



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000954668

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Criminal nº 2250249-05.2021.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Pires, em que é paciente GENESIO JOSE DE SOUZA e Impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Concederam a ordem. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), LEME GARCIA E NEWTON NEVES.

São Paulo, 24 de novembro de 2021.

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 3789

16ª Câmara de Direito Criminal

Habeas Corpus nº 2250249-05.2021.8.26.0000

Paciente: Genésio José De Souza

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Juízo de Direito do Plantão Judiciário da Comarca de Santo André

Habeas Corpus. Embriaguez ao volante e lesões corporais culposas na condução de veículo automotor. Decisão impositiva da prisão preventiva proferida de ofício. Fundamentação genérica. Ausência de demonstração da indispensabilidade da medida. Liminar deferida.

1. Processo penal de estrutura acusatória delimitado pelo legislador constituinte (art. 129, I da CR). Proibições de atuações de ofício do juiz em matéria de cautelares pessoais que se manifestaram em sucessivas alterações legislativas do Código de Processo Penal nas últimas décadas. Adequação das disposições processuais infraconstitucionais ao roteiro acusatório do processo penal. Lei 13.964/19 que consolida o movimento. Afirmação da estrutura acusatória do processo penal como norma principiológica; Vedação da decretação da prisão preventiva de ofício em qualquer fase da persecução (art. 311 do CPP); proibição da imposição de medida cautelar de ofício (art. 282, §2º do CPP).

2. A prisão em flagrante não é medida cautelar. A conversão do flagrante em preventiva não é mera substituição de medidas cautelares, mas sim, imposição de medida cautelar pessoal e, como tal está adstrita à cláusula do devido processo que, em relação à prisão preventiva, além de circunscreve-la à prévia decisão judicial, impede possa ser decretada de ofício.

3. Ilegalidade reconhecida. Prisão preventiva decretada de ofício. Ministério Público que se manifestou pela concessão da liberdade provisória, assim como a defesa técnica do paciente. Autoridade policial que não representou pela decretação da medida extrema. Precedentes.

4. Não configuração do *periculum libertatis*. Paciente primário. Perspectiva de imposição de sanção penal não indica delimitação de resposta punitiva severa e incompatível com eventuais benefícios. Desproporcionalidade da medida.

5. Ordem concedida para tornar definitiva a liminar.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado pela **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, em favor de **GENÉSIO JOSÉ DE SOUZA**, contra ato do **Juízo de Direito do Plantão Judiciário da Comarca de Santo André**, consistente na decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva.

Segundo a impetrante, o paciente foi preso em flagrante no último dia 23 de outubro em razão da suposta prática de embriaguez ao volante, lesão culposa na direção do veículo e fuga do local de acidente, prisão esta convertida em preventiva. Destaca, inicialmente, as condições subjetivas favoráveis do paciente dadas pela primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito. Afirma que, muita embora não tenha sido formulado pedido de prisão preventiva, seja pela autoridade policial, seja pelo órgão acusador, a autoridade judiciária decretou a medida extrema. Destaca, nesse sentido, que a prisão cautelar foi decretada de ofício, o que é vedado, expressamente, pela lei. Invoca o artigo 8º da Recomendação 62/2020 do CNJ que prevê a revogação das prisões preventivas para os crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa. Assinala que o crime imputado ao paciente é apenado com detenção sendo incabível a manutenção em regime mais gravoso. No mais, aduz a ilegalidade da decisão que decretou a prisão preventiva quanto ao fundamento da conveniência da instrução penal, na medida em que a autoridade judiciária limitou-se à reprodução de ato normativo, sem esmiuçar sua relação com a causa ou a questão decidida. Acrescenta que a gravidade em abstrato do delito não é suficiente para justificar a prisão preventiva. Reitera que o paciente não apresenta risco à ordem pública. Entende que a manutenção da prisão do paciente evidencia antecipação da pena e, dessa forma, viola o princípio da presunção de inocência. Descreve as medidas cautelares alternativas que julga serem suficientes no presente caso. Postula, destarte, pela concessão da liminar para que seja revogada a prisão do paciente com a expedição do alvará de soltura, cumulada com medidas cautelares alternativas, ou seja substituída a prisão preventiva pela prisão domiciliar (fls. 01/14).

