

UMA (RE)LEITURA DO PRAZO PARA OFERECIMENTO DA DENÚNCIA A PARTIR DA PRISÃO PREVENTIVA EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A (RE)READING OF THE DEADLINE FOR FILING A COMPLAINT FROM THE PREVENTIVE DETENTION IN CUSTODY HEARING

Juliano de Oliveira Leonel

Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS. Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela ESA/UFPI. Professor de Processo Penal da UNIFSA. Defensor Público.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5963426905730852>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3012-0698>
julianoleonel@hotmail.com

Aury Lopes Jr.

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid. Professor Titular da Faculdade de Direito da PUCRS e Professor permanente do PPG em Ciências Criminais da PUCRS. Advogado.
Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4629371641091359>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7489-3353>
aurylopes@terra.com.br

Resumo: O presente artigo tem relevância no contexto nacional, posto que se volta ao estudo de uma (re)leitura do art. 46 do Código de Processo Penal (CPP), tendo em vista o senso comum teórico que ainda predomina na contagem do prazo processual para oferecimento da denúncia, em especial quando se tem a prisão preventiva decretada em sede de audiência de custódia. Tem-se por problema de pesquisa: em que medida o início da contagem do prazo para oferecimento da denúncia sofreu o impacto da implantação no Brasil da audiência de custódia? Logo, tal estudo se propôs a fazer uma análise da contagem do prazo para oferecimento da denúncia, quando em audiência de custódia, após manifestação ministerial, tem-se a decretação da prisão preventiva. Objetivou-se, desse modo, fazer um trabalho com o intuito de analisar uma possível mudança no dia de início da contagem do prazo previsto no art. 46 do CPP, que a rigor não vem sendo observado pela doutrina e pela jurisprudência. Quanto aos meios, a pesquisa foi bibliográfica, pelo fato de a fundamentação teórico-metodológica ser necessária para este trabalho.

Palavras-chave: Processo Penal; Prazo Processual; Artigo 46 do Código de Processo Penal.

Abstract: This article is relevant in the national context, since it focuses on the study of a (re)reading of Article 46 of the Brazilian Criminal Procedure Code (CPP), in view of the theoretical common sense that still prevails in the counting of the procedural deadline for filing a complaint, especially when preventive custody is ordered in the custody hearing. The research problem is: To what extent did the beginning of the period for filing the complaint suffer the impact of the implementation of the custody hearing in Brazil? Therefore, this study proposed to analyze the time limit for filing a complaint, when in a custody hearing, after a ministerial manifestation, preventive detention is decreed. The objective was, therefore, to carry out a work with the aim of analyzing a possible change in the starting day of the period provided for in article 46 of the CPP, which, strictly speaking, has not been observed by doctrine and jurisprudence. As for the means, the research was bibliographic, due to the fact that the theoretical-methodological foundation is necessary for this work.

Keywords: Criminal Proceedings; Procedural Term; Preventive Prison; Custody Hearing.

1. Introdução

O presente artigo tem por objeto de estudo a contagem do prazo para oferecimento da denúncia, em se tratando de investigado preso preventivamente, em especial depois da implantação no Brasil da audiência de custódia.

A rigor, o que se observa, quanto ao tema proposto, tanto na doutrina como na jurisprudência, é a manutenção de um senso comum teórico, que, inegavelmente reflete a estrutura autoritária do Processo Penal brasileiro, que, mesmo diante da ruptura política

operada pela Constituição Federal (CF) de 1988, com a instauração do chamado Estado Democrático de Direito, bem como com a ratificação pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, ainda se mantém “viva”, numa verdadeira “crise das fontes jurídicas”;¹ já que o Código de Processo Penal (CPP), de nítido viés fascista, “atravessou” diversas ordens constitucionais brasileiras, desde a sua entrada em vigor em 1941, sendo que as reformas legislativas pontuais, que foram feitas ao longo dos anos em sua redação original, não se mostraram capazes de frear e mudar o seu paradigma autoritário.

