

# A IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO, DE OFÍCIO, DA PRISÃO PREVENTIVA EM UM PROCESSO PENAL PARAMETRIZADO PELO SISTEMA ACUSATÓRIO

*THE IMPOSSIBILITY OF DECREE, EX OFFICIO, OF PREVENTIVE  
DETENTION IN A CRIMINAL PROCESS PARAMETERIZED BY THE  
ACCUSATORY SYSTEM*

Lenio Luiz Streck<sup>I</sup>

Jorge Bheron Rocha<sup>II</sup>

Gina Ribeiro Gonçalves Muniz<sup>III</sup>

<sup>I</sup> Universidade do Vale do Rio dos Sinos,  
São Leopoldo, RS, Brasil. Doutor em  
Direito do Estado.

<sup>II</sup> Escola Superior da Magistratura do  
Estado do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil.  
Doutorando em Direito Constitucional.

<sup>III</sup> Universidade de Coimbra, Coimbra,  
Portugal. Mestre em Ciência Jurídico  
Criminais.

**Resumo:** O presente artigo visa discorrer sobre a influência do sistema acusatório nas prisões preventivas previstas no processo penal brasileiro. Para além de reconhecer a relevância do sistema acusatório, impõe-se hoje o desafio de garantir a efetividade da diretriz constitucional dele emanada e evitar que ranços inquisitórios conduzam a um processo penal autoritário e repressivo. Utilizou-se o método fenomenológico-hermenêutico, que procura revolver o chão linguístico acerca do objeto aqui estudado, buscando explorar um debate jurídico, a fim de interpretá-lo e contextualizá-lo. Também, revisitou-se bibliografias para sustentar o argumento principal: A decretação de prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar sem requerimento do Ministério Público (parte acusadora/investigadora) ou mesmo sem representação da autoridade policial (parte investigadora) caracteriza resquício do sistema inquisitório, pois traz ínsita a ideia da aposta na “boa escolha” do magistrado, maior e melhor e melhor que as partes.

**Palavras-chave:** Penal. Processo Penal. Sistema acusatório. Prisão decretada de ofício.

**Abstract:** This article aims to discuss the influence of the accusatory system in the preventive prisons provided for in the Brazilian criminal process. In addition to recognizing the relevance of the accusatory system, the challenge today is to guarantee the effectiveness of the constitutional guideline emanating from it and to prevent inquisitorial rancidity from leading to an authoritarian and repressive criminal process. The phenomenological-hermeneutic method was used, which seeks to revolve the linguistic ground about the object studied here, seeking to explore a legal debate in

DOI: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v22i42.412>

Recebido em: 24.05.2021

Aceito em: 22.12.20221



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons  
Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

order to interpret and contextualize it. Also, bibliographies were revisited to support the main argument: The decree of preventive detention or any other precautionary measure without the requirement of the Public Ministry (accusing / investigating party) or even without representation from the police authority (investigating party) characterizes the inquisitorial system, because it brings with it the idea of betting on the “good choice” of the magistrate, bigger and better and better than the parties.

**Keywords:** Criminal. Criminal Proceedings. Accusatory system. Prison decree by office.

## 1 Considerações iniciais

O presente artigo visa discorrer sobre a influência do sistema acusatório nas prisões preventivas previstas no processo penal brasileiro. Para além de reconhecer a relevância do sistema acusatório, impõe-se hoje o desafio de garantir a efetividade da diretriz constitucional dele emanada e evitar que ranços inquisitórios conduzam a um processo penal autoritário e repressivo.

Para assegurar o pleno desenvolvimento da atividade jurisdicional do Estado, o ordenamento permite que se prive alguém de sua liberdade. Por estar em xeque a proteção a um direito fundamental, é necessário delinear com precisão os termos em que tal instrumento acautelatório será cabível, de modo a harmonizar as finalidades do processo penal dentro de uma perspectiva constitucional (DIAS, 2004, p. 74 e ss), convencional (HASSAMER, 2003, p. 114) e humanitária (LOPES JR, 2014, p. 13).

A regra é responder ao processo em liberdade e a prisão preventiva ser uma exceção, que somente deve ser aplicada com fins endoprocessuais e em caráter subsidiário, ou seja, quando a questão não encontrar guarida em outra medida cautelar e for estritamente necessária para a privação da liberdade.

Com efeito, na dialética que se estabelece entre os fundamentos para uma prisão provisória e para a manutenção da liberdade individual, percebe-se que “a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência” (TAVARES, 2003, p. 162). Vislumbra-se, entretanto, no cotidiano judicial brasileiro, uma verdadeira banalização das prisões preventivas, aplicadas muitas vezes com cariz de pena antecipada, para suprir a ineficiência estatal no seu papel de garantir a segurança pública da sociedade e combater a criminalidade.

Tão importante quanto a existência do processo penal, é a forma como ele é concretizado. Não se pode vislumbrar o processo penal apenas como meio de defesa e restabelecimento

da ordem social, olvidando sua missão de garantia dos “direitos processuais fundamentais” (CANOTILHO, 2003, p. 446) do cidadão.

Quando a Constituição Federal estabelece que o Ministério Público é o titular da ação penal pública (art. 129, I, da CF), entende-se que nossa Carta Magna adotou o sistema acusatório. Fundamental, pois, que defesa, acusação e órgão julgador exerçam as inconfundíveis atribuições que lhe foram constitucionalmente estabelecidos.

A opção do Constituinte pelo sistema acusatório representa uma “porta de entrada da democracia”, de forma a garantir que o Estado exerça de modo (i) igualitário a aplicação da lei e (ii) limitado e equalizado o poder persecutório. Enfim, faz um giro linguístico-ontológico, em que os sentidos não mais se dão pela consciência do sujeito (juiz), mas, sim, pela intersubjetividade (partes). E isto deveria ser compreendido pela comunidade jurídica. A vivência da democracia está entrelaçada à necessária limitação dos poderes e à exclusão (utópica, ideal) ou mitigação (fática, real) das discricionariedades, arbitrariedades e inquisitorialidades. (STRECK; ROCHA, 2020)

A Lei nº 13.964/19 (conhecida como “Pacote Anticrime”) veio para consolidar ainda mais a opção do Constituinte, ao estabelecer expressamente, mais precisamente no art. 3º-A do CPP, que o processo penal brasileiro adota o sistema acusatório. No campo das prisões cautelares, a referida lei adotou mudanças importantes no sentido de reafirmar a vigência do sistema acusatório. Dentre elas, destacamos, a vedação de que o juiz decreta de ofício prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar diversa da prisão, em qualquer fase da persecução penal.

