



LA PRISIÓN PREVENTIVA DE OFICIO ANTE EL SISTEMA ACUSATORIO BRASILEÑO

Karina Cordazzo¹
Bruno Vinicius Barboza de Oliveira²

Resumen: El objetivo de este artículo fue discutir la prisión preventiva, en la forma del Código Procesal Penal, dentro de las características de la instrucción policial, así como en la acción penal, con las posibles modificaciones introducidas por las leyes n. 12.403/2011 y 13.964/2019. La metodología aplicada en el desarrollo del trabajo fue la investigación bibliográfica, utilizando legislación, doctrinas y artículos científicos, que retratan el tema. La investigación señaló que las modificaciones realizadas al artículo 311 del Código Procesal Penal fueron evidentemente positivas para la ley, dejando el procedimiento más imparcial en la posición en que el juez sólo decretará la prisión preventiva en caso de que sea requerida por la parte, a saber: el Ministerio Público, querellante o auxiliar, así como a requerimiento de la autoridad policial. Llama la atención, sin embargo, que si bien se han encontrado divergencias dentro del propio Código Procesal Penal y en leyes especiales, la mayoría de los Tribunales han adoptado la posición de que cuanto menos actúe el magistrado de oficio, más imparcial resultará el proceso penal.

Palabras clave: Prisión Preventiva. Persecución penal. Paquete antidelito

1. Introducción

En la actualidad, la prisión preventiva es un instrumento procesal, que puede ser utilizado antes de la condena del imputado, y puede ser utilizada en una acción penal o criminal, siendo dictada por el juez, luego de que éste haya sido accionado por las partes legitimadas. En muchos casos se pregunta cuál sería el plazo de esta prisión cautelar, pero no existe un plazo específico y determinado en la ley sobre la duración, existiendo solo reglas que determinan que la duración tendrá que seguir el tiempo necesario.

La prisión preventiva, como su nombre lo indica, tiene por objeto garantizar el conveniente desarrollo de la investigación penal, generando un lapso temporal cuando se trata de una duración prolongada, lo que puede ser considerado vergonzante para el acusado, convirtiéndose en un acto de ilegalidad. Para dictar la prisión preventiva es necesario contar con un determinante de garantía de orden público, de orden económico, por conveniencia de la instrucción penal o para asegurar la aplicación de la ley penal, en los casos en que existen pruebas de la existencia del delito o indicios suficientes de autoría. La Ley 13.964/2019 agregó que la prisión preventiva puede ser dictada cuando existe peligro generado por el estado de

¹ Estudiante de Doctorado en Derecho en la Institución Toledo de Enseñanza (ITE). Máster en Fronteras y Derechos Humanos por la Universidad Federal de Grande Dourados (UFGD). Profesor del curso de Derecho en el Centro Universitario de Grande Dourados (UNIGRAN) y en la Universidad Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3465-0792>. Correo electrónico: karine.cordazzo@unigran.br

² Estudiante de Derecho en el Centro Universitario de Grande Dourados (UNIGRAN). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5556-1129>. Correo electrónico: brunovini400@gmail.com

libertad del imputado.

De acuerdo con el Código Procesal Penal, los delitos para los que cabe prisión preventiva son los delitos dolosos punidos con pena máxima de más de cuatro años, reincidente en delito doloso, incluso delitos que involucren violencia doméstica y familiar contra mujeres, adolescentes, niños, ancianos, enfermos o personas con discapacidad, para garantizar las medidas de protección.

No obstante, la prisión preventiva puede ser declarada cuando el individuo crea dudas sobre la identidad civil o incluso no aporta elementos suficientes para el esclarecimiento; estos supuestos están previstos en el Art. 313 del Código Procesal Penal. También puede ser dictada la prisión preventiva en forma distinta a la del artículo 313, cuando otra medida cautelar acumulativa no sea suficiente y el imputado incumpla el pago, en el marco de la causal y supuesto.

El tema objeto de estudio tiene como objetivo profundizar en la comprensión de las características y desarrollos de la prisión preventiva, principalmente a partir de los cambios influidos por la Ley 13.964 de 2019 “Paquete Antidelito”, más específicamente la eliminación de las palabras “de oficio” del artículo 311 del Código Procesal Penal, así como las divergencias identificadas en el propio código y en las leyes especiales.

El objetivo del artículo es discutir la prisión preventiva, en los moldes del Código Procesal Penal, presentando las eventuales modificaciones introducidas por la Ley 12.403/2011 y por la Ley 13.964 de 2019.