Ademais, observa-se que “esse atravessamento do CPP” pelos diversos textos constitucionais, notadamente o atual de 1988, só foi possível diante de um “conformismo” do Judiciário, que continua a aplicar os dispositivos do autoritário CPP de 1941 sem antes realizar uma necessária filtragem constitucional e/ou convencional (GLOECKNER, 2018). Dessa forma, tem-se por delimitação do tema: a contagem do prazo para oferecimento da denúncia, na esteira do art. 46 do CPP, quando em audiência de custódia o Ministério Público (MP) requer a prisão preventiva. Isso porque, após o requerimento de prisão preventiva em audiência de custódia, o MP não propõe a exordial no prazo de cinco dias, contado a partir desse marco fático-jurídico, mas sim quando da conclusão do inquérito policial apenas, como se nada tivesse mudado no ordenamento jurídico desde 1941, ou seja, sem uma necessária filtragem constitucional e convencional.

De forma mais clara, no dia a dia das comarcas brasileiras, tem-se observado o seguinte cenário: a pessoa é presa em flagrante delito e, no prazo de vinte e quatro horas da prisão, realiza-se a audiência de custódia, com a presença do juiz, do MP, do flagranteado e de sua defesa técnica. Por vezes, o MP requer a prisão preventiva, por entender presentes todos os seus requisitos (*fumus commissi delicti, periculum libertatis*, admissibilidade e insuficiência/inadequação das medidas cautelares diversas da prisão), sendo que o juiz em consonância com o pleiteado pelo órgão acusatório decreta a *extrema ratio* da *ultima ratio*. No entanto, mesmo o MP tendo afirmado, em audiência de custódia, que estava provada a existência do crime e os indícios suficientes de autoria (*fumus commissi delicti* para a decretação da prisão preventiva), com base no auto de prisão em flagrante, para fins de aprisionamento cautelar do flagranteado, não oferece a denúncia no prazo de cinco dias subsequentes, com a exclusão da contagem do dia da realização da audiência de custódia. Assim, o *Parquet* aguarda a conclusão do inquérito policial, para, somente a partir do recebimento do procedimento administrativo investigativo, iniciar a contagem do prazo de cinco dias para a propositura da ação processual penal de iniciativa pública.

Em assim sendo, eis o problema de pesquisa: em que medida o início da contagem do prazo para oferecimento da denúncia sofreu o impacto da implantação no Brasil da audiência de custódia?

O desenvolvimento da pesquisa terá como base a revisão bibliográfica acerca do tema, a fim de que se possa comprovar que, mesmo após a CF/88, o discurso autoritário no processo penal ainda se mantém presente no “senso comum teórico”, pois no presente caso estar-se-ia adotando uma interpretação do art. 46 do CPP em detrimento das garantias constitucionais do investigado, isto é, estar-se-ia interpretando restritivamente a CF/88 e o Pacto de São José da Costa Rica a partir do autoritário CPP.

Para alcançar as considerações finais do trabalho, propõe-se trabalhar as noções basilares do problema: contagem do prazo para oferecimento da denúncia, prisão preventiva e audiência de custódia, para então se constatar o equívoco que vem ocorrendo no dia a dia das comarcas brasileiras.

No que tange às técnicas de pesquisa, foi utilizada, especialmente, a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras, legislação, brasileira e estrangeira, atinente à temática.

2. Contagem do prazo para oferecimento da denúncia, prisão preventiva e audiência de custódia

O art. 46 do CPP prevê que, estando o réu preso, o prazo para oferecimento da denúncia será de cinco dias, contado da data em que o órgão do MP receber os autos do inquérito policial. Pois bem, recebido o inquérito policial, para que haja o oferecimento da denúncia, segundo **Lopes Jr.** (2018, p. 192), necessária se faz a presença das condições da ação, que devem ser buscadas dentro do próprio Processo Penal, quais sejam: prática de fato aparentemente criminoso, punibilidade concreta, legitimidade de parte e justa causa.

A justa causa, por seu turno, está prevista no art. 395, inc. III do CPP, sendo que, ainda de acordo com **Lopes Jr.** (2018, p. 195-196) “é uma importante condição da ação processual penal”, pois “A acusação não pode [...] ser leviana e despida de um suporte probatório suficiente para, à luz do princípio da proporcionalidade, justificar o imenso constrangimento que representa a assunção da condição de réu”.

Enfim, a justa causa, para **Jardim** (1999, p. 99) é o “lastro probatório mínimo”, esclarecendo **Lopes Jr.** (2018, p. 196) que ela “Está relacionada, assim, com dois fatores: existência de indícios razoáveis da autoria e materialidade de um lado e, de outro, com o controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal”.

