

## Alberto Mariano: Conversão da prisão em flagrante em preventiva

No último dia 6, foi julgado o Habeas Corpus 188.888/MG pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como ministro relator Celso de Mello e, por unanimidade, foi reconhecida a ilegalidade da prisão preventiva *ex officio*.



A Lei 13.964/2019 alterou o artigo 310 do CPP inserindo a

previsão legal de o preso em flagrante ser submetido a audiência de custódia em até 24 horas, para a autoridade judicial analisar o flagrante, bem como decidir sobre a possibilidade da concessão da liberdade provisória ou decretação da prisão preventiva.

Verifica-se que, apesar da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6298, em trâmite no STF, ter suspenso o §4º do artigo 310 do CPP como hipótese de relaxamento da prisão a ausência da audiência de custódia no prazo de 24 horas sem justificativa, a realização da audiência permanece obrigatória. Inclusive tornou-se obrigatória a partir da Resolução 213/2015 do CNJ, em consonância com a decisão na ADPF 347 do STF.

Não abunda repisar que a audiência de custódia encontra fundamento em tratados internacionais de que o Brasil é signatário, como o item 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e o 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, portanto, deve ser cumprido irrestritamente. É um direito subjetivo do flagranteado ser submetido a realização da audiência de custódia, visto ser um mecanismo de controle e excesso de um procedimento inquisitivo, precário que é o auto de prisão em flagrante.

Na maioria das situações, a autoridade policial cerceia a liberdade do cidadão apenas com a oitiva do condutor, testemunhas (normalmente policiais que pertencem à mesma guarnição do condutor) e depoimento do conduzido, sem sequer realizar outros atos de investigação. Cabe ressaltar que, no acórdão do HC 188.888/MG do STF, o ministro relator Celso de Mello pontua que no processo penal não deve haver esse poder de cautela do magistrado, quiçá, da autoridade policial em restringir a liberdade alheia por precaução, tendo em vista que o cerceamento da liberdade viola os direitos fundamentais e, para haver essa restrição, necessária está evidente a violação à lei pelo indivíduo.



Não abunda repisar que o processo penal limita o poder punitivo do Estado, de modo que, para se cercear a liberdade do cidadão, é imprescindível que se encaixe nas hipóteses constantes no código de processo penal.

Nessa senda, pontua-se que a Lei 13.964/2019 alterou o artigo 282, §2º e 4º, do CPP, bem como o artigo 311 do CPP no sentido de excluir o termo "de ofício" em qualquer hipótese, tanto na fase investigativa quanto processual. Ou seja, após a lei citada ficou vedado ao magistrado decretar prisão preventiva sem requerimento do membro do Ministério Público, do assistente de acusação, querelante ou representação da autoridade policial.

Com as todas vênias, se os artigos aludidos acima vedam a hipótese de decretação da prisão preventiva pelo juiz de ofício, é patente e nítido que para converter o flagrante em preventiva consoante artigo 310, II, do CPP é preciso haver um requerimento. É vedado ao magistrado converter de ofício o flagrante em preventiva.

Diga-se de passagem que o fato de a autoridade policial encaminhar o auto da prisão em flagrante a autoridade judicial não presume o requerimento, afinal, para a liberdade de alguém ser cerceada, é preciso uma decisão fundamentada concretamente. Logo, o pedido de decretação da prisão preventiva precisa ser expreso, inequívoco, lastreado em "provas" concretas.

Diante do exposto, a decisão constante no HC 188.888/MG (re)afirma que o sistema processual a ser aplicado no Código de Processo Penal é o acusatório por garantir o contraditório e ampla defesa. Por conseguinte, a Lei 13.964/2019 vedou a possibilidade de o juiz decretar prisão preventiva de ofício, visto que no sistema acusatório o magistrado, para manter-se imparcial, deve ser mero espectador, observador, inerte e julgar com o que foi produzido pelas partes, e não ter uma conduta positiva. Logo, fazendo uma interpretação teleológica, sistemática, fica evidenciada a impossibilidade de o juiz converter a prisão em flagrante em preventiva mesmo com o artigo 310, II, do CPP não deixando explícita tal vedação, afinal o CPP aplica o sistema acusatório.

### **Referências bibliográficas**

LOPES Júnior. Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 10º ed. 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2º edição, 2014.