La metodología utilizada fue la investigación bibliográfica. El estudio fue diseñado a través de dos puntos y subpuntos; primero se presenta una revisión de la literatura sobre las características de la prisión preventiva, así como la definición de prisión preventiva de oficio, luego se plantea una discusión sobre la prisión preventiva en el código procesal penal, así como como la identificación de los legitimados para requerir y representar la prisión preventiva. El segundo punto abordó las divergencias entre disposiciones del código procesal penal, así como las decisiones y divergencias en los tribunales superiores, también de las divergencias legislativas, y finalmente se presentan las consideraciones finales del estudio.

2. La prisión preventiva de oficio

Los tipos de prisión en Brasil están previstos en el ordenamiento jurídico en tres tipos, a saber: prisión extrapenal, prisión penal y prisión cautelar. La prisión extrapenal se divide en prisión civil y prisión militar. La prisión penal es la derivada de una sentencia condenatoria, según el Supremo Tribunal Federal en las ADC'S 43, 44 y 54 son las que ya quedaron firmes (CUNHA, 2020).

Haciendo una breve introducción sobre la prisión cautelar, es importante señalar que este tipo de prisión tiene lugar cuando el imputado es detenido antes de ser juzgado, dado que su

libertad pone en riesgo al término de la investigación. Sin embargo, la legislación internacional ha buscado proteger los derechos fundamentales del ciudadano frente a este tipo de prisión. Así, Jain (2020) explica que para que la detención sea lícita de acuerdo con los derechos humanos, debe ser llevada a cabo de conformidad con los procedimientos del Estado de Derecho y sin ningún tipo de arbitrariedad.

Recordando que los activistas internacionales de derechos humanos reconocen que la prisión y el incumplimiento de una orden legal de un tribunal, o la prisión para garantizar el cumplimiento de lo prescrito por la ley, no constituye una violación de los derechos fundamentales. Sin embargo, la detención por mera sospecha es una violación de los derechos fundamentales y, en general, de la libertad personal de las personas. La detención es legal cuando se trata de prevención, es decir, para evitar que una persona huya después de cometer un delito, o cuando una persona tiene un diagnóstico de enfermedad mental, y se debe prevenir cualquier daño.

El Comité de Derechos Humanos prohíbe la detención de solicitantes de asilo y con fines de extradición y deportación, incluso en caso de entrada ilegal. Lo que se percibe es que la prisión preventiva se justifica para mantener el orden público por razones de seguridad pública, aunque es difícil determinar qué entra exactamente dentro de la definición de orden público, por lo que la prisión preventiva ordenada en nombre del orden público debe estar controlada por la ley y de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley y además no debe ser arbitraria (BRASIL, 2011).

Los detenidos tienen derecho a ser informados de los motivos del arresto y detención por los que fueron arrestados y de los cargos que se les imputan. El detenido tiene derecho a comparecer ante el magistrado en un plazo razonable y también derecho a obtener un fiscal o un abogado de su elección. Finalmente, se necesita un órgano independiente, que no esté bajo el control del Ejecutivo y sea conocido por emitir juicios imparciales, siendo esencial para el cumplimiento de las determinaciones de los derechos fundamentales del ciudadano (BRASIL, 2013).

La prisión cautelar ha sido destacada en el Proceso Penal brasileño, dentro de esta se encuentran: prisión en flagrante delito, prisión preventiva y prisión temporal. La prisión preventiva es dictada por la autoridad judicial competente, es decir, la puede dictar el juez, pero debe ser requerida por una autoridad policial o por solicitud del Ministerio Público, querellante o auxiliar, y puede ser en cualquier etapa de la investigaciones o proceso penal (CUNHA, 2020).

Hoffmann (2008, p. 82) explica que:

[...] las medidas cautelares pueden ser adoptadas tanto contra el *status libertatis* de la persona del imputado (consustanciada en diversas formas de prisiones procesales) como a favor del *status libertatis*, representado por

medidas, por ejemplo, de la libertad provisional con o sin fianza, así como el *habeas corpus*, que pueden tener por objeto hechos relacionados con el hecho delictivo, cuyas medidas se instrumentan mediante el allanamiento e incautación, mediante medidas de aseguramiento (secuestro, hipoteca legal y arresto), previstos en los artículos 125, 134 y 136 del Código Procesal Penal.

Por lo tanto, la detención antes del juicio se basa en mantener al imputado bajo custodia, con el fin de asegurar su presencia ante el tribunal, evitar que cometa otra actividad delictiva y/o impedir que se inmiscuya ilícitamente en la investigación del caso.

Cuando se trata de la prisión preventiva de oficio, es importante entender lo que significa la expresión *ex officio* en el lenguaje forense. Según enseña Silva (2005), la expresión se utiliza cuando una autoridad “ejecuta por iniciativa propia, sin pedido de nadie, sólo porque tiene la obligación o el deber legal de proceder de ese modo”.

