



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

Parecer n.º 30837/2020-REFD
PGR-MANIFESTAÇÃO-222272/2020

HABEAS CORPUS N.º 594557/MG

IMPETRANTE: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais
IMPETRADO: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
PACIENTE: Ubiratan Luiz Fernandes (Preso)
RELATOR: Ministro Sebastião Reis Júnior

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO (CP, ART. 155-§4º-I). SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. DISPENSA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. SUA REALIZAÇÃO MUITO APÓS O PRAZO DE 24 HORAS. INCONSTITUCIONALIDADE (ART. 129-I). ILEGALIDADE (LEI 13964/19). AFRONTA A DECISÃO VINCULANTE DO PLENÁRIO DO STF (MC NA ADPF 347) E DO CNJ (RESOLUÇÃO 213/15). AFRONTA A DIREITO FUNDAMENTAL. INEXISTÊNCIA DE PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ EM MATÉRIO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Afronta o sistema penal acusatório, instituído no artigo 129-I da Constituição, a conversão do flagrante em prisão preventiva de ofício pelo juiz, sem requerimento do Ministério Público. A Lei nº 13.964 (Lei Anticrime) proíbe a conversão *ex officio* da prisão em flagrante em preventiva, pois a decretação dessa medida cautelar penal depende, sempre, do prévio e necessário requerimento do Ministério Público. Em tema de privação de restrição cautelar da liberdade, não mais subsiste, em nosso sistema processual penal, a possibilidade de atuação *ex officio* do juiz. Precedente do STF: MC no HC 186.421, rel. Min. Celso de Mello, decisão de 17.07.2020).

2. A audiência de custódia (CPP, art. 310-caput, na redação da Lei nº 13.964/2019, c/c o art. 4º da Resolução CNJ nº 213/2015) deve ser realizada no prazo de 24 horas após a prisão em flagrante, com a presença do membro do Ministério Público e do advogado ou Defensor Público da pessoa presa em flagrante. Nesta oportunidade, o Ministério Público poderá, se entender necessário, requerer a conversão do flagrante em prisão preventiva, para tornar efetiva a proteção à integridade da ordem pública ou outro requisito autorizador previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal.

3. Não há poder geral de cautela do juiz em matéria processual penal, por vedação na Constituição (tipicidade processual e da legalidade estrita, artigos 5º-LIV e 129-I). Doutrina citada.

- Parecer pela concessão do *habeas corpus*, para anular a prisão preventiva e conceder liberdade ao paciente.

I

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Ubiratan Luiz Fernandes contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (*Habeas Corpus* n. 0806818-97.2020.8.13.0000) que negou-lhe *habeas corpus* contra decisão do Juiz de Direito que converteu sua prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício, sem requerimento do Ministério Público. O paciente foi preso em flagrante em 16/4/2020 e já está denunciado (fls. 28-30), pela prática de furto qualificado, que é crime tipificado no art. 155-§ 4º-I do Código Penal.

O Tribunal de Justiça denegou a ordem em acórdão assim ementado:

“HABEAS CORPUS – FURTO QUALIFICADO – CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA DE OFÍCIO – POSSIBILIDADE – PRISÃO PREVENTIVA – ART. 310, II, C/C OS ARTS. 312 E 313, TODOS DO CPP – DECISÃO FUNDAMENTADA – PROPENSÃO À PRÁTICA DELITIVA – RISCO À ORDEM PÚBLICA – WRIT DENEGADO.

1. Não há ilegalidade na conversão da custódia flagrantial em preventiva pelo Magistrado **sem prévia manifestação do Ministério Público** ou requerimento da Autoridade Policial.
2. Atendidos os requisitos instrumentais do art. 313 do CPP, bem como presentes os pressupostos e ao menos um dos requisitos do art. 312 do CPP (garantia da ordem pública), deve ser a prisão preventiva mantida, não havendo que se falar em sua revogação, ou mesmo em substituição pelas medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP, pelo fato de estas se revelarem absolutamente insuficientes, ante a reiteração delitiva do paciente.
3. Denegado o *habeas corpus*.” (e-STJ fl. 148)

Nesta sede, o impetrante tornou a arguir afronta ao sistema acusatório, argumentando que a prisão preventiva foi decretada sem requerimento do Ministério Público. Pede a anulação da prisão preventiva.

O pedido liminar foi indeferido pelo Presidente do STJ (e-STJ fl. 126).

As informações solicitadas pelo Ministro Relator foram prestadas pela autoridade judicial (fls. 129/154).

II

Este *habeas corpus* não deve ser conhecido, porque foi impetrado contra decisão judicial em substituição ao recurso próprio. Entretanto, nada impede o exame de ofício de eventual constrangimento ilegal que importe restrição à liberdade de locomoção do paciente.

Este *habeas corpus* noticia duas questões jurídicas do mais elevado relevo constitucional que podem ser conhecidas de ofício: (1) a indispensabilidade da audiência de custódia da pessoa presa em flagrante e (2) a possibilidade de conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva pelo juiz, de ofício, sem requerimento do Ministério Público, no sistema penal acusatório, instituído pela Constituição de 1988 que definiu a titularidade exclusiva do Ministério Público para o exercício da ação penal pública (Constituição, artigo 129-I).

O paciente foi preso em flagrante em 16 de abril de 2020, como consta da denúncia (fls. 28-30) e do auto de prisão em flagrante (fls. 79). O Juiz de Direito da 1ª Vara de Alfenas (MG) dispensou a audiência de custódia e converteu a prisão preventiva em prisão em flagrante, de ofício, como consta de sua decisão de 16.04.2020:

“Trata-se de auto de prisão em flagrante delito em que é apontado como autor do fato UBIRATAN LUIZ FERNANDES, atribuindo-lhe a prática do crime previsto no artigo 155, § 4º, I, do Código Penal.

Inicialmente, nos termos do artigo 8º da Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, do CNJ, passo à análise da necessidade da manutenção da prisão preventiva, **dispensando, por ora, a realização da audiência de custódia.**

A prisão preventiva, como se sabe, possui natureza excepcional e, portanto, só é admissível em casos extremos, dada a preponderância do princípio da presunção da não culpabilidade, exigindo-se, para a sua decretação, fundamentos convincentes, claros e fortes, em razão da regra prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal, ou seja, necessidade de motivação das decisões judiciais, garantia constitucional inabalável.

