

PODE O JUIZ CONVERTER DE OFÍCIO A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA?

Can judge convert *ex officio* a flagrante arrest in preventive arrest?

Mariele Márley Marra

Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, *campus* São Gabriel. Anel Rodoviário Km 23,5 - Rua Walter Ianni, 255 - São Gabriel, 31980-110, Belo Horizonte, Minas Gerais ladonay@gmail.com

ABSTRACT: This article analyzes the legal institute of "conversion" *ex officio* the flagrante arrest in preventive arrest by the judge from the perspective of the constitutional process model, with the objective of proposing a reinterpretation of the normative command of "conversion" of craft, gift in Article 310, II of the Criminal Procedure Code, as soon as the Criminal Procedure is a realization of the fundamental rights guaranteed. Thus, through extensive literature research, throughout the text will be presented notes as the "conversion" of office of arrests in flagrante in pretrial detention without establishing the contradictory, broad argument, without any impartial third party and reasons for decisions, the which are affronts to the principles bases, so that the party will suffer the effects of the decision has not been reached means to participate actively. Therefore, it was concluded that it is crucial that a new criminal procedural according to the constitutional model of process, not mere (re) forms, as these change the garment and some props, remaining authoritarian form of the Criminal Procedure Code and in some cases until thickens.

Key-Words: Fundamental rights; Fundamental guarantees; Due process; Reasons for decisions; Model constitutional process; Impartial third;

RESUMO: O presente artigo analisa o instituto jurídico da "conversão" de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva pelo juiz a partir da ótica do modelo constitucional de processo, com o objetivo de propor uma releitura do comando normativo da "conversão" de ofício, presente no artigo 310, II do Código de Processo Penal, para que assim o Processo Penal seja uma garantia de efetivação dos direitos fundamentais. Assim, por meio de ampla pesquisa bibliográfica, ao longo do texto serão apresentados apontamentos quanto à "conversão" de ofício das prisões em flagrante em prisões preventivas sem se estabelecer o contraditório, ampla argumentação, sem que haja terceiro imparcial e fundamentação das decisões, as quais são afrontas aos princípios bases, de modo que a parte que sofrerá os efeitos da decisão não tem alcançado meios de participar ativamente. Logo, concluiu-se que

Marra

é fundamental que haja uma nova ordem processual penal segundo o modelo constitucional de processo, e não meras (re)formas, visto que estas mudam a vestimenta e alguns adereços, permanecendo a forma autoritária do Código de Processo Penal e em alguns casos até se adensa.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Garantias fundamentais; Devido processo legal; Fundamentação das decisões; Modelo constitucional de processo; Terceiro Imparcial;

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira promulgada em 05 de outubro de 1988 foi um marco de suma importância no denominado Estado Democrático de Direito, uma vez que converte em direito positivo as diversas aspirações sociais que foram elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito (MORAES, 2011, p. 4).

Entretanto, essa mudança de paradigma não se observa também no Código de Processo Penal, o qual, mesmo após diversas tentativas infrutíferas de se efetivar uma reforma processual penal no Brasil, apenas ocorreram mudanças pontuais ao longo dos anos, dentre estas, a Lei 12.403/11, que trouxe alterações no tocante às prisões processuais, fiança, liberdade provisória e outras medidas cautelares.

A pedra angular deste trabalho é a teoria do modelo constitucional de processo, que teve sua proposição inicial feita para o processo civil italiano por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, e que foi apropriada para um modelo de processo, visando à construção de outra noção de teoria geral do processo, constituída justamente por uma base constitucional fundada nos princípios do processo (BARROS, 2009, p. 14).

É o modelo em que quaisquer procedimentos, sejam judiciais, administrativos ou legislativos, devem submeter-se aos parâmetros do devido processo, que inclui o contraditório e a ampla defesa (DIAS, 2012, p. 95).

Por isso, estabelecendo como parâmetro o modelo constitucional do processo, a partir da leitura do disposto no artigo 310, II do Código de Processo Penal – alterado pela Lei 12.403/11 –, questiona-se neste artigo se pode o juiz “converter”¹ de ofício a prisão em flagrante em prisão preventiva, sem a oitiva do Ministério Público e sem defesa técnica.