Portanto, à luz do art. 46 do CPP, recebidos os autos do inquérito policial, não sendo o caso de arquivamento, de acordo de não persecução penal ou de retorno dos autos para a delegacia de origem para novas diligências, estando presentes, assim, as condições da ação processual penal, notadamente a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, o *Parquet* estará obrigado a ofertar a denúncia, no prazo de cinco dias, excluindo-se da contagem o dia de início do prazo (dia da intimação pessoal do MP com vista dos autos), nos termos do art. 798, §1º do CPP.

No entanto, com a implantação da audiência de custódia, na hipótese de decretação da prisão preventiva pelo juiz a pedido do MP, tal sistemática assim se manteria? Ou seja, mesmo com o órgão acusatório tendo requerido a prisão preventiva em audiência de custódia, o dia de início para a propositura da ação processual de iniciativa pública seria o do recebimento do inquérito policial?

Não é novidade que o inquérito policial “Também poder-se-á iniciar, nos termos do art. 10 por uma quarta forma: o auto de prisão em flagrante (CPP, art. 8º)”, como adverte **Badaró** (2014, p. 72). Desse modo, com a lavratura do auto de prisão em flagrante instaurar-se-á o inquérito policial, que não poderá ser arquivado pelo delegado, *ex vi* o disposto no art. 17 do CPP. Assim, restará à autoridade policial realizar as diligências investigativas e concluir o inquérito policial, no prazo de dez dias, caso o indiciado esteja preso, como regra (na hipótese de crimes de drogas, o prazo seria ainda maior: trinta dias prorrogáveis por igual período).

Diante disso, o que se tem observado no cotidiano forense é que, o delegado lavra o auto de prisão em flagrante e no prazo de vinte e quatro horas da prisão o remete para o juiz, que realizará a audiência de custódia. Na audiência de custódia, por vezes, o MP requer a prisão preventiva do flagranteado, sendo que em inúmeros casos o juiz a decreta, por entender, em consonância com a sustentação

do *Parquet*, que todos os requisitos autorizadores da medida ergastulatória estariam presentes, com apoio no auto de prisão em flagrante. Finalizada a audiência de custódia, o órgão acusatório aguarda a conclusão do inquérito policial (dez dias, como regra, de acordo com o art. 10 do CPP ou, em se tratando de Lei de Drogas, 30 dias prorrogáveis por igual período) para, só então, a partir desse recebimento, ofertar a respectiva denúncia, como "supostamente" prevê o *caput* do art. 46 do CPP.

Entretanto, se o MP requereu a prisão preventiva em audiência de custódia, manifestando-se pela presença dos seus requisitos autorizadores, o prazo para o oferecimento da denúncia não deveria ter por dia de início esse marco fático-jurídico? Dito de outra forma: não deveria se excluir o dia da realização da audiência e assim contar, desde já, os cinco dias para a propositura da ação penal de iniciativa pública, ao invés de se começar a contagem só quando do recebimento do inquérito policial?

Note que, para a decretação da prisão preventiva mister se faz atualmente os seguintes requisitos: *fumus comissi delicti*, *periculum libertatis*, admissibilidade e a insuficiência/inadequação das medidas cautelares diversas. Caso falte algum desses requisitos, não caberá a decretação da prisão preventiva, pois são cumulativos.

Quanto ao primeiro requisito para a decretação da prisão preventiva, **Lopes Jr.** (2018, p. 633) afirma que "Partindo do art. 312, verifica-se que o *fumus comissi delicti* é o requisito da prisão preventiva, exigindo-se para sua decretação que existam 'prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria'", de modo que para o autor (LOPES JR., 2018, p. 636) "(...) é necessário que o pedido venha acompanhado de um mínimo de provas — mas suficientes — para demonstrar a autoria e materialidade do delito e que a decisão judicial seja fundamentada".

Veja-se com isso que, na sistemática do art. 312 do CPP para a decretação da prisão preventiva é preciso "prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria". Não por outra razão, os Tribunais Superiores vêm decidindo reiteradamente pela impossibilidade, até mesmo em audiência de custódia, de decretação de prisão preventiva de ofício, pois esse primeiro requisito — fumaça do cometimento do crime — não é outra coisa que senão a *opinio delicti* do titular da ação processual penal de iniciativa pública, de modo que num sistema acusatório caberia ao MP e não ao juiz inicialmente fazer tal análise. O juiz só poderia valorar isso mediante provocação do órgão acusatório, sob pena de manifesta inquisitorialidade, aonde o juiz faria um papel que competiria *ab initio* ao acusador, caso agisse de ofício.

