

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FRENTE ÀS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS*

Mauro Fonseca Andrade**

RESUMO: A reforma do Código de Processo Penal (CPP) de 2011, que atingiu as medidas cautelares pessoais, vem provocando intensa controvérsia no que diz respeito à necessidade, ou não, de abertura de vista prévia ao Ministério Público, quando da decretação de medidas cautelares daquela natureza nas fases de investigação e de julgamento. O presente texto procurará demonstrar o equívoco das posições que vêm impedindo o Ministério Público de se manifestar previamente às decisões que decretam ou denegam medidas cautelares pessoais ao longo da persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Jurisdição. Processo penal. Cautelares.

Introdução

Após décadas vinculado ao binômio prisão preventiva / liberdade provisória, o Brasil finalmente se adequou, em razão dos termos da Lei nº 11.403/2011, às normas internacionais relativas às cautelares de natureza pessoal, especificamente ao *Manual de Normas Internacionais sobre Prisão Preventiva*, apresentado pela Organização das Nações Unidas em 1997. Com isso, o legislador incorporou, ao nosso Código de Processo Penal (CPP), uma gama significativa de outras medidas destinadas a evitar o encarceramento cautelar desnecessário do sujeito passivo da persecução penal.

Em que pese essa reforma haver dado um importante passo rumo a uma melhor racionalização do processo penal, um incompreensível retrocesso também foi levado a efeito - seja pela lei seja por quem a aplica - com a impossibilidade de o Ministério Público manifestar-se previamente à concessão, ou não, de certas medidas cautelares de caráter pessoal.

Uma primeira situação é fruto da nova redação dada ao artigo 310 daquele código (no *caput* e em seu parágrafo único), ao não mais prever expressamente a necessidade de oitiva prévia do Ministério Público, sempre que, diante do auto de prisão em flagrante, o juiz se deparar com a possibilidade de concessão de liberdade provisória ao conduzido. Uma segunda situação diz respeito ao arbitramento da fiança pela autoridade judicial, havendo previsão expressa no sentido de que o Ministério Público somente terá vista do processo após seu préstimo por parte do sujeito passivo ou por um terceiro em seu benefício.

Tais situações bem demonstram um preocupante afastamento do Ministério Público em relação aos rumos e decisões a serem tomados ao longo das várias fases da persecução penal, o que leva, com isso, a um claro cerceamento de acusação.

* Enviado em 15/11, aprovado e aceito em 16/12/2013.

** Doutor em Direito Processual Penal - Universidade de Barcelona; Professor adjunto - UFRGS. Professor da Faculdade de Direito - FMP (RS). Promotor de Justiça/RS. Faculdade de Direito, Departamento de Ciências Penais. Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: mauro.fonsecaandrade@gmail.com.

O presente estudo presta-se, portanto, a demonstrar os equívocos interpretativos e de posicionamentos - legal e judicial - voltados a impedir que o Ministério Público se manifeste anteriormente à concessão ou denegação de medidas cautelares naqueles dois momentos da persecução penal.

1 A atuação do Ministério Público no auto de prisão em flagrante

Anteriormente à reforma operada pela Lei nº 11.403/2011, o papel do Ministério Público, em relação ao auto de prisão em flagrante, estava bem delineado no cenário nacional. De um lado, tínhamos - e ainda temos - a Lei de Drogas, que determina, em relação às infrações penais nela tipificadas, a abertura de vista ao Ministério Público, para que possa se manifestar anteriormente à decisão judicial que analisará sua legalidade e destino do conduzido.¹ De outro, tínhamos o CPP, em que, de acordo com a antiga redação do artigo 310, *caput* e seu parágrafo único, se dispõe que deveria o Ministério Público ter vista de todo e qualquer auto em que o juiz vislumbrasse, independentemente do tipo de infração penal, a possibilidade de concessão de liberdade provisória, seja decorrente da incidência de alguma das causas de exclusão da ilicitude seja por não haver elementos justificadores para o decreto de prisão preventiva.²

Embora o parágrafo único tenha sido incorporado ao *caput* do artigo 310 pela Lei nº 6.416/1977, ambas as disposições do CPP recebiam muitas e merecidas críticas, pois seguiam a lógica originária do código, no sentido de que a prisão preventiva era a regra, ao passo que a liberdade provisória era a exceção. E, por ser exceção, o Ministério Público deveria ser ouvido previamente à decisão judicial que pudesse alterar a - por assim dizer - ordem natural do *status libertatis* do conduzido.

Com o propósito de aclarar as condutas passíveis de serem tomadas pelo juiz quando do recebimento do auto de prisão em flagrante, bem como atualizar os termos daquele artigo à reforma operada na Parte Geral do Código Penal,³ a Lei nº 11.403/2011 reescreveu integralmente o artigo 310 do CPP. Assim, ao *caput* coube deixar expresso que incumbirá ao juiz relaxar a prisão que considerar ilegal, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou conceder liberdade provisória ao conduzido, com ou sem fiança. Quanto ao seu parágrafo único, aproveitou-se a oportunidade para alterar o número do artigo do Código Penal que originalmente dizia respeito às causas excludentes da ilicitude (anterior artigo 19), para adequá-lo à numeração decorrente da reforma de 1984 (atual artigo 23).

O que prontamente chamou a atenção na novel redação do artigo 310 do CPP foi a ausência de menção expressa, tal como aquela prevista na Lei de Drogas, quanto à necessidade de oitiva prévia do Ministério Público, quando da concessão da liberdade provisória ao conduzido. Em vista dessa omissão, o legislador abriu espaço à discussão sobre a necessidade, ou não, de o magistrado seguir colhendo a manifestação prévia do Ministério Público, no momento da análise do auto de prisão em flagrante relativo a crimes diversos daqueles previstos na Lei de Drogas - em especial, sobre a situação prisional do conduzido.

Alguns autores, ao abordarem a nova redação dada a esse dispositivo, seguiram entendendo, independentemente da infração penal praticada, ser necessária a oitiva prévia do Ministério Público antes do exame judicial do auto de prisão em flagrante. Apontam, inclusive, que o prazo para a manifestação do órgão seria de 24 horas (PACELLI & FISCHER, 2012, p. 606; MENDONÇA, 2011, p. 219-221).⁴ Entretanto, a realidade encontrada em certos setores da doutrina (NUCCI, 2011, p. 650) e do próprio do Poder Judiciário vem se mostrando oposta a esse entendimento, por considerar que, diante da ausência de comando legal, o magistrado não está mais obrigado a ouvir previamente o Ministério Público para aquele fim.⁵

Ao fim, o que temos é um verdadeiro contrassenso: enquanto nos crimes previstos na Lei de Drogas, os juízes estão obrigados a abrir vista ao Ministério Público para que ele se manifeste sobre o auto de prisão em flagrante⁶ - e no prazo expressamente previsto de 24 horas -, esses mesmos magistrados negam idêntica abertura de vista em relação às outras formas de criminalidade não previstas naquela lei, sob o argumento da omissão - dizem eles - constatada na nova redação dada ao CPP pela Lei nº 11.403/2011.