Finca-se, a princípio, que, substancialmente, inexistente diferença entre a prisão preventiva precedida de liberdade ou decorrente de conversão da prisão em flagrante, pois a atividade judicante é exatamente a mesma, qual seja: verificação da necessidade/adequação das medidas cautelares diversas (art. 282 e 319, CPP) e análise de pressupostos e requisitos ensejadores da prisão preventiva (arts. 312 e 313, CPP). Atrai-se, portanto, a aplicação da regra de hermenêutica sintetizada no brocardo *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio*, ou seja, onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir (STF, AI 835.442/RJ – Ministro Luiz Fux).

Indubitavelmente, a mudança acima referida tem o condão de consolidar, no ordenamento jurídico brasileiro, a figura do juiz espectador em substituição à figura do juiz protagonista, com o intuito de que seja preservada a imparcialidade do magistrado.

Essa mudança é válida, no processo penal, para acusação e defesa. Afinal, é a oportunidade de questionar (STRECK, 2009) por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais e inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constitucionais, deveríamos continuar a delegar ao juiz um papel que não lhe cabe?

Não se pode negar, mormente diante dos estudos sobre a teoria da dissonância cognitiva (LOPES JR, 2019, p.71-74), que, quando o juiz determina uma prisão preventiva de ofício, sua postura ativa contamina, muitas vezes involuntariamente, suas posteriores decisões no curso do processo. De nada adianta separar as funções da defesa, acusação e órgão julgador, se for

admitida a iniciativa acusatória e probatória do juiz. Contaminar-se-ia o que o magistrado deve ter de mais sagrado: sua imparcialidade.

A acumulação de funções por parte do órgão julgador reverbera disparidade de armas entre as partes e, portanto, viola a essência do sistema acusatório (PRADO, 2019, p. 74). Ao decretar, de ofício, uma prisão preventiva, o juiz restringe os direitos fundamentais de alguém, subtrai – usurpa, até – a função do delegado ou promotor e decai de sua parcialidade.

A imparcialidade é um princípio supremo do processo. A partir do momento em que o Estado avocou para si a função jurisdicional, é inerente ao exercício dessa função que ela seja exercida por alguém que não tenha interesse subjetivo, ainda que de forma inconsciente, na solução da causa.

## 2 O Sistema Acusatório à brasileira

Entende-se, em um processo penal parametrizado pelo modelo acusatório, como bastante positivas as mudanças operadas nos arts. 282, §2<sup>o</sup>, 311<sup>2</sup> e 316<sup>3</sup>, todos do CPP, com a redação dada pela Lei n<sup>o</sup> 13964/19, que vedam a decretação de ofício da prisão preventiva, bem como das medidas cautelares diversas da prisão. São, pois, expressos em estabelecer que tais medidas restritivas de direito precisam de requerimento das partes para serem implementadas.

A decretação de prisão preventiva sem requerimento do Ministério Público e sem representação da autoridade policial é atentatória ao sistema acusatório, ferindo as disposições do Código de Processo Penal e a própria Constituição, que tem como princípio a separação das funções de investigar, de acusar, de julgar e, também, a de defender.

Há presunção de inocência (art. 5<sup>o</sup>, LVII) e o juiz, o promotor, e o defensor público e privado naturais (art. 5<sup>o</sup>, LIII). De fato, a Constituição Federal traz previsão clara e precisa de existência de órgãos específicos incumbidos da função investigativa (art. 144, § 1<sup>o</sup>, I e § 4<sup>o</sup>, CRFB) e da função de acusação (art. 129, I, CRFB), bem assim, as Instituições responsáveis pela defesa (arts. 133 e 134, CRFB). O juiz deve se conter, afinal, é quem deve ser provocado pelas partes, e não as substituir.

Há, todavia, uma resistência na efetivação das mudanças recém-operadas. Enquanto as alterações implementadas em desfavor do réu são facilmente absorvidas e aplicadas na prática forense, as novidades que visam assegurar qualquer direito fundamental do acusado sofrem

---

1 § 2<sup>o</sup> As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Redação dada pela Lei n<sup>o</sup> 13.964, de 2019).

2 Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei n<sup>o</sup> 13.964, de 2019).

3 Art. 316. 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. (Redação dada pela Lei n<sup>o</sup> 13.964, de 2019).

enormes obstáculos para serem efetivadas. São vários os movimentos contrarreformistas, uma verdadeira “sabotagem inquisitorial”<sup>4</sup>.

A Lei nº 12.403/2011 pôs fim ao sistema da bipolaridade das cautelares e introduziu no ordenamento jurídico brasileiro medidas cautelares diversas da prisão, de forma que esta somente deveria ser decretada em *ultima ratio* (art.282, §6º do CPP<sup>5</sup>). Mas a banalização do uso das prisões preventivas frustrou a legítima pretensão legislativa.

Dito de outra forma, teoricamente, estaria tudo resolvido de forma adequada: a prisão preventiva deveria ter aplicação subsidiária às demais medidas cautelares. Mas tínhamos, na prática, o problema da ausência de fundamentação: o juiz decretava a prisão preventiva e não fundamentava o porquê de não ser suficiente as cautelares diversas da prisão. Nesse contexto, surgiu a necessidade do Pacote Anticrime modificar, mais uma vez, o §6º do art. 282 do CPP<sup>6</sup>, no sentido de estabelecer explicitamente o que já era exigível por ser uma decorrência lógica dos direitos processuais fundamentais: que o juiz fundamente, com elementos do caso concreto, a real necessidade da prisão preventiva e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar.

