgação da Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006 que autorizou a prisão preventiva independentemente de se tratar de crime apenado com detenção, nas hipóteses que envolverem violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, inserindo-se, então, o inciso IV ao artigo 312 do Código de Processo Penal, que hoje se encontra revogado diante a modificação da Lei 13.964 de 2019.

A prisão preventiva do artigo 311 do Código de Processo Penal é aquela decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, diferentemente da prisão penal. Para Cunha (2020, p. 253) “Há quem vislumbre inconstitucionalidade no dispositivo que autoriza decretação da prisão preventiva, por afrontar art. 5º, LVII da Carta, que ao fincar a presunção de inocência”. Essa posição apesar de minoritária foi levada em consideração pela doutrina garantista, sendo o italiano Luigi Ferrajoli (2002) expositor da inadmissibilidade de prisões antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, por então violar o princípio da presunção de inocência.

A decretação da prisão *ex officio* na redação original do artigo 311 permitia que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício, em qualquer fase, seja ela durante as investigações ou no processo criminal. A possibilidade anteriormente advento da Lei 12.403 de 2011, era objeto de crítica da jurisprudência.

A decretação da prisão preventiva *ex officio* durante a fase do inquérito policial é vedada pelo sistema acusatório, uma vez que, banida do ordenamento a decretação de prisão preventiva de ofício no inquérito policial, vale ressaltar que tal entendimento vem se modificando com a evolução das leis, a exemplo que, antes da lei nº 12.403 de 2011, eram possíveis ser decretada a prisão preventiva pelo juiz no inquérito e também no curso da ação penal (ALVES; JOSITA, 2020).

Após vigência da lei 12.403 de 2011, passou a ser possível a decretação da prisão preventiva no inquérito policial só mediante provocação, ficando ainda possível a modalidade *ex officio* no curso da ação penal. Então com a vigência do Pacote Anticrime lei 13.964 de 2019 ficou banida as modalidades de serem decretadas de ofício, tanto no inquérito quanto no curso da ação penal (RIBAS, 2020).

A então deficiência foi alvo de alteração da Lei 12.403 de 2011, limitando esse poder durante a fase de investigação, sendo nessa vedada a decretação da prisão preventiva “*ex officio*”, portando cabe o juiz aguardar provocação do Ministério Público ou da Autoridade Policial. Porém no curso do processo o juiz poderia ainda decretar a prisão preventiva de modalidade de ofício independente de representação ou pedido das partes (LEONARDI, 2019).

Nesse sentido, Cunha (2020, p. 259) adverte:

Mesmo com a mudança, importante parcela da doutrina lecionava que o ideal seria retirar, do juiz, desse poder de agir de ofício, como forma de preservação do sistema acusatório, que bem define a posição de cada um no processo penal. Se ao juiz é dado o poder de julgar e se, para tanto, deve manter uma posição de equidistância e imparcialidade, seria mais adequado que se deixasse às partes a possibilidade de requerer a prisão preventiva, evitando-se, com isso, qualquer ação do juiz *sponte própria*.

Diante do pensamento teórico acima observa-se que com a nova alteração no artigo 311, proíbe-se o juiz agir de ofício em qualquer das fases da persecução penal. Tornando-se possível apenas a decretação da prisão preventiva através de provocação.

A alteração diante a manutenção da prisão preventiva foi imposta na Lei 13.964 de 2019, conforme artigo 316, parágrafo único, que prevê de forma obrigatória a revisão da decretação da prisão preventiva a cada 90 dias, de forma oficiosa pelo órgão emissor da decisão (CORREA, 2020).

A mudança busca evitar o esquecimento de réus que acabam cumprindo sua pena antes da própria sentença, sendo esquecido no sistema carcerário brasileiro, por tanto, caso houver inércia por parte do judiciário em questão da revisão neste prazo, a prisão preventiva torna-se ilegal, portanto, sendo ilegal o preso deve ser imediatamente solto, havendo relaxando da prisão preventiva. Cabe ressaltar que o sistema judiciário brasileiro se encontra em colapso em muitas comarcas, mas este é um problema que o réu preso não pode sofrer as consequências.

