

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Cuida-se de Habeas Corpus impetrado pela **Defensoria Pública de Minas Gerais** a favor de **Lucas Henrique Junio Costa**, preso em flagrante por supostamente haver tentado matar terceira pessoa, no dia 31 de março de 2020.

Autuado como incurso nas penas do art. **121 c/c 14, II, ambos do Código Penal**, sua prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva pelo juiz plantonista, para assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública.

A par da afirmada ausência de fundamentação idônea da decisão judicial, a impetrante sustenta ilegalidade do decreto, porque não houve requerimento do Ministério Público nem representação da autoridade policial, o que, segunda assere, contraria o art. 311 do CPP, com a nova redação que lhe deu a Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime).

Na sessão do último dia 18 de agosto, após o voto do relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, pedi vista para melhor exame do tema, ainda não suficientemente sedimentado na jurisprudência desta Corte.

I. Considerações iniciais

A questão versada nestes autos diz respeito à verificação e decisão, por este Colegiado, da permanência ou não da jurisprudência sedimentada nos Tribunais Superiores - como se indicará adiante - autorizativa da conversão, *ex officio*, da prisão em flagrante em medida cautelar pessoal, especialmente a prisão preventiva, em conformidade com a determinação do art. 310 do Código de Processo Penal, *vis-à-vis* a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, que alterou a redação dos artigos 282, § 2º, 310, § 4º (vigência suspensa por liminar do STF) e 311, todos do CPP.

Na espécie, como informado pela autoridade impetrada, "2) A audiência de custódia deixou de ser realizada com fundamento no art. 1º da Resolução Conjunta n. 949/PR/2020 e no art. 8 da Recomendação n. 62/2020, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, não havendo condições de realização de tal ato sem prejuízo da saúde de todos os atores envolvidos, inclusive do próprio autuado."

II. O modelo processual penal brasileiro

A solução do caso sob exame passa pela compreensão teórica das características do processo penal brasileiro e por uma **avaliação pragmática** sobre como a jurisprudência pátria tem enfrentado a ocorrência de situações

aparentemente contrárias ao que se espera de um modelo de persecução penal moderno.

Conforme expus em voto proferido no HC 367156-MT, é inarredável a percepção de que **o Brasil**, após a sua independência política, da qual resultou produção legislativa distinta da que regia Portugal, **sempre se deixou permear por um maior ou menor inquisitorialismo na sua estrutura de processo penal**. De fato, o Brasil optou, com seu pioneiro Código de Instrução Criminal do Império (1832), por **manter práticas inquisitoriais que nos colocavam mais próximos do sistema francês** – cuja marca-mor era o Juizado de Instrução (modelo reformado ou misto) – do que do modelo adversarial inglês, simbolizado pelo julgamento popular, o *Trial by Jury*.

Essa falta de identidade própria de nosso modelo punitivo gerou **nefasta confusão normativa e funcional dos papéis que juízes, promotores e policiais** desempenhavam na persecução penal, com interferências recíprocas em atribuições e competências que deveriam possuir demarcação mais nítida. Nada a estranhar, portanto, que, em semelhante *policialismo judiciário*, eventualmente a juízes se desse atribuição para investigar e a policiais, para acusar e julgar.

Tal estrutura sofre algumas pequenas alterações até a entrada em vigor da Lei n. 2.033, de 20/9/1871, diploma de grande amplitude, cujo maior objetivo foi o de instituir o Inquérito Policial, o que resolveu parte do problema, porquanto se definiu, com maior propriedade, o papel da polícia judiciária. No entanto, continuamos a não estabelecer bem as diferentes funções a serem desempenhadas pelos órgãos integrantes da justiça criminal.

É certo que, por ocasião da elaboração do Código de Processo Penal de 1941, rejeitamos a proposta de um modelo assumidamente inquisitorial, como era a feição do Projeto Vicente Ráo, caracterizado pela proposta de instituição do **Juizado de Instrução**, em voga na Europa daqueles tempos. Preferimos, contra a maioria de então, adotar um modelo no qual ao juiz fosse reservado o papel de apenas julgar, e não o de também investigar e acusar – com exceções referentes a determinados crimes –, o que, de certo modo, nos colocou em vantagem com relação a povos de maior tradição, como a França, a Espanha e a Itália e mesmo Portugal, que apenas no final do Século passado se renderam a reformas tendentes a instituir uma estrutura mais acusatória a seus procedimentos penais.

Ainda assim, **permanecemos com fortes ranços inquisitoriais tanto em alguns dispositivos da legislação processual**, especialmente os que dizem respeito ao procedimento e às iniciativas judiciais ao longo do inquérito policial e da ação penal.