Outrossim, no Estado Democrático de Direito a regra é a liberdade do cidadão. Todavia, de maneira excepcional, **existe a possibilidade da ocorrência da prisão emanada de ordem judicial** ou em flagrante delito, segundo a redação do art. 5º, LXI, da Carta Política de 1988.

O presente caso é urgente e requer decisão imediata, subsumindo-se à hipótese legal (art. 313, I, do Código de Processo Penal). Preceitua o artigo 312 do Código de Processo Penal (...)” (fls. 32-36).

Embora a prisão em flagrante tenha ocorrido em 16.04.2020 (fls. 79) e neste mesmo dia tenha sido proferida a decisão judicial de conversão em prisão preventiva (fls. 32-36), a audiência de custódia só foi realizada em 04.06.2020, por teleconferência, com a presença virtual do paciente, de seu defensor, do Promotor de Justiça e do Juiz de Direito, como consta da ata juntada a estes autos (fls. 27).

O Tribunal de Justiça negou *habeas corpus* ao paciente por entender que é possível converter a prisão em flagrante em prisão preventiva sem requerimento do Ministério Público, nestes termos:

“Esclareço, *ab initio*, que anteriormente à Lei n.º 13.964/2019 vinha me manifestando, de forma reiterada, no sentido de que seria possível a conversão da custódia flagrancial em preventiva **de ofício** pelo Magistrado.

Após as alterações promovidas no Código de Processo Penal pela referida lei, denominada “Pacote Anticrime”, venho meditando sobre tal tema e, por ora, entendo **que ainda é desnecessária, previamente à conversão da custódia flagrancial em preventiva, a representação da Autoridade Policial e/ou o requerimento do Ministério Público**. Nesse sentido, destaco precedentes deste eg. TJMG: [...]

Aliás, o próprio augusto STJ admite tal possibilidade:

“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).

Noutro giro, analisando o pedido de liberdade provisória, entendo presente ao menos um dos requisitos do artigo 312 do CPP, qual seja, a garantia da ordem pública, pela séria possibilidade de reiteração delitiva, fator que impede a concessão da ordem. Isso porque, conjugando a análise da r. decisão de ordem 05 (que converteu a custódia flagrancial em preventiva), com as demais peças processuais que instruem os autos, verifica-se, de forma patente, a reiteração delitiva do paciente, sendo certo que a sua

situação é, com razão, digna de maior precaução por parte da il. Autoridade processante.” (e-STJ fl. 149/151)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem referendado o entendimento de que “[n]ão configura nulidade a decretação, de ofício, da preventiva quando fruto da conversão da prisão em flagrante, haja vista o expreso permissivo do inciso II do art. 310 do Código de Processo Penal” (RHC n. 71.360/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe de 1º/8/2016).

A mesma orientação foi reafirmada em precedentes mais recentes:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. **CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. LEGALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO.**

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.

2. Nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

3. Hipótese em que a custódia cautelar está suficientemente fundamentada na garantia da ordem pública, haja vista a gravidade concreta da conduta delitiva, pois o recorrente é apontado como um dos destinatários dos entorpecentes apreendidos com a corré (1.890 gramas de maconha e 607 de crack). Segundo consta, os agentes estariam associados para a prática do tráfico, sendo a corré responsável por adquirir substâncias entorpecentes em município vizinho e abastecer pontos de venda de drogas locais, nos quais o recorrente realizava a venda de entorpecentes no varejo.

4. Recurso não provido.

(RHC 120.281/RO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 15/05/2020) – negritei

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO DELITIVA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE POSSÍVEL PENA A SER APLICADA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NULIDADE SUPERADA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. PEDIDO DE EXTENSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE FÁTICO-

PROCESSUAL ENTRE AS PARTES. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. NÃO CABIMENTO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

II - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, para a garantia da ordem pública, notadamente em razão de o recorrente apresentar condenação criminal, tendo o d. juízo processante consignado que: "Diogo Benini Machado ostenta uma condenação por extorsão com emprego de arma. Além disso, responde a cinco processos pelo crime de estelionato, com denúncias já recebidas", o que revela a probabilidade de repetição de condutas tidas por delituosas e justifica a imposição da segregação cautelar ante o fundado receio de reiteração delitiva. (Precedentes).

[...]

V - Quanto à alegação de constrangimento ilegal, em razão da prisão preventiva ter sido decretada de ofício, verifica-se que o MM. Magistrado de primeiro grau determinou a segregação cautelar do ora recorrente em estreita observância ao art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, sendo assim, não há que se falar em constrangimento ilegal diante da decretação da prisão preventiva do recorrente, vez que resultante de expressa determinação legal.

[...]

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 121.791/RS, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 28/02/2020) – negritei

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CONVERSÃO EM CUSTÓDIA PREVENTIVA DE OFÍCIO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. REITERAÇÃO DELITIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE. CRIME COM VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o *periculum libertatis*.

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).

4. No caso, a prisão preventiva está justificada para a garantia da ordem pública, pois, ao praticar o delito em comento, a paciente estava em gozo de liberdade provisória, concedida em outro processo, circunstância que evidencia a necessidade da custódia cautelar, uma vez que demonstra propensão à contumácia delitiva. Ademais, a paciente teria desferido facadas na axila e em outras partes da vítima, levando-o a óbito. Dessarte, está evidenciada a periculosidade da agente e a necessidade da segregação como forma de acautelar a ordem pública.

5. Praticado delito com violência - homicídio qualificado consumado -, não há que se falar em substituição da prisão preventiva por domiciliar, ainda que a ré seja mãe de criança menor de 12 anos de idade, situação excepcionada literalmente no inciso I do art. 318-A do Código de Processo Penal.

6. Ordem denegada.

(HC 538.649/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 28/11/2019) - negritei

No entanto, as duas questões foram acolhidas em recente decisão do eminente Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal no HC 186421-MC/SC, em face de decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, denegatória de liminar em habeas corpus requerido a esta Corte (STJ – HC 582.501/SC), ainda pendente de julgamento. Decidiu o Ministro Celso de Mello: a audiência de custódia é garantia fundamental do cidadão e não pode ser dispensada pelo juiz; e a prisão preventiva deve ser requerida ao juiz pelo Ministério Público e não pode ser convertida de ofício a partir da prisão em flagrante.