### **3. Divergência entre dispositivos do código de processo penal**

Diante o sistema acusatório brasileiro atual, cada sujeito processual terá que exercer uma função definida dentro do processo. Cabendo a um acusar, em regra esse será o Ministério Público, e, outro defender, o advogado ou defensoria pública. Nessa situação se vê inteiramente necessário um terceiro para julgar, ou seja, um juiz imparcial. Tais pressupostos ficou expresso na Lei 13.964 de 2019, artigo 3º-A, que determinou que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

As principais características desse sistema foi a separação dos órgãos da acusação, defesa e julgamento, tendo um processo de partes. A defesa precisa de liberdade e igualdade de posição, sendo necessário o contraditório, a livre apresentação de provas pelas partes se inclui nessa necessidade de contraditório. A própria Constituição Federal da República de 1988 adota esse sistema.

Apesar de ser possível afirmar que o sistema processual brasileiro é acusatório, é comum encontrar diversos vestígios inquisitivos dentro do Código Processual Penal, vários autores, principalmente aqueles com posicionamento garantista, dizem que devem ser banidos ou não recepcionados, artigos como, por exemplo, o 156 do Código.

O juiz no caso do artigo 156 age de ofício, uma vez que, ele pode *ex officio* mesmo

antes do início da ação penal determinar a produção de provas antecipadamente, se consideradas urgentes e relevantes, ou seja, sem pedido das partes. O ordenamento jurídico tem muitas situações que consagram a posição inquisitória do julgador.

Nesse sentido, Lima (2020, p. 105) adverte:

A partir do momento em que uma mesma pessoa concentra as funções de investigar e colher as provas, estará comprometido *a priori* com a tese da culpabilidade do acusado. Com efeito, se o magistrado tomou a iniciativa de determinar, de ofício, a realização de um ato investigatório, mesmo antes do início do processo penal, já indica, por si só, estar ele procurando uma confirmação para alguma hipótese sobre os fatos, é dizer, estar ele se deslocando daquela posição de imparcialidade decorrente da sua posição de terceiro para uma posição parcial, não mais alheia aos interesses da acusação ou da defesa.

Esses são alguns dos resquícios presentes no Código de Processo Penal, como o que ocorre no artigo 316, que determina em seu texto, “O juiz poderá, de ofício” ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” então mais uma vez o sistema inquisitivo atrelado no Código de Processo Penal, pois é uma atuação *ex officio* pelo magistrado no caput e na parte final do artigo, onde ele poderá “redecretar” a prisão preventiva.

Nos procedimentos administrativos, como inquérito policial e nos processos administrativo tem-se procurado deixar cada vez mais o juiz livre de decisões de ofício, buscando ser mais imparcial seus atos e a sentença, deixando de lado a prática de ofício do magistrado na fase de investigação e na persecução penal, conseqüentemente, por exemplo, um advogado ao fazer o pedido de *habeas corpus* para seu cliente para aquele juiz que decretou a prisão preventiva de ofício, não se encontrava qualquer imparcialidade no rito, pois se o juiz decretou a prisão, dificilmente irá mandar soltar o acusado (TALON, 2017).

O rito fica mais imparcial, se o juiz decretar a prisão após ser provocado e não ter agido de ofício, conforme dispõem a então Lei 13.964 de 2019, diferentemente dos atos que aconteciam antes desta Lei.

Essa situação de agir de ofício ainda existe no Código de Processo Penal vigente, também se encontra, no ordenamento jurídico, uma série de questões referentes ao juiz agir de ofício diante à persecução penal. O pacote anticrime apresenta a diretriz do sistema acusatório, o exercício do *jus puniendi* pelo Estado em que as partes produzem provas e o juiz apenas julga com base nessas provas trazidas até ele, não concentrando funções de investigar e julgar, como era a vez da inquisição, *in dubio pro reo*, caso não convença com sua verdade trazendo a certeza sobre a culpabilidade do réu esse deverá ser absolvido (LOPES JUNIOR, 2020).