Vale recordar que os avanços foram muitos com a Constituição de 1988. Não mais vigem normas que outrora permitiam, v.g., ao magistrado, ou até mesmo à autoridade policial, dar início ao processo criminal, instaurando os assim

chamados processos judicialiformes, tais quais os que se aplicavam às hipóteses positivadas nos arts. 26 c/c o 531 do CPP e 1º da Lei n. 4.611/1965.

Restaram em vigor, porém, dispositivos como o art. 3º da Lei 9.296/1996, que permite ao juiz determinar, de ofício, a interceptação das conversas telefônicas de pessoa investigada (embora me pareça que, com a introdução do art. 8-A àquela lei, passa o juiz a somente agir por provocação); e artigos do Código de Processo Penal, como o art. 5º, II (que permite ao juiz requisitar a instauração de inquérito policial), ou o art. 10, § 1º (que torna a autoridade judiciária a destinatária do inquérito policial), ou, ainda, o art. 156, I (que faculta ao juiz ordenar, de ofício, a produção antecipada de provas, mesmo durante o inquérito policial, se considera-las “urgentes e relevantes”), bem como o art. 574, segunda parte (que determina ao juiz “recorrer” *ex officio*, de sua própria decisão, nos casos ali indicados).

Também se poderiam acrescentar a esse rol de dispositivos legal outras situações de provável comprometimento psicológico do juiz, como o **mecanismo de controle do arquivamento do inquérito policial positivado no art. 28 do CPP** – ainda em vigor, dada a suspensão, pelo STF, da vigência da nova redação dada a tal dispositivo pela Lei n 13.964/2019 – em decorrência do qual **o juiz se substitui ao órgão de acusação no exame da suficiência de elementos informativos para dar início a uma ação penal**, rejeitando promoção de arquivamento das investigações. Em tal hipótese, não rara no cotidiano forense, **é de se reconhecer que recaem relevantes dúvidas sobre a imparcialidade do juiz que, após remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, recebe-os de volta com uma denúncia ofertada contra o investigado cujo inquérito o juiz se recusou a arquivar**, mesmo com pedido do membro do Ministério Público.

Um último exemplo, a meu ver, é ainda mais difícil de imaginar como compatível com um processo penal moderno, sem resquícios inquisitoriais. Refiro-me ao art. 33 da LOMAN, que **atribui a um desembargador ou ministro a função de investigar e colher prova, inquisitorialmente, antes mesmo de ser proposta ação penal contra magistrado a quem se atribui a prática de crime, previsão corroborada em julgado da Corte Especial do STJ (Apn 460/RO, Rel. Min. Eliana Calmon, Corte Especial, DJ 25/6/2007)**.

Conforme já mencionado, essa **pletora de normas desconformes à Carta Política de 1988** deriva de uma tradição radicada em períodos de nossa história notabilizados por verdadeira confusão de papéis entre juízes, promotores e policiais. Em que pesem tais considerações, **não houve declaração de inconstitucionalidade desses preceitos normativos** que compõem o nosso sistema de justiça criminal.

Há, para acrescentar ao debate, situação outra que, a meu aviso e com todas as vênias dos eminentes pares, não privilegia a estrutura acusatória do processo penal. Refiro-me ao entendimento jurisprudencial que **valida**

audiências de instrução e julgamento realizadas sem a presença do membro do Ministério Público. Confira-se:

Conforme consignado no decisum monocrático vergastado, o entendimento consolidado desta eg. Corte Superior é no sentido de que "[...] não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência [...]" (REsp n. 1.348.978/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/02/2016). Precedente. (AgRg no REsp 1860108/AM, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020)

Segundo o entendimento majoritário desta Corte, não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência e o Magistrado, condutor do processo, formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, mormente nas hipóteses em que a defesa não se insurge no momento oportuno e que não há demonstração de efetivo prejuízo (art. 563 do CPP). [...] (REsp n. 1.348.978/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti, Rel. p/ acórdão Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 17/2/2016)

[...] I - Inexiste nulidade na ação penal por ter o Magistrado conduzido audiência de oitiva das testemunhas de acusação, inquirindo-as sobre os fatos constantes da denúncia, sem a presença do Membro do Ministério Público. II - Eventual prejuízo pela ausência do representante do Parquet, caso houvesse, só interessaria à acusação, sendo inadmissível o reconhecimento de nulidade relativa que só à parte contrária interessa. III - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.491.961/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 14/9/2015, destaquei)

[...] 2. Esta Corte Superior de Justiça já pacificou o entendimento de que a simples ausência do órgão acusatório na audiência de oitiva de testemunhas não enseja a nulidade do ato, impondo-se à defesa a alegação oportuna do defeito processual, bem como a comprovação do prejuízo suportado pelo réu. Precedentes. 3. No caso dos autos, além de não ter havido a impugnação oportuna da defesa quanto à ausência do Ministério Público em algumas das audiências de instrução, seja porque o referido órgão estava atuando em outro processo, seja porque estava em substituição em outra comarca, tem-se que o próprio Código de Processo Penal permite que o juiz participe das inquirições, sendo-lhe facultada, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, o que afasta a alegação do prejuízo em tese suportado pelos acusados. (HC n. 312.668/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 7/5/2015, destaquei)