A primeira questão em exame, portanto, é sobre a possibilidade de o juiz dispensar a realização de audiência de custódia. No caso em exame, o magistrado dispensou a audiência de custódia em decisão de 16.04.2020 (fls. 76), e depois realizou a audiência de custódia em 04.06.2020, muito depois do prazo de 24 horas da prisão em flagrante, por teleconferência, como uma formalidade que poderia suprir aquela nulidade anterior. A propósito, decidiu o Ministro Celso de Mello no citado HC 186.421-MC/SC:

“Cabe destacar, desde logo, que o magistrado de primeira instância, consideradas as razões por ele invocadas, não só **decretou, de ofício, a prisão preventiva do ora paciente**, mas também a **este negou, não obstante configurada situação de flagrância, a indispensável realização da audiência de custódia.**

Esta Corte, em diversos precedentes sobre questão idêntica à ora em exame, reconheceu a ocorrência **de desrespeito à decisão proferida na ADPF 347-MC/DF, cujo julgamento, impregnado de eficácia vinculante, proclamou a obrigação da**

autoridade judiciária competente de promover audiência de custódia, tendo em vista o fato – juridicamente relevante – de que a realização desse ato constitui direito subjetivo da pessoa a quem se impôs prisão cautelar.

Cumpra assinalar, por necessário, que Ministros de ambas as Turmas desta Corte Suprema têm determinado, por isso mesmo, em sede reclamatória, exceto se configurada hipótese de justa causa, **a realização, no prazo de 24 horas, de audiência de custódia** (Rcl 26.604-MC/GO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Rcl 27.074/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES – Rcl 27.206-MC/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – Rcl 27.294/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Rcl 27.730/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES – Rcl 27.748/SC, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Rcl 27.750-MC/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, decisão proferida pela Ministra CÁRMEN LÚCIA no exercício da Presidência – Rcl 27.751-MC/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, decisão proferida pela Ministra CÁRMEN LÚCIA no exercício da Presidência – Rcl 28.079-MC/MT, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Rcl 28.554/SP, Rel. Min. EDSON FACHIN – Rcl 29.787/MG, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Rcl 31.637/MG, Rel. Min. EDSON FACHIN, v.g.), fazendo-o nas hipóteses em que verificada, sem que se registre motivação idônea, a inoportunidade desse ato.

Vale referir, bem por isso, ante a pertinência de seu conteúdo, fragmento da decisão que o eminente Ministro GILMAR MENDES proferiu no âmbito da Rcl 32.978/MG, de que foi Relator:

“Observa-se, portanto, que a homologação do flagrante e a conversão para prisão preventiva foram feitos no mesmo ato sem que houvesse a apresentação do acusado à autoridade judicial em audiência de custódia.

Razão assiste à defesa ao afirmar que tal procedimento **contraria frontalmente o art. 1º da Resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), editada com supedâneo na decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na MC na ADPF 347.** Transcrevo o dispositivo:

‘Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24h da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.’

Tomando os tratados como parâmetro do controle de convencionalidade do ordenamento jurídico interno, o STF deferiu medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, em 9.9.2015, para determinar a realização de audiências de apresentação dos presos em flagrante, no prazo de 24 horas, contado da prisão. (...):

.....

Trata-se de importante mecanismo de controle da legalidade das prisões em flagrante, prevenindo-se prisões ilegais e até torturas no ato da prisão, situações constatadas nos mutirões carcerários realizados pelo Conselho Nacional de Justiça e constantemente noticiadas pela imprensa.

Antes mesmo da decisão do STF, o CNJ vinha firmando convênios com Tribunais para realizar as audiências de apresentação. Efetivamente, com a MC na ADPF 347, o STF tornou obrigatória a realização da audiência de custódia em todo o País.

A audiência de custódia, determinada pela CADH e pelo PIDCP, é mecanismo essencial para o controle da legalidade de prisões realizadas em Estados democráticos. No caso ‘Tibi v. Equador’ (2004), a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que *‘o controle imediato é uma medida que visa a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das prisões, tomando em conta que em um Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares, quando isso se mostre estritamente necessário, e assegurar que, em geral, se trate o acusado de modo compatível com a presunção de inocência’* (item 114).

Na doutrina, afirma-se que a audiência de custódia tem as funções essenciais de controlar abusos das autoridades policiais e evitar prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias (PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Empório do Direito, 2015, p. 37-39).

Por exemplo, para se verificar abusos na condução do preso, a sua correta identificação, ou até controlar eventuais decretos prisionais manifestamente abusivos ou sem fundamentação concreta.

Por óbvio, a cognição em audiência de custódia possui limitações, pois não se pode antecipar o julgamento de mérito do processo com

aprofundamento instrutório. Contudo, tendo-se em vista que no ato há um contato da defesa com um juiz, deve-se dar primazia ao exercício do contraditório de modo oral e com imediação, para controle da legalidade da prisão e especial atenção à revisão de ilegalidades manifestas. Portanto, o instituto tem diversas funções, relevantes e fundamentais ao processo penal.

.....

Ante o exposto, nos termos do artigo 161, parágrafo único, do RISTF, julgo procedente a reclamação, para determinar a realização da audiência de custódia, no prazo de 24 horas, contado da comunicação desta decisão, devendo o magistrado reapreciar a manutenção, ou não, da prisão preventiva, bem como a necessidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão dispostas no artigo 319 do CPP.” (grifei)

Não constitui demasia insistir na asserção de que toda pessoa que sofra prisão em flagrante – qualquer que tenha sido a motivação ou a natureza do ato criminoso, mesmo que se trate de delito hediondo – deve ser obrigatoriamente conduzida, “sem demora”, à presença da autoridade judiciária competente, para que esta, ouvindo o custodiado “sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão” e examinando, ainda, os aspectos de legalidade formal e material do auto de prisão em flagrante, possa (a) relaxar a prisão, se constatar a ilegalidade do flagrante (CPP, art. 310, I), (b) conceder liberdade provisória, se estiverem ausentes as situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal ou se incidirem, na espécie, quaisquer das excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal (CPP, art. 310, III), ou, ainda, (c) converter o flagrante em prisão preventiva, se presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal (art. 310, II, do CPP).