¹ O termo “conversão”, presente no artigo 310, II do Código de Processo Penal, mostra-se inadequado, já que o flagrante não é uma modalidade de prisão, mas, sim, uma situação fática. O termo conversão exigiria o reconhecimento da flagrância como modalidade de medida cautelar, o que ela não é, sendo colocada como pré-cautelar, razão pela qual este termo será apresentado neste trabalho sempre entre aspas.

Serão pontuados os principais problemas deste atropelo das garantias fundamentais, abrindo novos pontos de debate com o objetivo de estimular a continuidade do estudo do tema que envolve as questões suscitadas.

O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO E A SUA BASE DE PRINCÍPIOS

Barros (2006) demonstra que o termo modelo constitucional de processo foi inicialmente elaborado pelos processualistas Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera para o processo civil italiano, ao escreverem sobre a constitucionalização dos princípios processuais na Constituição italiana de 1948.

Conforme os referidos autores, esse modelo é compatível com qualquer procedimento jurisdicional civil, uma vez que é marcado pelas características da expansividade, variabilidade e perfectibilidade que integram um esquema geral de processo, um “modelo único e tipologia plúrima”.

Ainda segundo Andolina e Vignera, **expansividade** é a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microssistemas, desde que mantenha conformidade com o esquema geral de processo; **variabilidade** é a possibilidade da norma processual se especializar e assumir forma diversa em função de característica específica de um determinado microssistema, desde que em conformidade com a base constitucional; e **perfectibilidade** é a capacidade do modelo constitucional se aperfeiçoar e definir novos institutos através do processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral (GUIMARÃES, 2013, p. 18.).

Segundo esses autores, pode-se dizer que depois de 1948 o processo na Itália se tornou uma entidade “modelo único e tipologia plúrima”, expressão que exprime a ideia de que há um único paradigma constitucional de processo, o qual seria uma pluralidade de procedimentos jurisdicionais (GUIMARÃES, 2013, p. 18.).

Entretanto, no Brasil, Barros (2006), em seu artigo “Ensaio de uma Teoria Geral do Processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, executivo e jurisdicional”, vai além, traçando os fundamentos teóricos de uma teoria geral aplicável a qualquer processo (BARROS *apud* GUIMARÃES, 2013, p. 19.).

Barros (2009b, p.332) considera que a partir do aperfeiçoamento do modelo inicialmente proposto por Andolina e Vignera, será constituído um modelo constitucional de processo sob a base dos princípios processuais presentes na Constituição de 1988, de tal forma, que tal modelo poderá contemplar qualquer espécie de processo, seja jurisdicional ou não.

A proposta de Barros objetiva superar a vinculação aos institutos da Jurisdição, Ação e Processo que são vistos na concepção da teoria geral do processo instrumentalista, como elementos estruturantes, propondo dessa forma, que a teoria geral do processo seja estruturada conforme os princípios do processo previstos na Constituição.

Barros (2009, p. 14) também adota a percepção de Fazzalari² de processo como procedimento em contraditório, para qualificar o fenômeno processual constitucionalizado como garantia (FAZZALARI, 2006, p. 111-128.), e não mais uma relação jurídica, nos termos bülowianos³, em que se apoia a escola paulista ou instrumentalista.

Nota-se então uma semelhança entre a proposta inicial dos italianos Andolina e Vignera e o modelo proposto por Barros, visto que ambos partem da constitucionalização dos princípios processuais nas respectivas constituições italiana (1948) e brasileira (1988), sendo importante destacar que Barros amplia a concepção formulada anteriormente pelos italianos.

Barros objetiva estruturar uma base principiológica uníssona para qualquer processo, não se restringindo aos jurisdicionais, fazendo então menção as características da expansividade, aperfeiçoabilidade e especialidade, exigindo-se conformação da referida base uníssona às características próprias das várias espécies de processo (BARROS, 2009, p. 15).

É inegável o vínculo existente entre a disciplina processual e o regime constitucional em que o processo se desenvolve, pois o direito processual, seja ele cível ou penal, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional (CINTRA, 2010, p. 84.).