Até mesmo a recente reforma do CPP, paradoxalmente - haja vista o novel e bem-vindo texto do art. 3º-A do CPP - persiste em autorizar essas iniciativas officiosas. Com efeito, note-se que, logo após o dispositivo que anuncia a estrutura acusatória do processo penal brasileiro e a vedação a iniciativa do juiz na fase de investigação, **prevê o art. 3-B, entre outras competências do juiz das garantias, as de X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação e a de XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental.**

Trago esses exemplos para sugerir que, não obstante a proclamada adoção, entre nós, de um **processo com estrutura acusatória**, a praxe judiciária tem agasalhado diversas situações em que se realizam atividades judiciais com inclinação inquisitorial. Em verdade, como bem observam Andrea Dalia e Marzia Ferraioli, “mais do que de sistema inquisitorial ou de sistema acusatório, com referência à legislação processual penal moderna, é mais usual falar de modelos com tendência acusatória ou de formato inquisitorial (*più che di sistema inquisitorio o di sistema accusatorio, con riferimento alla legislazione processuale penale moderna si è soliti parlare di modelli a tendenza acusatoria o di stampo inquisitorio* – DALIA, Andrea & FERRAIOLI, Marzia. Manuale di Diritto Processual Penale. 5ª ed. Milão: 2003, p. 27).

É preciso, portanto, considerar que **a praxe judiciária não tem acolhido dogmas ou princípios de modo absoluto.** As idiosincrasias de nosso país e do sistema de justiça criminal acabam por engendrar soluções sensíveis a argumentos de cunho prático. E não se há de identificar essa postura, necessariamente, como algo negativo, pois cada país precisa construir um complexo normativo que, sem desconsiderar as experiências estrangeiras, seja funcional e adaptado às características de nossa realidade.

III. A necessidade de provocação para o decreto de prisão preventiva

É sabido que a prisão preventiva, na anterior letra do artigo 311 do CPP, admitia que, “em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”. **Com a edição da Lei nº 13.964/2019, todavia, não mais se permite que o juiz, mesmo durante o curso da ação penal, adote tal iniciativa sem provocação do Ministério Público.**

Para quem advoga um processo penal de matiz acusatória, em que a autoridade judiciária não exerça qualquer função coadjuvante na condução do processo e na busca da verdade processual, não haveria, por coerência, de ser admitida a decretação de prisão cautelar sem que haja prévio requerimento da parte interessada. A *ratio* dessa regra é a necessidade de preservar **a imparcialidade do magistrado, que poderia ser posta em risco se o juiz que conduz a causa, ou mais ainda, o que supervisiona a investigação preliminar,**

fosse autorizado a decretar a segregação cautelar do investigado ou acusado, sem provocação da parte ou do órgão com atribuições assim definidas em lei.

Dito isso, acrescento que sempre me pareceu acertada a **distinção entre o papel exercido pelo juiz durante a fase pré-processual da persecução penal – onde ainda não há partes, não há acusação, não há contraditório efetivo e pleno – e o papel exercido pelo juiz durante a ação penal**, quando já se encontra regularmente instaurada a relação processual, mediante acusação formulada pelo órgão a tanto legitimado (ou pela própria vítima, nos crimes de ação penal privada).

Durante as investigações normalmente consubstanciadas em atos de um inquérito policial, é imperioso ter-se como certo que **ainda não existe**, nessa fase da persecução penal, uma **acusação** formalizada contra o suspeito.

Isso implica dizer que o **juiz**, durante a tramitação da investigação criminal, desempenha um papel de **garantidor dos direitos fundamentais do investigado** – máxime a partir da instituição do *juiz das garantias*, o que ocorrerá com a vigência da Lei nº 13.964/2019, neste particular aspecto suspensa por decisão liminar do STF (ADI –, diligenciando para que o Estado-Administração, por meio da Polícia ou do próprio Ministério Público, não adentre a esfera de liberdade jurídica do indivíduo além do que é permitido na Constituição e nas leis.

O juiz, assim, protege o *ius libertatis* do investigado tanto quando denega pedido de prisão cautelar como quando a concede, quando o faz seguindo regras e princípios que limitam a sua atividade, **garantindo ao sujeito passivo da medida cautelar que não sofrerá nenhuma restrição ao seu direito além do permitido em lei**.

Logo, **destoa das funções do magistrado – mais ainda** na fase das investigações –, **exercer qualquer atividade que possa caracterizar** um reforço à atividade investigatória estatal, ou um interesse particular em obter provas que possam servir ao titular da ação penal para provocar a jurisdição.