Na nossa forma de ver, a questão é por demais singela, mas exige a superação de dois pressupostos. Primeiro, a magistratura não deve ver, no Ministério Público, um obstáculo à sua atuação e, muito menos, à pronta liberdade do conduzido, quando - na letra da lei - não houver elementos para o decreto de sua prisão preventiva.⁷ Mais que um preconceito, posições como essas são fruto do pensamento mágico de que o juiz criminal pode fazer o que bem entender em processos dessa natureza - manifestando uma clara síndrome de Robin Hood -, e que o Ministério Público não passa de um verdadeiro inimigo do sujeito passivo da persecução penal. Segundo, o magistrado deve ter bem em mente não só os termos das "Disposições Gerais" da nova redação dada ao Título IX do CPP ("Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória"), mas também deve conjugar sua leitura com as lições dadas pela teoria geral do processo penal.

Quanto ao segundo pressuposto, sua observância nos permitirá ver que, ao contrário do que se imagina - ou do que se conclui, a partir de uma leitura precipitada ou tendenciosa da nova redação dada ao artigo 310 -, a reforma de 2011 não visou a impedir que o Ministério Público se manifestasse nos autos de prisão em flagrante. Ao contrário, o objetivo da reforma foi permitir que ele se manifestasse, e com caráter prévio, em todo e qualquer auto de prisão em flagrante no qual houvesse a possibilidade de decretação de medida cautelar de cunho pessoal.

1.1 A natureza metamórfica do auto de prisão em flagrante

A redação dada ao *caput* do artigo 310 deixou patentes as quatro condutas que pode o juiz adotar quando da análise do auto de prisão em flagrante, a saber: a) relaxamento da prisão ilegal; b) decretação de medidas cautelares diversas da prisão;⁸ c) conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, quando não for possível a decretação daquelas medidas cautelares diversas da prisão; e d) concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança. Como se pode ver, com exceção do relaxamento da prisão, as demais providências

constituem-se em medidas cautelares, estando sujeitas, portanto, às disposições de caráter geral presentes do artigo 282 ao artigo 310 do CPP.⁹

Assim posta a questão, a abertura de vista ao Ministério Público irá decorrer, obrigatoriamente, das disposições contidas no artigo 282, especificamente em virtude da redação dada ao seu § 3º. Como claramente nele se lê, o magistrado está obrigado a dar vista à parte contrária, em relação a todo pedido de medida cautelar, somente assim não o fazendo quando houver urgência ou perigo de ineficácia da medida, caso longo tempo se perca com tal abertura de prazo para sua manifestação.¹⁰

Em que pesem essas circunstâncias, há quem entenda que o princípio do contraditório não teria incidência sobre o auto de prisão em flagrante, em razão de não haver *parte contrária* na fase de investigação, por ela ter natureza administrativa. Entretanto, o equívoco de tal posição é manifesto, e é aqui que se exigem, do operador do direito, conhecimentos básicos de teoria geral do processo penal.

De início, há de se saber diferenciar entre *instrumento* de investigação e *fase* de investigação.

Quanto ao primeiro (*instrumento* de investigação), diz ele respeito ao procedimento em que são materializados todos os atos praticados pela autoridade investigante, voltados à “apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais”.¹¹ É inconteste que, com a extinção dos procedimentos judicialiformes, todo procedimento investigatório, quando presidido por uma autoridade policial, apresentará natureza jurídica administrativa. Entre esses procedimentos, estão incluídos o inquérito policial, o procedimento prévio (ou preliminar) de informação e os autos de prisão em flagrante.

Já no que diz respeito à segunda (*fase* de investigação), ela comportará não só o instrumento de investigação, mas também todos os *incidentes* - aqui referidos em sua acepção não técnica - que vierem a ocorrer antes do ajuizamento da ação penal de natureza condenatória. Em específico, referimo-nos às exceções possíveis de serem manejadas antes do ajuizamento daquela ação, bem como aos pedidos de quebra ou de proteção/restabelecimento de direitos fundamentais.

Por ter natureza administrativa, não há de se falar em contraditório no auto de prisão em flagrante. Entretanto, também é certo que tal natureza jurídica variará segundo a fase em que ele se encontre, dependendo da autoridade que o esteja presidindo.

Melhor explicando, o auto de prisão em flagrante será mero procedimento de natureza administrativa, enquanto estiver nas mãos e sob a presidência da autoridade policial. Nesse momento da persecução penal primária (fase de investigação), nenhuma atividade jurisdicional ocorre no seio do auto de prisão em flagrante, cabendo à autoridade policial a prática de todos os atos necessários para bem demonstrar a correção e a legalidade da prisão efetuada.

Outra natureza, completamente oposta a essa, afetará o auto de prisão em flagrante quando ele for *judicializado*, ou seja: quando houver sua distribuição ao Poder Judiciário, para que haja a análise da legalidade da prisão efetuada. A partir de então, o auto de prisão em flagrante adquirirá natureza processual, e a razão para tal mudança é muito simples: juiz somente possui jurisdição em processo instaurado.

É desnecessário, aqui, redigir um longo arrazoado sobre as diversas formas conceituais atribuídas à palavra *jurisdição*. Basta-nos, para os fins do presente estudo, apresentar e aderir a dois conceitos defendidos pelos mais respeitáveis representantes da doutrina nacional.

Em um primeiro momento, temos a lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida (1975, p. 7), que define jurisdição sob um duplo prisma, a saber: “Em potência, como poder-dever de fazer justiça estatal, e em ato, como a atividade mesma de a exercerem seus agentes, que são os juízes e os tribunais”. Por outro lado, de forma mais didática aparece a lição de Rogério Cruz e Tucci (2002, p. 20), definindo-a como “a atividade desenvolvida pelos órgãos do Poder Judiciário, com a finalidade de declarar o direito aplicável a um caso concreto, e de praticizar, quando necessário, tal declaração”.

Se, por jurisdição, podemos entender, em termos mais simples, como o poder-dever de *decidir* atribuído ao Poder Judiciário, um segundo questionamento que surge é: onde esse poder-dever se manifesta? A resposta, ao natural e até ao leigo, surge espontaneamente: somente no instrumento chamado *processo*, é claro!