Ainda, no pacote anticrime, Lei 13964/2019, trouxe um julgado do *Habeas Corpus* 188.888/MG, pela 2ª turma do Supremo Tribunal Federal. “Sendo Ministro Relator Celso de

Mello, no julgado foi acolhida por unanimidade a ilegalidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva *ex officio*” (MARIANO JÚNIOR, 2020). Nesse sentido, é importante apresentar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, os quais apresenta-se no próximo item.

#### 4. Decisões e Divergências nos Tribunais Superiores

Lembrando que o artigo 310 alterado pela Lei 13.964/2019 acrescentou no Código de Processo Penal a previsão legal da prisão em flagrante, sendo o preso submetido a então audiência de custódia, que deve ser realizada em até 24 horas após o flagrante. A audiência de custódia é realizada atendendo à Convenção Americana de Direito Humanos, trata-se da apresentação do preso a um juiz. Embora tenha sido acrescentada pela Lei 13.964/2019, esse tipo de prisão já era previsto no ordenamento jurídico brasileiro, conforme pode ser observado na Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça. Segundo Cunha (2020, p. 238) “basicamente se encontra duas finalidades desta, sendo elas: proteção à integridade física do preso e a constatação, ou seja, exame de acordo com as circunstâncias do caso concreto, analisando a necessidade de ser mantida a prisão do autuado”.

Nas prisões em flagrante, a autoridade policial, cerceia a liberdade do cidadão apenas com a oitiva do condutor, testemunha. Em diversas vezes esse condutor/testemunha são os policiais da guarnição que fez a prisão em flagrante, por sua vez, não é realizada outros atos de investigação. Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello ressalta que no processo penal não deve haver esse poder de cautela do magistrado, bem como da autoridade policial em restringir a liberdade por precaução, pois estaria violando os direitos fundamentais. Como explica Lopes Júnior (2020, p.3) “não abunda repisar que o processo penal limita o poder punitivo do Estado, de modo que, para se cercear a liberdade do cidadão, é imprescindível que se encaixe nas hipóteses constantes no código de processo penal”.

Ainda sobre a modalidade de ofício pontua-se que a Lei 13.964/ 2019 que alterou o §2º e 4º do artigo 282 do Código de Processo Penal, na mesma junção do já citado artigo 311, excluiu o termo “de ofício” em quaisquer hipóteses, ficando vedado ao magistrado decretar prisão preventiva sem requerimento do membro do Ministério Público, do assistente de acusação, querelante ou representação da autoridade policial.

Os artigos aludidos acima vedaram a hipótese de decretação da prisão preventiva de ofício, ficando claro que para converter o flagrante em preventiva conforme estabelece o artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal, é necessário ter um requerimento. Nesse sentido, só a comunicação do auto da prisão em flagrante não significa que foi feito o requerimento, uma vez que, não se presume, por se tratar de liberdade de uma pessoa, é necessário ter uma decisão fundamentada concretamente. O pedido da prisão preventiva deve ser expresso, inequívoco e contendo provas concretas. É nesse sentido que a decisão do *Habeas Corpus* 188.888/MG,

[...] (re)afirma que o sistema processual a ser aplicado no Código de Processo Penal é o acusatório por garantir o contraditório e ampla defesa. Por conseguinte, a Lei 13.964/2019 vedou a possibilidade de o juiz decretar prisão preventiva de ofício, visto que no sistema acusatório o magistrado, para manter-se imparcial, deve ser mero espectador, observador, inerte e julgar com o que foi produzido pelas partes, e não ter uma conduta positiva. Logo, fazendo uma interpretação teleológica, sistemática, fica evidenciada a impossibilidade de o juiz converter a prisão em flagrante em preventiva mesmo com o artigo 310, II, do CPP não deixando explícita tal vedação, afinal o CPP aplica o sistema acusatório (MARIANO JÚNIOR, 2020, p.3).