Deferida a liminar (fls. 92/97), a autoridade apontada como coatora



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apresentou as informações que lhe foram solicitadas (fls. 99). A d. Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Saulo de Castro Abreu Filho, manifestou-se favoravelmente à concessão da ordem (fls. 107/115).

Eis, em síntese, o relatório.

I – Dos fatos imputados

Pelo que se infere dos autos, o paciente encontra-se preso desde o último dia 23 de outubro em razão da suposta prática de embriaguez ao volante e lesão corporal na direção de veículo automotor. De acordo com os elementos informativos colhidos, guardas civis metropolitanos em patrulhamento avistaram o paciente no momento em que ele era detido por populares. Uma vez no local, foram informados de que o paciente havia se envolvido em um acidente de trânsito, fugindo, em seguida, do local. Testemunhas que presenciaram o fato, passaram a perseguir o paciente até conseguir detê-lo. Os guardas constaram que o paciente estava visivelmente embriagado.

A autoridade policial, para quem o paciente foi apresentado, ratificou a voz de prisão, procedendo, na sequência, à lavratura do respectivo auto. Com a comunicação do flagrante, a autoridade judiciária afirmou a sua legalidade e, na mesma oportunidade, converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva. Por ora, aguarda-se o encerramento do inquérito policial.

Com o encerramento do inquérito policial, o Ministério Público ofereceu denúncia contra o paciente, imputando-lhe, em tese, a conduta tipificada pelo artigo 303, §2º c.c artigo 306, caput, ambos da Lei 9.503/97, na forma do artigo 69, do Código Penal. A autoridade judiciária proferiu o juízo positivo de admissibilidade da denúncia. O paciente foi citado e, por ora, aguarda-se a apresentação de resposta à acusação.

Em atenção à liminar concedida em favor do paciente, a autoridade judiciária determinou a expedição do respectivo alvará de soltura o qual foi cumprido



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

no último dia 27 de outubro (fls. 122/123 dos autos originais).

II - Estrutura acusatória do processo penal. Implicações

A dicotomia acusatório/inquisitório é cercada por diversas controvérsias e muitas imprecisões que dificultam a exata compreensão de seus significados. Independentemente das tentativas de se conferir novos coloridos aos modelos, subsiste a razão primária que alimentou a construção da sistematização, qual seja: a concentração ou a diluição dos poderes de acusar ou de julgar entre os diferentes sujeitos processuais. Assim, enquanto no processo penal de matriz inquisitória, o juiz concentra os poderes de acusar e de julgar, no processo acusatório, os poderes são exercidos por sujeitos distintos. Nesse cenário, a relação processual no processo penal acusatório é marcada por uma triangularidade de posições, cada qual exercida por sujeitos distintos cujos poderes processuais não se sobrepõem. Por sua vez, no processo inquisitório, as atividades de acusar e de decidir são exercidas pelo mesmo sujeito que assim recebe o indesejável rótulo de juiz inquisidor.¹ Este é, sem dúvida, o núcleo rígido da sistematização o qual sobrevive ao longo dos tempos.²

A sistematização assim posta fornece um material útil para a compreensão do rito de passagem histórico dos modelos processuais penais

¹ Como aponta Julio Maier: “La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes que se ejercen en el proceso, por un lado el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos poderes se vinculan y condicionan unos a otros”. (MAIER, Julio. *Derecho procesal penal argentino*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, vol. B, t. I, p. 207).

² GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 27, jul.-set., 1999, p. 71-79; ZILLI, Marcos. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 71; AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.) *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 70 e BADARÓ, Gustavo. *Proceso penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 96.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ocidentais³ e a criação do que se convencionou denominar de modelo processual misto. Trata-se de um modelo inserido no ponto de intersecção entre os modelos inquisitório e acusatório. Enquanto a primeira fase da persecução estaria marcada pela inquisitorialidade, a fase judicial seguiria o rito acusatório.⁴

Ainda que o processo inquisitório puro ecoe como reminiscência não é incomum a sobrevivência de algumas de suas características em muitos ordenamentos que são herdeiros daquela tradição. O exercício dos poderes de acusar e de julgar por diferentes sujeitos processuais – marco do modelo acusatório – é movido pelo resguardo do atributo da imparcialidade do julgador. Quem promove a acusação não pode julgá-la, o que, atualmente, soa mais do que óbvio. Há, contudo, outros poderes processuais que bebem na fonte da lógica inquisitória e que permanecem estampados na lei processual ou mesmo na atividade diária dos operadores e que comprometem a aura da imparcialidade pela perspectiva acusatória. São resquícios ou permanências do modelo inquisitório. É necessária certa sensibilidade para reconhecer a presença

³ Com efeito, o sistema inquisitório foi o modelo prevalente na Europa continental entre os séculos XII e XVIII. A guinada histórica, deu-se com a revolução francesa que, inspirada pelo pensamento iluminista, incorporou aspectos do processo penal britânico de matriz acusatória. Assim é que entre 1789 e 1792, a França, adotou o modelo dos jurados tanto para a fase preliminar (acusação) quanto para a fase de julgamento. O modelo teve pequena sobrevivência. Em 1808, com o *Code d'instruction criminelle*, incorporou-se a figura do juiz de instrução (*juge d'instruction*) para a primeira fase da persecução. Uma fase destinada à obtenção de provas destinadas à estruturação da acusação formal na qual o juiz estaria dotado de poderes de investigação concretizados com o auxílio de outros órgãos como a polícia judiciária. O modelo tornou-se o arquétipo dos códigos continentais em virtude da expansão napoleônica. Mais do que isto, foi transplantado, em maior ou menor grau, para outros territórios em razão da colonização. É partir daquele momento histórico que surge o que se convencionou denominar de sistema misto. Trata-se de um modelo inserido no ponto de intersecção entre os modelos inquisitório e acusatório. Nesse sentido: MAIER, Julio. *Derecho...*, op. cit., p. 218; ZILLI, Marcos. *A iniciativa...*, op. cit., p. 37; AMBOS, Kai. *El principio acusatorio...*, op. cit., p. 63-66; ILLUMINATI, Giulio. *El sistema acusatorio en Italia*. In. WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.) *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 141-142.

⁴ A referência a um terceiro modelo intitulado de misto não é livre de controvérsias. Para alguns, não se tratou de um novo modelo processual, mas sim de uma reforma de ordenamentos processuais que mantiveram, em sua essência, o caráter inquisitório. Nesse sentido: ALMEIDA JR., João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 3. ed., Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920, vol. I, p. 41; MAIER, Julio. *Derecho...*, op. cit., p. 218 e ZILLI, Marcos. *A iniciativa...*, op. cit., p. 37-38



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

daqueles resquícios e superá-los, seja pela atividade evolutiva da jurisprudência, seja pela “retrofitagem” da própria lei.

III – Rumo à estrutura acusatória no processo penal brasileiro

A ordem constitucional acolheu o sistema acusatório ao proclamar o poder privativo do Ministério Público no oferecimento da ação penal pública (art. 129, I da CR). Dispositivos processuais que de forma escancarada afrontavam com aquela dinâmica não foram por ela recepcionados. É o que se verificou com o denominado procedimento judicialiforme que previa a possibilidade de instauração do processo pela autoridade policial ou mesmo pela autoridade judiciária nas contravenções penais.⁵ Contudo, outros resquícios do modelo inquisitório permaneceram - e ainda permanecem -. Não são tão evidentes. De qualquer modo, ainda estampam iniciativas do juiz que o aproxima das atividades e dos interesses do sujeito diretamente interessado na construção - e na posterior sustentação - da tese acusatória.

