

DECISÃO

Presentes os requisitos para a apreciação do feito neste regime de plantão judiciário noturno, a teor do que dispõem a Resolução CNJ nº 71 de 2009 e a Resolução OE nº 2 de 2010.

De início, com a devida vênia ao órgão ministerial, não há como prosperar o entendimento segundo o qual a manifestação do *Parquet* quanto às medidas cautelares (aí incluída a prisão preventiva) deva se dar somente à vista do competente Inquérito Policial.

Muito embora as alterações trazidas ao processo penal pela Lei 12403 de 2011 tenham ensejado inúmeras dúvidas aos intérpretes, neste ponto específico há suficiente clareza, senão vejamos (grifei):

Art. 306. A **prisão** de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados **imediatamente** ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º **Em até 24 (vinte e quatro) horas** após a realização da prisão, será **encaminhado** ao juiz competente o **auto de prisão em flagrante** e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Como dito – e sem parafrasear aqui qualquer comentarista esportivo – a lei é clara: a prisão há de ser comunicada ao juiz **imediatamente** e, em até vinte e quatro horas, deverá ser encaminhado ao magistrado competente o auto de prisão em flagrante – que por óbvio não se confunde com o inquérito policial por este instaurado, o qual continua com seus prazos específicos de encerramento, sejam aqueles previstos no artigo 10 do Código de Processo Penal, sejam outros contidos em legislação especial.

Pois bem, o novel artigo 310 do Código de Processo Penal prevê (grifei):

Art. 310. **Ao receber o auto de prisão em flagrante**, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Portanto, recebido o auto de prisão em flagrante (não o inquérito! Este virá depois...) o juiz deverá ou relaxar a prisão, ou adotar qualquer medida cautelar ou de contracautela – ali incluídas as medidas cautelares em sentido estrito (artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal) e a prisão preventiva.

Ocorre que o novel segundo parágrafo do artigo 282 do Código de Processo Penal – cláusula geral inserida no Título IX do Código de Processo Penal, i.e., “Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória” – estatui (também grifei):

§ 2º **As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.**

Deixando de lado a duvidosa constitucionalidade da possibilidade de decretação de qualquer medida cautelar de ofício, seja em que fase for, processual ou inquisitorial, já que impertinente a questão ao quanto analisado neste feito, há clareza ainda aqui ao menos quanto ao seguinte aspecto: no curso de investigação criminal somente será cabível a decretação de qualquer cautelar (em sentido amplo), em respeito ao princípio acusatório decorrente do inciso I do artigo 129 da Constituição Federal, quando requerida por quem de direito – leia-se: o Ministério Público.

Não havendo requerimento, impõe-se a força do vetusto brocardo *ne procedat iudex ex officio* (não atuará o juiz de ofício) em respeito à lei, à Constituição e, sobretudo, ao bom senso, pois não cabe ao Judiciário impor restrições a um indiciado se o titular da ação penal não entendeu por bem em requerê-las, sob pena, inclusive, de romper com sua imparcialidade dando ensejo a possível declaração de suspeição.

Ora, no caso concreto, a comunicação **imediate** da prisão se deu **já com o envio do respectivo auto de prisão em flagrante**, pelo que, à vista deste, impunha-se ao Ministério Público – ainda com a devida vênua – que se manifestasse em conformidade com os artigos 282 parágrafo 2º c/c. 310 do Código de Processo Penal, nada tendo, entretantes, requerido, pelo que, sendo inviável – conforme demonstrado – a decretação de qualquer cautelar de ofício nesta (ou em qualquer outra...) fase, não resta outra alternativa senão **conceder liberdade provisória¹ a DANIEL IZAIAS DOS SANTOS CORREA**, nos termos do artigo

¹ Quanto à vedação contida no artigo 44 da Lei 11343/2006, já decidiu o colendo STF no sentido da necessidade de interpretação de tal dispositivo em conformidade com a Constituição, entendendo pela plena viabilidade de concessão da contracautela, como se constata do seguinte aresto:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONJECTURAS. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. INSUBSISTÊNCIA. PRISÃO EM FLAGRANTE. ÔBICE AO APELO EM LIBERDADE. INCONSTITUCIONALIDADE: NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO PRECEITO VEICULADO PELO ARTIGO 44 DA LEI 11.343/06 E DO ARTIGO 5º, INCISO XLII AOS ARTIGOS 1º, INCISO III, E 5º, INCISOS LIV E LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Garantia da ordem pública fundada em conjecturas a respeito da gravidade e das consequências do crime. Inidoneidade. 2. Conveniência da instrução criminal tendo em conta o temor das testemunhas. Superveniência

350 do Código de Processo Penal, mediante o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, e de não alteração de seu endereço residencial sem prévia comunicação ao juízo competente. E. alvará de soltura e lavre-se o competente Termo.

Vista ao Ministério Público e Defensoria Pública.

Findo o regime de plantão, remeta-se à distribuição.

Rio de Janeiro, 5 de agosto de 2011, 14:44 horas.

MARCOS AUGUSTO RAMOS PEIXOTO
JUIZ DE DIREITO

de sentença penal condenatória. Fundamento insubsistente. 3. Apelação em liberdade negada sob o fundamento de que o artigo 44 da Lei n. 11.343/06 veda a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico de entorpecentes. Entendimento respaldado na inafiançabilidade desse crime, estabelecida no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. 4. Inexistência de antinomias na Constituição. Necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição do Brasil. A regra estabelecida na Constituição, bem assim na legislação infraconstitucional, é a liberdade. A prisão faz exceção a essa regra, de modo que, a admitir-se que o artigo 5º, inciso XLIII estabelece, além das restrições nele contidas, vedação à liberdade provisória, o conflito entre normas estaria instalado. 5. A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal --- constituir causa impeditiva da liberdade provisória. 6. Não se nega a acentuada nocividade da conduta do traficante de entorpecentes. Nocividade aferível pelos malefícios provocados no que concerne à saúde pública, exposta a sociedade a danos concretos e a riscos iminentes. Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação ante tempus. Impõe-se porém ao Juiz, nesse caso o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso cautelarmente, assim permanecendo. Ordem concedida.

(HC 101505, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12-02-2010 EMENT VOL-02389-03 PP-00597)