Dito de outro modo, o poder-dever de *decidir* somente se materializa onde houver *processo* instaurado, o que nos leva a identificar a estrita relação entre esses dois institutos. Ou seja, *jurisdição* só haverá em *processo judicial*; e *processo judicial* só existirá onde houver um sujeito dotado de *jurisdição*.¹²

Em vista disso, o auto de prisão em flagrante adquirirá natureza jurídica *processual*, a partir do momento em que houver a provocação judicial pela autoridade policial, pois é somente em um *processo* que o juiz poderá exercer sua *jurisdição* e *decidir* sobre a legalidade, ou não, daquele auto, bem como sobre os destinos do conduzido.

A própria legislação processual penal bem demonstra a correção de nossa assertiva, quando apontamos o caráter metamórfico da natureza jurídica de instrumentos investigatórios, desde que - e quando - submetidos à atividade jurisdicional. Exemplo disso é a existência de recurso contra a decisão que, no auto de prisão em flagrante, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão (artigo 581, V, do CPP). Indo além, o próprio inquérito policial manifesta essa alteração em sua natureza, sempre que houver a submissão, à autoridade judicial, do pedido de arquivamento apresentado pelo Ministério Público. Para tanto, basta nos darmos conta da existência, ainda que em caráter excepcional, das hipóteses passíveis de serem verificadas em relação a duas situações específicas, a saber: o reexame necessário previsto no artigo 7º da Lei nº 1.521/1951 (crimes contra a economia popular) e o recurso em sentido estrito nas investigações envolvendo contravenções de jogo do bicho e outros jogos não autorizados (artigo 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.508/1951).

Em síntese, a judicialização do instrumento de investigação transforma-o em processo - não de cunho condenatório, por óbvio -, o que autoriza a previsão legal e o manejo de eventual recurso contra ato jurisdicional típico (decisório), com a também óbvia incidência do princípio do contraditório para permitir as contrarrazões, no caso do recurso de caráter voluntário.

Dito isso, bem sabemos a verdadeira discussão que há quanto à existência, ou não, de um *processo penal cautelar*, mas vemos, na lição de Romeu Pires de Campos Barros (1982), a correta compreensão e resposta a essa questão.

Segundo ele, é no auto de prisão em flagrante que se dá a “cognição cautelar do juiz” (BARROS, 1982, p. 150), analisando-se as questões atinentes à liberdade do indivíduo. Ora, onde há cognição há jurisdição, pois a cognição nada mais é que o caminho natural para o juiz bem decidir. Por consequência, o auto de prisão em flagrante se constituiria, a seguir essa linha argumentativa, em típico *processo penal cautelar*, em que aquelas questões mereceriam a atenção judicial, com a manifestação da jurisdição criminal.

Mesmo para aqueles autores que não admitem a existência autônoma de um processo penal cautelar (CRUZ E TUCCI, 2002, p. 107-109; LOPES JR., 2011, p. 9-10),¹³ estão eles de acordo que, quando da possibilidade de decretação de alguma medida cautelar pessoal, devem ser observados os requisitos e fundamentos próprios de processos daquela natureza. Ou seja, independentemente de sua natureza jurídica, o auto de prisão em flagrante deveria respeitar os princípios constitucionais aplicáveis aos feitos de natureza processual,¹⁴ entre os quais encontramos o princípio do contraditório (LOPES JR., 2011, p. 14-17).¹⁵

Enfim, estando apartado - por óbvio - do processo de conhecimento, não há de se negar a natureza processual do auto de prisão em flagrante - quando já judicializado para análise, por parte do Poder Judiciário - da legalidade da prisão e dos atos nele praticados. Ou, como mínimo, a incidência de todas as garantias verificáveis nos processos de natureza cautelar, em virtude de ali haver a manifestação da *jurisdição* em sua forma plena.

1.2 O contraditório, a parte contrária e a decisão *ex officio*

Superada a questão envolvendo a natureza jurídica do auto de prisão em flagrante após sua judicialização, agora devemos enfrentar o tema atinente à observância do contraditório nas decisões concessivas ou denegatórias de medidas cautelares, que, naquele auto, forem proferidas.

Por força do § 3º do artigo 282 do CPP, deve o juiz abrir vistas à parte contrária, em relação a qualquer pedido de medida cautelar que lhe for apresentado, somente podendo deixar de fazê-lo quando verificar urgência no seu exame ou perigo de sua ineficácia, caso o sujeito alvo da medida tome conhecimento da existência daquele pleito. Se, em sede de processo de conhecimento, não há dúvida alguma sobre quem seria a *parte contrária* referida naquele dispositivo, quem seria ela, então, em um auto de prisão em flagrante?

A resposta é singela: *parte contrária* seria aquela *ex adversa* da que provocou a jurisdição, apresentando pedido de medida cautelar naqueles autos. Em outros termos, seria o próprio Ministério Público em contraposição ao conduzido, quando este postular a concessão de sua liberdade provisória, com ou sem fiança.

Em uma situação como essa, a incidência do § 3º daquele artigo é clara, devendo o juiz abrir vista dos autos ao Ministério Público, a fim de que ele, diante dos

argumentos apresentados pelo defensor, possa rebatê-los, concordar com eles ou mesmo complementá-los, no sentido de que outras medidas, além daquelas pretendidas, sejam igualmente decretadas pelo magistrado. A título de exemplo, lembremo-nos de situação em que a defesa postula pela concessão de liberdade provisória; e o Ministério Público, ao concordar com sua concessão, agrega a determinação de que, em caráter cumulativo, deva ser também aplicada alguma das medidas cautelares presentes no artigo 319 do CPP ou alguma das medidas protetivas de urgência presentes no artigo 22 da Lei nº 11.340/2006.

Em existindo pedido de liberdade provisória, não há dúvida sobre a necessidade de abertura de vista prévia ao Ministério Público. Estaria, então, o juiz autorizado a não adotar esse procedimento quando a defesa nada pleiteasse no auto de prisão em flagrante?

De início, devemos lembrar que ao juiz está vedada a decretação de medidas cautelares de ofício na fase de investigação. Embora com redação truncada, essa é a melhor interpretação que se extrai do § 2º do artigo 282 do CPP. Logo, em não podendo o magistrado decretar medidas cautelares de ofício, obviamente cai por terra a necessidade de oitiva prévia do Ministério Público, em relação a uma decisão que aquele não pode proferir.

Por outro lado, a norma referida está situada nas “Disposições Gerais” do Título IX do CPP, que trata exatamente “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória”. Isso, por si só, faria com que aquela vedação se aplicasse a qualquer medida cautelar pessoal prevista em nossa legislação, mas nosso legislador não perdeu a oportunidade de dar mais uma mostra de sua falta de habilidade em bem executar sua atividade-fim. Referimo-nos, portanto, à prisão preventiva de ofício.