A resistência em ver reconhecida a permanência de rastros inquisitórios em disposições processuais que remontam uma cultura processual da década de quarenta do século passado vem sendo gradativamente superada por iniciativas do legislador o qual - ainda que lentamente -, vem repaginando o papel do juiz de modo a melhor formata-lo segundo o enredo acusatório. Trata-se de um movimento contínuo e perene e que encontra na Lei 13.964/19 o ponto culminante de um processo de decantação acusatória.

O primeiro exemplo que pode ser lembrado no contexto das medidas cautelares pessoais foi protagonizado pela Lei 7.960/89. Editada no ano subsequente à vigência da ordem constitucional, já trazia implícita a impossibilidade de decretação da prisão temporária de ofício.⁶ Foram necessários vários anos até que o tema das medidas cautelares pessoais fosse novamente alterado em atenção aos ditames constitucionais. Assim é que a Lei 12.403/11, além de ampliar o leque de

⁵ Conforme redação original do art. 531 do CPP. Permitia-se, por aquele procedimento, a instauração de ação penal, nas contravenções penais e nos crimes de homicídio ou lesões corporais culposas, por portaria da autoridade judiciária. A hipótese era claramente inquisitória e, portanto, conflitante com a nova ordem constitucional. A redação foi alterada pela Lei 11.719/2008.

⁶ Conforme dispõe o artigo 2o, caput.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

medidas cautelares restritivas, em opção preferencial à prisão cautelar, alterou a natureza jurídica da prisão em flagrante, reconduzindo-a ao espaço que lhe é reservado por essência, qual seja, uma medida administrativa de resguardo urgente e necessário da ordem e da segurança pública.

De fato, anteriormente à reforma, a prisão em flagrante desempenhava importante papel. O seu prolongamento, por chancela judicial, poderia dar-se até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, a afirmação da legalidade da prisão em flagrante, após sua comunicação à autoridade judiciária competente, conferia-lhe uma aura de cautelaridade pessoal. A toda evidência a Lei 12.403/11, ainda que tardiamente, corrigiu aquela distorção. Assim é que a eficácia temporal da prisão em flagrante fica limitada à decisão judicial de seu conhecimento e de afirmação – ou não – da necessidade de imposição de alguma medida cautelar pessoal, seja alternativa, seja na forma da medida extrema, ilustrada pela prisão preventiva.

A prisão em flagrante é, portanto, uma reação legítima do Estado – reconhecida pelo legislador constituinte⁷ – para resguardo da ordem e da segurança públicas as quais se vem ameaçadas pela prática, escancarada e visível, de uma infração penal. Na imperiosa necessidade de resguardo do tecido social, as forças públicas estão autorizadas a retirar do convívio aquele que turba a desejável paz. A medida - administrativa que é - deve ser levada a conhecimento imediato da autoridade judiciária e dos demais sujeitos processuais. Isso porque, a restrição da liberdade é matéria afeta à reserva de jurisdição. Nesse canário, a prisão em flagrante passou a desempenhar o papel de uma pré-cautela e que não se confunde com a medida cautelar, esta sim constitucionalmente limitada à decisão judicial. Nesse sentido, esclarece Aury Lopes:⁸

Precisamente porque o flagrante é uma medida precária, mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, é que pode ser praticado por um particular ou pela autoridade policial.

⁷ Conforme artigo 5o, LXI da CR.

⁸ *Direito processual penal*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 823.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Com esse sistema, o legislador consagrou o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante. (...) o flagrante – ou la *detención imputativa* – não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar.