No entendimento de Barros (2009, p. 12.) o processo penal é um microsistema dentro do modelo constitucional do processo lastreado de garantias e tratamento específico, sendo que deste modo, não há como se conceber um processo penal garantista sem esta intrínseca ligação aos ditames constitucionais.

Não se concebe o estudo do processo penal brasileiro dissociado de uma visão abertamente constitucional, inserindo-o, como merece, no contexto dos direitos e garantias fundamentais, autênticos freios aos excessos do Estado contra o indivíduo, parte verdadeiramente mais fraca nesse embate (NUCCI, 2011, p. 80.).

Assim, mesmo embora não faça parte da construção epistemológica do modelo constitucional de processo, Guilherme de Souza Nucci também diz que Direito Processual Penal Constitucional é a

² Fazzalari é quem oferece a teoria que possibilita o exercício dessa participação ativa do destinatário da norma na autoria do provimento estatal (decisão judicial). Trata-se do processo como procedimento em contraditório.

³ A Escola Instrumentalista do processo, propagada no Brasil por Dinamarco, advém da influência de Bülow e da concepção relacionista de processo.

visualização do Processo Penal a partir dos preceitos postulados na Constituição da República, no tocante aos direitos e garantias fundamentais (NUCCI, 2011, p. 81.).

As características da expansividade, variabilidade e perfectibilidade do modelo constitucional de processo acabam com as diferenças entre direito processual constitucional e direito constitucional do processo, uma vez que, conforme já mencionado, todo processo é constituído de uma base principiológica uníssona prevista na Constituição.

Nesse sentido, o modelo democrático de processo tem uma interpretação mais adequada quando analisado sob uma ótica principiológica, na qual os princípios que o integram são vistos de maneira conjunta, apesar de cada um ter conteúdo específico e diferenciador (BARROS, 2011, p. 21.).

A efetivação dos princípios constitucionais no processo é de suma importância para que haja conseqüentemente a efetivação dos direitos fundamentais e o devido processo legal.

A Constituição de 1988 estipula um modelo constitucional de processo sendo necessário identificar quais seriam seus princípios fundantes. Assim, de acordo com o marco procedimentalista do Estado Democrático de Direito conforme HABERMAS (2003), no qual o processo é visto como garantia constitutiva de direitos fundamentais, sustenta-se a compreensão de quatro princípios co-dependentes, quais sejam: o **contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões**, que formariam então, a base do modelo constitucional de processo brasileiro (BARROS, 2009b, p.332).

De acordo com Flaviane de Magalhães Barros, o microsistema processual penal constitucionalizado é necessário, pois a Constituição foi promulgada no contexto da redemocratização do País, que naquele momento estava maculado pela prisão para averiguação, pelo desaparecimento de pessoas consideradas como “inimigos políticos” e pela tortura durante os governos militares (GUIMARÃES, 2013, p. 28).

Dos quatro princípios co-dependentes do Modelo Constitucional de Processo, destaca-se inicialmente como base de princípios para as medidas cautelares, o princípio do contraditório, que está expresso no art. 5º, LV da CR/88.

Sobre este princípio, Pacelli (2012) pactua com uma doutrina moderna que o define como um direito em que existe paridade de armas entre as partes na busca de uma efetiva igualdade processual.

O contraditório, então, não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos – vistos, assim, como garantia de participação –, mas também garantiria que a oportunidade da resposta

pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão. Em outras palavras, o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade (OLIVEIRA, 2012, p. 42.).

E nesse mesmo sentido Barros descreveu com maestria a questão da co-dependência do princípio do contraditório com o princípio da necessidade da fundamentação das decisões para uma adequada compreensão de uma teoria geral do processo, pois, ao se exigir que a construção da decisão respeite o contraditório, não mais se permite que o provimento seja um ato isolado de inteligência do terceiro imparcial (BARROS, 2011, p. 22.).