Antes da reforma de 2011, o entendimento - doutrinário e jurisprudencial - prevalente era que *o flagrante prendia por si só*, velho chavão utilizado para justificar a prisão preventiva de ofício. Dessa feita, com a reforma operada naquele ano, surgiu a oportunidade ímpar para que o legislador desse fim a essa verdadeira excrescência, pois se admitia que o juiz decretasse de ofício a prisão preventiva de alguém, ao passo que o Ministério Público sequer havia se posicionado sobre a aparente tipicidade da conduta objeto do auto de prisão em flagrante. Em suma, um sujeito era preso preventivamente, por ordem emanada de ofício, sendo que o Ministério Público sequer havia tomado posição sobre a viabilidade acusatória do fato supostamente ilícito, que, até aquele momento, só era de integral conhecimento por parte do juiz.

Noutras palavras, alguém era preso sob o argumento da garantia da instrução criminal ou da aplicação da lei penal, sendo que sequer um processo de conhecimento poderia vir a ser instaurado, tendo em vista que essa análise cabe ao Ministério Público, e não ao Poder Judiciário. O mesmo raciocínio serve para as prisões sob o argumento da garantia da ordem pública.

Pois bem: o que fez o legislador na reforma de 2011? Acovardou-se. Mais que isso, conseguiu piorar o que já era ruim.

Ao expor quais as condutas que ao juiz caberá tomar quando da análise do auto de prisão em flagrante, lá aparece, no inciso II do artigo 310, que ele poderá “converter a prisão em flagrante em preventiva”. Como o CPP sempre utiliza o verbo *decretar* ao

se referir à imposição de medidas cautelares pelo juiz, ao natural houve a vinculação do verbo *converter* à imposição de prisão preventiva de ofício, seguindo-se a praxe existente antes daquela reforma. Em outras palavras, ninguém menos que o próprio legislador se encarregou de permitir o entendimento de que, embora o juiz não possa decretar de ofício medidas cautelares na fase de investigação, a título de exceção ele está autorizado a decretar, sem qualquer provocação, justamente a medida cautelar mais gravosa - só que o nome desse *decreto* de ofício passou a ser *conversão*. Não busquemos lógica nisso, pois é pedir demais.¹⁶

Se o juiz, portanto, pode decretar prisão preventiva de ofício, mascarando esse decreto com o nome de *conversão*, o questionamento que se faz é: nessa decisão de ofício, devem o Ministério Público e a defesa ser ouvidos anteriormente a ela? Na nossa forma de ver, sim.

Bem sabemos que o CPP não traz regra própria às medidas cautelares, de forma explícita, sobre uma situação como essa. No entanto, é no sentido autêntico do princípio do contraditório que encontramos a devida justificação para que o juiz, quando venha a decidir de ofício, ouça, com caráter prévio, os sujeitos envolvidos.

Ingressando, portanto, na análise da essência do princípio do contraditório, vemos que ele surgiu justamente para ter incidência de forma *prévia* a toda decisão. Nesse sentido, em sua origem, a observância do contraditório era compreendida como um requisito básico para a emissão (ÉSQUILO, 2001, p. 244) ou a validade de uma decisão (EURÍPEDES, 2000, p. 107; ARISTÓFANES, 2004, p. 44-55), e como um instrumento para a demonstração da imparcialidade do juiz (SÊNECA, 2001, p. 196), reforçando, assim, a necessidade de sua observância de modo anterior a qualquer julgado. Não por outro motivo, a necessidade de contraditório prévio - o que, por si, é uma redundância - é apontada, ainda hoje, pela doutrina (FERRI, 1988, p. 782), inclusive nas decisões de ofício, como meio de evitar a surpresa aos sujeitos envolvidos no processo.¹⁷

Por certo que existem situações em que o contraditório pode ser afastado, como bem deixou claro o próprio § 3º do artigo 282 (situações de urgência ou perigo de ineficácia da medida), seguindo uma lógica que há décadas é sustentada pela doutrina (CARNELUTTI, 1933, p. 168 e 171; LUISO, 1981, p. 20-21; MARQUES 1960, p. 26). Contudo, também é certo que a simples não abertura de vista ao Ministério Público e ao conduzido, quando da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, só se justifica por uma dessas duas situações, em vez da simplória invocação de falta de previsão legal para tanto.

Dando mostras da correção da necessidade de contraditório prévio a qualquer decisão, mesmo àquelas proferidas de ofício, nosso CPP prevê somente uma situação em que esse cuidado deve ser observado pelo juiz. Trata-se da previsão contida no inciso IX do artigo 497, em que o juiz-presidente do Tribunal do Júri deve ouvir previamente o Ministério Público e a defesa, sempre que decidir de ofício sobre uma causa extintiva da punibilidade naquele processo.¹⁸

Igual cuidado é observado no Direito Internacional, sendo o Código de Processo Civil francês um exemplo. Conforme prevê o artigo 1.015, sempre que o presidente da sessão de julgamento do Tribunal de Cassação daquele país se deparar com alguma situação que possa motivar a emissão de uma decisão de ofício, ele deverá notificar as partes, a fim de que possam se manifestar previamente sobre os argumentos, *ex officio*, invocados pelo julgador. Ou seja, a perspectiva de aplicação do princípio do contraditório por nós sustentada aplica-se não só ao direito brasileiro, mas também a qualquer grau de jurisdição em que o processo se encontre.

Enfim, seja em razão dos termos postos pelo próprio CPP seja pelo sentido e finalidade do princípio do contraditório, o Ministério Público deve ser ouvido, com caráter prévio, sempre quando, na análise do auto de prisão em flagrante, vislumbrar o magistrado a possibilidade de imposição de alguma medida cautelar contra o conduzido, ou quando houver pedido de liberdade apresentado pela defesa.¹⁹ Ao não proceder dessa forma, em grave cerceamento de acusação estará incidindo o magistrado, por ferimento a princípio de ordem constitucional.

1.3 A comunicação da prisão ao Ministério Público

Um interessante - porém, equivocado - argumento, voltado à justificação da desnecessidade de abertura de vista prévia do auto de prisão em flagrante ao Ministério Público, é apresentado por Nucci (2011).

De acordo com esse autor, dois seriam os motivos para tal postura judicial: primeiro, em virtude de uma conduta *omissiva* do legislador, ao não mais prever aquela manifestação; segundo, em razão de uma conduta *comissiva* desse mesmo legislador, ao inserir, nas disposições relativas à prisão em flagrante, a necessidade de o representante do Ministério Público ser comunicado imediatamente sobre as prisões efetuadas. Logo, a novel previsão contida no *caput* do artigo 306 do CPP²⁰ já se prestaria a permitir ao Ministério Público pleitear o que bem entendesse antes da análise judicial do flagrante, caso assim considerasse ele postular algo (NUCCI, 2011, p. 650).²¹ Entretanto, esse dispositivo não apresenta todo o alcance pretendido pelo autor.