Coube à Lei 12.403/11, igualmente, ajustar o papel do juiz ao roteiro acusatório do processo penal. Não foram outras as razões que levaram à alteração da redação do artigo 311 do Código de Processo Penal, de modo a proibir a decretação de ofício da prisão preventiva no curso da investigação.⁹

A proibição, clara e evidente, não impediu, contudo, que a chamada "conversão" do flagrante em preventiva, prevista pela nova redação dada ao artigo 310, inciso II do CPP, fosse interpretada como hipótese à margem da decretação de ofício. Na sustentação da tese sobressaem dois argumentos. O primeiro sustenta a existência de uma restrição de liberdade fundada na prisão em flagrante que, por sua vez, se mantém ainda que sob nova denominação. Por tal linha de raciocínio, a conversão não se equivaleria à situação de quem, em liberdade, se vê diante da imposição de prisão preventiva de ofício decretada. O segundo argumento, por sua vez, sustenta que a previsão da conversão pela mesma Lei que vedou a prisão preventiva de ofício revela a intenção do legislador em estabelecer uma exceção à

⁹ Em sua redação original, o art. 311, *caput*, do CPP dispunha: "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, quando houver prova da existência do crime ou indícios suficientes de autoria". Em 1967, por força da Lei 5.349, o dispositivo teve a sua redação alterada. Não se retirou, contudo, a possibilidade de o juiz decretar de ofício a prisão preventiva. Nesse sentido era a redação: "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".



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

proibição geral. A tese acabou recebendo acolhida da jurisprudência.¹⁰

IV – A consagração do processo penal de matriz acusatória pela Lei 13.964/2019

A Lei 13.964/19 consolida o movimento de readequação das leis processuais à estrutura acusatória do processo, há muito afirmada pelo legislador constituinte. A redação dada ao artigo 3-A, por exemplo, proclama, em alto e bom som, a estrutura acusatória do processo penal. Como corolário, veda-se a iniciativa do juiz na fase preliminar da persecução. O artigo assim posto reproduz a redação dada ao artigo 4º do Projeto de Lei 8.045/2010 e que trata do novo Código de Processo Penal. A norma ali proposta está inserida nos chamados princípios fundamentais da persecução penal, ao lado de outras importantes proclamações como a imperatividade do contraditório e da ampla defesa no processo. O que se tem, portanto, com o artigo 3-A é uma linha mestra a reger a interpretação de todas as

¹⁰ Nesse sentido: **RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS . ROUBO MAJORADO. (I) PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA (ALEGAÇÃO DE DECRETO DE OFÍCIO). VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO DE PROCESSO E AO PRINCÍPIO DA INÉRCIA (NÃO OCORRÊNCIA). (II) SEGREGAÇÃO CAUTELAR (FUNDAMENTADA). NECESSIDADE DA PRISÃO PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA (MODUS OPERANDI). CONSTRANGIMENTO ILEGAL (NÃO EVIDENCIADO). RECURSO IMPROVIDO. 1. Comunicado acerca da prisão em flagrante (artigo 306 do Código de Processo Penal), deve o Magistrado decretar a prisão preventiva, caso verifique a legalidade do cárcere e a inviabilidade de substituição por medida diversa, se reconhecer a existência dos requisitos preconizados nos artigos 312 e 313 da mesma norma, inexistindo, nesse ato, qualquer ilegalidade (Precedentes). 2. Não se trata de decretação da prisão de ofício, em desconformidade com o Sistema Acusatório de Processo ou com o Princípio da Inércia, adotados pela Constituição da República de 1988. Em primeiro lugar, porque o julgador só autuará após ter sido previamente provocado pela autoridade policial (artigo 306 do Código de Processo Penal), não se tratando de postura que coloque em xeque a sua imparcialidade. Em segundo lugar, porque a mesma Lei nº 12.403/2011, que extirpou a possibilidade de o juiz decretar de ofício a prisão provisória ainda durante o inquérito policial, acrescentou o inciso II ao artigo 310 do Código de Processo Penal, que expressamente permite a conversão (STJ, RHC 66/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 29.02.2016).**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

normas processuais penais. Daí o equívoco de se determinar a suspensão da eficácia do dispositivo no contexto do exame da constitucionalidade do juiz das garantias.¹¹ A proclamação acusatória vai muito além dos estritos limites da criação do juiz de garantias. Aliás, apenas consolida o que o legislador constituinte já dispõe desde 1988.