A Lei 12.403/2011 estabeleceu ainda a exigência de contraditório prévio para a decretação de uma medida cautelar. A regra poderia ser excepcionada, mediante a devida fundamentação, nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida. Todo esse raciocínio era sustentado pela doutrina, mas, na prática, a exceção, sem motivação expressa nas decisões, se transformava em regra. Diante dessa situação, mais uma vez interveio a Lei 13.964/19 (art. 282, §3º) para estabelecer expressamente: “... e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional”. O Pacote Anticrime preceituou ainda que a ausência dessa fundamentação configura nulidade (art. 564, V, do CPP).

Os exemplos acima citados são bastante elucidativos da já citada sabotagem inquisitorial e servem para mostrar como a luta da defesa no processo penal é árdua: após nove anos, ainda verificávamos (e persistem) dificuldades de implementação da Lei 12.403/2011, por força dos ranços inquisitórios que permeiam a justiça penal brasileira. O Pacote Anticrime interveio em mais uma tentativa de efetivar a prisão como *ultima ratio* e de exigir contraditório prévio para a decretação de medidas cautelares ou uma fundamentação adequada para as hipóteses de contraditório diferido.

<sup>4</sup> Expressão cunhada por Alexandre Morais, in ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: Emais, 2020.

<sup>5</sup> § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

<sup>6</sup> § 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

A Lei nº 13.964/19, como já dito anteriormente, vedou a decretação da prisão preventiva e de outras medidas cautelares de ofício. Infelizmente, entretanto, é possível constatar experiências negativas nesses primeiros seis meses de vigência da lei. Vejamos abaixo alguns exemplos que são aptos a elucidar burlas ao sistema acusatório.

Imagine-se que, em um determinado processo, foi decretada a prisão preventiva do acusado, mediante decisão fundamentada do juiz competente. Transcorrido um intervalo de tempo, a defesa entende que se esvaiu o *periculum libertatis* outrora apresentado como o fundamento para a segregação cautelar e, ciente de que a prisão preventiva se submete a cláusula *rebus sic stantibus*, requer a revogação da prisão. Encaminhados os autos ao representante do Ministério Público, é elaborado parecer favorável ao pleito da defesa, por entender o *parquet* que houve mudança do substrato fático-probatório. Nessa situação hipotética, pode o juiz negar o pedido de revogação da preventiva? Certamente existirão vozes a sustentar que o magistrado poderá manter a prisão, sob o fundamento de que já foi provocado a decretar a prisão outrora e que, portanto, não estaria agindo de ofício. Pensa-se, todavia, que, uma vez que acusação e defesa entendem que naquele momento processual não é mais cabível a prisão cautelar, sua manutenção por decisão judicial seria burla ao sistema acusatório, vez que estaria o magistrado indo de encontro ao pedido das partes e agindo, pois, de ofício.

A imparcialidade – garantia do juiz, enquanto membro de Poder e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito – exige que este seja provocado e não que haja de ofício na restrição ou violação absoluta de um direito fundamental. Ensina Geraldo Prado sobre o assunto:

A construção teórica do princípio do acusatório há de consumir-se mediante oposição ao princípio inquisitivo. São antagônicas as funções que os sujeitos exercem nos dois modelos de processo. É desse antagonismo, portanto, que as diferenças devem ser extraídas.

Assim, se na estrutura inquisitiva o juiz ‘acusa’, na acusatória a existência de parte autônoma, encarregada da tarefa de acusar, funciona para deslocar o juiz para o centro do processo, cuidando de preservar a nota de imparcialidade que deve marcar a sua atuação. (PRADO, 2005, p. 174-175).

O magistrado, ao proferir decisão de manutenção da prisão preventiva, mesmo com parecer ministerial a favor da revogação da segregação cautelar, está se comportando como promotor, assumindo a parcialidade e praticando a própria acusação. Não se pode olvidar o importante papel político e jurídico constitucionalmente atribuído ao Ministério Público, que não está abaixo do Poder Judiciário, ou em segundo lugar, ou em categoria inferior. Destarte, não poderia o Magistrado realizar uma “melhor escolha” do que o membro do Parquet responsável pela análise do caso.

Não se pode “desvestir [o Ministério Público] da roupagem que o existencializa, que é a de defesa da integridade (no sentido dworkiniano da palavra) da ordem jurídica (defensor da correta/adequada)” (STRECK, 2009, p. 130). Assim agindo, o magistrado usurpa, portanto,



função que não é sua e ataca, a um só tempo, diversos princípios constitucionais. Segundo indica Jean Salles e Karina C. B. Lopes:

O juiz ao avocar para si atribuição que não lhe pertence, agindo de ofício e refratário aos ditames constitucionais, faz com que voltemos à insegurança que reinava no pré-1988 em completo regime de exceção ditatorial. (SALLES; LOPES, 2014).

A (infeliz) redação do §5º do art. 282 do CPP preceitua que “o juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (grifos nossos). Uma interpretação literal desse artigo autorizaria se pensar que o juiz pode, de ofício, voltar a decretar a prisão preventiva. Todavia, essa falta de técnica legislativa não pode servir de pretexto para se desprezar a teleologia da norma e afastar os demais cânones interpretativos na concretização normativa (MÜLLER, 2000, p.62) do disposto no citado artigo.

Para evitar inconsistências sistemáticas, compreende-se que o juiz pode, de ofício, apenas revogar ou substituir a prisão preventiva e as demais medidas cautelares. Ora, se a lei passou a exigir do magistrado prévia provocação para decretar, significa dizer que ele já foi provocado e poderá ulteriormente revogar ou substituí-la por medida menos gravosa. Ademais, é cediço que o magistrado pode conceder uma ordem de *habeas corpus* de ofício. Por fim, nunca é demais lembrar que salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado é uma das missões do processo penal.