Daí a pertinência do novel art. 3º-A do CPP (com vigência suspensa, todavia), ao dispor que **“O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”**.

Sem embargo, **uma vez provocada a jurisdição**, por denúncia do Ministério Público ou queixa-crime do particular ofendido (*ne procedat iudex ex officio*), passa a **autoridade judiciária competente a deter poderes inerentes à própria jurisdição penal**, que, saliente-se, jamais pode ser igualada, em razão de suas inúmeras peculiaridades, à jurisdição civil. É dever judicial, inato a essa função judicial, conduzir o processo com imparcialidade, mas atento a que não ocorram ataques aos meios e aos fins do processo, cumprindo-lhe zelar, por seus poderes instrutórios e cautelares, para a preservação desses interesses, de que toda a coletividade, sob o contrato social, é titular.

Com efeito, vale recordar que o processo penal visa a assegurar, de um lado, a “liberdade jurídica do indivíduo, membro da comunidade”, e, de outro lado, preocupa-se também com a “garantia da sociedade, contra a prática de atos penalmente relevantes” (TUCCI, Rogerio Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 34).

Por conseguinte, pode-se dizer que **não compete ao juiz, durante o inquérito policial, conduzir a investigação como se fosse delegado de polícia ou promotor de justiça**. Não faria o menor sentido o comportamento do juiz que, durante a fase investigatória da persecução penal, passasse a examinar os autos para determinar, sem provocação do Ministério Público ou da autoridade policial – ou em desacordo com ela – essa ou aquela providência de cunho investigatório. Mostra-se, pois, **incompatível com o sistema entre nós vigente e pode comprometer a imparcialidade judicial** a decisão que, tomada *ex officio*, determine, ainda sem ação penal instaurada, a oitiva de determinada pessoa, a busca e apreensão de algum documento, a interceptação telefônica e, especialmente, a prisão preventiva.

Hipótese diversa, portanto, há de ser a do juiz que, no curso da ação penal, defronta-se com situações que lhe exijam a tomada de decisões urgentes, independentemente da manifestação prévia de alguma das partes. Com o propósito de concretizar a jurisdição penal – que, sublinhe-se, não interessa tão-somente às partes, mas a toda a coletividade – e **oferecer uma prestação jurisdicional que corresponda aos anseios de justiça e que atenda aos interesses superiores que subjazem à persecução penal** (liberdade, honra, dignidade da pessoa humana etc.), não haveria por que deixar de se permitir ao juiz, se necessário e nos limites e condicionamentos legais, a tomada de decisões, como a de decretar a prisão preventiva do acusado, **em situações de extrema e excepcional urgência ou de possível perda da eficácia da medida**, mesmo sem, antes, o requerimento do órgão de acusação. Nesta excepcional hipótese, não vejo porque desautorizar o contraditório diferido, sempre possível ante providências que não podem tardar a serem implementadas.

A regra é, assim, a provocação da parte interessada e o prévio contraditório (estimulado pelo art. 282, § 3º do CPP); **excepcionalmente** – em caso de **urgência ou de risco à perda da eficácia da medida**, insisto – poderia a decisão ser tomada mesmo sem requerimento do Ministério Público e sem ouvi-lo previamente à decisão. Do mesmo modo, não vejo óbice a que o juiz decrete a preventiva mesmo com manifestação contrária do *Parquet* – sempre, vale destacar, no curso da ação penal – porque a **prisão preventiva não é uma medida de natureza acusatória, convive com a presunção de inocência e tem como escopo acautelar os meios ou os fins do processo, de cuja hígida e escorreita condução o juiz, insisto, é responsável**. Fora de outro modo, o juiz que, no curso da demanda, decretasse a prisão preventiva, ainda que sob requerimento do Ministério Público, não poderia julgar a causa.

Note-se, aliás, que o art. 282, § 5º do CPP autoriza medida judicial de natureza cautelar sem provocação da parte, na hipótese ali tratada (“O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”).

É verdade que a boa técnica e o normal andar da máquina judiciária recomendam que haja prévio requerimento do titular da ação penal, mas, **se já instaurada a relação processual, seria de se admitir, excepcionalmente, que tal decisão pudesse ser tomada *ex officio*, como, aliás, previsto na redação anterior do art. 311 do Código de Processo Penal.**

Porém, a atual redação, dada a tal dispositivo pela Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019), é clara ao dizer que “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Igual sentido se conferiu à redação do art. § 2º do art. 282 do CPP: “§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando **no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público**”.

Tollitur quaestio.

IV. Conversão do flagrante em prisão preventiva

Situação diversa, a meu sentir, deve ser dada à hipótese regulada no art. 310 do Código de Processo Penal, senão vejamos.