Constata-se a possibilidade de o juiz, sem requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, causando divergência no Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, as turmas que julgam matéria criminal recentemente consolidaram dois entendimentos distintos sobre a matéria. Para a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, como citado acima, só pode ser convertida em prisão preventiva se o Ministério Público ou autoridade policial requererem.

Já a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça vem adotando entendimento que a Lei excluiu a possibilidade de fazer uma conversão de ofício, uma vez que, vem se alterando e buscando extinguir tal modalidade de ofício, posicionamento que recentemente se difundiu com a da 2ª Turma do Tribunal Federal, ainda com decisões monocráticas de ministros do STF.

Apesar de se ter duas Turmas já tratando de forma quase consolidada, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, não concorda com tal entendimento, mantendo a jurisprudência, não levando em consideração as mudanças da Lei 13.964/2019. O Ministro Rogério Schietti Cruz destacou em seu relatório da decisão do HC 597.536/GO “não há nulidade na conversão da prisão em flagrante em custódia cautelar, de ofício, pelo Magistrado singular, diante da urgência com que deve ser tratada essa hipótese”, tendo como fundamento o artigo 310, inciso II do Código de Processo Penal. Portanto, é importante esclarecer que não existe “decisão de ofício se o Código de Processo Penal manda o magistrado, analisar a conversão da prisão durante a audiência de custódia do autuado em flagrante” (BRASIL, 2020, p.1), conforme pode ser visto na decisão do HC 597.536/GO, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA NÃO PRECEDIDA DE REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL OU DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. PERICULUM LIBERTATIS. ARTS. 312 E 315 DO CPP. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA. 1. Quanto à pretensa nulidade decorrente da conversão do flagrante em prisão preventiva, de ofício, pelo Juízo singular, vê-se que a atuação do Magistrado se enquadra na hipótese do art. 310, II, do Código de Processo Penal. 2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que, a despeito das alterações efetivadas pela Lei n. 13.964/2019, não há nulidade na conversão da prisão em flagrante em custódia cautelar, de ofício, pelo Magistrado singular, diante da urgência com que deve ser tratada essa hipótese. Precedentes. 3. A prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra,

automaticamente, do caráter abstrato do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP). Além disso, a decisão judicial deve apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (arts. 312 e 315 do CPP). 4. Foi apresentada motivação idônea para justificar a prisão preventiva – notadamente, a apreensão de quase 1 kg de maconha e o risco de reiteração delitiva, evidenciado pela reincidência do acusado e pelo fato de que cumpria pena no regime semiaberto no momento da prática ilícita ora apreciada -, circunstâncias suficientes, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, para lastrear a imposição da cautela extrema. 5. Ordem denegada (BRASIL, 2020, p.2).

Percebe-se que o Ministro relator, Rogerio Schietti Cruz, indaga que o juiz deverá, na audiência de custódia, converter sim a prisão em flagrante em preventiva, se presente os requisitos legais e por sua vez, revelarem inadequadas ou insuficientes às medias cautelares que forem diversas da prisão. Como pode ser visto no trecho a seguir do julgado do HC 597.536/GO:

Não há, em tal situação, uma atividade propriamente oficiosa do juiz, porque, a rigor, não apenas a lei obriga o ato judicial, mas também, de um certo modo, há o encaminhamento, pela autoridade policial, do auto de prisão em flagrante para sua acurada análise, na expectativa, derivada do dispositivo legal, de que o juiz, após ouvir o autuado, adote uma das providências ali previstas, afirmou o Ministro Rogerio Schietti Cruz (VITAL, 2020, p.2).