O óbvio precisa ser dito: é função do magistrado proteger os direitos e garantias fundamentais, agindo, inclusive, de ofício em prol do investigado/acusado, por isso, nestes casos, não viola a separação de poderes ou sistema acusatório. É função inerente ao magistrado. Daí porque discutimos sobre o “juiz das garantias”, e nunca sobre “o juiz das violações” ou “juiz das acusações”. Simples assim. O processo penal tem natureza política de contra poder (ROCHA, 2016).

Finca-se também como imprescindível a necessidade de fundamentar a decisão que decreta a prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar. O dever de fundamentação deriva diretamente da Constituição Federal (art. 93, inc. IX) e tem a finalidade endoprocessual de dar conhecimento às partes das razões que levaram o juiz a decidir em determinado sentido. Atualmente, reconhece-se ainda que também possui uma missão extraprocessual: serve de instrumento para que seja descartada a possibilidade de arbítrio judicial e a decisão seja dotada de legitimidade social. A fundamentação é uma garantia de segundo grau, haja vista que, por seu intermédio, é possível se visualizar a observância de outras garantias fundamentais, como, dentre tantas outras, a ampla defesa e o contraditório (LOPES JR, 2019, p. 107-108). O controle das decisões judiciais é, sobretudo, um imperativo democrático (STRECK, 2012, p. 93 e ss.).

Apesar do mandamento constitucional e de todo o arcabouço teórico que envolve a matéria, era muito comum juízes decretarem prisão preventiva sem a devida fundamentação,

limitando-se a enumerar que o caso concreto configurava ameaça à ordem pública<sup>7</sup>, e como se o texto prescindisse de uma concretização normativa, olvidavam a fundamentação das suas decisões e a apresentação de embasamentos do caso concreto (COSTA, 2015, p. 48-49).

O Pacote Anticrime trouxe um sensível incremento à fundamentação da prisão preventiva, como se verifica, dentre outros dispositivos, da redação conferida ao art. 315 do CPP. Espera-se que essas mudanças sejam efetivamente implementadas, haja vista que a prisão preventiva, bem como as demais medidas cautelares, por serem restritivas de direitos fundamentais, tornam imprescindível a adequada motivação na realização judicativo-decisória.

A Lei 13.964/19 exige ainda, consoante se extrai da leitura do art. 312, §2º do CPP<sup>8</sup>, quando da decretação de uma prisão preventiva, que seja demonstrado a contemporaneidade do *periculum libertatis*. Trata-se da consagração do princípio da atualidade.

Outra questão de suma importância diz respeito à convalidação judicial da prisão em flagrante. Quando o juiz se depara com uma prisão em flagrante, por ocasião das audiências de custódia, restam-lhe as seguintes opções: 1) relaxamento da prisão ilegal; 2) concessão de liberdade provisória, cumuladas ou não com medidas cautelares diversas da prisão; 3) conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

### 3 A atualidade do debate nas várias ambiências jurídicas

Em que pese as audiências de custódia estejam temporariamente suspensas na maioria dos Estados brasileiros em razão da pandemia da COVID-19, os juízes continuam com a obrigação de analisar os autos de prisões em flagrante, e, somente após a manifestação da acusação e defesa, devem tomar uma decisão sobre a convalidação da prisão em flagrante. Afinal, é essencial que as argumentações das partes possam influenciar a decisão judicial, sob pena de se questionar até mesmo a razão de ser do processo (PRADO, 2014, p. 19).

Especificamente sobre esta necessidade do contraditório, o Conselho Nacional de Justiça reconheceu a necessidade de oitiva prévia do Ministério Público e da Defesa Pública ou Privada antes de o magistrado decidir pela conversão - ou não conversão - da prisão em flagrante em prisão preventiva. A Decisão do CNJ determinou que o magistrado deve observar a Resolução 213/2015 quanto à realização da audiência de custódia, e, em não sendo possível realizá-la, deve observar a Recomendação 62/2020.

Em ambas as formas de procedimento de avaliação do Auto de Prisão em flagrante, é condição inafastável a oitiva da acusação e da defesa, revelando faceta de concretização do sistema acusatório.

7 Coadunamos com o pensamento de Tourinho Filho: “a expressão ordem pública diz tudo e não diz nada” cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3 Vol. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 553.

8 Art. 312, § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.



O dispositivo do acórdão na maior instância administrativa do Poder Judiciário, em decisão do Plenário do CNJ, assim foi exarado:

*Ante o exposto, DEFIRO liminar para determinar ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará que observe as disposições constantes da Resolução CNJ 213/2015 e da Recomendação CNJ 62/2020, notadamente no que tange à realização de exames de corpo de delito e à disponibilização do respectivo laudo e dos registros fotográficos no auto de prisão em flagrante, **assim como seja oportunizada a manifestação prévia do Ministério Público e da defesa técnica, para os fins da decisão prevista no art. 310 do Código de Processo Penal.** (grifo nosso).*

A decisão foi proferida nos autos do Pedido de Providências 0003065-32.2020.2.00.0000, do NUAPP da Defensoria Pública do Estado do Ceará – em face do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, e restou ampliada nacionalmente pelo Ato Normativo nº 0004488-27.2020.2.00.0000, julgamento realizado na 23ª Sessão Virtual Extraordinária, acrescentar o art. 8-A à Recomendação 62/2020 do CNJ, a fim de garantir o controle judicial da prisão em flagrante e a participação do Ministério Público e da Defensoria Pública ou do advogado privado antes que o magistrado prolate a decisão do art. 310, CPP. O ato normativo do CNJ é decorrente de um pedido do Colégio Nacional de Corregedores Gerais das Defensorias Públicas dos Estados, Distrito Federal e da União para ampliação a todo o território nacional e foi editado como Recomendação nº 68/2020 do CNJ:

*Art. 8-A. Na hipótese de o Tribunal optar pela suspensão excepcional e temporária das audiências de custódia, nos termos do artigo anterior, deverá adotar o procedimento previsto na presente Recomendação.*