Sendo que a imparcialidade exigida pela lei não é uma qualidade inata ou imanente ao juiz, como pessoa física, ante os interesses alheios, mas um dever que o ordenamento jurídico lhe impõe como pressuposto legal de validade dos atos jurisdicionais, obrigando-o a desligar-se das suas causas quando não reúne, em face de circunstâncias objetivamente aferíveis, isenção para assegurar às partes o direito fundamental da isonomia que é princípio institutivo do processo (LEAL, 2010, p. 123).

É evidente que o exercício do contraditório nas medidas cautelares, devido a urgência da medida ou risco da sua ineficácia, ele é diferenciado em comparação como o processo de conhecimento, entretanto, isso não deve intervir na possibilidade da parte influir na decisão fundamentada do juiz.

Sobre o princípio da fundamentação das decisões destaca-se que ele encontra-se previsto no artigo 93, IX da Constituição de 1988, em que os argumentos utilizados pelo juiz na sua fundamentação devem ser argumentos jurídicos, resultantes do princípio-garantia do contraditório. Afinal, no processo constitucional não há espaço para argumentos subjetivos, resultantes de convicções pessoais.

Logo, considerando a prisão em flagrante e a prática da sua “conversão” de ofício pelo juiz, ante ao princípio do contraditório com todas as suas peculiaridades, infere-se que a fundamentação dada pelo magistrado ao “converter” a prisão em flagrante em medida cautelar deve ser alicerçada em fundamentos individualizados, fáticos e concretos e não apenas na simples previsão legal, visto que:

[...] o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficiosos, impedindo que em “solitária onipotência aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente

estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes (NUNES, 2008, p. 174.).

É somente com a combinação entre a fundamentação das decisões e o contrário que se poderá afastar o protagonismo judicial inquisitorial e sua parcialidade subjetiva, especialmente na “conversão” de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva, sendo que para uma melhor compreensão, faz-se necessário passar a análise da situação fática do flagrante e sua processualização, onde também serão apresentados os demais princípios basilares do modelo constitucional de processo.

O FLAGRANTE E A SUA PROCESSUALIZAÇÃO

Dentre os princípios fundamentais expressos na Constituição da República está o princípio da liberdade preceituado no art. 5º, LXI, que *“ninguem será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”* (BRASIL, 1988).

A regra é a liberdade, havendo, contudo, exceções previstas em lei em que o indivíduo tem tolhido seu direito de ir e vir.

[...] o direito de liberdade do indivíduo visto aqui não só no contexto de liberdade de ir, vir ou permanecer, mas no sentido da sua intimidade e privacidade, verificadas nas diversas cláusulas de inviolabilidade ou na liberdade de convicção ou crença e na proibição de qualquer tipo de discriminação (BARROS, 2011, p. 20.).

O Código de Processo Penal cuida das prisões cautelares que são de natureza provisória, ao passo que o Código Penal regula a prisão proveniente da condenação.

De acordo com parte da doutrina pátria tende a conceituar a prisão em flagrante como um tipo de prisão cautelar, entretanto, as medidas cautelares tem a finalidade de garantir que o direito da parte não pereça, sendo que daí surgem as críticas a essa conceituação (BARROS, 2011, p. 51.).

Guilherme Nucci faz a seguinte definição:

Flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Neste sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal) (NUCCI, 2011, p. 589).

Os críticos dessa conceituação, tal como Lopes Júnior (2012, p. 797) e Barros (2012, p. 51), questionam a quem o flagrante se presta a garantir e propõem uma maior reflexão sobre o tema de forma a ser corrigido tal equívoco com a reforma processual.

Lopes Júnior (2012, p. 797) afirma que o flagrante é uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, sendo assim, uma prisão pré-cautelar que se distingue da verdadeira medida cautelar pela sua absoluta precariedade.

O estado de flagrância é aquele em que o agente é surpreendido cometendo ou acabado de cometer a infração penal, diz respeito à visibilidade do delito, sendo, portanto, sempre visível e atual (BARROS, 2011, p. 51).