Dentro desse contexto, indaga-se: qual a diferença ontológica entre o *fumus comissi delicti* para a decretação da prisão preventiva e a justa causa para propositura da ação processual penal? Nenhuma, nem mesmo sob o ponto de vista do atual *standard* probatório. Os dois institutos representam a mesma coisa: o tal juízo de probabilidade elucidado por **Carnelutti** (1950, p. 180-182) (que não se confunde com um juízo de certeza, mas que inegavelmente também não é igual a um mero juízo de possibilidade), o lastro probatório mínimo — prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, conforme dito alhures.

Logo, se o MP manifestou-se pela prisão preventiva, admitindo com base no auto de prisão em flagrante à presença de *fumus comissi delicti*, isso implica dizer que na *opinio delicti* do titular da ação processual penal existe justa causa para ação processual penal, por óbvio, já que ambos os institutos representam a mesma coisa: juízo de probabilidade do cometimento do crime por parte do autor. Frisem-se, tais institutos são exatamente iguais, já que, em suma, se há indícios suficientes de autoria e prova da materialidade para a prisão preventiva, com toda a sua gravidade, com certeza já existe justa causa para ação penal.

Ademais, se assim não fosse, como explicar o seguinte paradoxo: o MP requer a prisão preventiva em audiência de custódia e alega precisar aguardar o fim do inquérito policial para analisar a justa causa, sendo que o juiz decreta a prisão preventiva, o promotor não apresenta a denúncia e, ao final, quando recebe o procedimento investigativo, pleiteia o retorno dos autos para a delegacia de origem para novas investigações, pois não haveria ainda no inquérito agora concluído pela autoridade policial prova da existência de crime e/ou indícios suficientes de autoria. Se ao fim do inquérito não existe prova da materialidade e/ou indícios suficientes de autoria, como poderia ter existido prova da materialidade e/ou indícios suficientes de autoria na peça inaugural do mesmo inquérito policial (leia-se, no auto de prisão em flagrante)?

Como se poderia ter prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria para prender cautelarmente e não se ter os mesmos elementos para processar? É inegável que se não tem justa causa para propor a denúncia, é porque nunca teve *fumus comissi delicti* para prender um inocente. Uma coisa, no plano da lógica, não pode ser e não ser ao mesmo tempo. Ou se tem *fumus comissi delicti* para prender e conseqüentemente se tem justa causa para a propositura da ação penal, ou não se tem para nenhuma das duas hipóteses (prender e ofertar a denúncia).

Com base nisso, se o MP requer a prisão preventiva em audiência de custódia é porque na sua *opinio delicti* existe justa causa para ação

"COMO SE PODERIA TER PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA PARA PRENDER CAUTELARMENTE E NÃO SE TER OS MESMOS ELEMENTOS PARA PROCESSAR?"

processual penal e, dessa maneira, o dia de início para a propositura da ação penal seria aquele da audiência de custódia, excluindo-a da contagem. Caso o MP não ofereça a denúncia no prazo de cinco dias, contado da realização da audiência de custódia, ter-se-ia um excesso de prazo e tal prisão deveria ser imediatamente relaxada.

Não se pode argumentar que o MP não poderia denunciar apenas com base no auto de prisão em flagrante: a uma, porque o inquérito é dispensável; a duas, porque o próprio art. 46, §1º do CPP preceitua que, quando o MP dispensar o inquérito, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações (no caso o Auto de Prisão em Flagrante (APF) ou representação; a três, porque com o recebimento do inquérito policial, caso vislumbrasse alguma necessidade de mudança da petição inicial, inclusive com o acréscimo de qualificadoras ou causas de aumento de pena, por exemplo, poder-se-ia aditar a denúncia, com a juntada do inquérito policial no processo penal em curso, em qualquer fase, como é cediço. Não se poderia também alegar que o promotor da audiência de custódia é um e o promotor da denúncia é outro, pois em que pese a independência funcional dos membros do MP, a instituição é una e indivisível. Eventuais problemas de organização administrativa e definição de atribuição entre os membros do *Parquet* não se configuram em argumento legítimo para justificar a impossibilidade de propositura da ação penal com base apenas no auto de prisão em flagrante. Cabe à Administração Superior resolver tais problemas de ordem prática.