O artigo 310 do CPP, com a **redação** dada pela Lei nº 12.403/11, passou a estabelecer o dever de o juiz adotar uma das decisões ali previstas, ao receber o auto de prisão em flagrante: (I) relaxar o flagrante ilegal; (II) converter a prisão em flagrante em preventiva ou (III) conceder ao autuado liberdade provisória, com ou sem cautelas alternativas à prisão.

Não mencionou, contudo, prévia oitiva do Ministério Público, como expressamente dispunha a redação anterior do Código, porque, até aquele momento da evolução do nosso processo penal, o juiz apenas controlava a legalidade da prisão em flagrante, medida que perdurava independentemente de sua conversão em prisão preventiva.

Isso foi corrigido na nova redação dada ao art. 310 do CPP pela Lei nº 13.964/2019, **que também instituiu a obrigatoriedade da audiência de custódia no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão**, na qual deverão estar presentes o acusado (*rectius*, autuado), seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do

Ministério Público. **Este dispositivo, porém, encontra-se com sua vigência suspensa, por força de decisão liminar no STF (ADI 6299-MC).**

Sem embargo, releva destacar que **a jurisprudência dos Tribunais Superiores** – nomeadamente a do Superior Tribunal de Justiça – tem entendido, a propósito, que **é possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva, na fase do art. 310 do CPP, mesmo sem requerimento exposto do Ministério Público, como, ilustrativamente, denotam os seguintes julgados:**

PRISÃO PREVENTIVA – FLAGRANTE – CONVERSÃO DE OFÍCIO – ILEGALIDADE – AUSÊNCIA. Atendidos os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, **a conversão de flagrante em preventiva independe de provocação do Estado-acusador ou da autoridade policial.** PRISÃO PREVENTIVA – TRÁFICO DE DROGAS – GRADAÇÃO. A gradação do tráfico de drogas revela estar em jogo a preservação da ordem pública. (HC 174102, Relator(a): MARCO AURÉLIO, **Primeira Turma, julgado em 18/02/2020**, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 06-03-2020 PUBLIC 09-03-2020)

[...] 2. Conforme orientação firmada no âmbito da Sexta Turma desta Corte, "a não realização de audiência de custódia não é suficiente, por si só, para ensejar a nulidade da prisão preventiva, quando evidenciada a observância das garantias processuais e constitucionais" (AgRg no HC n. 353.887/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/5/2016, DJe de 7/6/2016). 3. "O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a conversão da prisão em flagrante em custódia preventiva pelo Juízo monocrático, independentemente de representação da autoridade policial ou do Ministério Público, encontra respaldo no art. 310, II, do Código de Processo Penal" (RHC n. 79.655/MG, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, SEXTA TURMA, julgado em 4/4/2017, DJe 17/4/2017). [...] (HC 538.649/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, **julgado em 12/11/2019**, DJe 28/11/2019)

[...] 1. Inexiste ilegalidade na decisão que converte o flagrante em prisão preventiva, de ofício, durante a investigação criminal, uma vez que a orientação desta Corte é no sentido de que o Juízo de 1º grau, ao receber o auto de prisão em flagrante, verificando sua legalidade e inviabilidade de substituição por medida diversa, pode convertê-la em preventiva, ao reconhecer a existência dos

requisitos preconizados nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal, ex vi do art. 310, II, do CPP, independente de representação ou de requerimento, ante o risco de liberdade até o início da instrução processual. [...] (AgRg no RHC 109.540/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em **17/09/2019**, DJe 20/09/2019)

[...] 1. O Juiz, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá, quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, converter a prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento ao disposto no art. 310, II, do mesmo Código, não havendo falar em nulidade. (RHC 120.281/RO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em **05/05/2020**, DJe 15/05/2020)

Assim se houve, por maioria, o acórdão impugnado neste *writ*, ao denegar a postulação defensiva, conforme a fundamentação explicitada nos seguintes excertos do voto vencedor:

[...]

A questão surgiu em decorrência da Lei nº. 13.964/2019, que alterou, entre outros, a norma prevista no artigo 282, § 2º, e artigo 311, do CPP, sendo relevante a análise dessas mudanças em face do disposto no art. 310, II, do mencionado diploma legal.

A alteração parece impedir que o juiz conceda qualquer cautelar de ofício, em especial a prisão preventiva, que só poderá ser determinada atendendo-se requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente da acusação ou por representação da autoridade policial. [...]

Nesta esteira, observa-se que a Lei nº. 13.964/2019, embora tenha alterado o caput do artigo 310 do CPP, não alterou o inciso II, indicando que o mesmo foi recepcionado pelo referido diploma legal. E que, fica claro que o novo texto cria nova determinação geral, qual seja, a necessidade da audiência de custódia, não revogando as já existentes, nos termos do art. 2º. § 2º, do Decreto-Lei nº. 4.657/42.