Sin embargo, como señala Gomes (2011) *ex officio* está directamente relacionado al principio de la inercia de la jurisdicción, o sea, *ne procedat iudex ex officio*, lo que quiere decir en la opinión de Tavares (2020, p. 2) “que no cabe al juez elegir o ‘ir atrás’ de los casos que pretende decidir, la tutela judicial debe ser instada por otro”.

Sin embargo, cuando el juez valora el acto flagrante, puede “aplicar una medida cautelar (incluyendo la conversión de la prisión en preventiva) y no necesariamente necesita solicitud, representación o incluso acuerdo de otras autoridades o partes para ello”, porque en este caso el juez no tomó la iniciativa de elegir el caso de aplicación, ni viola la inercia, está actuando como lo establece el Art. 5, incisos LXII, LXV, de la Constitución Federal de 1988, así como el Art. 306 del CPP). Según Ribas (2020, p. 1) “La comunicación y remisión del auto es formal y exigida por la ley, incluso su presentación para su distribución a los efectos de establecer la competencia”, ya que se trata de un acto con razón, valor y forma.

Habiendo entendido los preceptos de la prisión cautelar, así como la definición de prisión preventiva de oficio, es relevante conocer las partes legitimadas para solicitar y representar la prisión preventiva, tema que se analiza en el siguiente punto.

2.1 Partes Legítimas para Requerir y Representar la Prisión Preventiva

Según el nuevo texto del artículo 311 del Código Procesal Penal, son legitimados para requerir la prisión preventiva el Ministerio Público, el querellante o auxiliar, así como esta prisión preventiva podrá ser por representación de la autoridad policial, donde el delegado expondrá los motivos, aunque sea sucintamente, pero deberá indicar las razones que justifican la medida. El Ministerio Público que tiene la calidad de titular exclusivo de la acción penal pública, previsto en el artículo 129, I de la Constitución Federal, a solicitud que se encuentre en la etapa de investigación o posterior, en el curso de la acción penal, cuando la denuncia ya fue labrada (BRASIL, 1941/2019).

El querellante siempre ha sido conocido por la legislación posterior que modificó el

régimen de la prisión preventiva, se trata de la legitimidad del querellante común y del subsidiario, por tanto, el titular de la acción penal exclusivamente privada y el titular de la acción penal subsidiaria de la pública, siendo más difícil que se produzca, ya que los delitos de acción penal privada suelen tener penas más leves y, por su escasa gravedad, es raro que se admita la prisión preventiva, así como la subsidiaria de la pública es más difícil que se produzca.

La asistencia de acusación es una novedad introducida por la Ley 12.403 de 2011, ya que en la redacción anterior de esta disposición no se preveía la asistencia de la acusación. La solicitud de medida de prisión preventiva es legítima, el asistente de acusación es de acuerdo con el artículo 268 del Código Procesal Penal el ofendido, personalmente o por medio de su representante legal, si fuere incapaz.

2.2 La Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal

La prisión preventiva es una medida cautelar que se encuentra en el Código Procesal Penal de 1942, cuya adopción se inspiró en el Código Procesal Penal italiano de 1930. El Código brasileño también sufrió cambios significativos en 1994, con el advenimiento de la Ley 8.884, del 11 de noviembre de 1994, que previó la prevención y represión de las infracciones contra el orden económico, insertando en el artículo 311 del Código Procesal Penal, otro elemento cautelar, plasmado en la garantía del orden económico.

En 2006 se promulgó la Ley 11.340, del 7 de agosto de 2006, que autorizó la prisión preventiva, independientemente de que sea un delito punible con prisión, en los casos de violencia doméstica y familiar contra la mujer, en los términos de la ley específica, para garantizar la ejecución de medidas urgentes de protección, insertándose, entonces, el inciso IV al artículo 312 del Código Procesal Penal, que ahora se encuentra derogado por la modificación de la Ley 13.964 de 2019.

La prisión preventiva del artículo 311 del Código Procesal Penal es la dictada antes de la cosa juzgada de la sentencia penal condenatoria, a diferencia de la prisión penal. Para Cunha (2020, p. 253) “Hay quienes advierten inconstitucionalidad en la disposición que autoriza el dictado de prisión preventiva, ya que viola el Art. 5, LVII de la Carta Magna, al vulnerar la presunción de inocencia”. Esta posición, a pesar de ser minoritaria, fue tomada en cuenta por la doctrina garantista, con el italiano Luigi Ferrajoli (2002) exponiendo la inadmisibilidad de las prisiones antes de la sentencia penal condenatoria firme, por vulnerar entonces el principio de presunción de inocencia.

El dictado de prisión *de oficio* en la redacción original del artículo 311, permitía al juez declarar de oficio la prisión preventiva, en cualquier estado, ya sea durante la instrucción o en el proceso penal. La posibilidad, antes del advenimiento de la Ley 12.403 de 2011, era objeto de críticas de la jurisprudencia.