Este é inclusive, o conceito expresso no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941):

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

I – está cometendo à infração penal;

II – acaba de cometê-la;

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

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

A prisão em flagrante, como dito anteriormente, é uma medida precária, já que pode ser efetivada por qualquer particular ou pela autoridade policial ante a visibilidade do delito, por isso, deve ser imediatamente submetida ao crivo judicial para que de forma fundamentada o juiz a relaxe ou a “converta” em preventiva, caso preenchidos os requisitos do art. 312, CPP, não se prestando portanto, a garantir o direito da acusação, pois não há ainda a *opinio delicti* (BARROS, 2011, p. 52).

Após esses esclarecimentos iniciais sobre o conceito de prisão em flagrante, em que ficou firmado o entendimento que a prisão em flagrante é uma prisão pré-processual e que a flagrância é uma situação fática, a sua processualização denota uma análise jurídica, conforme Barros diz:

A processualização do flagrante exige para a decretação de medidas cautelares pessoais o requerimento do MP ou a representação da autoridade policial. Logo, salvo nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, há a necessidade do pedido dos órgãos de persecução penal ser submetido ao contraditório (BARROS, 2011, p. 76).

Outrossim, referente a processualização do flagrante paira também a discussão quanto a oficialidade da “conversão” do flagrante para preventiva.

Como bem esclarece a professora Flaviane Magalhães Barros (2011, p.76), para a processualização do flagrante é indispensável o requerimento dos órgãos de persecução criminal, devendo ser submetido ao contraditório e ampla ampla argumentação, resultando assim numa decisão devidamente fundamentada de um juiz, terceiro imparcial, sendo assim constitucionalmente inconcebível a decretação de ofício pelo juiz.

Sobre o princípio da ampla argumentação, o mesmo encontra-se previsto no art. 5º, LV da Constituição. Percebe-se que, num Estado Democrático de Direito, não se pode interpretar o direito de defesa como um direito apenas do acusado, tal como um mero direito de reação em resposta ao direito do autor da ação penal, visto que, no processo constitucional, todos os legitimados ao provimento possuem direito de ação.

No entendimento de Fazzalari, os legitimados para o processo e a legitimação ao provimento são “contraditores” legitimados a “dizer e contradizer” no curso do procedimento: “legitimados para o processo” (FAZZALARI, 2006, p. 370).

O princípio da ampla argumentação é uma releitura constitucionalmente adequada do princípio da ampla defesa, conforme precisamente diz Flaviane Barros:

A ampla argumentação como garantia das partes, e não como um direito subjetivo do autor, compreende a necessidade de se garantir o tempo do processo para que o esforço re-constutivo dos argumentos do discurso dialético das partes possa ser apropriado, de modo que todas as possibilidades de argumentação sejam perquiridas.(...) Na perspectiva do processo jurisdicional, da ampla argumentação decorre o direito a prova, a assistência de um advogado, a necessidade de se garantir que as partes possam ter o tempo processual para reconstruir o caso concreto e discutir

quais normas jurídicas *prima facie* aplicáveis é a mais adequada ao caso concreto (BARROS, 2008b, p. 136).

Logo, é o princípio do contraditório que garante a participação das partes, os legitimados para o processo, a construção de uma decisão fundamentada através de argumentações. Sendo que, nesse sentido, a fundamentação das decisões é reflexo, portanto, da ampla argumentação e do contraditório.

Entretanto, no Brasil ainda é tolerada a “conversão” de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva, persistindo o ranço inquisitório (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 799), conforme será apresentado a seguir.

DA “CONVERSÃO” DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

Como apresentado anteriormente, a prisão em flagrante é um dever imposto aos agentes de segurança ante a patente prática delituosa, e uma faculdade dada a qualquer do povo que pode impedir a consumação do crime ou a fuga do seu autor, conforme previsto no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941): “*Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito*”.

O estado de flagrância é uma situação fática, sendo um impositivo constitucional que toda prisão seja fielmente fiscalizada por juiz de direito que ao receber os autos de prisão em flagrante deve relaxar quando ilegal a prisão ou decretar outras medidas cautelares pessoais (BARROS, 2011, p. 74).

Essa fiscalização feita pelo judiciário do estado de flagrância, consubstancia-se na sua processualização, que já foi delineada em tópico específico, denotada exatamente dessa avaliação jurídica da situação; em especial, a análise de urgência e da necessidade da restrição da liberdade do cidadão. (BARROS, 2011, p. 74).