De início, tais comunicações imediatas apresentam uma dupla finalidade, a saber: a) demarcar o lapso de 24 horas que a autoridade policial tem para emitir a nota de culpa e concluir o auto de prisão em flagrante; b) evitar que o conduzido seja alvo de maus tratos em sede policial, pois, a partir da comunicação encaminhada ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, em tese ambas as instituições podem se dirigir à Delegacia de Polícia para ver as condições em que o preso está. Ou seja, as comunicações imediatas são um mecanismo de garantia do conduzido e um freio à autoridade policial, em vez de um instrumento voltado a melhor permitir a atuação do Ministério Público contra aquele.

Não fosse isso suficiente, o legislador disse menos do que deveria em relação à necessidade de comunicação imediata ao Ministério Público, visto que não a equiparou àquela endereçada ao juiz. Basta lembrar que, em sendo verificada a ausência da

comunicação ao juiz, tal omissão configurará, em tese, o crime de abuso de autoridade,²² ao passo que, no que diz respeito ao Ministério Público, de mera irregularidade não passará a falta dessa mesma comunicação. Por outro lado, por ser *imediata* a comunicação ao Ministério Público, obviamente ela não se reveste de todas as informações pertinentes ao motivo da prisão, razão pela qual o ofício encaminhado pela polícia judiciária contém somente dia, hora e local da prisão, o nome do conduzido e por qual fato ele foi preso. Somente isso!

Absolutamente nenhum outro dado é fornecido nessa comunicação que venha a justificar um pedido de prisão preventiva por parte do Ministério Público. Dito de outro modo, não se sabe se o conduzido é foragido, situação que se enquadraria na garantia da aplicação da lei penal; se ele ameaçou a vítima ou alguma testemunha na própria Delegacia de Polícia, intimidando-as a não o reconhecerem ou não deporem em sede policial/judicial, o que motivaria a prisão preventiva para garantia da instrução criminal; bem como se o conduzido é reincidente ou se o fato foi cometido com violência física efetiva, fazendo surgir a garantia da ordem pública como motivadora de sua prisão cautelar.

Como se não fosse suficiente, é só depois de o auto de prisão em flagrante haver sido distribuído ao Poder Judiciário que, com a certificação dos antecedentes do conduzido, saberá o Ministério Público se aquele já frustrou o andamento normal de algum outro processo criminal, fornecendo endereço falso ou não informando ao juízo sobre a alteração de sua residência. Referimo-nos, aqui, aos casos de suspensão obrigatória do processo, motivados pelo reflexo que as citações por edital provocam nos feitos de natureza criminal (artigo 366 do CPP), fator que autoriza, quando da prisão em flagrante desse sujeito, que seja ele preso preventivamente como garantia de aplicação da lei penal, ante a conduta por ele já assumida em processo anterior.

Em suma, afirmar que a comunicação de uma prisão ao Ministério Público já seria fundamento para a desnecessidade de abertura prévia de vista dos autos de prisão em flagrante constitui-se em demonstração de um grande desconhecimento sobre o conteúdo dessas comunicações imediatas, mas também sobre os motivos de sua previsão em nossa legislação.

2 A situação particular da fiança

A fiança é um caso à parte na reforma de 2011: quando muitos esperavam sua completa exclusão do cenário nacional, lá apareceu ela, completamente repaginada, mas com velhas e novas incongruências legislativas.

A primeira modificação de impacto foi esclarecer que a fiança é uma legítima medida cautelar. Deixando de lado, portanto, as cansativas discussões sobre sua condição de *contracautela* (LOPES JR., 2011, p. 155) (como se a natureza de uma medida cautelar devesse trocar de nome por substituir uma outra...), o legislador tratou de expressamente inseri-la no rol do artigo 319, o que se configurou verdadeiro avanço em nossa legislação. Mas, ao assim proceder, o legislador criou um sério problema: quem pode decretar medidas cautelares em nosso país?

De longa data, a doutrina aponta o juiz como o sujeito processual que, com exclusividade no direito processual penal, detém as atividades decisórias de mérito e concessivas de medidas cautelares (MASSARI, 1948, p. 187). Portanto, somente ele deveria ser a autoridade com legitimidade (no caso, competência) para o arbitramento da fiança, sobretudo por ela dizer respeito, bem ou mal, a uma forma de constrangimento da liberdade individual,²³ afeta, dessa maneira, aos temas onde há reserva de jurisdição.

Essa realidade faz com que seja completamente incompreensível - para não dizer inconstitucional - a permanência da autoridade policial como legitimada a tratar de questões ligadas à fiança. Mas esse é um tema que desenvolveremos em texto próprio, bastando-nos, de momento, deixar fixado o fato de que a fiança, a partir de 2011, constitui-se em legítima medida cautelar.

Ao apresentar a fiança essa natureza, uma segunda modificação de impacto diz respeito aos termos do artigo 333 do CPP, ao excluir a possibilidade de o Ministério Público manifestar-se previamente à sua concessão.²⁴ Só que, agora, o impacto é visivelmente negativo.

Tal dispositivo refere-se somente à fiança judicial, possível de ser arbitrada sob uma dupla ótica: ou em caráter substitutivo à fiança não arbitrada pela autoridade policial²⁵ ou em caráter autônomo, incidente nas demais hipóteses. Nesse dispositivo, não há qualquer justificativa para o afastamento do Ministério Público, em relação a não apresentar sua contra-argumentação a eventual pedido apresentado pela defesa ou não agir devido a concessão de ofício por parte do juiz. É um simples *não porque não*, que, incompreensivelmente, conta com o apoio de parte da doutrina (NUCCI, 2011, p. 692), apesar de evidente a violação ao devido processo legal material.

Em vista dessa omissão legislativa, entendemos que a constitucionalidade da previsão contida no artigo 333 somente se verá mantida se fizermos sua - necessária - leitura conjunta com o § 3º do artigo 282. Mais claramente, seja quando provoca seja quando pretende, de ofício, conceder a fiança ao sujeito passivo da persecução penal, não poderá o juiz recusar-se a ouvir o Ministério Público, simplesmente porque o legislador assim o estabeleceu - e, para piorar, de modo imotivado. Em realidade, somente poderá o magistrado impedir que o Ministério Público se manifeste previamente a tal decisão concessiva nos casos em que houver urgência ou perigo de ineficácia da medida, visto que essas são as regras estabelecidas pelo legislador como as únicas autorizadas do afastamento do contraditório em sede de cautelares.

Fora essas hipóteses, qualquer cerceamento à atividade da *parte contrária* se constituirá no mais puro arbítrio judicial, caracterizador de cerceamento de acusação, ainda que amparado por uma norma vazia de significado.²⁶ Entretanto, pondo em prática aquelas exceções ao contraditório para o caso específico da fiança, vemos que nem elas mereceriam vingar de forma inconteste.