Essa divergência está estendida quando se trata da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, pois este definiu a matéria em total concordância, com o legislativo buscado a efetivação do sistema penal acusatório. A situação de decretação de prisão preventiva quando se tratar de conversão da prisão em flagrante, ambos poderia ser por *ex officio* por grande período se perdurou no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que só após a evolução do direito foi possível deixar de ocorrer, ter um retrocesso jurídico após anos de desenvolvimento é inadmissível diante do sistema acusatório instruindo cada vez mais dentro do Processo Penal, esse retrocesso atingiria as defesas dentro da persecução penal.

Nesse sentido, Lopes Junior (2020, p. 974) adverte

A tal “conversão de ofício” da prisão em flagrante em preventiva é uma burla de etiquetas, uma fraude processual, que viola frontalmente o art. 311 do CPP (e tudo o que se sabe sobre sistema acusatório e imparcialidade), e aqui acaba sendo – felizmente – sepultada, na medida em que o Ministério Público está na audiência. Se ele não pedir a prisão preventiva, jamais poderá o juiz decretá-la de ofício, por elementar.

Não é incomum ocorrer discordância entre Cortes Superiores no Brasil, tal situação que já se encontrava quase que superada por concordância de duas Turmas de Tribunais diferentes, volta a para debate após inobservância de um tema que já vinha sendo superado pelo simples fato de ser congruente com o sistema acusatório.

## 5. Divergências Legislativas

No ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente na Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, é possível encontrar situação conflitantes entre a Lei e o Código Processual Penal. Trata-se do Artigo 20 da Lei 11.340/2006, o qual permite a prisão preventiva em face do agressor de ofício pelo juiz, ou seja, sem a necessidade de provocação do referido julgador.

A Lei 13.964/2019 não trouxe nenhuma alteração ou ressalva sobre casos de violência doméstica, com advento, a prisão preventiva depende de requerimento do Ministério Público, o querelante, do assistente ou de representação do Delegado de Polícia. A Lei Maria da Penha por ter como fundamento a proteção da mulher deve ser aplicada em sua integralidade em decorrência do princípio da especialidade. Pois, esse é um caso presumível e ideológico que visa proteger a mulher, nesse sentido fica superada a divergência entre a norma processual penal.

O princípio da especialidade traz em seu bojo que a norma especial afasta a incidência da norma geral, uma vez que, a norma se diz especial quando contiver os elementos então geral e acrescentar pormenores, mas não há leis ou disposições especiais ou geral em absoluto.

A incidência do princípio da especialidade, no ordenamento jurídico brasileiro estabelece contornos práticos, o juiz desta forma pode decretar a prisão preventiva de ofício, exclusivamente nos casos de violência doméstica, desta forma o magistrado revogará, mesmo que tacitamente a norma processual penal, especificamente o artigo 311.

Mas, há de se falar em argumentos para que o artigo 311 do Código de Processo Penal seja integralmente aplicado nos casos de violência doméstica, então cabe ao Poder Judiciário ser provocado pelas partes legitimadas para que o magistrado possa promover a prisão preventiva, certamente tem-se que as motivações das decisões do juiz devem ser apresentadas no momento que se segrega o acusado de violência doméstica. Assim não violará o sistema acusatório do processo penal e consequentemente respeitará o princípio do contraditório e a ampla defesa, princípios esses constitucionais, previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (PEREIRA, 2020).

A aplicação da regra geral traz mais segurança jurídica para o caso concreto, mas não significa que a vítima ficará desamparada diante do caso concreto, pois, se o juiz for provocado seja pelo Ministério Público ou por representação da autoridade policial, ele tem que trazer em sua decisão o motivo da prisão preventiva, conforme expõe o artigo 312 do Código de Processo Penal, desta forma acontece o contrário do já exposto, pois se revoga tacitamente o que está previsto na Lei 11.340/2006.

Nesse sentido o Código Penal brasileiro dispõe no artigo 12 “as regras gerais deste código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”. O que se constata é que o artigo 20 da Lei Maria da Penha não apresenta nada de

novo, em absoluto nada de especial em relação ao Código de Processo Penal, tratando-se de mera transcrição, quase que completa, da redação original do artigo 311, vigente quando da sua sanção (CUNHA; PINTO, 2020).