De qualquer modo, uma série de dispositivos não atingidos pela decisão liminar concedida permanecem em vigor, revelando o movimento de contínua adequação da legislação ao enredo acusatório. O artigo 311, por exemplo, foi mais uma vez alterado, desta feita para se proibir a decretação de ofício da prisão preventiva também na fase processual. O artigo 282, §2º, cuja redação dada pela Lei 12.403/11 previa a possibilidade de imposição de medida cautelar de ofício, foi também alterado de modo a afastar aquela possibilidade. As medidas cautelares pessoais dependem, sempre, de provocação.

O cenário, como se disse, revela a impossibilidade de atuação de ofício do julgador, especialmente no contexto das medidas cautelares pessoais. Há um reconhecimento de que aquela atuação não se harmoniza com um modelo processual acusatório. Quando assim procede, o juiz se antecipa aos sujeitos diretamente envolvidos na investigação – autoridade policial e órgão acusador público – comprometendo, dessa forma, a imparcialidade que emerge de sua inatividade. Não lhe cabe mais este papel.

Nesse campo, não prospera o argumento segundo o qual a conversão do flagrante constitui uma situação excepcional não atingida por aquela proibição. Afinal, a prisão flagrante não constitui uma medida cautelar. Quando a prisão preventiva é fixada no contexto da audiência de custódia não se realiza a substituição de uma medida cautelar por outra. Na verdade, impõe-se, pela primeira vez, uma medida cautelar pessoal. De um lado, porque a prisão em flagrante é medida administrativa; uma reação legítima do Estado no império do resguardo da ordem e da segurança pública. Não é, destarte, medida cautelar. Não está marcada pela judicialidade. É uma espécie de pré-cautela de natureza administrativa. De outro, porque a prisão preventiva contém requisitos que são próprios das medidas cautelares

¹¹ Conforme ADI 6298.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

judiciais os quais não são exigidos na prisão em flagrante. Devem ser observados pela autoridade judiciária. A decisão que a decreta, ainda que mantenha a situação material de restrição de liberdade, fixa um título jurídico diverso para a restrição. É, portanto, uma decisão que inaugura o campo das cautelares pessoais para aquela persecução. E como restrição da liberdade que é, deve observar os ditames do devido processo. Um devido processo jungido ao enredo acusatório e sobre o qual não se admite atuação de ofício do juiz.

IV – Da hipótese dos autos

O impetrante insurge-se contra os procedimentos que cercaram a conversão da prisão em flagrante do paciente em preventiva. Afirma que, muito embora não tenha sido formulado pedido de prisão preventiva, seja pela autoridade policial, seja pelo órgão acusador, a autoridade judiciária decretou a medida extrema. Destaca, nesse sentido, que a prisão cautelar foi decretada de ofício, o que é vedado, expressamente, pela lei. Faz referência aos artigos 282, §2º e 311, ambos do Código de Processo Penal e afirma que a redação dada pela Lei 13.964/2019, não dá margem para interpretação diversa. Assinala que o único jeito de se insistir na possibilidade de prisão de ofício pelo juiz é atribuir interpretação retrospectiva à letra da lei.

De fato, é dos autos que a decisão ora atacada, proferida no último dia 24 de outubro e, portanto, em plena vigência da Lei 13.964/19, impôs ao paciente a prisão preventiva, a despeito da manifestação favorável do Ministério Público à concessão da liberdade provisória e independentemente de representação da autoridade policial.

A iniciativa, assim configurada, violou os parâmetros do processo penal de estrutura acusatória consubstanciados pelo impedimento de decretação de medidas cautelares de ofício como é o caso da prisão preventiva, medida cautelar pessoal por excelência. Neste sentido, já se decidiu:

Agravamento regimental em habeas corpus. 2. Direito Processual Penal. 3. Tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). 4. Habeas corpus impetrado contra decisão que indeferiu liminar no STJ.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Súmula 691. Superação do entendimento diante de manifesta ilegalidade. 5. Prisão Preventiva decretada com base em fundamentos abstratos. Impossibilidade. Precedentes. **6. Conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva. Violação ao sistema acusatório no processo penal brasileiro. Sistemática de decretação de prisão preventiva e as alterações aportadas pela Lei 13.964/2019. A recente Lei 13.964/2019 avançou em tal consolidação da separação entre as funções de acusar, julgar e defender. Para tanto, modificou-se a redação do art. 311 do CPP, que regula a prisão preventiva, suprimindo do texto a possibilidade de decretação da medida de ofício pelo juiz.** 7. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 8. Agravo regimental desprovido.
(HC 192532 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 01-03-2021 PUBLIC 02-03-2021)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS.
PRISÃO. **CONVERSÃO EX OFFICIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO PRÉVIO OU PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, OU PELO QUERELANTE, OU PELO ASSISTENTE, OU, POR FIM, MEDIANTE REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL.**

1. Em razão do advento da Lei n. 13.964/2019 não é mais possível a conversão ex officio da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Interpretação conjunta do disposto nos arts. 3º-A, 282, § 2º, e 311, caput, todos do CPP.

2. IMPOSSIBILIDADE, DE OUTRO LADO, DA DECRETAÇÃO "EX OFFICIO" DE PRISÃO PREVENTIVA EM QUALQUER SITUAÇÃO (EM JUÍZO OU NO CURSO DE INVESTIGAÇÃO PENAL) INCLUSIVE NO CONTEXTO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO), SEM QUE SE REGISTRE, MESMO NA HIPÓTESE DA CONVERSÃO A QUE SE REFERE O ART. 310, II, DO CPP, PRÉVIA, NECESSÁRIA E INDISPENSÁVEL PROVOCAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DA AUTORIDADE POLICIAL - RECENTE INOVAÇÃO LEGISLATIVA INTRODUZIDA PELA LEI N. 13.964/2019 ("LEI ANTICRIME"), QUE ALTEROU OS ARTS. 282, §§ 2º e 4º, E 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SUPRIMINDO AO MAGISTRADO A POSSIBILIDADE DE ORDENAR, "SPONTE SUA", A IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - NÃO REALIZAÇÃO, NO CASO, DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE DE PRESUMIR-SE IMPLÍCITA, NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, A EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA - CONVERSÃO, DE OFÍCIO,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MESMO ASSIM, DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO ORA PACIENTE EM PRISÃO PREVENTIVA - IMPOSSIBILIDADE DE TAL ATO, QUER EM FACE DA ILEGALIDADE DESSA DECISÃO.

[...] - A reforma introduzida pela Lei n. 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. - **A Lei n. 13.964/2019, ao suprimir a expressão "de ofício" que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos 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" (grifo nosso), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação "ex officio" do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. - A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência.**

[...]

4. Recurso em habeas corpus provido para invalidar, por ilegal, a conversão ex officio da prisão em flagrante do ora recorrente em prisão preventiva. Ordem concedida de ofício, para anular o processo, ab initio, por ilegalidade da prova de que resultou sua prisão, a qual, por conseguinte, deve ser imediatamente relaxada também por essa razão.

(RHC 131.263/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2021, DJe 15/04/2021)

Nesse contexto, evidencia-se o constrangimento impositivo da concessão da ordem para resgate do *status libertatis*. A atuação judicial violou a cláusula do devido processo legal na perspectiva do procedimento que rege a decretação da medida extrema Restam prejudicados, por fim, os demais argumentos sustentadores da impetração.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ainda que assim não fosse, os fundamentos expostos pela autoridade judiciária não apontam para a convergência dos requisitos da necessidade e da indispensabilidade da medida extrema. Com efeito, o paciente é primário e não registra antecedentes criminais (fls. 42/50 dos autos originais). A perspectiva de imposição de sanção penal não indica delimitação de resposta punitiva severa e incompatível com eventuais benefícios. Nessa quadratura, a imposição de medida extrema não se harmoniza com o princípio da proporcionalidade, tomado pela vedação ao excesso.

Com supedâneo no exposto, pelo meu voto, **concedo a presente ordem de *habeas corpus*, para tornar definitiva a liminar.**

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Relator