Sendo assim, nota-se que o modelo de processo constitucional democrático, impõe algumas limitações ao poder do Estado Juiz ao fazer essa referida avaliação fática/jurídica da prisão em flagrante, devendo o agente julgador motivar, racionalmente, a sua decisão em manter ou relaxar a prisão, e não apenas ser um engessado aplicador das normas processuais.

Necessário também o entendimento de que a fundamentação da decisão jurisdicional, muito longe de surgir apoiada em convicções pessoais, critérios salomônicos ou ainda, em sentimentos

Marra

vagos de justiça, deverá ser o resultado lógico da atividade procedimental desenvolvida em torno das questões discutidas e dos argumentos produzidos em contraditório pelas partes em todas as fases do processo, porquanto são elas, as partes que suportarão seus efeitos.

Comungando deste entendimento, Rosemiro Pereira Leal afirma que:

No mundo de hoje, em que as conquistas teóricas de liberdade, dignidade e igualdade de direitos se firmaram, as decisões *secundum conscientiam* não tem substrato legal, porque adotam juízos de convicção íntima sem que esta convicção esteja balizada em critérios legais. Atualmente, os princípios jurídicos se mostram fecundos em todas as legislações dos povos estudiosos, não sendo mais acolhível apoiar-se em juízos de sensibilidade, clarividência e magnanimidade como fundamento dos provimentos jurisdicionais (LEAL, 2010, p. 124.)

Logo, analisando a questão sob uma ótica constitucional, tem-se que ainda que o dispositivo legal expresse que o juiz deve “converter” a prisão em flagrante em preventiva se presentes os pressupostos legais, a interpretação constitucional é clara de que a regra é a liberdade que deve ser sempre plena, sendo que provisória é a prisão (BARROS, 2011, p. 76).

De outra forma, não há que se falar em contraditório e devido processo legal se o magistrado de ofício decide por “converter” o flagrante em preventiva, salvo em casos urgentes ou de perigo de ineficácia da medida, sendo que todas as suas decisões além de ser motivadas, devem ser provocadas, conforme esclarece Barros:

Tanto os órgãos de persecução penal quando a defesa do preso tem a garantia do contraditório, participando e influenciando ativamente na construção da decisão, nos limites da cautelaridade que requer sempre menor prazo para decisão, principalmente quando a pessoa estiver privada de sua liberdade como o caso do flagrante (BARROS, 2011, p. 77).

Por uma adequada hermenêutica dos dispositivos legais do Código de Processo penal pode-se concluir que a prisão em flagrante, como uma medida precautelada, nela o juiz tem duas opções ante o art. 310, II do CPP (BARROS, 2011, p. 76):

a) Decretar uma medida cautelar diversa da prisão preventiva (art. 282, §6º, c/c 319 do CPP;

- b) Decretar a prisão preventiva, a qual deve ser considerada como a *ultima ratio* das medidas cautelares pessoais. (art. 282, §6º do CPP)
- c) Conceder liberdade provisória com ou sem fiança (Art. 310, III, do CPP).

Nota-se que a processualização do flagrante exige para a decretação de medidas cautelares pessoais o requerimento do Ministério Público ou a representação da autoridade policial (art. 282, §2º do CPP) (BARROS, 2011, p. 76).

Nesse sentido, salvo nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, há necessidade do pedido dos órgãos de persecução penal ser submetido ao contraditório (art. 282, §3º, do CPP) (BARROS, 2011, p. 77).

Logo, segundo a ótica do modelo constitucional de processo, o contraditório pode ser efetivado por meio de uma audiência designada para 24 horas após o recebimento do APFD, que contará com a presença a presença do Ministério Público, vítima (se for o caso), conduzido e seu defensor (BARROS, 2011, p. 77).

Nesse caso certamente haverá maior celeridade para a situação por meio da oralidade, sendo que, outra forma de se efetivar o contraditório é por meio de petição do Ministério Público e da defesa, cuja decisão fundamentada do juiz (terceiro imparcial) não será mais de ofício, mas sim reflexo do exercício do contraditório e da ampla argumentação (BARROS, 2011, p. 77).