§1º sem prejuízo das disposições do artigo anterior, o ato do Tribunal que determinar a suspensão das audiências de custódia durante o período de restrições sanitárias decorrentes da pandemia de Covid-19 deverá contemplar as seguintes diretrizes:

*I – Possibilidade de realização de entrevista prévia reservada, presencial ou por videoconferência, entre o defensor público ou advogado e a pessoa custodiada, resguardando-se o direito à ampla defesa;*

**II – manifestação do membro do Ministério Público e, em seguida, da defesa técnica, previamente à análise do magistrado sobre a prisão processual;**

*III – conclusão do procedimento no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal;*

*IV – observância do prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas para a expedição e o cumprimento de alvarás de soltura, nos termos da Resolução CNJ nº 108, de 6 de abril de 2010;*

*V – fiscalização da regularidade do procedimento, especialmente quanto à realização prévia de exame de corpo de delito ou exame de saúde e à juntada aos autos do respectivo laudo ou relatório, bem como do registro fotográfico das lesões e de identificação da pessoa, resguardados a intimidade e o sigilo, nos termos das diretrizes previstas na Recomendação CNJ nº 49, de 1º de abril de 2014;*

*VI – determinação de diligências periciais diante de indícios de tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, a fim de possibilitar eventual responsabilização.*

§ 2º Recomenda-se, para a implementação do previsto no inciso I do parágrafo anterior, a articulação interinstitucional com a Ordem dos Advogados do Brasil e a Defensoria Pública em âmbito local.

§ 3º O magistrado competente para o controle da prisão em flagrante deverá zelar pela análise de informações sobre fatores de risco da pessoa autuada para o novo coronavírus, considerando especialmente o relato de sintomas característicos, o contato anterior com casos suspeitos ou confirmados e o pertencimento ao grupo de risco, recomendando-se a utilização do modelo de formulário de perfil epidemiológico elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. (grifo nosso).

O questionamento que se faz, em um processo penal que adota expressamente o modelo acusatório, é: essa conversão do flagrante em preventiva pode ser feita de ofício? Dito de outra forma: se acusação e defesa pedem liberdade provisória, pode o magistrado decretar prisão preventiva?

A discussão já era ventilada antes mesmo da edição do Pacote Anticrime, ocasião em que era vedada a decretação de ofício da prisão preventiva apenas na fase investigatória, mas acreditava-se, equivocadamente, que seria superada com a proibição expressa, estendida para a toda a persecução penal.

Distinguir decretar e converter é um mero jogo de linguagem, pelo qual se busca esconder o velho inquisitivismos, que teima em sobreviver. Na verdade, usando um velho chavão — até um pouco piegas — podemos dizer que o velho inquisitivismos não quer morrer e, com isso, não quer deixar nascer o novo — o sistema acusatório.

Não se compatibiliza com o sistema acusatório e atrai a nulidade absoluta – pois preenhe de presunção de prejuízo ao contrariar a ordem constitucional e legal – a decisão que converte a prisão em flagrante em prisão preventiva sem o parecer do *dominus litis et custos juris* ou contra o parecer que pugna pelo relaxamento da prisão ou pela concessão da liberdade provisória.

De acordo com os ditames constitucionais e legais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, o juiz não pode, em nenhuma fase da persecução penal, decretar prisão preventiva ou qualquer medida cautelar de ofício.

Ademais, pontua-se que a conversão de ofício não admite convalidação, mesmo que posteriormente haja a “concordância” do membro do Parquet. A nulidade já eivou a decisão! Seria o fim do sistema acusatório e a assunção, pelo magistrado, do papel de acusador, tudo em detrimento da Constituição Federal!

Em parecer emitido em processo com trâmite no Superior Tribunal de Justiça, a ex-Procuradora Geral da República, Raquel Dodge, reafirmou o Sistema Acusatório e a impossibilidade, no ordenamento jurídico brasileiro atual, de conversão *ex officio* da prisão em

flagrante em preventiva, demonstrando que esta perspectiva também floresce e busca se firmar dentro do Ministério Público. Trecho em especial que destacamos:

Afronta o sistema penal acusatório, instituído no artigo 129-I da Constituição, a conversão do flagrante em prisão preventiva de ofício pelo juiz, sem requerimento do Ministério Público. A Lei nº 13.964 (Lei Anticrime) proíbe a conversão ex officio da prisão em flagrante em preventiva, pois a decretação dessa medida cautelar penal depende, sempre, do prévio e necessário requerimento do Ministério Público. Em tema de privação de restrição cautelar da liberdade, não mais subsiste, em nosso sistema processual penal, a possibilidade de atuação ex officio do juiz. (Parecer n.º 30837/2020-REFD, PGR-MANIFESTAÇÃO-222272/2020, HABEAS CORPUS/STJ N.º 594557/MG).

Em recente decisão liminar, julgada em 17/07/2020, nos autos HC 186.421/SC, o Ministro da Suprema Corte, Celso de Mello, entendeu incabível que um juiz converta de ofício a prisão em flagrante em preventiva. Vejamos as palavras do Ministro, por ocasião da decisão referida:

2. Impossibilidade, de outro lado, da decretação “ex officio” de prisão preventiva em qualquer situação (em juízo ou no curso de investigação penal), inclusive no contexto de audiência de custódia (ou de apresentação), sem que se registre, mesmo na hipótese da conversão a que se refere o art. 310, II, do CPP, prévia, necessária e indispensável provocação do Ministério Público ou da autoridade policial. Recente inovação legislativa introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”), que alterou os arts. 282, § 2º, e 311, do Código de Processo Penal, suprimindo ao magistrado a possibilidade de ordenar, “sponte sua”, a imposição de prisão preventiva. Não realização, no caso, da audiência de custódia (ou de apresentação). Conversão, de ofício, mesmo assim, da prisão em flagrante do ora paciente em prisão preventiva. Impossibilidade de tal ato, seja em face da ilegalidade dessa decisão, seja, ainda, em razão de ofensa a um direito básico – o de realização da audiência de custódia – assegurado a qualquer pessoa pelo ordenamento doméstico e por convenções internacionais de direitos humanos. Medida cautelar concedida “ex officio”.

