

**AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 77.014 - BA  
(2016/0266928-0)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**  
**AGRAVADO : EDIVAN FERNANDES DA SILVA NETO (PRESO)**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA**

## **DECISÃO**

**O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA** interpõe agravo regimental contra decisão monocrática de fls. 93-94, que indeferiu liminarmente ambos os recursos em habeas corpus – o primeiro, ajuizado pelo *Parquet*; o segundo, pela Defensoria Pública –, porquanto deficientemente instruído, faltando-lhe cópia da decisão que converteu o flagrante em preventiva.

Alega o agravante que "o Ministério Público da Bahia quando da interposição do RHC requereu, chamando à atenção à 2ª Vice-Presidência do TJ-BA, quanto à necessidade de, quando da digitalização do presente processo, enviar os arquivos digitais da audiência de custódia, constantes em mídia à fl. 19, ao E. Superior Tribunal de Justiça' (Requerimento constante nas razões recursal)" (fl. 110).

Assere, diante disso, que não se tratou de equívoco da parte em não instruir o processo adequadamente, mas de "um lapso do Tribunal de origem que não se atentou da necessidade de envio completo dos autos, inclusive da mídia digital que consta a audiência de custódia" (fl. 111).

Aduz, conclusivamente, que "ainda que se entenda pela impossibilidade de diligenciar a subida da mídia, os fatos incontroversos e os fundamentos levantados pelas partes, assim como as circunstâncias do caso, tornam possível a análise da existência de flagrante constrangimento ilegal a justificar a concessão da ordem de ofício" e que "o Ministério Público em suas razões reproduziu, na íntegra, os fundamentos - se é que podemos chamar de fundamentos - exarados pelo MM Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro- Bahia" (fl. 111).

Em decorrência do noticiado pelo *Parquet*, **solicitei à autoridade apontada como coatora que enviasse cópia escrita (transcrição) da decisão** que converteu o flagrante em preventiva, não obstante a existência de reprodução feita pelo Ministério Público em suas razões de impugnação

# Superior Tribunal de Justiça

(despacho de fl. 120), para que, somente depois, apreciasse o pedido de reconsideração do *decisum* que indeferiu liminarmente este recurso em habeas corpus.

Em 31/3/2017, vieram-me as seguintes informações (fl. 169):

Com os meus cumprimentos, acuso o recebimento dos telegramas acima mencionados, referente ao Recurso em Habeas Corpus nº 77.014/BA, que, solicita a transcrição da decisão que decretou a constrição cautelar do Recorrente.

Informo, outrossim, que através deste, **encaminho a Vossa Excelência** o ofício nº 137/2017 oriundo do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Juazeiro/Ba, com a respectiva **mídia DVD contendo registro audiovisual da audiência de custódia do paciente EDIVAN FERNANDES DA SILVA NETO**, referente ao processo nº 0302381-81.2016.8.05.0146, consoante expediente anexo.

## **Decido.**

Primeiramente, faço lembrar que uma das finalidades precípua da audiência de custódia é salvaguardar os direitos fundamentais daquele que foi preso em flagrante. Entre esses direitos, insere-se a avaliação da legalidade do ato coercitivo e a necessidade de manutenção da constrição, cujo juízo valorativo, segundo precisas ponderações de Gustavo Badaró, pode ser considerado bifronte ou complexo, na medida em que "não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também valorar a necessidade de adequação da prisão cautelar para o futuro" (*Parecer prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia*. Disponível em: <www.academia.edu>, p. 14. acesso em 7/4/2017).

Assim, sob os auspícios das diretrizes traçadas pela Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH (*Pacto de San Jose da Costa Rica*) –, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ aprovou a **Resolução n. 213/2015**, na qual detalha o procedimento de apresentação de presos em flagrante ou por mandado de prisão à autoridade judicial competente.

Registro que, no mencionado ato normativo, há previsão de dois protocolos de atuação: 1º) sobre aplicação de penas alternativas e 2º) sobre os procedimentos para apuração de denúncias de tortura. Na elaboração desses protocolos, segundo informação que pode ser obtida no sítio eletrônico do CNJ,

foram consideradas orientações presentes, *inter alia*, no Protocolo de Istambul.

A referida resolução detalha com maior especificidade o papel do juiz durante o ato, oferecendo-lhe algumas orientações sobre o modo de atuação e de intervenção judicial, habilitando-o, nessa perspectiva, a atuar na salvaguarda dos direitos fundamentais, notadamente no que se refere à avaliação da existência de legalidade estrita do ato de prisão e da necessidade de manutenção ou não da custódia cautelar.

Relativamente ao procedimento, prevê o art. 8º da Resolução n. 213/2015 o seguinte:

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

[...]

§ 2º **A oitiva da pessoa presa será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia.**

§ 3º **A ata da audiência conterà, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão**, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus tratos.

§ 4º Concluída a audiência de custódia, **cópia da sua ata será entregue à pessoa presa em flagrante delito, ao Defensor e ao Ministério Público**, tomando-se a ciência de todos, e apenas o auto de prisão em flagrante, com antecedentes e cópia da ata, seguirá para livre distribuição.

Note-se que o referido dispositivo faculta, durante a audiência de custódia, a utilização de mídia (gravação audiovisual) para **registrar a oitiva da pessoa presa e eventuais postulações feitas pelas partes**. Tal faculdade, no entanto, **não permite ao magistrado desincumbir-se de fazer constar em ata escrita** os fundamentos quanto à legalidade e à manutenção da prisão, bem assim de fornecer cópia da ata à pessoa presa e a seu defensor.