Resta claro que o juiz não pode decretar a prisão preventiva de ofício. Contudo, quando da realização da audiência de custódia, está obrigado, por força de lei, o que dispensa requerimento de quem quer que seja, a relaxar a prisão ilegal; ou converter a prisão em flagrante em preventiva fundamentadamente, quando presentes seus requisitos; ou conceder liberdade provisória. Essa obrigatoriedade decorre do próprio texto dado pela Lei nº. 13.964/2019, quando afirma que na audiência de custódia o juiz deverá adotar uma das três hipóteses do art. 310 do CPP, sendo

que uma delas, a do inciso II, prevê a decretação da prisão preventiva quando presentes seus requisitos.

Portanto, a conclusão a que se chega é de que só se mostra passível a decretação da prisão preventiva, em qualquer fase do inquérito ou do processo, por requerimento de quem de direito. Mas, quando da audiência de custódia, por determinação legal, deverá adotar uma das hipóteses legais previstas no art. 310, I, II e III, do CPP, sendo despiciendo qualquer pedido neste sentido.

[...] (Habeas Corpus Criminal nº 1.0000.20.039616-6/000, 8ª Câmara Criminal do TJMG, Rel para o acórdão Des. Anacleto Rodrigues - fls. 60-77).

Não se desconhece, por outro lado, decisão monocrática de elevada importância, não apenas pela autoridade jurídica e moral de seu prolator – Ministro Celso de Mello, fonte de sempre oportunas e qualificadíssimas lições, a inspirarem a magistratura nacional – mas também por seus judiciosos fundamentos, apoiados em farta doutrina e sedimentados, especialmente, na ideia – entre outras, delineadas no *decisum* – de que o “O processo penal e os Tribunais, nesse contexto, são, por excelência, espaços institucionalizados de defesa e proteção dos réus contra possíveis excessos e o arbítrio do Poder, especialmente em face de eventuais abusos perpetrados por agentes estatais no curso da “persecutio criminis” (Liminar concedida na Medida Cautelar no Habeas Corpus 186.421, em 17/7/2020).

Há de se pontuar, no entanto, a **diferença, que em meu entender se mostra visível, entre a decisão judicial que decreta uma prisão preventiva, ou qualquer medida cautelar, pessoal ou probatória, e a que converte, por força de comando legal, a prisão em flagrante** em alguma(s) medida(s) cautelar(es), inclusive a prisão preventiva, a mais gravosa entre todas. Nesta última, o autuado foi preso em flagrante delito e trazido à presença da autoridade judiciária competente após a lavratura de um auto de prisão em flagrante, como determina a lei processual penal.

A situação é, pois, de notória urgência, a pessoa já se encontra presa e a lei incumbe o juiz de, independentemente de provocação expressa ou não, avaliar: (a) se há sinais de abuso ou violência na prisão e na condução do preso à presença do juiz; (b) se a prisão em flagrante obedeceu a todos os requisitos formais e materiais de validade e se, portanto, é legal; (c) se há necessidade de manter o réu preso ou sujeito a alguma medida cautelar alternativa à prisão.

Na hipótese de avaliação favorável à imposição de cautela pessoal (alínea “c”), deverá o juiz, atento ao **princípio da excepcionalidade da prisão preventiva e da proporcionalidade das medidas cautelares**, escolher, entre as que sejam idôneas a tutelar o interesse ou bem ameaçado pela liberdade do preso,

qual ou quais seja(m) suficientes e proporcionais para tal finalidade (art. 282, § 6º do CPP).

Não considero, assim, existir propriamente uma atividade oficiosa do juiz nesta hipótese, porque, a rigor, não apenas a lei obriga o ato judicial, mas também, de um certo modo, há **o encaminhamento, pela autoridade policial**, do auto de prisão em flagrante para sua acurada análise, na expectativa, derivada do dispositivo legal (art. 310 do CPP), que tocará ao juiz, após ouvir o autuado, de que adote uma das providências ali previstas, inclusive a de manter o flagrante preso, já agora sob o título da prisão preventiva.

É bem verdade que **se espera seja a audiência de custódia realizada e que o representante do Ministério Público** (assim como o defensor do autuado) **esteja presente**, o que praticamente tornaria írrita a preocupação com eventual decisão judicial sem a provocação daquele, que seria naturalmente ouvido, assim como o patrono do preso.

Entretanto, **não é improvável que ocorram situações nas quais a audiência não venha a realizar-se no prazo legal**, como por exemplo, por falta de transporte do preso, ou sua internação hospitalar decorrente de ferimentos sofridos durante os fatos que motivaram sua autuação em flagrante, ou, como ocorre no presente momento, por dificuldades decorrentes da pandemia da Covid-19. **Também será possível que o membro do Ministério Público não compareça** ao ato por algum motivo, justificado ou não.