La declaración de prisión preventiva *de oficio* durante la fase de instrucción policial está prohibida por el sistema acusatorio, ya que, al estar prohibido el dictado de prisión preventiva de oficio en la instrucción policial, cabe mencionar que esta comprensión ha ido cambiando con la evolución de las leyes. Por ejemplo, antes de la 12.403 de 2011, la prisión preventiva podía ser declarada por el juez en la instrucción y también en el curso de la acción penal (ALVES; JOSITA, 2020).

A partir de la sanción de la ley 12.403 de 2011, pasó a ser posible dictar la prisión preventiva en la instrucción policial sólo a instancia de parte, siendo la modalidad aún posible *de oficio* en el curso de una acción penal. Así con la vigencia del Paquete Antidelito Ley 13.964 de 2019, se prohibieron las modalidades de ser dictadas de oficio, tanto en la instrucción como en el curso de la acción penal (RIBAS, 2020).

La entonces deficiencia fue atendida por la modificación de la Ley 12.403 de 2011, limitando esta facultad durante la fase de instrucción, en la que se prohíbe el declarar la prisión preventiva “ex officio”, por lo que corresponde al juez esperar el requerimiento del Ministerio Público o de la Autoridad Policial. Sin embargo, en el curso del proceso, el juez aún podría declarar la prisión preventiva de una modalidad de oficio independientemente de la representación o solicitud de las partes (LEONARDI, 2019).

En este sentido, Cunha (2020, p. 259) advierte:

Aún con el cambio, una parte importante de la doctrina enseñaba que lo ideal sería quitarle al juez esta facultad de actuar de oficio, como una forma de preservar el sistema acusatorio, que define bien la posición de cada uno en el proceso penal. Si al juez se le otorga la facultad de juzgar y si para ello debe mantener una posición de equidistancia e imparcialidad, lo más adecuado sería dejar a las partes la posibilidad de solicitar la prisión preventiva, evitando así cualquier acción del juez por cuenta propia.

En atención al pensamiento teórico anterior, se observa que con la nueva reforma del artículo 311, se prohíbe al juez actuar de oficio en cualquiera de las fases de la persecución penal. Tornándose posible únicamente declarar la prisión preventiva a instancia de parte.

El cambio en cuanto al mantenimiento de la prisión preventiva fue impuesto en la Ley 13.964 de 2019, según el artículo 316, párrafo único, que prevé la revisión obligatoria de la declaración de prisión preventiva cada 90 días, de oficio por el órgano que dictó la decisión (CORREA, 2020).

El cambio busca evitar el olvido de los acusados que terminan cumpliendo su condena antes de la misma sentencia, siendo olvidado en el sistema penitenciario brasileño. Por lo tanto, si hay inercia por parte del poder judicial en cuestión de la revisión dentro de este período, la prisión preventiva se convierte en ilegal, y si es ilegal, el reo debe ser inmediatamente puesto en libertad, con la liberación de la prisión preventiva. Cabe enfatizar que el sistema judicial brasileño se encuentra colapsado en muchos departamentos, pero este es un problema del que el

acusado en prisión no puede sufrir las consecuencias.

3. Divergencia entre disposiciones del Código Procesal Penal

Frente al actual sistema acusatorio brasileño, cada sujeto procesal debe ejercer una función definida dentro del proceso. A uno le corresponde acusar, por regla general, éste será el Ministerio Público, y, a otro defender, el abogado o defensoría pública. En esta situación, es absolutamente necesario un tercero para juzgar, es decir, un juez imparcial. Tales supuestos fueron expresados en la Ley 13.964 de 2019, artículo 3-A, que determinó que “el proceso penal tendrá estructura acusatoria, estando prohibida la iniciativa del juez en la fase de instrucción y la sustitución de la actuación probatoria del órgano de acusación”.

La principal característica de este sistema fue la separación de los órganos de acusación, defensa y juzgamiento, teniendo un proceso de partes. La defensa necesita libertad e igualdad de posición, siendo necesario el contradictorio, y la libre presentación de pruebas por las partes se incluye en esta necesidad de contradictorio. La Constitución Federal de la República de 1988 adopta este sistema.

Si bien es posible afirmar que el sistema procesal brasileño es acusatorio, es común encontrar varios vestigios inquisitivos dentro del Código Procesal Penal. Varios autores, especialmente aquellos con una postura garantista, sostienen que deben ser prohibidos o no acogidos artículos como, por ejemplo, el 156 del código.

El juez en el caso del artículo 156 actúa de oficio, ya que puede *ex officio* incluso antes del inicio de la acción penal, determinar la producción de pruebas anticipadamente, si consideras urgentes y relevantes, esto es, sin requerimiento de las partes. El ordenamiento jurídico presenta múltiples situaciones que consagran la posición inquisitiva del juez.