A audiência de custódia (ou de apresentação) – que deve ser obrigatoriamente realizada com a presença do custodiado, de seu Advogado constituído (ou membro da Defensoria Pública, se for o caso) e do representante do Ministério Público – constitui direito público subjetivo, de caráter fundamental, assegurado por convenções internacionais de direitos humanos a que o Estado brasileiro aderiu (Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 7, n. 5, e Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, Artigo 9, n. 3) e que já se acham incorporadas ao plano do direito positivo interno de nosso País (Decreto nº 678/92 e Decreto nº 592/92, respectivamente), não se revelando lícito ao Poder Público transgredir essa essencial prerrogativa instituída em favor daqueles que venham a sofrer privação cautelar de sua liberdade individual.

A imprescindibilidade da audiência de custódia (ou de apresentação) tem o beneplácito do magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (ADPF 347-MC/DF) e, também, do ordenamento positivo doméstico (Lei nº 13.964/2019 e Resolução CNJ nº 213/2015), não podendo deixar de realizar-se (Rcl 36.824-MC/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), ressalvada motivação idônea (Recomendação CNJ nº 62/2020, art. 8º, “caput”), sob pena de tríplex responsabilidade do magistrado que deixar de promovê-la (CPP, art. 310, § 3º, na redação dada pela Lei nº 13.964/2019), cabendo assinalar, ainda, como adverte GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ (“Processo Penal”, p. 1.206, item n. 18.2.5.5, 8ª ed., 2020, RT), que, “se não for realizada a audiência de custódia a prisão tornar-se-á ilegal, e deverá ser relaxada” (grifei).

Esse mesmo entendimento é também perfilhado por AURY LOPES JR. (“Direito Processual Penal”, p. 674/680, item n. 4.7, 17ª ed., 2020, Saraiva), RENATO BRASILEIRO DE LIMA (“Manual de Processo Penal”, p. 1.024/1.025, 8ª ed., 2020, JusPODIVM) e RENATO MARCÃO (“Curso de Processo Penal”, p. 778/786, item n. 2.12, 6ª ed., 2020, Saraiva), cujas lições acentuam, tal a essencialidade da audiência de custódia, considerados os fins a que se destina, que a ausência de sua realização provoca, entre outros efeitos, a ilegalidade da própria prisão em flagrante, com o consequente relaxamento da privação cautelar da liberdade da pessoa sob poder do Estado.

Mostra-se grave, portanto, a injusta denegação, àquele que sofreu prisão em flagrante, do seu direito de ser conduzido, “sem demora”, à presença da autoridade judiciária competente, eis que a realização da audiência de custódia tem por finalidade essencial proteger, de um lado, a integridade física e moral da pessoa custodiada e, de outro, preservar o “status libertatis” daquele que se acha cautelarmente privado de sua liberdade.”

Portanto, ao dispensar a audiência de custódia e ao realizá-la com inobservância do prazo de 24 horas, por teleconferência, quase dois meses após a prisão em flagrante, a decisão do juiz de direito e o acórdão do Tribunal de Justiça que a manteve afrontaram a decisão vinculante do Plenário do Supremo Tribunal Federal na MC na ADPF 347 e o artigo 1º da Resolução n. 213/15 do Conselho Nacional de Justiça.

A conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva, sem requerimento do Ministério Público, também afronta direito fundamental do paciente ao devido processo legal. A propósito, decidiu o Ministro Celso de Mello no citado HC 186.421-MC/SC:

“Há a considerar, ainda, um outro aspecto impregnado de extremo relevo jurídico.

Refiro-me ao fato de que o exame da decisão que converteu, de ofício, a prisão em flagrante do ora paciente em prisão preventiva evidencia que tal ato judicial, realizado ainda na fase pré-processual da “persecutio criminis”, não foi precedido – tratando-se de delito perseguível mediante ação penal pública incondicionada – do necessário e prévio requerimento, ao magistrado, do Ministério Público ou, ainda, de representação formal da autoridade policial.

Eis, no ponto, o teor do ato decisório que, proferido pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da comarca de Joinville/SC, decretou, “ex officio”, a prisão preventiva do ora paciente:

“Ademais, também devido a referida pandemia e ao fato de o conduzido estar preso desde às 15h50min. do dia 11/05/2020 sem qualquer deliberação judicial, altero o rito da Lei n. 13.964/19, proferindo decisão sem manifestação da defesa e do Ministério Público, a fim de dar celeridade e segurança jurídica ao indiciado.

Tal alteração não trará prejuízo ao conduzido, pois eventuais pedidos da defesa serão posteriormente analisados por este juízo.” (grifei)

Todos sabemos que a ordem normativa instaurada no Brasil em 1988, formalmente plasmada na vigente Constituição da República, outorgou ao “Parquet”, entre as múltiplas e relevantes funções institucionais que lhe são inerentes, a de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (CF, art. 129, inciso I – grifei), ressalvada a hipótese, que é excepcional, prevista no art. 5º, inciso LIX, da Carta Política.

Isso significa, portanto, que **a Carta Política optou inequivocamente pelo sistema acusatório como modelo de persecução penal** (GUILHERME MADEIRA DEZEM, “Curso de Processo Penal”, p. 95/100, item n. 3.3, 5ª ed., 2019, RT; RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “Manual de Processo Penal”, p. 39/40, 5ª ed., 2017, JusPODIVM; PAULO RANGEL, “Direito Processual Penal”, p. 52/53, 18ª ed., 2010, Lumen Juris; EUGÊNIO PACELLI, “Curso de Processo Penal”, p. 13/17, item n. 1.4, 21ª ed., 2017, Atlas; GERALDO PRADO, “Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais”, p. 195, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; RENATO MARCÃO, “Curso de Processo Penal”, p. 82/84, item n. 14.2, 2014, Saraiva; PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALLY,

“Curso de Processo Penal”, p. 27/28, item n. 2.1.3, 8ª ed., 2012, Forense; ANDRÉ NICOLITT, “Manual de Processo Penal”, p. 111/113, 6ª ed., 2016, RT, v.g.), acentuando, por esse motivo, com especial ênfase, que o monopólio da titularidade da ação penal pública pertence ao Ministério Público, que age, nessa condição, com exclusividade, em nome do Estado.