– A reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro.

– A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, § 2º, e do art. 311, ambos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”, não mais sendo lícito, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “ex officio” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade.

– A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, § 2º, e 311, também do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito,

anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência.

Ressalte-se que os Tribunais devem manter a integridade, estabilidade e coerência de suas decisões (art. 926, CPC) não apenas entre si, mas com a Constituição Federal e com as normas infraconstitucionais, que nada mais são – ou não deveriam ser – que o direito constitucional concretizado (MACHADO, 2009, p. 76), e de tal conjunto normativo destoaria qualquer atividade de ofício exercida pelo magistrado que possa caracterizar uma colaboração à acusação. É certo que a postura judicial que configure reforço à atuação do Ministério Público viola a paridade de armas entre as partes (ROSA, 2020, p. 321).

No mesmo sentido, decidiu o Ministro do STJ, Ribeiro Dantas, nos autos do HC 590.039/GO, em 23/06/2020. Na ocasião, levantou a necessidade de uma nova reflexão do Tema 10 da Edição n. 120 da Jurisprudência em Tese, que foi firmado antes do advento da Lei 13.964/19 e registra a possibilidade de conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva, desde que presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Vejamos trecho da decisão ora referida:

Não obstante os fundamentos elencados pelo magistrado de primeiro grau e confirmado em sede liminar pela Desembargadora de plantão, **verifica-se que as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) excluíram a possibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício pelo magistrado.**

Destaco ainda que, é bem verdade que, esta Corte em sua jurisprudência em tese (Tema 10 da Edição n. 120: Da Prisão em Flagrante), tem entendimento consolidado no sentido de que “Não há nulidade na hipótese em que o magistrado, de ofício, sem prévia provocação da autoridade policial ou do órgão ministerial, converte a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP”. Esse era o entendimento consolidado até o momento, mas **parece-me que merece nova ponderação em razão das modificações trazidas pela Lei 13.964/2019.**

Assim, **é forçoso concluir que a pretensão do impetrante reveste-se de fumaça do bom direito com densidade suficiente a autorizar a concessão da liminar postulada, razão pela qual a liberdade provisória, ao menos nesse primeiro momento, é medida que se impõe.**

À vista do exposto, **defiro a liminar postulada** para garantir aos pacientes a liberdade provisória até o julgamento definitivo deste habeas corpus, se por outro motivo não estiver preso, determinando ao magistrado de primeiro grau a fixação de medidas cautelares alternativas, nos termos da Lei n. 12.403/2011.” (STJ - HABEAS CORPUS Nº 590039/GO RELATOR: MINISTRO RIBEIRO DANTAS). (grifo nosso).

Interessante, também, que alguns Tribunais de Justiça passaram a reconhecer a incidência inexorável do Sistema Acusatório após a aprovação do Pacote Anticrime. Não obstante esteja plenamente em vigor desde a promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988,

as disposições trazidas pela Lei 13.964/2019 são um importante reforço no sentido da aplicação concreta e reforço interpretativo em prol do sistema acusatório.<sup>9</sup>

As decisões acima referidas, embora evidenciem uma salutar inflexão do entendimento então consolidado a respeito do art. 311 do CPP, alterado pelo Pacote Anticrime, ainda não refletem, no entanto, a jurisprudência dos tribunais brasileiros, inclusive das Cortes Superiores. Cita-se, a título de exemplo, as seguintes decisões em sentido contrário, o HC 583.995, recentemente julgado Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, 17/09/2020, figurando como relator para o julgamento o ministro Rogério Schietti Cruz, cujo voto denegando o Habeas Corpus foi seguido pela ministra Laurita Vaz e pelo ministro Antonio Saldanha Palheiro, ficando vencidos os ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro. Para o relator, existe diferença entre converter e decretar a prisão, e “excepcionalmente – em caso de urgência ou de risco à perda da eficácia da medida, insisto – poderia a decisão ser tomada mesmo sem requerimento do Ministério Público e sem ouvi-lo previamente à decisão” e, ainda, poderia o magistrado decretar “a preventiva mesmo com manifestação contrária do Parquet (...) porque a prisão preventiva não é uma medida de natureza acusatória”.

Ao que se vê, ainda existem vozes a sustentar que o juiz pode converter o flagrante em preventiva, mesmo que defesa e acusação pleiteiem a concessão de liberdade provisória. Para fundamentar essa possibilidade, alega-se que o magistrado não decidiria de ofício, mas sim mediante provocação, configurada pelo recebimento do auto de prisão em flagrante. Sustenta-se ainda essa decisão judicial encontra guarida no regramento do art. 310, II, do CPP.

Entendemos que essa prática judicial configura burla ao sistema acusatório. A bem da verdade, a autoridade policial remete o auto de prisão em flagrante ao juiz em razão do regramento constitucional de que toda prisão deve ser imediatamente comunicada à autoridade judiciária competente. O mero cumprimento das atribuições do delegado não pode ser interpretado como representação apta a provocar uma decisão de segregação cautelar, mormente quando as partes (acusação e defesa) se manifestam expressamente pela concessão de liberdade provisória.

Ademais, reproduzimos outro fundamento da decisão do Ministro Celso de Mello, nos autos do HC 186.421/SC: “Com efeito, a interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, § 2º, e 311, também do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP”.

<sup>9</sup> Neste sentido: TJSP - Habeas Corpus nº 2002378-94.2020.8.26.0000 - Des. LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA – 05.03.2020; TJMG - Habeas Corpus nº 0509305-16.2020.8.13.0000, Rel. Des. DIRCEU WALACE BARONI – 09.06.2020; TJMG - Habeas Corpus nº 1.0000.20.061386-7/00, Rel. Des. DIRCEU WALACE BARONI – 18.06.2020; TJGO - Habeas Corpus nº 5243983-56.2020.8.09.0000, Rel. Des. ITANEY FRANCISCO CAMPOS – 18/07/2020; TJGO - Habeas Corpus Criminal 5239034-86.2020.8.09.0000, Rel. IVO FAVARO, 1ª Câmara Criminal - 26/06/2020; TJGO - Habeas Corpus Criminal 5255986-43.2020.8.09.0000, Rel. J. PAGANUCCI JR., 1ª Câmara Criminal - 26/06/2020; TJRJ - Habeas Corpus no 0026537-33.2020.8.19.0000, Rel. Des. Paulo Baldez, Quinta Câmara Criminal - 25/06/2020.