Em tais hipóteses – que não me parecem tão raras no cotidiano forense – *quid iuris?*

Se a audiência de custódia não se realizar, ou se, instalada, o representante do *Parquet* não se fizer presente, poderá o juiz adotar uma das seguintes alternativas:

. **Restituir, independentemente de qualquer outra consideração, a liberdade ao autuado**, mesmo se verificar, pela leitura do auto flagrancial e pelo informal depoimento que prestar perante o juiz, que se trata de pessoa extremamente violenta e que, solta, poderá novamente cometer crimes graves; tal providência derivaria, portanto, da ausência de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público no sentido da transformação da prisão em flagrante em alguma medida cautelar, inclusive a prisão preventiva.

. **Remeter os autos ao Ministério Público**, para que se manifeste sobre a prisão em flagrante e para que, se desejar, requeira providência de cunho cautelar;

. **Decidir**, com as balizas dos art. 282 e 312 do CPP, **pela conversão do flagrante em prisão preventiva** (ou em alguma das cautelas a ela alternativas), e encaminhar os autos, imediatamente em seguida, ao Ministério Público, promovendo, assim, o **contraditório diferido**.

A **alternativa 1** privilegia, em sua inteireza, uma suposta proibição de decisão judicial sem prévia manifestação da parte interessada, e beneficia o autuado, concedendo-lhe – em prestígio à regra do CPP já indicada (art. 282, § 2º) e ao princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*) – a liberdade plena. Mas, por outro lado, ao não atentar para interesses outros que subjazem à situação concreta, **pode eventualmente colocar em grave risco de lesão a vida ou outros bens de terceiros**, quando, por exemplo, se cuidar de autuado em relação a quem (pela própria dinâmica do crime a ele imputado ou por seus registros anteriores) seja elevado o prognóstico de que, solto, venha a cometer novos crimes violentos.

A **alternativa 2** seria a mais cautelosa e razoável, pois, se de um lado, não desconsidera a necessidade de provocação da jurisdição, mormente para a tomada de decisão judicial em desfavor da liberdade humana, **privilegia, por outro lado, o contraditório como método heurístico e participativo para a formação do convencimento e decisão do julgador**. Mostra-se, desta feita, uma solução mais compatível com a estrutura acusatória que se pretende imprimir ao processo penal brasileiro, sem descuidar do dever de proteção penal a toda a coletividade, também merecedora de um olhar atento neste momento preliminar da persecução penal.

A desvantagem, contudo, de adotar-se tal procedimento é o eventual descumprimento do direito do preso a ver, no prazo de 24 horas, sua prisão em flagrante examinada pelo juiz, ao que se poderia responder com a lembrança de que o exame dos prazos de prisão pela jurisprudência pátria apoia-se na aferição da razoabilidade de eventual excesso.

A **alternativa 3** não é, efetivamente, o modelo ideal, mas, **diante da anomalia procedimental (constatada ausência da audiência de custódia ou do representante do Ministério Público), atende, minimamente, aos interesses envolvidos (interesses do indivíduo e interesses processuais ou sociais)**, decidindo, como determina a lei, no prazo legal, acerca de uma das providências indicadas no art. 310 do CPP.

Como se pode perceber – **em desapaixorada e isenta análise da questão** –, as variáveis são consideráveis e qualquer alternativa enfrentará dificuldades de aceitação, a depender do modo como se interpretar os textos normativos que orbitam o tema.

Por isso, neste particular, mostra-se bem responsável e ponderada a opinião de Guilherme Nucci, que, após, em um primeiro momento, considerar que “a referida lei 13.964/19 não alterou em absolutamente nada o cenário da conversão do flagrante em preventiva. Essa lei simplesmente vedou a decretação da preventiva, sem requerimento da parte interessada, durante a instrução” (<http://guilhermenucci.com.br/artigo/conversao-de-flagrante-em-preventiva-e-decretacao-de-prisao-cautelar-de-oficio>), obtemperou, com o apoio doutrinário de Eugênio Pacelli (*Curso de processo penal*, 20ª ed. P. 575) e Paulo Rangel (*Direito*

processual penal, 24^a ed., p. 912-913), que é **“muito cedo para extrair conclusões definitivas sobre o alcance da conversão da prisão em flagrante em preventiva, sobretudo a respeito da geração de ilegalidade caso não realizada a audiência de custódia”**, porque