O exame do sistema acusatório, no contexto do processo penal democrático, tal como instituído pela nossa Carta Política, permite nele identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, entre os quais destacam-se, sem prejuízo de outras prerrogativas fundamentais, os seguintes: (a) separação entre as funções de investigar, de acusar e de julgar, (b) monopólio constitucional do poder de agir outorgado ao Ministério Público em sede de infrações delituosas perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, (c) condição daquele que sofre persecução penal, em juízo ou fora dele, de sujeito de direitos e de titular de garantias plenamente oponíveis ao poder do Estado, (d) direito à observância da paridade de armas, que impõe a necessária igualdade de tratamento entre o órgão da acusação estatal e aquele contra quem se promovem atos de persecução penal, (e) direito de ser julgado por seu juiz natural, que deve ser imparcial e independente, (f) impossibilidade, como regra geral, de atuação “ex officio” dos magistrados e Tribunais, especialmente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade do investigado, acusado ou processado, (g) direito de ser constitucionalmente presumido inocente, (h) direito à observância do devido processo legal (HC 186.209-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO), (i) direito ao contraditório e à plenitude de defesa, (j) direito à publicidade do processo e dos atos processuais, (k) direito de não ser investigado, acusado ou julgado com base em provas originariamente ilícitas ou afetadas pelo vício da ilicitude por derivação, (l) direito de ser permanentemente assistido por Advogado, mesmo na fase pré-processual da investigação penal (Lei nº 8.906/1994, art. 7º, XXI, na redação dada pela Lei nº 13.245/2016), e (m) direito do réu ao conhecimento prévio e pormenorizado da acusação penal contra ele deduzida.

Cabe enfatizar, nesse contexto, que a reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de

modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro.

É certo que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, promoverá a audiência de custódia (art. 310, “caput”, do CPP, c/c o art. 4º da Resolução nº 213/CNJ), momento no qual deverá, fundamentadamente, como deixei assentado em passagem anterior desta decisão, (a) relaxar a prisão, se constatar a ilegalidade do flagrante (CPP, art. 310, I), (b) conceder liberdade provisória, se estiverem ausentes as situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal ou se incidirem, na espécie, quaisquer das excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal (CPP, art. 310, III), ou, ainda, (c) converter o flagrante em prisão preventiva, se presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal (art. 310, II, do CPP).

De outro lado, a Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, § 2º, e do art. 311, ambos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”, não mais sendo lícito, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “ex officio” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade.

Com efeito, a interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, § 2º, e 311, também do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP.

Essa percepção do tema – que se orienta no sentido da inadmissibilidade da decretação “ex officio” da prisão preventiva, inclusive na audiência de custódia – tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário (ANTÔNIO EDILBERTO OLIVEIRA LIMA e IGOR PEREIRA PINHEIRO, “Capítulo 22 – Medidas Cautelares e Prisões após a Lei Anticrime”, p. 339/342, item n. 3.3, “in” “Lei Anticrime Comentada”, 2020, JH Mizuno; AURY LOPES JR., “Direito Processual Penal”, p. 668/670, item n. 4.7, 17ª ed., 2020, Saraiva; EUGÊNIO PACELLI e DOUGLAS FISCHER, “Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência”, p. 794/796, item n. 310.3, 12ª ed., 2020, Forense; GUILHERME MADEIRA DEZEM,

“Curso de Processo Penal”, p. RB- -13.7, item n. 13.1.4.3, 6ª ed., 2020, RT; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “Processo Penal”, p. 1.166/1.167 e 1.209/1.210, 8ª ed., 2020, RT; MARCO ANTONIO DE BARROS, “Processo Penal – Da Investigação até a Sentença”, p. 349, 2ª ed., 2020, Juruá; NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, “A Prisão Preventiva em face da Lei nº 13.964/2019”, p. 235/250, “in” “Pacote Anticrime: Reformas Processuais – Reflexões Críticas à luz da Lei nº 13.964/2019”, organizado por Rodrigo Oliveira de Camargo e Yuri Felix; RENATO MARCÃO, “Curso de Processo Penal”, p. 786/787, item n. 2.12.1, 6ª ed., 2020, Saraiva, v.g.), valendo referir, em face de sua extrema pertinência, a lição de RENATO BRASILEIRO DE LIMA (“Manual de Processo Penal”, p. 946/949, 8ª ed., 2020, JusPODIVM):

“Pelo menos até o advento da Lei n. 13.964/19, o Código de Processo Penal vedava a decretação de medidas cautelares de ofício pelo juiz apenas durante a fase investigatória, admitindo-o, todavia, quando em curso o processo criminal. **Com a nova redação conferida aos arts. 282, §§2º e 4º, e 311, ambos do Código de Processo Penal, pelo Pacote Anticrime, denota-se que, doravante, não mais poderá o juiz decretar nenhuma medida cautelar de ofício, pouco importando o momento da persecução penal.**

A mudança em questão vem ao encontro do sistema acusatório. Acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, I), o sistema acusatório determina que a relação processual somente pode ter início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (‘ne procedat judex ex officio’). Destarte, deve o juiz se abster de promover atos de ofício, seja durante a fase investigatória, seja durante a fase processual.

Afinal, graves prejuízos seriam causados à imparcialidade do magistrado se se admitisse que este pudesse decretar uma medida cautelar de natureza pessoal de ofício, sem provocação da parte ou do órgão com atribuições assim definidas em lei.

Destoa das funções do magistrado exercer qualquer atividade de ofício que possa caracterizar uma colaboração à acusação. O que se reserva ao magistrado, em qualquer momento da persecução penal, é atuar somente quando for provocado, tutelando liberdades fundamentais como a inviolabilidade domiciliar, a vida privada, a intimidade, assim como a liberdade de locomoção, enfim, atuando como garantidor da legalidade da investigação, como, aliás,

previsto no art. 3º-A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/19. A Lei da prisão temporária (Lei nº 7.960/89) reforça esse argumento. Tendo seu âmbito de incidência limitado à fase preliminar, a própria lei, atenta ao novo sistema acusatório trazido pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, I), jamais possibilitou que o juiz decretasse a medida cautelar de ofício. Em outras palavras, se ao juiz não é permitido, durante a fase das investigações, expedir ordem de prisão temporária, cuja vedação consta expressamente do art. 2º, ‘caput’, da Lei nº 7.960/89, por que não acolher igual vedação em relação às demais medidas cautelares?

Diante do teor do art. 282, §§ 2º e 4º, c/c o art. 311, ambos do CPP, com redação determinada pela Lei nº 13.964/19, conclui-se que, a qualquer momento da persecução penal, a decretação das medidas cautelares pelo juiz só poderá ocorrer mediante provocação da autoridade policial, do Ministério Público ou do ofendido – neste último caso, exclusivamente em relação aos crimes de ação penal de iniciativa privada. Desde que o magistrado seja provocado, é possível a decretação de qualquer medida cautelar, haja vista a fungibilidade que vigora em relação a elas. Por isso, se o Ministério Público requerer a prisão temporária do acusado, é plenamente possível a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, ou vice-versa.