Na verdade, diferentemente do do querelante ou do assistente de acusação e do próprio Ministério Público, a autoridade policial não detém nenhuma capacidade postulatória perante a autoridade judiciária, uma vez que a toda representação feita pela autoridade policial deve preceder a manifestação do Ministério Público, inclusive para a renovação da prisão temporária, o que leva à conclusão inafastável de que a proposta do delegado é uma mera indicação ao *dominus litis*, não o vinculando, e a concessão das medidas restritivas ao investigado/acusado devem ter necessária iniciativa no múnus do membro do *Parquet*, sem a qual não tem validade. Essa é a interpretação que respeita a partição constitucional de funções.

Mais uma inovação de suma importância, implementada pelo pacote anticrime, foi a determinação de que a prisão preventiva tenha sua necessidade revisada a cada noventa dias, mediante decisão fundamentada<sup>10</sup>. O mesmo regramento deve ser extensivo às demais medidas cautelares, haja vista que também são restritivas de direito (LIMA, 2020, p. 1100).

A lei é enfática ao exigir que o magistrado, de ofício, revise a necessidade da prisão e, desta feita, sua inércia configura coação ilegal, apta a fundamentar o relaxamento da prisão. Todavia, em mais um exemplo de uma sabotagem inquisitorial, já existem vozes a defender que o descumprimento do parágrafo único do art. 316 pressupõe, antes da concessão de liberdade, uma reanálise judicial da prisão<sup>11</sup>. Essa tese já foi acolhida em decisão da Quinta Turma do STJ, nos autos do AgRg no HC 573.232/SP, relatado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca e julgado em 12/05/2020.

Pensamos que a norma ora comentada só terá real efetividade se os tribunais considerarem a ilegalidade automática da prisão como consequência de eventual descumprimento de sua revisão. Ademais, é válido ponderar que a fundamentação para manutenção da segregação cautelar está atrelada à existência de fatos novos ou contemporâneos caracterizadores do *periculum libertatis*.

A noção de cautelaridade implica a provisoriedade das prisões preventivas. Ocorre que, no Brasil, esse quesito sofre sérias violações, por inexistir determinação de prazo máximo para duração da medida<sup>12</sup>. Daí também a necessidade de se tratar com maior rigor a obrigatoriedade de reexame periódico da decisão judicial que decretou a preventiva.

Ainda como forma de romper com as práticas inquisitivas, o pacote anticrime também deu ênfase à impossibilidade de decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena<sup>13</sup>. Ora, a prisão preventiva é uma espécie de medida cautelar e, portanto,

<sup>10</sup>Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

<sup>11</sup>O CNPG (Conselho Nacional de Procuradores Gerais) editou o enunciado nº 35: “o esgotamento do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 não gera direito ao preso de ser posto imediatamente em liberdade, mas do ao reexame dos pressupostos fáticos da preventiva. A eventual ilegalidade da prisão por transcurso do prazo não é automática, devendo ser avaliada judicialmente.”

<sup>12</sup>Elogiamos, nesse ponto, a preocupação do legislador português em regulamentar a matéria, como se extrai da leitura dos arts. 215 do Código de Processo Penal Português.

<sup>13</sup>Art. 313, § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.



deve ser decretada apenas para salvaguardar a eficácia do processo. Em que pese essa constatação teórica, vislumbra-se que, na prática forense, muitas vezes, são aplicadas prisões preventivas com cariz de pena antecipada.

#### **4 (in) Conclusões: a incompatibilidade dos ranços inquisitórios com o processo penal democrático**

Discutir a valoração das prisões preventivas, na perspectiva do sistema acusatório, configura assunto de interesse teórico e prático da comunidade jurídica brasileira, dadas as repercussões que a matéria resvala na dialética entre o *ius puniendi* estatal e o *ius libertatis* de todo acusado.

Ademais, é de suma importância pontuar que os preceitos constitucionais alocados em um Estado Democrático de Direito precisam ser arraigados na mentalidade dos juristas. Pouca serventia tem o reconhecimento do sistema acusatório, se a cultura dominante propugna por um Estado Penal repressivo onde os “criminosos” devem ser alvo de uma árdua persecução penal em defesa da sociedade, admitindo-se que os ranços inquisitórios permeiem a práxis da justiça penal.

Uma prisão preventiva, decretada de forma ilegal ou desnecessária, fere o princípio da presunção de inocência, viga mestra do processo penal nos Estados Democráticos de Direito, vez que trata o acusado como verdadeiro culpado e o que é mais grave: embute nele uma pena – o estigma de criminoso – da qual nem mesmo eventual sentença absolutória é capaz de apagar os efeitos.

Inadmissível que a incompetência do aparato estatal na repressão à criminalidade sirva de argumentação para considerar como “excessivo garantismo” o que outrora era tido como “acervo incontornável dos direitos fundamentais universalmente reconhecidos” (MOUROS, 2007, p. 45).

O Pacote Anticrime adotou expressamente o sistema acusatório e preceituou para a sua devida efetivação, dentre outras mudanças, a vedação de que o juiz decrete, de ofício, prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar. Configura, pois, verdadeira burla a essa nova sistemática, admitir que o juiz converta, sem requerimento das partes, a prisão em flagrante em preventiva, por ocasião da audiência custódia, bem como permitir que o magistrado mantenha uma segregação cautelar, quando acusação e defesa entendem que, naquele momento processual, já não existe mais o *periculum libertatis* que outrora autorizou a prisão.