En este sentido, Lima (2020, p. 105) advierte:

Desde el momento en que una misma persona concentra las funciones de investigar y recabar pruebas, quedará comprometida *a priori* con la tesis de la culpabilidad del imputado. En efecto, si el magistrado tomó la iniciativa de determinar, de oficio, que se realizara un acto de investigación, incluso antes del inicio del proceso penal, ya indica, de por sí, que busca la confirmación de alguna hipótesis sobre los hechos, es decir, se está pasando de esa posición de imparcialidad que resulta de su posición de tercero a una posición parcial, ya no más ajena a los intereses de la acusación o de la defensa.

Estos son algunos de los remanentes presentes en el Código Procesal Penal, como lo que ocurre en el artículo 316, que determina en su texto, “El juez podrá, de oficio” o a petición de parte, revocar la prisión preventiva si, durante la instrucción o el proceso, comprueba la falta de motivo para que subsista, así como dictarla nuevamente, si sobrevienen causas que la justifiquen”. Así, nuevamente el sistema inquisitivo se presenta vinculado al Código Procesal Penal, ya que es una actuación *ex officio* por el magistrado en el primer párrafo y en la parte final del artículo, donde podrá dictar nuevamente la prisión preventiva.

En los procedimientos administrativos, como las instrucciones policiales y los procedimientos administrativos, se ha procurado dejar al juez cada vez más libre de decisiones de oficio, buscando ser más imparcial en sus actos y en la sentencia, dejando de lado la práctica de oficio del magistrado en la fase de instrucción y en la persecución penal. En consecuencia, por ejemplo, un abogado al hacer la solicitud de *habeas corpus* para su defendido a aquel juez que ordenó de oficio la prisión preventiva, no había imparcialidad en el proceso, pues si el juez dictó la prisión, difícilmente ordenará la liberación del imputado (TALON, 2017).

El procedimiento se torna más imparcial, si el juez dicta la prisión después de haber sido requerido y no haber actuado de oficio, como lo disponía la entonces Ley 13.964 de 2019, a diferencia de los actos que tenían lugar antes de esta Ley.

Esta situación de actuar de oficio aún existe en el Código Procesal Penal vigente; también se encuentra en el ordenamiento jurídico una serie de interrogantes respecto al juez que actúa de oficio ante una persecución penal. El paquete antidelito presenta la directriz del sistema acusatorio, el ejercicio de *jus puniendi* por el Estado en que las partes producen prueba y el juez sólo juzga con base en estas pruebas que se le presentan, no concentrando las funciones de investigar y juzgar, como ocurría con la inquisición, *in dubio pro reo*, si no convence con su verdad, trayendo certeza sobre la culpabilidad del imputado, este deberá ser absuelto (LOPES JUNIOR, 2020).

Asimismo, en el paquete anticrimen, la Ley 13964/2019, trajo sentencia del *habeas corpus* 188.888/MG, por la Sala 2 del Supremo Tribunal Federal. “Siendo Ministro Relator Celso de Mello, la sentencia admitió por unanimidad la ilegalidad de convertir la prisión en flagrante en preventiva. *de oficio*” (MARIANO JÚNIOR, 2020). En este sentido, es importante presentar algunas decisiones del Supremo Tribunal Federal, que se presentan en el siguiente punto.

4. Decisiones y Divergencias en los Tribunales Superiores

Recordando que el artículo 310, reformado por la Ley 13.964/2019, incorporó al Código Procesal Penal la disposición legal de la prisión en flagrante, siendo el reo sometido entonces a audiencia de custodia, la cual debe celebrarse dentro de las 24 horas siguientes al hecho. La audiencia de custodia se lleva a cabo en cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos, implica la presentación del preso ante un juez. Si bien fue agregado por la Ley 13.964/2019, este tipo de prisión ya estaba previsto en el ordenamiento jurídico brasileño, como puede verse en la Resolución N° 213/2015 del Consejo Nacional de Justicia. Según Cunha (2020, p. 238) “básicamente, esto tiene dos finalidades, a saber: la protección de la integridad física del preso y la verificación, o sea, el examen según las circunstancias del caso concreto, analizando la necesidad de que se mantenga la prisión del imputado”.

En las detenciones en flagrante, la autoridad policial restringe la libertad del ciudadano

sólo con la audiencia del conductor, testigo. En varias ocasiones este conductor/testigo son los policías de la guarnición que realizaron la detención en el acto y, a su vez, no se realizan otros actos de investigación. En ese sentido, el ministro Celso de Mello destaca que en el proceso penal no debe existir ese poder cautelar del magistrado, así como tampoco la autoridad policial de coartar la libertad por precaución, pues se estaría violando derechos fundamentales. Como explica Lopes Júnior (2020, p. 3) “poco se reitera que el proceso penal limita el poder punitivo del Estado, por lo que, para coartar la libertad del ciudadano, es indispensable que se ajuste a las hipótesis contenidas en el Código Procesal Penal”.