.....

Em conclusão, considerando-se a nova sistemática adotada pelo Código de Processo Penal quanto à vedação da atuação ‘ex officio’ do magistrado quanto à decretação de medidas cautelares, especial atenção deverá ser dispensada às seguintes hipóteses:

a) conversão da prisão em flagrante em preventiva (ou temporária) por ocasião da sua convalidação judicial: (...) Logo, se ao magistrado não se defere a possibilidade de decretar uma prisão preventiva (ou temporária) de ofício na fase investigatória, não há lógica nenhuma em continuar a se admitir esta iniciativa para fins de conversão (CPP, art. 310, II). Afinal, ontologicamente, não há absolutamente nenhuma diferença entre a preventiva resultante da conversão de anterior prisão em flagrante e a preventiva decretada em relação àquele indivíduo que estava em liberdade;” (grifei)

Cumpre registrar, por relevante, que essa visão em torno do tema em análise tem sido acolhida por diversos Tribunais judiciais (HC nº 2002378-94.2020.8.26.0000, Rel. Des. LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA, TJSP – HC nº 0535292-

54.2020.8.13.0000, Rel. Des. DIRCEU WALACE BARONI, TJMG – HC nº 5740877-63.2019.8.09.0000, Rel. Des. LUIZ CLÁUDIO VEIGA BRAGA, TJGO, v.g.):

“Habeas Corpus’ – Receptação – Prisão decretada de ofício – Ausência de representação policial e de requisição ministerial para converter a prisão em flagrante em preventiva – Inteligência do artigo 311 do Código de Processo Penal – Sistema acusatório – Liminar confirmada – ORDEM CONCEDIDA.” (HC nº 2050360-07.2020.8.26.0000, Rel. Des. HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA, TJSP – grifei)

“HABEAS CORPUS’ – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE – NOVA REDAÇÃO DO ART. 311 DO CPP – RATIFICADA A LIMINAR. 1. Com o advento da Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), **não mais se admite a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva**, nos termos da nova redação do art. 311 do CPP, impondo-se, assim, a colocação do paciente em liberdade. 2. Ordem concedida.” (HC nº 0509305-16.2020.8.13.0000, Rel. Des. DIRCEU WALACE BARONI, TJMG – grifei)

“HABEAS CORPUS’. TENTATIVA DE FURTO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. Conforme previu a Lei 13.964/2019, em nova redação ao art. 311, configura flagrante constrangimento ilegal, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva do paciente, de ofício. O chamado ‘Pacote Anticrime’, ao afirmar a ‘estrutura acusatória’ do processo penal e criar o Juiz de Garantias (CPP, arts. 3º-A a 3º-F), deixou claro que o magistrado deve exercer o papel de garantidor das Liberdades e dos Direitos Fundamentais, não podendo, por isso, determinar prisão preventiva ‘ex officio’. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA, CONFIRMANDO-SE A LIMINAR.” (HC nº 5191582-80.2020.8.09.0000, Rel. Des. CARMECY ROSA MARIA ALVES DE OLIVEIRA, TJGO – grifei)

Nem se invoque, ainda, o argumento de que a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva justificar-se-ia em face do poder geral de cautela do magistrado penal. É preciso ressaltar, na linha de autorizado magistério doutrinário (ALEXANDRE DE MORAIS DA ROSA, “Guia do Processo Penal

conforme a Teoria dos Jogos”, p. 392/393 e 420/421, 5ª ed., 2019, EM/EMais Editora; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “Presunção de Inocência e Prisão Cautelar”, p. 57, 1991, Saraiva; FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO, “Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar”, p. 26/27, item n. 1.5.3, 2008, Renovar; GUILHERME MADEIRA DEZEM, “Curso de Processo Penal”, p. 790/792, item n. 13.1.1, 5ª ed., 2019, RT, v.g.), **que inexistente, em nosso sistema jurídico, em matéria processual penal, o poder geral de cautela dos Juízes, notadamente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade das pessoas, vedada, em consequência, em face dos postulados constitucionais da tipicidade processual e da legalidade estrita, a adoção, em detrimento do investigado, do acusado ou do réu, de provimentos cautelares inominados ou atípicos, tal como corretamente enfatiza o brilhante magistrado paulista RODRIGO CAPEZ (“Prisão e Medidas Cautelares Diversas: A Individualização da Medida Cautelar no Processo Penal”, p. 416/424, item n. 6.1.3, 2017, Quartier Latin):**

“No processo civil, em face da impossibilidade de o legislador antever todas as situações de risco, outorga-se expressamente ao juiz o poder de conceder a tutela de urgência que reputar mais apropriada ao caso concreto, ainda que não prevista em lei.

Trata-se do chamado poder geral de cautela, anteriormente previsto no artigo 798 do revogado Código de Processo Civil, que admitia a concessão de medidas cautelares atípicas ou inominadas, e agora contemplado como poder geral de editar tutelas provisórias, de urgência ou de evidência, no atual Código de Processo Civil (artigo 297).

Assentada a premissa de que o processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal (artigo 5º, LIV, CF), exige-se a observância da legalidade estrita e da tipicidade processual para qualquer restrição ao direito de liberdade.

O princípio da legalidade incide no processo penal, enquanto ‘legalidade da repressão’, como exigência de tipicidade (‘nulla coactio sine lege’) das medidas cautelares, a implicar o princípio da taxatividade: medidas cautelares pessoais são apenas aquelas legalmente previstas e nas hipóteses estritas que a lei autoriza.

O juiz, no processo penal, está rigorosamente vinculado às previsões legislativas, razão por que somente pode decretar as medidas coercitivas previstas em lei e nas condições por ela estabelecidas, não se admitindo

medidas cautelares atípicas (isto é, não previstas em lei) nem o recurso à analogia com o processo civil.

No processo penal, portanto, não existe o poder geral de cautela.

.....

Em suma, as medidas cautelares limitadoras da liberdade reduzem-se a um número fechado de hipóteses, ‘sem espaço para aplicações analógicas ou outras intervenções (mais ou menos criativas)’ do juiz, ainda que a pretexto de favorecer o imputado. Trata-se de uma enumeração exaustiva (‘*numerus clausus*’), e não de uma lista aberta, meramente exemplificativa (‘*numerus apertus*’).