No que diz respeito ao perigo de ineficácia da medida, tal justificativa simplesmente não se aplica à fiança. Não há como a fiança tornar-se ineficaz, caso seja aberta vista prévia ao Ministério Público para sobre ela se manifestar. Já no que diz respeito à possível urgência, o próprio CPP afasta sua incidência no caso da fiança.

Lembremos que, ainda na fase do auto de prisão em flagrante, se o juiz for provocado pelo preso ou por alguém em seu nome (artigo 335), o prazo para ele se manifestar sobre a fiança é de 48 horas – duas vezes superior, portanto, ao prazo que ele mesmo tem para analisar a legalidade daquela prisão. Por outro lado, seja durante a tramitação do inquérito policial seja ao longo de processo de conhecimento instaurado, podemos ter duas situações distintas: a) ou o sujeito passivo já se encontra preso sob o argumento da prisão preventiva;²⁷ b) ou ele está em liberdade, e há a postulação da fiança como medida substitutiva à outra medida cautelar diversa da prisão. Logo, em ambas as situações, não há como sustentar a existência de urgência como causa afastadora da manifestação prévia do Ministério Público, visto que o prazo que pode lhe ser concedido é de 24 horas para essa mesma manifestação, o que se traduz na metade do tempo concedido ao juiz para decidir sobre o *status libertatis* de um indivíduo preso ainda a título de flagrância, conforme visto acima. Aliás, como bem aponta Andrey Borges de Mendonça (2011, p. 356), será dentro daquele prazo de 48 horas concedido ao juiz que o Ministério Público deverá se manifestar previamente sobre a fiança, o que esvazia qualquer tipo de prejuízo ao conduzido.

A única situação que, na nossa forma de ver, apresenta-se como autorizadora da incidência do artigo 333 é quando não houver a efetiva presença de um representante do Ministério Público perante o juízo. Assim, em hipóteses como o seu afastamento temporário (férias, licença ou convocações) ou nos casos de vacância do cargo (aposentadoria, promoção ou remoção), de antemão já sabe o juízo que o substituto daquele levará dias para ali comparecer. Ou seja, não há como a omissão do Ministério Público – aqui referido como a instituição, em vez de seu representante – se sobrepor aos interesses do sujeito passivo da persecução penal.

Em situações normais, portanto, onde há um representante do Ministério Público perante o juízo, não há como impedi-lo de se manifestar previamente às situações que possam ser autorizadas de concessão de fiança.

Conclusão

É inegável que a reforma processual penal operada pela Lei nº 11.403/2011 proporcionou um importante avanço em nossa legislação. Como se sabe, embora a legislação esparsa já apresentasse medidas cautelares diversas da prisão – ainda que não com esse nome –, era preciso que elas estivessem presentes no CPP, como mínimo para deixar patente não só tal possibilidade, mas também para superar a questão de gênero até então imperante.

Esse avanço esteve ligado a normativas internacionais que já impunham ao Brasil sua atualização no tema envolvendo a prisão preventiva e suas medidas substitutivas, razão pela qual a atuação do legislador, nesse sentido, foi meramente incorporar ao cenário nacional o que já havia sido indicado por organismos internacionais. Não havia o que o legislador *estragar* no que dizia respeito à questão de fundo na reforma, mas ele

não perdeu a oportunidade de mostrar sua inabilidade no exercício de sua atividade-fim, especificamente quando tratou das regras aplicáveis aos procedimentos para o atingimento daquela mesma questão de fundo, qual seja: a aplicação das medidas cautelares de caráter pessoal.

Em dois momentos distintos, o legislador proporcionou embaraço e impedimento à atuação do Ministério Público. Primeiro, por não prever a obrigatoriedade de sua atuação, durante a judicialização do auto de prisão em flagrante. Segundo, por expressamente impedir manifestação prévia do órgão à concessão judicial da fiança, seja derivada de atuação de ofício seja derivada de provocação por parte do preso ou de alguém em seu nome.

Em ambas as situações, a aplicação de preceitos contidos na própria reforma permite a superação dos obstáculos apresentados por uma atuação legislativa capenga. No entanto, essa aplicação depende de alguns fatores por nós já apontados, quais sejam: não ser o Ministério Público entendido como um inimigo do sujeito passivo da persecução penal; a conciliação da reforma com a teoria geral do processo penal; e uma leitura sistemática de todo o Título IX do CPP. Do contrário, o Ministério Público terá sua atuação obstaculizada ao longo da persecução penal, caracterizando, pelas mãos do próprio legislador, o mais puro cerceamento de acusação com clara repercussão constitucional.

PROSECUTOR'S OFFICE PROCEEDINGS ON PRECAUTIONARY MEASURES

ABSTRACT: The reform of the Code of Criminal Procedure in 2011, which changed the personal precautionary measures, has provoked intense controversy concerning the need for previous analysis of prosecutors before the judicial decision, when those precautionary measures are enacted either at investigation or at prosecution. This paper aims demonstrate the misconception of these opinions that want to prohibit the prosecutor from expressing his or her opinion prior to the court decision regarding personal precautionary measures during the criminal prosecution.

KEYWORDS: Prosecutor's Office. Jurisdiction. Criminal procedure. Precautionary measure.

Referências

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: RT, 1975.

ARISTÓFANES. As Aves. In: *As vespas, as aves, as rãs*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. V. II. p. 89-185.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BRASIL. *Lei nº 3.698/1941*. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União: Rio de Janeiro, DF, 13 out. 1941 e retificado em 24 out. 1941.

BRASIL. *Lei nº 4.898/1965*. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 13 dez. 1965.