También sobre la modalidad de oficio, se señala que la Ley 13.964/2019, que modificó el § 2 y 4 del artículo 282 del Código Procesal Penal, en la misma línea del citado artículo 311, excluyó el término "de oficio" de cualquier hipótesis, quedando prohibido al magistrado declarar la prisión preventiva sin requerimiento del miembro del Ministerio Público, del auxiliar de acusación, del querellante o de la representación de la autoridad policial.

Los artículos aludidos precedentemente prohibían la posibilidad de declarar prisión preventiva de oficio, quedando claro que para convertir el acto flagrante en prisión preventiva, según lo establece el artículo 310, inciso II, del Código Procesal Penal, es necesario contar con un requerimiento. En este sentido, sólo la comunicación del auto de prisión en el acto no significa que se haya realizado la solicitud, ya que, no se presume, por tratarse de la libertad de una persona, es necesario tener una decisión concretamente fundamentada. La solicitud de prisión preventiva debe ser expresa, inequívoca y con pruebas concretas. Es en este sentido que la decisión del *habeas corpus* 188.888/MG,

[...] (re)afirma que el sistema procesal a aplicar en el Código Procesal Penal es el acusatorio, en tanto garantiza el sistema contradictorio y la amplia defensa. Por lo tanto, la Ley 13.964/2019 prohibió al juez dictar de oficio la prisión preventiva, toda vez que en el sistema acusatorio el magistrado, para permanecer imparcial, debe ser un mero espectador, observador, inerte y juez con lo producido por las partes, y no tener una conducta positiva. Por tanto, haciendo una interpretación teleológica, sistemática, se evidencia la imposibilidad del juez de convertir la prisión en flagrante en preventiva aun cuando el artículo 310, II, del CPP no hace explícita tal prohibición, después de todo el CPP aplica el sistema acusatorio (MARIANO JÚNIOR, 2020, p. 3).

Existe la posibilidad de que el juez, sin requerimiento de la autoridad policial o del Ministerio Público, convierta la prisión en flagrante en prisión preventiva, provocando divergencia en el Tribunal Superior de Justicia. En este sentido, las salas que juzgan en materia penal han consolidado recientemente dos entendimientos diferentes sobre la materia. Para la Sala 2 del Supremo Tribunal Federal, como se mencionó anteriormente, sólo puede convertirse en prisión preventiva si así lo solicita el Ministerio Público o la autoridad policial.

La Sala 5 del Tribunal Superior de Justicia ha venido adoptando el entendimiento de que la Ley excluyó la posibilidad de realizar una conversión oficial, ya que ha ido cambiando y

buscando extinguir esta modalidad de oficio, posición que se ha difundido recientemente con la de la Sala 2 del Tribunal Federal, aún con decisiones monocráticas de ministros del STF.

A pesar de tener dos salas ya tratando de forma casi consolidada, la Sala 6 del Superior Tribunal de Justicia, no está de acuerdo con tal entendimiento, manteniendo la jurisprudencia, no teniendo en cuenta las modificaciones de la Ley 13.964/2019. El ministro Rogerio Schietti Cruz destacó en su informe sobre la decisión del HC 597.536/GO “no hay nulidad en la conversión de la prisión en flagrante en custodia cautelar, de oficio, por el Magistrado singular, dada la urgencia con que se debe tramitar este caso”, teniendo como fundamento el artículo 310, inciso II del Código Procesal Penal. Por lo tanto, es importante aclarar que no hay “decisión de oficio si el Código Procesal Penal ordena al magistrado analizar la conversión de la prisión durante la audiencia de custodia del imputado en flagrante” (BRASIL, 2020, p. 1), como puede verse en la decisión del HC 597.536/GO, juzgado el 27/10/2020, DJe 12/11/2020:

HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO Y ASOCIACIÓN PARA EL NARCOTRÁFICO. CONVERSIÓN DEL FLAGRANTE EN PRISIÓN PREVENTIVA NO PRECEDIDA DE REPRESENTACIÓN DE LA AUTORIDAD POLICIAL O DEL MINISTERIO PÚBLICO. NULIDAD. SIN CONFIGURACIÓN. PERICULUM LIBERTATIS. ARTS. 312 Y 315 DEL CPP. MOTIVACIÓN IDÓNEA. DENEGACIÓN DE PEDIDO. 1. En cuanto a la supuesta nulidad resultante de la conversión del acto en prisión preventiva, de oficio, por el Juzgado singular, se advierte que la actuación del Magistrado se inscribe en la hipótesis del Art. 310, II, del Código Procesal Penal. 2. La jurisprudencia de este Superior Tribunal es firme al señalar que, a pesar de los cambios realizados por la Ley n. 13.964/2019, no hay nulidad en la conversión de la prisión en flagrante en custodia cautelar, de oficio, por el Magistrado único, dada la urgencia con que debe tratarse esta hipótesis. Precedentes. 3. La prisión preventiva es compatible con la presunción de inocencia del acusado siempre que no asuma el carácter de anticipación de la pena y no resulte automáticamente del carácter abstracto del delito o del acto procesal practicado (Art. 313, § 2, CPP). Además, la decisión judicial debe basarse en razones y fundamentos concretos, relativos a hechos nuevos o contemporáneos, de los que se pueda extraer el peligro que representa la libertad plena del investigado o imputado para los medios o fines del proceso penal (arts. 312 Y 315 DEL CPP). 4. Se presentó una motivación idónea para justificar la prisión preventiva, en particular, la incautación de casi 1 kg de marihuana y el riesgo de reincidencia, evidenciado por la reincidencia del imputado y el hecho de que cumplía su condena en régimen semiabierto en el momento de la práctica ilícita aquí valorada-, circunstancias suficientes, en los términos de la jurisprudencia de este Superior Tribunal, para sustentar la imposición de la extrema cautela. 5. Pedido denegado (BRASIL, 2020, p. 2).

Se aprecia que el ministro relator, Rogerio Schietti Cruz, pide al juez que en la audiencia de custodia convierta la prisión en flagrante delito en preventiva, si se cumplen los requisitos legales y, a su vez, revele inadecuadas o insuficientes las medidas cautelares que son diferentes de la prisión. Como puede verse en el siguiente extracto de la sentencia del HC 597.536/GO:

No hay, en tal situación, una actividad propiamente extraoficial del juez, porque, en rigor, no sólo la ley obliga al acto judicial, sino que también, en

cierto modo, está el envío, por parte de la autoridad policial, del auto de prisión en flagrancia para su cabal análisis, a la espera, derivada de la disposición legal, de que el juez, oído el actuado, adopte alguna de las medidas allí previstas, afirmó el ministro Rogerio Schiatti Cruz (VITAL, 2020, p. 2).

Esta divergencia se amplía cuando se trata de la Sala 5 de la Corte Superior de Justicia, pues definió la materia en total acuerdo, con el legislativo buscando hacer efectivo el sistema penal acusatorio. La situación de dictar prisión preventiva cuando se trata de convertir la prisión en flagrante delito, ambas podrían deberse a *ex officio* por un largo período que perduró en el ordenamiento jurídico brasileño, y sólo después de la evolución del derecho fue posible que dejara de ocurrir, tener un retroceso jurídico después de años de desarrollo es inadmisibles frente al sistema acusatorio instruyendo cada vez más dentro del Proceso Penal, este retroceso alcanzaría a las defensas dentro de la persecución penal.

En este sentido, Lopes Junior (2020, p. 974) advierte

La llamada “conversión de oficio” de la prisión en flagrancia en preventiva es un fraude de etiquetas, un fraude procesal, que viola abiertamente el Art. 311 del CPP (y todo lo que se sabe sobre el sistema acusatorio y la imparcialidad), y aquí termina siendo -afortunadamente- sepultada, pues el Ministerio Público está en la audiencia. Si él no pide la prisión preventiva, el juez nunca podrá dictarla de oficio, por elemental.

No es raro que ocurran desacuerdos entre los Tribunales Superiores de Brasil, situación que ya se encontraba casi superada por el acuerdo de dos Salas de Tribunales diferentes, vuelve a debatirse tras la inobservancia de un tema que ya había sido superado por el simple hecho de ser congruente con el sistema acusatorio.

5. Divergencias legislativas

En el ordenamiento jurídico brasileño, más precisamente en la Ley 11.340, de 7 de agosto de 2006, conocida como Ley Maria da Penha, es posible encontrar situaciones de conflicto entre la Ley y el Código Procesal Penal. Se trata del artículo 20 de la Ley 11.340/2006, que permite la prisión preventiva frente al agresor de oficio por el juez, es decir, sin necesidad de requerimiento por parte de dicho juez.

La Ley 13.964/2019 no trajo ninguna modificación ni reservas sobre los casos de violencia doméstica, con el advenimiento, la prisión preventiva depende de una solicitud del Ministerio Público, el querellante, el auxiliar o representación del Delegado de Policía. La Ley Maria da Penha, por basarse en la protección de la mujer, debe ser aplicada en su totalidad en virtud del principio de especialidad. Pues este es un caso presunto e ideológico que pretende proteger a la mujer, en este sentido se supera la divergencia entre la norma procesal penal.