Entretanto a questão sobre a “conversão” de ofício das prisões em flagrante em prisão preventiva é ainda um tema muito debatido e controvertido na doutrina, bem como pela jurisprudência, no dia-a-dia dos tribunais pátrios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Estado Democrático de Direito, as convicções pessoais do juiz e seu subjetivismo devem ser deixados de lado, e suas decisões precisam ser fundamentadas juridicamente. Isso garante a preservação de uma base uníssona constituída por um terceiro imparcial.

O modelo processual proposto na Constituição da República tem a premissa de que juiz deve se abster ao máximo de qualquer conduta que levante dúvidas quanto a sua imparcialidade.

Para Leal (2010), o juiz somente pode agir quando provocado pela parte, salvo nos casos excepcionais previstos em lei, pois do contrário as garantias jurídicas da parte seriam abaladas e todos estariam diante de um juiz autoritário.

Marra

Por isso, propõe-se uma releitura do comando normativo da “conversão” de ofício, presente no artigo 310, II do Código de Processo Penal, a fim de que o Processo Penal seja uma garantia de efetivação dos direitos fundamentais.

A crítica feita quanto a recente reforma processual é no sentido que essa criou um “permissivo” para que o juiz de ofício “converta” o flagrante em preventiva, ferindo assim de morte princípios constitucionais basilares.

Tal norma conflita com o requisito da inércia, não podendo o juiz substituir a parte para provocar a incidência da atividade jurisdicional (LEAL, 2010, p. 118).

O requisito da inércia não veda o necessário impulso que, uma vez instaurado o procedimento pela parte, o juiz deve conferir ao andamento dos autos. Não pode, entretanto, o juiz, na tramitação processual, direcionar a causa para rumos de seu arbítrio, sem atentar para o princípio da reserva legal (LEAL, 2010, p. 118).

Sendo assim, para que o juiz “converta” o flagrante em prisão preventiva, é necessário que haja provocação nesse sentido, sendo que tal provocação é feita não somente por parecer apresentado pelo Ministério Público (que deve sempre se manifestar para que assim sejam resguardos os direitos do acusado), mas para que se estabeleça o contraditório, deve a defesa do acusado se manifestar.

Deste modo, a parte que irá suportar os efeitos da decisão deve ter a possibilidade de poder influenciar no convencimento do juiz decorrente do direito de ampla argumentação.

Assim, mais do que necessário, é fundamental que haja uma nova ordem processual penal segundo o modelo constitucional de processo, e não meras (re) formas, pois conforme mesmo diz Flaviane Barros em sua nota introdutória (2009), inspirada pelas análises de Lenio Luiz Streck, nota-se que tais “reformas” mudam a vestimenta e alguns adereços, sendo que a forma autoritária do Código de Processo Penal permanece e em alguns casos até se adensa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Senado Federal. **Decreto Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941**: Senado Federal, 1941.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, executivo e jurisdicional. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.)

O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008a.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir modelo constitucional do processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, v. 6, 2008c.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)Forma do Processo Penal – comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009b. v. 1, p. 331-345.

BARROS, Flaviane Magalhães de. Atuação do juiz e das partes no processo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 5. Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4795/2049>. Acesso em: 26 abr. 2014.

BARROS, Flaviane de Magalhães. MACHADO, Felipe. **Prisão e Medidas Cautelares.** Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2011.

CARVALHO, Kildare . **Direito Constitucional.** 18. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CASTRO, João Antônio Lima; NEVES, Isabela Dias. **Direito Processual: Fundamentos Constitucionais.** BH: PUC Minas, Instituto de educação Continuada, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo.** 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Elementos de Teoria do Processo Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GUIMARÃES, Leonardo Avelar. **As nulidades no direito processual penal e a sua (des)conformidade com o processo constitucional.** Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2013.

Marra

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia II: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 9.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 9. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

MONTEIRO DE BARROS, Vinicius Diniz. **A prisão em flagrante no modelo constitucional de processo e a atuação dos sujeitos processuais**. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.