## 6. Conclusão

No decorrer deste estudo apresentaram-se as principais nuances do instituto da prisão preventiva prevista no Código de Processo Penal brasileiro, artigo 311, destacando-se as alterações que impactaram o referido dispositivo com a Lei 13.964 de 2019, mais conhecida como “Pacote Anticrime”. Notadamente, fora retirada a possibilidade de o juiz agir de ofício para decretar a prisão preventiva, sem antes que tenha sido provocado por alguns dos legitimados legais.

Além do mais, buscou-se evidenciar que a retirada da possibilidade do juiz declarar de ofício a prisão durante a persecução penal, e por último, deste decretar a prisão preventiva de ofício também em sede de inquérito policial, foi bem-vinda, afinal, o próprio Código de Processo Penal em seu artigo 3ºA declara sua estrutura é de fato acusatória e não inquisitorial.

De tal sorte, vislumbrou-se que, por se tratar da medida mais severa entre as cautelares, a prisão preventiva precisa sempre estar em consonância com a evolução do direito, bem como à sociedade, pois, trata-se da liberdade do indivíduo, direito este que deve ser suprimido somente em últimos casos, assim como o direito penal é a *ultima ratio* no ordenamento jurídico.

Por fim, concluiu-se que ainda se encontram no Código de Processo Penal dispositivos que dão aval ao magistrado para agir de ofício, situação essa que se encontra em dissonância à própria estrutura do sistema acusatória atual. Em que pese isso, é notório que as alterações efetivadas por meio da Lei 13.964 de 2019 geraram impactos significativos nos procedimentos jurídicos penais, especialmente no tocante à imparcialidade do magistrado, porém, cabe esperar os impactos nas futuras decisões, a fim de evidenciar sua aplicabilidade prática para além da teoria.

## Referências

ALVES, Leonardo Barreto; JOSITA, Higyna. O juiz pode decretar prisão preventiva de ofício? **Consultor Jurídico**, 2 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/opiniao-juiz-decretar-prisao-preventiva-oficio>. Acesso em: 01 de agosto de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto n 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acessado em: 01 de agosto de 2020.

BRASIL. **Lei 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

BRASIL. **Lei 8.884**, de 11 de novembro de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

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.

BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoamento da Legislação Penal e Processual Penal.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça- STJ. **Habeas Corpus 597.536/GO**. Impetrante Defensoria Pública do Estado de Goiás (advogado José Luiz Pereira de Souza). Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (paciente Rogelio Dourado de Azevedo – preso). Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 3 de agosto de 2020. Lex: jurisprudência do STJ. 2020.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Direito a um julgamento justo**. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Direitos humanos na administração da justiça**: um manual de direitos humanos para juízes, procuradores e advogados. 2011. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/11/human%20rights%20in%20the%20administration%20of%20justice%20portuguese.pdf>. Acesso em 10 abr.2021.

CORREA, Gasparino. Sobre a revisão da prisão a cada 90 dias. **Consultor Jurídico**, 15 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-15/correa-revisao-prisao-preventiva-cada-90-dias>. Acesso em abr. 2020.

CUNHA, David Alves. ADC 43, 44 e 54 - prisão após condenação em segunda instância e a presunção de inocência no Supremo Tribunal Federal. Direito Processual Penal. **Conteúdo Jurídico**, 9 de junho de 2020.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Código de Processo Penal e Lei de execução penal comentados por artigos**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

JAIN, Samyak. **Detenção preventiva**: prejudicial aos direitos humanos. Jan. 2020. Disponível em: [https://blog.ipleaders.in/preventive-detention-detrimental-human-rights/#:~:text=Preventive%20measures,-For%20lawful%20detention&text=Detention%20on%20mere%20suspicion%20is,general%2C%20personal%20liberty%20of%20individuals.&text=Deprivation%](https://blog.ipleaders.in/preventive-detention-detrimental-human-rights/#:~:text=Preventive%20measures,-For%20lawful%20detention&text=Detention%20on%20mere%20suspicion%20is,general%2C%20personal%20liberty%20of%20individuals.&text=Deprivation%20). Acesso em: abr. 2021.