.....

Finalmente, o princípio da taxatividade (‘*numerus clausus*’) não se resume às espécies de medidas cautelares legalmente previstas. O rol de exigências cautelares também é taxativo, e não se permite ao juiz justificar a aplicação de uma medida cautelar típica com base em requisitos não previstos em lei, como alarma social e clamor público.” (grifei)

Esse, também, é o magistério do eminente Professor GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ (“Processo Penal”, p. 1.137/1.138 e 1.220/1.222, 8ª ed., 2020, RT):

“O princípio da legalidade também se aplica às medidas cautelares. No processo penal, mormente em tema de prisão processual, não existem medidas cautelares atípicas. Não há, como no processo civil, a previsão de um poder geral de cautela do juiz que o autorize a decretar medidas cautelares não previstas em lei.

.....

As prisões cautelares são apenas aquelas previstas em lei e nas hipóteses estritas que a lei autoriza. Há, pois, um princípio de taxatividade das medidas cautelares pessoais, que implica admitir somente aquelas medidas previstas no ordenamento jurídico. A vedação das medidas cautelares atípicas no processo penal sempre esteve ligada à ideia de legalidade da persecução penal. Ou seja, as medidas cautelares processuais penais são somente aquelas previstas em lei e nas hipóteses estritas que a lei as autoriza. Somente assim será possível evitar a arbitrariedade e o casuísmo, dando-se total transparência às ‘regras do jogo’.

Poder-se-ia objetar que o Código de Processo Penal brasileiro, mesmo diante da recente reforma, não estabeleceu um princípio da legalidade das medidas cautelares. A resposta estaria, para quem lê o Código à luz da Constituição, no próprio direito à liberdade (CF, art. 5º, ‘caput’), garantido pelo devido processo legal, isto é, que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIII). No entanto, ainda que se queira uma norma expressa e explícita, tendo por objeto direto as medidas cautelares, é de considerar que a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em seu art. 7º, ao assegurar o direito à liberdade pessoal, prevê: ‘7.1 Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 7.2 Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas’.

Há, pois, também entre nós, a garantia expressa da legalidade quanto às causas e condições em que se admite a privação ou restrição da liberdade. E se, segundo o posicionamento atual do STF, as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos têm ‘status’ supralegal, logo, o art. 7.2 da CADH deve prevalecer sobre o art. 3º do CPP, que permite a analogia, com o art. 297 do novo CPC estabelece que: ‘O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória’, podendo ser considerado o fundamento para um poder geral de cautela.

Ressalte-se, ainda, que, embora o art. 7.2 se refira à ‘privação de liberdade’, este dispositivo tem sido interpretado com amplitude pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), de forma a compreender não apenas a privação da liberdade, mas também o caso de restrição da liberdade. No Caso Chaparro Álvarez, a CIDH decidiu que ‘este número do artigo 7 reconhece a garantia primária do direito à liberdade física: a reserva de lei, segundo a qual, unicamente através de uma lei pode se afetar o direito à liberdade pessoal’. (...)

.....

Portanto, a adoção de medidas atípicas, porque não previstas em lei como aptas a privar ou restringir o direito de liberdade em sede de medida cautelar, encontra inafastável barreira no pressuposto formal do princípio da legalidade. Ainda que a medida seja adequada, necessária e proporcional, se a restrição ao direito fundamental não estiver prevista em lei, não será legítima. (...).

.....

Em suma, em termos de privação ou restrição da liberdade, em sede de persecução penal, a lei é o limite e a garantia. Não é possível aplicar o poder geral de cautela e decretar medidas cautelares atípicas diversas daquelas previstas nos arts. 319 e 320 do CPP, nem as aplicar para finalidades não previstas em lei. Ninguém pode ser privado de sua liberdade senão pelo devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), o que inclui não se impor qualquer privação ou restrição da liberdade, por qualquer medida cautelar, a não ser nas hipóteses previstas na Constituição ou nas leis.” (grifei)

Não custa lembrar, quanto a esse aspecto, importante decisão emanada da colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 75.662/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, consubstanciada, no ponto ora em análise, em acórdão assim ementado:

“(…) PROCESSO PENAL – PODER DE CAUTELA GERAL – MEDIDA PREVENTIVA – LIBERDADE – SILÊNCIO DA LEI. No campo do processo penal, descabe cogitar, em detrimento da liberdade, do poder de cautela geral do órgão julgante. As medidas preventivas hão de estar previstas de forma explícita em preceito legal.” (grifei)

A razão desse entendimento resulta do fato, juridicamente relevante, de que o processo penal figura como exigência constitucional (“nulla poena sine iudicio”) destinada a limitar e a impor contenção à vontade do Estado, cuja atuação sofre, necessariamente, os condicionamentos que o ordenamento jurídico impõe aos organismos policiais, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

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”.

É por isso que o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos fundamentais daqueles que sofrem persecução penal por parte do Estado deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda permanente desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos básicos que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional e nas leis da República.

De outro lado, mostra-se relevante ter sempre presente a antiga advertência, que ainda guarda permanente atualidade, de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR,

ilustre Professor das Arcadas e eminente Juiz deste Supremo Tribunal Federal (“O Processo Criminal Brasileiro”, vol. I/10-14 e 212-222, 4ª ed., 1959, Freitas Bastos), no sentido de que a persecução penal, que se rege por estritos padrões normativos, traduz atividade necessariamente subordinada a limitações de ordem jurídica, tanto de natureza legal quanto de ordem constitucional, que restringem o poder do Estado, a significar, desse modo, tal como enfatiza aquele Mestre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, que o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu.

É por essa razão que o processo penal condenatório não constitui nem pode converter-se em instrumento de arbítrio do Estado. Ao contrário, ele representa poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Não exagero ao ressaltar a decisiva importância do processo penal no contexto das liberdades públicas, pois – insista-se – o Estado, ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu, faz do processo penal um instrumento destinado a inibir a opressão judicial e a neutralizar o abuso de poder perpetrado por agentes e autoridades estatais.