_____. *Lei nº 7.209/1984*. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 13 jul. 1984.

- BRASIL. *Lei nº 11.340/2006*. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 8 ago. 2006.
- _____. *Lei nº 12.830/2013*. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 21 jun. 2013.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 231.817/SP*. Acórdão. 5ª Turma. Relator: Jorge Mussi. Brasília, 23 abr. 2013. Diário da Justiça Eletrônico de 25 abr. 2013.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padua: Cedam, 1933. V. II.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Reus, 1922. T. I.
- CRUZ E TUCCI, Rogério. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: RT, 2002.
- ÉSQUILO. Tragedias. Las Euménides. In: *Tragedias*. Madrid: Gredos, 2001. V. 4. p. 223-268. Colección Clásicos de Grecia y Roma.
- EURÍPEDES. *Os Heráclidas*. Lisboa: 70, 2000.
- FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, a. XLII, n. 3, p. 780-795, set. 1988.
- GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Lei de Drogas Comentada*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.
- LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LUISO, Francisco Paolo. *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*. Milano: Giuffrè, 1981.
- MARQUES, José Frederico. Do processo penal acusatório. In: *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- MASSARI, Eduardo. *Le dottrine generali del Processo Penale*. Napoli: Eugenio Jovene, 1948.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 11. ed. São Paulo: RT, 2011.
- PACELLI, Eugênio; COSTA, Domingos Barroso da. *Prisão preventiva e liberdade provisória: A reforma da Lei nº 12.403/2011*. São Paulo: Atlas, 2013.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Correição Parcial nº 70.043.965.243*. Acórdão. 2ª Câmara Criminal. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 28 jul. 2011, unânime. Diário da Justiça de 17 ago. 2011.
- _____. Tribunal de Justiça. *Recurso em Sentido Estrito nº 70.008.176.414*. Acórdão. 5ª Câmara Criminal. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 7 abr. 2004.
- SÉNECA, Lucio Anneo. Medea. In: *Tragedias*. Madrid: Gredos, 2001. v. 72, p. 183-237. T. I. Coleção Clásicos de Grecia y Roma.
- SILVA, Amaury. *Lei de Drogas: Anotada artigo por artigo*. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 34, n. 168, p. 107-141, fev. 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980.

UNITED NATIONS. *Human Rights and Pre-Trial Detention*. A Handbook of International Standards Relating to Pre-Trial Detention Professional Training series n. 3. New York; Geneva, 1997.

Notas

- 1 “Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas [...]”.
- 2 “Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312)”.
- 3 Lei nº 7.209/1984.
- 4 O único texto legal que prevê o prazo de 24 horas para manifestação do Ministério Público nos autos de prisão em flagrante é justamente a Lei de Drogas (artigo 50, *caput*). No entanto, a jurisprudência vem fixando este mesmo prazo para aquele fim, em analogia ao prazo fixado para a análise por parte do juiz. Nesse sentido, encontramos: “ALVORADA. CORREIÇÃO PARCIAL. DECISÃO SINGULAR QUE DETERMINOU O PRAZO DE UMA HORA PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO MANIFESTAR-SE SOBRE O AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE CONTRA P.J.S. NA COMARCA DE ORIGEM. Pelos elementos de convicção constantes do processado e diante do caso concreto, tenho que razão assiste ao requerente, devendo ser reformada a decisão atacada, determinando-se o prazo de vinte e quatro horas para a manifestação do Ministério Público, no caso concreto. Veja-se que o CPP assegura à autoridade policial o prazo de vinte e quatro horas após a realização da prisão para lavar e encaminhar ao juiz competente o auto de prisão em flagrante, bem como para entregar ao preso a nota de culpa (artigo 306, §§ 1º e 2º), pensando ser razoável que idêntico prazo seja assegurado ao Ministério Público para se manifestar sobre dito auto. Sendo assim, defiro a Correição Parcial, ratificando a liminar anteriormente concedida. LIMINAR RATIFICADA. CORREIÇÃO PARCIAL DEFERIDA. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).
- 5 Uma terceira linha doutrinária (LOPES JR., 2011) simplesmente se omite, por completo, sobre o tema, dando a impressão que tão relevante alteração em nossa legislação não lhe diz respeito, ou, então, que ao Ministério Público não se aplicam os princípios atinentes ao processo penal, presentes em nossa Constituição Federal.
- 6 Entendendo que essa vista ao Ministério Público deve ser prévia, a fim de que ele se manifeste sobre a legalidade, ou não, do auto de prisão em flagrante, bem como requeira o relaxamento da prisão ou alguma medida cautelar, encontramos: Bianchini, Cunha e Oliveira (2013, p. 234); Silva (2012, p. 335). Este último autor, inclusive, justifica a necessidade dessa oitiva prévia porque se trataria de “providência do mínimo contraditório existente na prisão cautelar e possibilidade para que o Parquet exercite a contento as suas atribuições de *custos legis* e *dominus litis*” (SILVA, 2012, p. 335).
- 7 Em julgamento ocorrido anteriormente à reforma de 2011, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim decidiu: “RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. LIBERDADE PROVISÓRIA. OUVIDA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A não ouvida do Ministério Público antes da concessão de liberdade provisória - art. 310 CPP - é mera irregularidade. O juiz, ao constatar que o cidadão merece liberdade provisória, deve concedê-la *sem maiores delongas*, pena de transformar-se em coator. A prisão antes do tempo só se justifica em situações limites: tal prisão não pode ser banalizada. Agravo improvido” (RIO GRANDE DO SUL, 2004, grifo nosso).
- 8 Dentre essas medidas cautelares diversas da prisão, englobamos as próprias medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/2006, em razão da sua incorporação ao Título IX do CPP, por força do artigo 313, III.