[...] a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia, em 24 horas após a realização da prisão, sob pena de tornar ilegal a prisão cautelar, não entrou em vigor, pois liminar do STF suspendeu a eficácia do art. 310, § 4º, do CPP (decisão proferida pelo ministro Luiz Fux, em 22 de janeiro de 2020, ADIn 6299 MC/DF). **Então, se a audiência de custódia não realizada não acarretaria a ilegalidade da prisão cautelar, o procedimento continuaria o mesmo (o juiz analisa o auto de prisão em flagrante, podendo convertê-lo em preventiva, de ofício) até que o Plenário do Pretório Excelso pudesse decidir a respeito**, como bem pronunciou o ministro Luiz Fux: “entendo que, uma vez oportunamente instruído o processo quanto à realidade das audiências de custódia em todo o país, o Plenário poderá decidir o mérito, inclusive, sendo o caso, fornecendo balizas interpretativas mais objetivas para as categorias normativas nele incluídas. Por ora, a eficácia do dispositivo deve ser suspensa para se evitarem prejuízos irreversíveis à operação do sistema de justiça criminal, inclusive de direito de defesa”.

[...] Se a realização da audiência de custódia, por ora, em época de pandemia, não é obrigatória, o juiz pode continuar a receber o auto de prisão em flagrante e, sendo o caso, converter esse flagrante em preventiva, nos termos do art. 310, II, do CPP. E essa realização da audiência não seria obrigatória não apenas por conta da recomendação 62/20, que não tem força legal, mas sobretudo porque o § 4º do art. 310 do CPP encontra-se com a sua eficácia suspensa. Logo, se não se realizar a referida audiência, s.m.j., não poderia gerar nenhuma ilegalidade à prisão em flagrante, que pode ser convertida em preventiva pelo juiz, até que o Plenário do STF decida se (e como) esse parágrafo teria vigência (*Conversão de flagrante em preventiva e decretação de prisão cautelar de ofício: novas reflexões*, disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/331823/conversao-de-flagrante-em-preventiva-novas-reflexoes>, acesso em 12/9/2020).

A possível solução para esta questão há de resultar, portanto, da definição, pelo Supremo Tribunal Federal, **sobre a vigência e validade da norma positivada no art. 310, § 4º do CPP**, bem como do restabelecimento completo da **obrigatoriedade de realização das audiências de custódia**, ainda que sob a normativa – a meu sentir ainda vigente – da Resolução nº 213, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2015, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, dando cumprimento ao disposto no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como no art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Anular prisões preventivas que, sob essa instabilidade normativa e sem a necessária clareza hermenêutica sobre o tema, parece-me uma providência açodada e não acertada, com a mais respeitosa permissão dos que pensam em sentido contrário.

V. O caso concreto

Na hipótese em exame, o paciente foi autuado em flagrante pela prática do crime de homicídio tentado (art. 121 c/c 14, II, ambos do Código Penal), porque, em 30 de março do corrente ano de 2020, teria concorrido para a efetuação de disparo de arma de fogo contra João Junio Alves Santos.

A prisão foi decretada por garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, sob fundamento de que

O autuado é prontuariado, já tendo sido preso em flagrante de outras vezes, encontrando-se, inclusive, em execução de pena!

As evidências iniciais apontam para a realização de um atentado, a exigir, a princípio, premeditação, contra a vítima, do qual teriam participado, é importante destacar, outras pessoas.

As causas e circunstâncias que envolveram o atentado exigem, claro, aprofundamento das investigações, donde, portanto, a custódia cautelar do autuado, também por isso, demanda a sua manutenção no cárcere.

Ante tais circunstâncias, a fim de garantir a aplicação da lei penal, bem como preservar a ordem pública, converto, firme no art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva de Lucas Henrique Junio Costa em prisão preventiva. (fls 54-55).

Quer-me parecer, ao contrário do que sustenta a nobre impetrante, estar essa **decisão satisfatoriamente motivada**, porquanto, após relatar a conduta do ora paciente, destacou ter sido ele **preso em flagrante outras vezes**, encontrando-se, inclusive, **cumprindo pena por condenação anterior**, e também mencionar o fato de ter havido um crime grave, contra a vida, de modo

premeditado, juntamente com outras pessoas, a autorizar, portanto, a cautela máxima.

Se, de um lado, não identifico cautelaridade na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, visto que não houve indicação de fundamento concreto a evidenciar algum comportamento do autuado para furtar-se a futura e eventual sanção criminal, **entendo como idôneo, concreto e atual, o fundamento da custódia *ante tempus* para garantir a ordem pública**, em face da declarada existência de outros registros criminais, um deles, aliás, já transitado em julgado, dada a notícia de que o autuado se encontrava "em execução de pena" quando veio a ser preso.

Não vejo, portanto, motivos para conceder a ordem, quer por estar a ordem idoneamente fundamentada, quer por não haver, ao menos por hora, e ante a justificada não realização da audiência de custódia, ilegalidade da decisão judicial que decretou a preventiva do autuado sem prévia manifestação do representante do Ministério Público.

VI. Dispositivo

À vista de todas essas considerações, e pedindo vênias ao em. relator, **denego o habeas corpus**.