Essa releitura proposta, com o dia de início do prazo para o oferecimento da denúncia sendo a audiência de custódia, quando o MP requerer a prisão preventiva, torna-se mais imperiosa ainda caso o STF venha a julgar improcedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADINs) que estão a questionar o juiz das garantias, pois, com a reforma do pacote anticrime, o prazo para conclusão do inquérito policial, regra geral, seria de dez dias para o indiciado preso, podendo ser prorrogado por mais quinze dias. E, assim, retoma-se o paradoxo: como poderia o MP ter pedido a prisão preventiva em audiência de custódia, o juiz a decretado, admitindo a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, para ao final da investigação policial o titular da ação penal requerer o retorno do inquérito por mais quinze dias, com a manutenção da prisão preventiva? Ter-se-ia prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria para prender, mas não se teria para denunciar? Eis a quadratura do círculo, na geometria.

3. Considerações finais

Com base em todo o exposto, verifica-se que a concepção ainda reinante na *práxis forense*, de que o prazo para oferecimento da denúncia do MP teria início com o recebimento do inquérito policial, mesmo no caso de requerimento de prisão preventiva em audiência de custódia, reflete claramente uma manutenção do autoritarismo no Processo Penal brasileiro, onde o CPP acaba por “valer” mais do que a CF/88 e o Pacto de São José da Costa Rica.

A CF/88 e o Pacto de São José, que asseguram ao investigado/réu a garantia da duração razoável do processo, exige uma (re)leitura do art. 46 do CPP, a fim de que tal dispositivo esteja em conformidade constitucional e convencional. Desse modo, caso o MP tenha requerido a prisão preventiva em audiência de custódia, o prazo para o oferecimento da denúncia terá se iniciado nesse ínterim, de modo que o *Parquet* deverá propor a ação processual penal no prazo de cinco dias.

Caso o MP não ofereça a denúncia no prazo acima ventilado, optando por aguardar a conclusão e recebimento do inquérito policial (o que demandará mais dez dias ou até mesmo trinta dias prorrogáveis por mais trinta dias), para só então começar a contar o prazo de cinco dias do art. 46 do CPP, a prisão preventiva se tornará ilegal por excesso de prazo e deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade judicial competente, sob pena, inclusive, de abuso de autoridade.

Conforme visto, se o MP requereu a prisão preventiva em audiência de custódia, ele o fez porque, em sua *opinio delicti* com base no auto de prisão, já existiriam prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria e, desse modo, também ter-se-ia justa causa para a propositura da ação processual penal. Dessa maneira, evitar-se-ia o paradoxo inexplicável que ocorre na atualidade: decretar-se a prisão preventiva em audiência de custódia, fundamentada a decisão judicial no juízo de probabilidade do cometimento do crime, mas, ao final, com a conclusão do inquérito, o MP requer o retorno para novas diligências investigativas, exatamente por entender que não existiria prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Por fim, como de há muito sustenta **Dworkin** (2007), o Direito deve ter integridade e coerência, sendo que na atual sistemática estar-se-á contribuindo para todo o oposto disso, mas com a (re)leitura ora proposta estaríamos dando um passo para amenizar as inúmeras práticas autoritárias reinantes no Processo Penal brasileiro.

Notas

¹ Segundo Lopes Jr. (2020, p. 38), “atualmente, existe uma inegável crise da teoria das fontes em que uma lei ordinária acaba valendo mais do que a própria Constituição, não sendo raro aqueles que negam a Constituição como fonte, recusando sua eficácia imediata e executividade. Essa recusa é que deve ser combatida. A luta é pela superação do preconceito em relação à eficácia da Constituição no processo penal.

Referências

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. vol. II. Tradução: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Bosch, 1950.
DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das*

Mais do que isso, é necessário fazer-se um controle judicial da convencionalidade das leis penais e processuais penais, na medida em que a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) goza de caráter supralegal, ou seja, está abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias (como o CP e o CPP). Portanto, é uma dupla conformidade que devem guardar as leis ordinárias: com a Constituição e com a CADH. Esse é o desafio”

ideias autoritárias no processo penal brasileiro. vol. 1. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018.
JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

Autores convidados