- ⁹ Há uma dúvida se essa interpretação poderia atingir a liberdade provisória, quanto à sua natureza cautelar. No entanto, essa dúvida facilmente se vê afastada com a condição de caráter geral presente no parágrafo único do artigo 310 (obrigatoriedade de “comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação”), bem como da possibilidade de imposição, com caráter cumulativo a essas condições, das “medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código”, tal como refere o artigo 321. Sobre a natureza cautelar da liberdade provisória, ver Mendonça (2011, p. 333). Como medida *contra*cautelar, encontramos Tucci (1980, p. 260). Já, como *liberdade sob cautela*, encontramos Pacelli e Costa (2013).
- ¹⁰ Artigo 282, § 3º: “Ressalvados os casos de urgência ou perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”.
- ¹¹ Artigo 2º, § 1º, da Lei nº 12.830/2013. Em sentido similar previa a Lei nº 2.033/1871, que, no artigo 42, assim definia o inquérito policial: “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminoso, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”.
- ¹² Essa relação intrínseca entre jurisdição e processo faz parte da própria história do direito processual – seja penal, seja civil –, sustentada por ninguém menos que Giuseppe Chiovenda (1922, p. 359), em obra clássica que ajudou a construir os pilares desses mesmos institutos. Disse ele: “O que dissemos até aqui sobre o destino do processo nos permite compreender melhor e definir em si mesma a função que se desenvolve nele: a jurisdição” (tradução nossa).
- ¹³ Em que pese não ser esse o espaço para uma discussão mais aprofundada sobre a existência, ou não, de um processo penal cautelar, entendemos que grande parte do equívoco existente em torno desse tema deve-se à não desvinculação completa da teoria geral do processo civil, em relação às características próprias do processo penal. Ou seja, o problema está na ausência de uma autêntica teoria geral do processo penal. O que se prega é que somente temos *medidas cautelares*, e não *ação cautelar* e *processo cautelar*, mas nada se fala quanto ao nome da provocação feita ao juiz, sempre que ela ocorrer antes da instauração do processo de conhecimento de cunho condenatório, e ao nome que se deve dar ao instrumento pelo qual esse mesmo juiz deve analisar e julgar o pedido, após a oitiva prévia da parte contrária, de acordo com o § 3º do artigo 282 do CPP. Em outros termos, há uma preocupação equivocada com o pedido (medida cautelar pessoal), e não com o meio em que ele é apresentado ao juiz (ação) nem com onde ele deve ser julgado (processo) após a observância do contraditório. Esse equívoco faz-se presente, com mais força, naqueles autores que pregam essa diferença óbvia na teoria geral desses dois ramos do direito processual, mas vão buscar, nas premissas aplicáveis somente ao processo civil, os argumentos voltados à invalidação de certos temas que, por um motivo ou outro, não lhes interessa aprofundar e superar.
- ¹⁴ Nesse sentido, vemos a doutrina de Renato Brasileiro de Lima, quando diz: “Apesar de não ser possível se admitir a existência de um processo penal cautelar autônomo, certo é que, *no âmbito processual penal, a tutela jurisdicional cautelar é exercida através de uma séria e medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal e na legislação especial*, para instrumentalizar, quando necessário, o exercício da jurisdição. [...] Em que pese a falta de sistematização das cautelares no CPP e a inexistência de um processo penal cautelar autônomo, *isso não significa dizer que esses provimentos cautelares possam ser determinados durante a persecução penal sem a observância de requisitos e fundamentos próprios do processo cautelar* [...]” (LIMA, 2011, p. 1-2, grifo nosso).
- ¹⁵ Com o devido respeito a quem acate essa linha argumentativa, não há como negar o fato de ela ser claramente autofágica, pois se o contraditório diz respeito a uma atuação das partes para melhor convencer o juiz em seu julgamento, e estas – as *partes* – somente existem em um *processo*, não há como pregar a incidência daquele princípio, e, ao mesmo tempo, negar a natureza metamórfica do auto de prisão em flagrante.
- ¹⁶ É bem verdade que parte da doutrina vem se esforçando em demonstrar que o verbo *converter*, empregado no inciso II do artigo 310, do CPP, não ter qualquer significação especial, a ponto de ser interpretado como uma forma que o legislador encontrou para que o juiz estivesse autorizado a determinar a prisão preventiva do conduzido. Pregando esse entendimento, mas manifestando a existência de exceções, encontramos Pacelli e Costa (2013, p. 132). Dentre as exceções, esses autores afirmam que estaria o juiz autorizado a decretar a prisão preventiva do conduzido, de ofício, nos casos em que se fizer presente a necessidade de garantia da ordem pública, para evitar a reiteração criminosa ou para garantir a aplicação da lei penal, e negando tal possibilidade nas hipóteses de garantia da instrução da investigação ou instrução criminal. O motivo da negativa

destas últimas é que ambas se prestam a tutelar interesse do investigador ou do acusador. Quanto à possibilidade da atuação *ex officio judicis*, o argumento utilizado é o “próprio e inerente controle da legalidade que é atribuído ao juiz na fase de investigação” (PACELLI; COSTA, 2013, p. 131). Entretanto, entendemos que, nem mesmo naquelas situações, é possível a atuação de ofício do juiz no momento da análise do auto de prisão em flagrante. Primeiro, porque deveríamos superar uma disposição de caráter geral (§ 2º do artigo 282 CPP), que, justamente por estar presente nas “Disposições Gerais” do Título IX do Livro I do CPP, não precisa ser reproduzida a todo momento; ao contrário, suas exceções é que devem estar expressamente previstas; segundo, porque, quando do exame do auto de prisão em flagrante, o controle de legalidade atribuído ao juízo é justamente sobre este auto, e não sobre os motivos de um eventual encarceramento do conduzido.

¹⁷ Sobre a relação do princípio do contraditório e sua finalidade de evitar as chamadas *decisões surpresa*, imprescindível se faz a leitura do texto de Theodoro Jr. e Nunes (2009), em que há farta indicação de doutrina e jurisprudência internacionais.

¹⁸ “Artigo 497. São atribuições do juiz-presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: [...] IX – decidir, de ofício, ouvidos o Ministério Público e a defesa, ou a requerimento de qualquer das partes, a arguição de extinção de punibilidade.”

¹⁹ Alguns autores invocam a titularidade da ação penal em mãos do Ministério Público para justificar que, por tal motivo, ele deve ter vista prévia do auto de prisão em flagrante. Entretanto, entendemos que tal argumento simplesmente se presta a dar início a uma falsa discussão ou, pior ainda, esquivar-se da verdadeira questão de fundo, que diz respeito justamente à natureza processual daquele auto. Sem contar com o fato de que o inciso I do artigo 129 da CF se presta a indicar a titularidade da ação penal pública condenatória, sua finalidade precípua é proibir qualquer atividade acusadora por parte do juiz. Em outras palavras, o que aquele inciso busca, de forma direta, é valorizar o Ministério Público – ao não prever a possibilidade de acusadores particulares ou populares como colegitimados – e preservar a imparcialidade do julgador. E onde essa imparcialidade se faz necessária? No *processo*, o que nos reconduz à necessidade de se conhecer o conceito e o âmbito de incidência do instituto da jurisdição.

²⁰ “Artigo 306. A prisão e qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.”

²¹ Também entendendo que a comunicação da prisão ao Ministério Público se presta a ele poder requerer a prisão preventiva do conduzido ou alguma outra medida cautelar, encontramos Lopes Jr. (2011, p. 51).

²² Lei nº 4.898/65, art. 4º: “Constitui também abuso de autoridade: [...] c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa”.

²³ Nesse sentido, importantíssimo foi o entendimento manifestado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado: “DIREITO PROCESSUAL PENAL. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E INDIVIDUALIZADA PARA A IMPOSIÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP. É necessária a devida fundamentação – concreta e individualizada – para a imposição de *qualquer das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319 do CPP*. Isso porque essas medidas cautelares, *ainda que mais benéficas, representam um constrangimento à liberdade individual* (BRASIL, 2013, grifo nosso).

²⁴ Art. 333, CPP: “Depois de prestada a fiança, que será concedida independentemente de audiência do Ministério Público, este terá vista do processo a fim de requerer o que julgar conveniente”.

²⁵ Art. 335, CPP: “Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas”.

²⁶ O mesmo raciocínio aplica-se ao § 1º do artigo 19 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que assim dispõe: “As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado” (BRASIL, 2006). Veja-se que, aqui, o legislador foi mais inteligente, ao prever que o juiz *poderá* deixar de ouvir previamente o Ministério Público e as partes, em vez de impor ao magistrado a proibição dessa mesma manifestação.

²⁷ Ao nos referirmos somente à prisão preventiva, queremos deixar clara nossa posição sobre a inviabilidade da fiança como medida alternativa à prisão temporária.