LEONARDI, Lucas Cavini. **A prisão preventiva para a garantia da ordem pública no processo penal brasileiro**. Dissertação de Mestrado (Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual.

Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARIANO JUNIOR, Alberto Ribeiro. A ilegalidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício. **Consultor Jurídico**, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-13/alberto-mariano-conversao-prisao-flagrante-preventiva#:~:text=No%20C3%BA%20ultimo%20dia%20de%20foi,flagrante%20em%20preventiva%20ex%20officio>. Acesso em: 01 de novembro de 2020.

PEREIRA, Luiz Fernando. O juiz pode decretar prisão preventiva de ofício em casos de violência doméstica com o advento do Pacote Anticrime? **JusBrasil**, 05/2020. Disponível em: [https://drluizfernandopereira.jusbrasil.com.br/artigos/859476317/o-juiz-pode-decretar-prisao-preventiva-de-oficio-em-casos-de-violencia-domestica-com-o-advento-do-pacote-anticrime#:~:text=Primeiro%20diz%20respeito%20ao%20artigo,Maria%20da%20Penha%20\(Lei%20n.%2011.340%20de%202009,%20artigo%201%20do%20CPC%20de%202015\).&text=O%20Segundo%20diploma%20processual%20est%20C3%A1,do%20C3%B3digo%20de%20Processo%20Penal.>](https://drluizfernandopereira.jusbrasil.com.br/artigos/859476317/o-juiz-pode-decretar-prisao-preventiva-de-oficio-em-casos-de-violencia-domestica-com-o-advento-do-pacote-anticrime#:~:text=Primeiro%20diz%20respeito%20ao%20artigo,Maria%20da%20Penha%20(Lei%20n.%2011.340%20de%202009,%20artigo%201%20do%20CPC%20de%202015).&text=O%20Segundo%20diploma%20processual%20est%20C3%A1,do%20C3%B3digo%20de%20Processo%20Penal.>) Acesso em: jan. 2021.

RIBAS, Leonardo. O juiz pode decretar prisão preventiva de ofício? Tem ‘exceção’ no CPP? Conversão e restabelecimento. **Estratégias**, 28 de junho de 2020. Disponível em: [https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/o-juiz-pode-decretar-prisao-preventiva-de-oficio-tem-excecao-no-cpp-conversao-e-restabelecimento/#:~:text=5%C2%BA%20LXII%20LXV\)%20e%20da%20lei%20\(art.%201%20do%20CPC%20de%202015\),tem%20raz%C3%A3o%20de%20valor%20e%20forma.&text=O%20Segundo%20diploma%20processual%20est%20C3%A1,do%20C3%B3digo%20de%20Processo%20Penal.>](https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/o-juiz-pode-decretar-prisao-preventiva-de-oficio-tem-excecao-no-cpp-conversao-e-restabelecimento/#:~:text=5%C2%BA%20LXII%20LXV)%20e%20da%20lei%20(art.%201%20do%20CPC%20de%202015),tem%20raz%C3%A3o%20de%20valor%20e%20forma.&text=O%20Segundo%20diploma%20processual%20est%20C3%A1,do%20C3%B3digo%20de%20Processo%20Penal.>) Acesso em abr.2021. SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TALON, Evinis. O que o Juiz “pode” fazer de ofício no Processo Penal? **Jusbrasil**, 2017. Disponível em: <https://evinistalon.jusbrasil.com.br/artigos/447390273/o-que-o-juiz-pode-fazer-de-oficio-no-processo-penal>. Acesso em: abr.2021.

VITAL, Danilo. STJ diverge sobre conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício. **Consultor Jurídico**, 14 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-14/stj-diverge-conversao-prisao-flagrante-preventiva>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Artigo recebido em: 2021-07-19

Artigo aceito para publicação em: 2021-09-01