A decretação de prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar sem requerimento do Ministério Público (parte acusadora/investigadora) ou mesmo sem representação da autoridade policial (parte investigadora) caracteriza resquício inquisitório, pois traz ínsita a ideia da aposta na “boa escolha” do magistrado, maior e melhor e melhor que as partes.

É nítido que a Constituição firma a separação das funções de investigar e acusar, de julgar, e também de defender, com previsão clara e precisa de existência de órgãos específicos incumbidos dos respectivos múnus: investigativo — artigo 144, § 1º, I e § 4º, CRFB; acusação — artigo 129, I, CRFB; defesa — artigos 133 e 134, CRFB.

O Estado-Juiz deve se conter (e ser contido!) e agir provocado pelas partes, e não as substituir. Por que o juiz, agindo de ofício, saberia mais do que o Ministério Público (que, aliás, sem se dar conta, fragiliza sua própria posição processual constitucionalmente outorgada, quando apoia o agir de ofício do juiz).

As instituições responsáveis pela acusação e defesa (Ministério Público, Advocacia Pública, Advocacia Privada e Defensoria Pública) devem valorizar suas funções e não permitir, mesmo quando se lhe agrade a decisão, que o juiz lhes substitua.

A atuação *ex officio* para conceder a liberdade não configura ameaça ao sistema acusatório, porque é função do juiz garantir, proteger, cuidar, promover os direitos fundamentais, dentre os quais a liberdade possui posição de destaque. Noutra norte, — ao se decretar prisão *ex officio* — é ululante a subversão das funções, o escanteamento do Ministério Público (será que a Instituição continuará dando tiro no pé ao criticar o juiz de garantias?), sua substituição pelo órgão (que sabe mais? Mais preparado? Que não falha mesmo quando o MP falha? Predestinado ao combate à criminalidade?) jurisdicional que deveria... julgar.

Não é possível, no contexto do sistema acusatório que respeita as regras do devido processo constitucional e legal democrático, que um magistrado converta, de ofício, a prisão em flagrante em preventiva. Essa conversão só pode ter validade se for precedida de manifestação expressa do membro do Ministério Público, pois não se pode permitir que um ato que nasce de uma violação expressa aos ditames constitucionais possa ter qualquer efeito.

A jurisprudência anterior à Lei 13.964/2020 fazia uma (inexistente) distinção entre converter e decretar, explicando que, nesta, não é possível ser de ofício e, naquela, é sim possível, mesmo sem requerimento do órgão julgador ou da autoridade policial ou, ainda, mais absurdamente, contrariando o entendimento do Ministério Público. Tal posição, contudo, é anterior à expressa viragem legal trazida pelo Pacote Anticrime e dever ser superada.

Os Tribunais Superiores a nosso sentir, não devem abdicar de exercer seu papel importante na viragem do entendimento arcaico de possibilidade de conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva, desde que presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Nesse sentido, o Ministro do STJ, Ribeiro Dantas, nos autos do HC 590.039/GO, em 23/06/2020, ponderou a necessidade de uma nova reflexão do Tema 10 da Edição n. 120 da Jurisprudência em Tese, que foi firmado antes do advento da Lei 13.964/19. A necessidade de um *overruling* foi reforçado em recente decisão liminar, julgada em 17/07/2020, nos autos HC 186.421/SC, ocasião em que o Ministro da Suprema Corte, Celso de Mello, entendeu incabível que um juiz converta de ofício a prisão em flagrante em preventiva.

Lutar-se pela implementação da figura do juiz espectador não significa inviabilizar a possibilidade de decretação de medidas cautelares em desfavor do réu ou obstar a eficiência persecutória. Trata-se, tão somente, de conferir à acusação e ao órgão julgador os lugares que lhe foram constitucionalmente estabelecidos e, em consequência, garantir ao acusado que as decisões que lhe atingem serão tomadas por um juiz imparcial.

O processo penal de um país reflete o posicionamento autoritário ou democrático de sua Magna Carta (COSTA, 2005, p. 54), vale dizer, haverá um processo penal autoritário em correspondência a uma Constituição autoritária e um processo penal democrático como resposta a uma Constituição democrática. Dado o caráter democrático da Constituição Brasileira vigente, devemos lutar pela efetivação de um processo penal democrático, o que somente é possível com a efetiva adoção do sistema acusatório.

## Referências

- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- COSTA, José de Faria. **Beccaria e o direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- COSTA, José de Faria. **Linhas de Direito Penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- DIAS, Figueiredo Dias. **Direito Processo Penal**. 1. ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. 2. Ed. 1 reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020
- LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. In **Revista Liberdades** nº.17, set./dez. 2014.
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019
- MACHADO, Jónatas. Liberdade de Expressão. Interesse Público e Figuras Públicas e Equiparadas. In **Separata do Boletim da Faculdade de Direito**, nº 85, Universidade de Coimbra. 2009
- MOUROS, Maria de Fátima Mata. **Direito à inocência – Ensaio de processo penal e jornalismo judiciário**. Estoril: Príncipe Editora, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 6. ed. Florianópolis: Emais, 2020.

ROCHA, Bheron. A importância de Moro e da Lava-jato para a Democracia e para as Garantias do Processo Penal no Brasil. **Justificando**, 28 set 2016. Disponível em <<https://www.justificando.com/2016/09/28/importancia-de-moro-e-da-lava-jato-para-democracia-e-para-as-garantias-do-processo-penal-no-brasil/>>.

SALLES, Jean; LOPES, Karina C. B. À espera de um milagre: com um Juiz inquisidor, só Deus como defensor pode ter uma chance. In **Justificando**. Disponível em <<http://www.justificando.com/2014/08/15/espera-de-um-milagre-com-um-juiz-inquisidor-deus-como-defensor-pode-ter-uma-chance/>>. Acesso em 30 de junho de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Novo Código de Processo Penal: O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório)**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Jorge Bheron. A batalha: o velho inquisitivismismo não quer morrer — mas o novo nascerá. In Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/opiniao-velho-inquisitivismismo-nao-morrer-nascera>>. Acesso em 30 de junho de 2020.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3 Vol. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.