Daí a corretíssima observação do eminente e saudoso Professor ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”, p. 33/35, item n. 1.4, 2ª ed., 2004, RT), no sentido de que o processo penal há de ser analisado em sua precípua condição de “instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral”, tal como entende, também em autorizado magistério, o saudoso Professor HÉLIO TORNAGHI (“Instituições de Processo Penal”, vol. 1/75, 2ª ed., 1977, Saraiva), cuja lição bem destaca a função tutelar do processo penal:

“A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.”
(grifei)

Essa mesma percepção a propósito da vocação protetiva do processo penal, considerado o regime constitucional das liberdades fundamentais que vigora em nosso País, é também perfilhada por autorizadíssimo (e contemporâneo) magistério doutrinário, que ressalta a significativa importância do processo judicial como “garantia dos acusados” (VICENTE GRECO FILHO, “Manual de Processo Penal”, p. 61/63, item n. 8.3, 11ª ed., 2015, Saraiva; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “Processo Penal”, p. 37/94, 4ª ed., 2016, RT; JAKES DE CAMARGO PENTEADO, “Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal – Garantismo e Efetividade”, p. 17/21,

2006, RT; ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, “Garantias Processuais nos Recursos Criminais”, 2ª ed., 2013, Atlas; GERALDO PRADO, “Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais”, p. 41/51 e 241/243, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; ANDRÉ NICOLITT, “Manual de Processo Penal”, p. 111/173, 6ª ed., 2016, RT; AURY LOPES JR., “Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional”, p. 171/255, 9ª ed., 2012, Saraiva, v.g.).

Essa é a razão básica que me permite insistir na afirmação de que **a persecução penal – cuja instauração é justificada pela prática de ato supostamente criminoso – não se projeta nem se exterioriza como manifestação de absolutismo estatal**. De exercício indeclinável, a “persecutio criminis” sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade, nesse contexto, representa insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, mesmo porque – ninguém o ignora – o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais daquele que é submetido, por iniciativa do Estado, a atos de persecução penal cuja prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e predeterminado pelas restrições fixadas pela própria Constituição da República, tal como tem entendido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS – A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do ‘jus libertatis’ titularizado pelo réu.

A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.

O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético- jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da

prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A *cláusula 'nulla poena sine iudicio'* exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.” (HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Assinale-se, finalmente, em conclusão, que a audiência de custódia (CPP, art. 310, “caput”, na redação dada pela Lei nº 13.964/2019, c/c o art. 4º da Resolução CNJ nº 213/2015) deverá ser realizada, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após a prisão em flagrante, com a presença do membro do Ministério Público e do Advogado daquele que foi preso em flagrante (ou do Defensor Público, se e quando for o caso), oportunidade na qual o “Parquet”, no plano da defesa social, poderá, caso entenda necessário, formular requerimento pela conversão do flagrante em prisão preventiva, tornando efetiva, desse modo, a proteção à integridade da ordem pública.

Em suma: tornou-se inadmissível, em face da superveniência da Lei nº 13.964 (“Lei Anticrime”), a conversão, “ex officio”, da prisão em flagrante em preventiva, pois a decretação dessa medida cautelar de ordem pessoal dependerá, sempre, do prévio e necessário requerimento do Ministério Público, do seu assistente ou do querelante (se for o caso), ou, ainda, de representação da autoridade policial na fase pré-processual da “persecutio criminis”, sendo certo, por tal razão, que, em tema de privação e/ou de restrição cautelar da liberdade, não mais subsiste, em nosso sistema processual penal, a possibilidade de atuação “ex officio” do magistrado processante.

Sendo assim, em juízo de estrita delibação e pelas razões expostas, embora não conheça da presente ação de “habeas corpus” pelos fundamentos que preliminarmente expus nesta decisão, concedo, no entanto, “ex officio”, medida liminar, para suspender, cautelarmente, a conversão de ofício da prisão em flagrante do ora paciente em prisão preventiva, determinando, em consequência, a sua imediata soltura, se *por al* não estiver preso.”

A situação de fato examinada neste pedido de *habeas corpus* é em tudo semelhante à descrita no HC 582.501/SC, em trâmite nesta Corte, cujo indeferimento de

liminar pelo Presidente do STJ (como nestes autos) foi objeto do HC 186.421-MC/SC, que ensejou a decisão liminar deferida pelo Ministro Celso de Mello, acima transcrita.

Considero que a dispensa da audiência de custódia ou sua não realização no prazo de ou após o prazo de 24 horas após a prisão em flagrante afronta direito fundamental do paciente e também a decisão vinculativa do Plenário do STF na MC na ADPF 347 e a Resolução n. 213/15 do Conselho Nacional de Justiça.

Também entendo que o sistema penal acusatório impede a conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva, de ofício, sem requerimento do Ministério Público. A decisão de conversão afronta o artigo 129-I da Constituição e a Lei 13.964/19, que disciplina a matéria no Código de Processo Penal, dando nova redação às normas e tornando-as consentâneas com o sistema penal acusatório.

Por fim, a Constituição ao instituir a tipificação legal estrita e a legalidade estrita em matéria penal, ampliou as garantias deferidas aos indivíduos. Este conjunto de garantias integram o devido processo legal (artigo 5º-LIV), que também tem natureza constitucional. Para que alguém seja validamente processado em juízo e para que uma medida cautelar penal imponha restrição a suas liberdades, deverá sempre haver pedido expresso do titular privativo da ação penal (CF. art. 129-I), que é o Ministério Público, de modo a que o indivíduo tenha clareza a respeito da imputação criminal, do objeto da investigação penal e das razões legais que autorizem restrição a sua liberdade no curso da investigação ou da ação penal.

Não existe, conforme abalizada doutrina acima referida e segundo a decisão no STF-HC 186.421-MC/SC, poder geral de cautela do juiz em nosso processo penal. O que impede que o juiz decrete prisão preventiva sem que haja pedido do Ministério Público fundado nas hipóteses do artigo 312 do Código de Processo Penal, devidamente calcado nos indícios validamente coligidos, e que converta de ofício a prisão em flagrante. O sistema penal acusatório, de que é titular privativo o Ministério Público, é uma garantia constitucional para os cidadãos, pois limita e controla a persecução penal ao que dispõe o regime de leis. O sistema penal acusatório, integra o conceito constitucional do devido processo legal, garantido aos indivíduos, no sentido de que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*” (CF, artigo 5º-LIV) e deve ser estritamente observado no curso da persecução penal, sob pena de afronta aos artigos 5º-LIV e 129-I da Constituição.

Opino, pelo exposto, pela concessão do *habeas corpus* para anular a prisão preventiva do paciente.

Brasília, 31 de julho de 2020.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Subprocuradora-Geral da República