El principio de especialidad trae en su centro que la norma especial excluye la incidencia de la norma general, ya que se dice que la norma es especial cuando contiene los

elementos entonces generales y añade detalles, pero no hay leyes o disposiciones especiales o generales en absoluto.

La incidencia del principio de especialidad, en el ordenamiento jurídico brasileño, establece contornos prácticos; el juez de esta forma puede dictar la prisión preventiva de oficio, exclusivamente en los casos de violencia doméstica, de esta forma el magistrado revocará, aunque sea tácitamente, la norma procesal penal, específicamente el artículo 311.

Pero, existen argumentos para que el artículo 311 del Código Procesal Penal sea de plena aplicación en los casos de violencia intrafamiliar, por lo que corresponde al Poder Judicial ser requerido por las partes legítimas para que el magistrado pueda promover la prisión preventiva, ciertamente las razones de las decisiones del juez deben ser presentadas al momento de la segregación del imputado por violencia doméstica. Así, no violará el sistema acusatorio del proceso penal y, en consecuencia, respetará el principio de contradictorio y amplia defensa, principios constitucionales, previstos en el artículo 5 de la Constitución Federal de 1988 (PEREIRA, 2020).

La aplicación de la regla general aporta mayor seguridad jurídica al caso concreto, pero no significa que la víctima quede indefensa frente al caso concreto, pues si el juez es requerido ya sea por el Ministerio Público o por representación de la autoridad policial, tiene que traer a su decisión el motivo de la prisión preventiva, tal como lo establece el artículo 312 del Código Procesal Penal. Así ocurre lo contrario a lo ya expuesto, pues lo dispuesto en la Ley 11.340/2006 queda tácitamente revocado.

En este sentido, el Código Penal brasileño prevé en el artículo 12 que “las reglas generales de este código se aplican a los hechos tipificados por ley especial, si ésta no dispone lo contrario”. Lo que se puede ver es que el artículo 20 de la Ley Maria da Penha no presenta nada nuevo, absolutamente nada especial en relación al Código Procesal Penal, siendo una mera transcripción, casi completa, de la redacción original del artículo 311, vigente en el momento de su sanción (CUNHA; PINTO, 2020).

6. Conclusión

En el transcurso de este estudio fueron presentados los principales matices del instituto de la prisión preventiva previsto en el Código Procesal Penal de Brasil, artículo 311, destacando las modificaciones que impactaron en la mencionada disposición con la Ley 13.964 de 2019, más conocida como "Paquete Anticrimen". Cabe destacar que se ha eliminado la posibilidad de que el juez pueda dictar de oficio la prisión preventiva, sin que antes haya sido requerido por alguna de las personas legitimadas.

Además, se buscó demostrar que la eliminación de la posibilidad de que el juez dicte de oficio la prisión durante el proceso penal y, finalmente, de que dicte la prisión preventiva de oficio también en el marco de una instrucción policial, fue bienvenida, después de todo, el

propio Código Procesal Penal, en su artículo 3 A, declara que su estructura es de hecho acusatoria y no inquisitiva.

De esta forma, se vio que, por ser la medida más severa entre las medidas cautelares, la prisión preventiva debe estar siempre acorde con la evolución del derecho, así como de la sociedad, ya que se trata de la libertad de la persona, derecho que debe ser suprimido sólo en últimos casos, así como el derecho penal es la *última ratio* en el ordenamiento jurídico.

Finalmente, se concluyó que aún existen disposiciones en el Código Procesal Penal que consienten que el magistrado actúe de oficio, situación que se encuentra en disonancia con la estructura misma del actual sistema acusatorio. A pesar de ello, es claro que los cambios realizados a través de la Ley 13.964 de 2019 generaron impactos significativos en los procesos jurídicos penales, especialmente en lo que se refiere a la imparcialidad del magistrado, aunque cabe esperar los impactos en las decisiones futuras, a fin de evidenciar su aplicabilidad práctica más allá de la teoría.

Referencias

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/opiniaio-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/de13689.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%20%20dia%206%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.&text=O%20Segundo%20diploma%20processual%20est%20A1,do%20C%20B3digo%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.&text=O%20Segundo%20diploma%20processual%20est%20A1,do%20C%20B3digo%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%2C%20LXII%2C%20LXV\)%20e%20da%20lei%20\(art.&text=A%20comunica%C3%A7%C3%A3o%20e%20o%20encaminhamento,tem%20raz%C3%A3o%2C%20valor%20e%20forma](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%2C%20LXII%2C%20LXV)%20e%20da%20lei%20(art.&text=A%20comunica%C3%A7%C3%A3o%20e%20o%20encaminhamento,tem%20raz%C3%A3o%2C%20valor%20e%20forma). 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.