Aliás, não poderia ser de outra forma. A prisão preventiva, como excepcional instrumento de restrição da liberdade individual, deve estar

permanentemente sob controle judicial, quer seja para determiná-la, quer seja para permitir sua continuidade.

Tal controle pressupõe, por certo, a existência de **ordem constrictiva escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente**. Trata-se de garantia fundamental, que acabou sendo reproduzida pela legislação processual, a significar, em outras palavras, que a determinação judicial deve ser **representada por palavras externadas por meio de letras (sinais gráficos que apontam algum significado) traçadas em papel ou em qualquer outra superfície de leitura**. Esse é o método de comunicação linguística escolhida pela Constituição Federal para os casos de restrição da liberdade e que, conforme salientado, está sujeito a permanente controle judicial.

Confira-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei [...] nos termos seguintes:  
[...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou **por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente** [...]

Essa mesma exigência também é feita pelo art. 283 do Código de Processo Penal:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou **por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente** [...]

**É inaceitável, portanto, que alguém tenha a prisão preventiva decretada, por força de decisão proferida oralmente na audiência de custódia, cujo conteúdo se encontra apenas registrado em mídia audiovisual, sem que tenha sido reduzida a termo**, isto é, sem que haja indicação dos fundamentos que ensejaram a constrição consignados em ata (ou mesmo a sua degravação), como prevê o art. 8º, § 3º, da Resolução n. 213/2015 do CNJ, cuja cópia deve ser entregue ao preso, ao Ministério Público e à defesa (art. 8º, § 4º, da referida resolução).

Nesse particular, apenas para registro, faço menção à iniciativa da **Justiça Federal do Rio Grande do Sul**, vencedora do **Prêmio Inovare 2011**, que, em parceria com a **Associação de Cegos do Rio Grande do Sul** –

# Superior Tribunal de Justiça

**ACERS**, constituiu uma equipe de degravadores deficientes visuais, com a conversão dos áudios em arquivos de textos. Além do evidente ganho social com a inclusão de deficientes visuais no mercado de trabalho, tal iniciativa proporcionou celeridade ao procedimento, sem descuidar da garantia fundamental prevista no art. 5º, LXI, da Constituição Federal, reproduzida pelo art. 283 do Código de Processo Penal.

Assim, observo, *initio litis*, que o constrangimento ilegal se revela patente em razão do próprio procedimento adotado no caso, em que o **Tribunal de Justiça da Bahia, mesmo instado por esta Corte a proceder à degravação da decisão que converteu o flagrante em preventiva, cingiu-se ao envio da própria mídia audiovisual**, na qual estariam registrados os motivos ensejadores da decisão constritiva, em flagrante violação não só da Resolução n. 213/2015 do CNJ, mas também da garantia prevista no art. 5º, LXI, da Constituição Federal. Não enviou documento escrito porque, pelo visto, nada assim se registrou.

Ademais, se considerada a própria reprodução feita pelo agravante, calcada na presumível existência de boa-fé, **observo que não foi declinado nenhum fundamento concreto que justifique a prisão preventiva**. Nesse particular, segundo o recorrente, o conteúdo da mídia teria este teor (fl. 112):

[...] compulsando os documentos trazidos junto com a comunicação do flagrante observo que estão presentes os indícios de autoria e materialidade do crime de roubo com prática em concurso, com o uso de simulacro de arma de fogo onde é noticiado a prática de crime grave, **crime grave que nos tempos de hoje, tempos hodiernos, viola e rompe a paz social, a paz e a ordem social, com o atingimento do direito das pessoas de exercerem o sagrado direito de viverem as suas vidas em paz**. Desta forma, resta evidenciado sim, como requereu o Ministério Público, a necessidade de se decretar a prisão preventiva do custodiado Edvan para que se garanta, como garantia da ordem pública. Por todo o exposto, converto a prisão em flagrante do preso em preventiva. Determinando que conste no termo de audiência o mandando de prisão, servindo o próprio termo de audiência como mandado, encaminhando ele ao CPJ, determinando ainda conforme as declarações prestadas, as medidas formalizadas no termo da audiência de custódia. Dou por encerrado.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Pelos trechos transcritos, verifico, com certa clareza, que o Juiz de primeiro grau entendeu devida a prisão preventiva com base, tão somente, na **gravidade genérica do delito de roubo** em tese cometido, sem, no entanto, haver apontado **nenhum elemento concreto** que, efetivamente, evidenciasse que o acusado, em liberdade, pudesse colocar em risco a ordem pública ou a ordem econômica, ou mesmo se furtar à aplicação da lei penal.

À vista do exposto, dentro do juízo de retratação inerente ao agravo regimental, **reconsidero a decisão de fls. 93-94**, tornando-a sem efeito e, por conseguinte, **defiro a liminar** para assegurar ao acusado que aguarde em liberdade o julgamento final deste recurso em habeas corpus, se por outro motivo não estiver preso.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor dessa decisão ao Juízo de primeiro grau e à autoridade apontada como coatora, solicitando-se-lhes informações pormenorizadas, que deverão ser prestadas via malote digital.

Oficie-se ao Conselho Nacional de Justiça, para as providências, corretivas e preventivas, que entender cabíveis.

Dê-se, também com urgência e por meio do juízo impetrado, ciência às vítimas acerca da soltura do acusado, se tal ocorrer, nos termos do art. 201, § 2º, do Código de Processo Penal.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 07 de abril de 2017.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**