



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 138889 - PR (2020/0321791-1)

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**RECORRENTE** : (PRESO)  
**ADVOGADOS** : MARCELO PUCCI MAIA - SP391119  
 VICTOR WAQUIL NASRALLA - SP389787  
 PEDRO SIGAUD AKRABIAN - SP431096  
**RECORRIDO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

### DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, com pedido liminar, interposto por \_\_\_\_\_, contra v. acórdão prolatado pelo eg. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**.

Depreende-se dos autos que a ora paciente foi preso em flagrante no dia 24/11/2020, e, posteriormente, teve sua prisão convertida em preventiva pela prática, em tese, dos delitos previstos no art. 33, **caput**, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico internacional de drogas) e nos arts. 304, 308 e 311, todos do CP (uso de documento falso, falsa identidade e adulteração de sinal identificador de veículo automotor).

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** junto ao eg. Tribunal **a quo**, com vistas à revogação da prisão preventiva. A ordem, por seu turno, foi denegada em v. acórdão com a seguinte ementa nos autos:

*“HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE EXPRESSIVA E MODUS OPERANDI. INDÍCIO DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. MANUTENÇÃO. CAUTELARES SUBSTITUTIVAS. DESCABIMENTO. MOTIVAÇÃO ABSTRATA. INOCORRÊNCIA. CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. CPP, ART. 310, II. POSSIBILIDADE. TESES DEFENSIVAS QUE DEMANDAM DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXAME INADMISSÍVEL NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. ANÁLISE DE MATÉRIA NÃO SUBMETIDA AO JUIZ DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.*

*1. A gravidade concreta do delito (tráfico internacional de mais de 6 toneladas de maconha e 6,5 quilos de skunk), o modus operandi (utilização de veículo de carga de grande porte, com sinais identificadores*

*adulterados, com ocultação da droga em meio a carga lícita, uso de documento falso e reafirmação de falsa identidade,) e os indícios de participação em organização criminosa voltada à traficância em larga escala (pois uma carga tão valiosa ao crime organizado não seria confiada a quem não mantém estreito vínculo de colaboração e confiança com os efetivos proprietários) justificam a manutenção da custódia e a inaplicabilidade de medidas cautelares diversas da prisão para impedir o concreto risco à ordem pública e à aplicação da lei penal.*

*2. Embora se trate de crime sem violência ou grave ameaça, tratando-se de grande quantidade de drogas, e modus operandi que afasta eventual presunção de fato isolado de tráfico de entorpecentes, não se tem como aconselhável a substituição da custódia por cautelares diversas da prisão.*

*3. Presentes os requisitos do art. 312 do CPP, se tem caracterizada não só a necessidade de se manter a prisão preventiva já decretada, mas também a adequação da medida e impossibilidade de substituição por cautelares diversas da prisão.*

*4. Condições pessoais favoráveis, por si só, não autorizam a revogação da custódia quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, sobretudo no caso de grande quantidade de entorpecentes, a sugerir indícios de participação em organização criminosa.*

*5. Não há que se falar em motivação abstrata, "passível de ser adotada em qualquer feito", quando a decisão é fundada nas peculiaridades e circunstâncias específicas do crime flagrado, que dificilmente seriam replicadas, mesmo em casos semelhantes.*

*6. A conversão da prisão em flagrante em preventiva é expressamente autorizada pelo art. 310, II, do CPP - que não sofreu alteração pela Lei nº 13.964/2019 - e prescinde de requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, por se tratar de mera conversão da prisão em flagrante.*

*7. Teses defensivas relativas à efetiva participação e envolvimento do paciente nos crimes investigados configuram matéria de prova, a ser aferida durante a instrução e com exame de acervo probatório, o que se mostra incabível na via estreita do habeas corpus.*

*8. É inadmissível o direto exame nesta Corte de questões ainda não submetidas ou examinadas pelo juiz da causa, sob pena de indevida supressão de instância.*

*9. Writ não-conhecido quanto à matéria não submetida ao juiz de primeiro grau, e, na parte admitida, denegada a ordem" (fls. 257-259)*

Daí o presente **mandamus**, no qual o impetrante repisa os argumentos lançados no **writ** originário, reafirmando a existência de constrangimento ilegal, consubstanciado na nulidade da prisão preventiva, pois decretada de ofício, na contramão da nova determinação contida nos arts. 310 e 311 do CPP, bem como na ausência de fundamentação idônea a justificar a decretação de sua segregação cautelar.

Requer, ao final, a revogação da prisão preventiva.

A liminar foi indeferida às fls. 341-342.

As informações foram prestadas às fls. 346-353.

O Ministério Público Federal, às fls. 356-374, manifestou-se pelo **desprovimento do recurso**, em parecer assim ementado:

*"RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I E V, AMBOS DA LEI 11.343/2006), USO DE DOCUMENTO FALSO, FALSA IDENTIDADE E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ARTS. 304, 308 E 311, TODOS DO CP). PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE EM RAZÃO DA NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. SUPERVENIÊNCIA DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. NOVO TÍTULO. ADEMAIS, A AUSÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA É INSUFICIENTE PARA CONDUZIR A ANULAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA QUANDO NÃO EVIDENCIADA OFENSA AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, MORMENTE DIANTE DAS MEDIDAS DE PREVENÇÃO ADOTADAS EM RAZÃO DA PANDEMIA. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL DECORRENTE DE DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR DE OFÍCIO. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. OBSERVÂNCIA AO ART. 310, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, AINDA QUE DIANTE DAS ALTERAÇÕES PROVENIENTES DA LEI Nº 13.964/2019. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA QUE CONTA COM CUSTÓDIA PROVISÓRIA ANTERIOR (PRISÃO EM FLAGRANTE), CONSTITUINDO, PORTANTO, MEDIDA DISTINTA DA DECRETAÇÃO DIRETA DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO, ESTÁ VEDADA PELO ART. 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.964/2019. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO POSICIONAMENTO PACÍFICO DESSE E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A MATÉRIA, AINDA QUE DIANTE DE ALGUNS RECENTES JULGADOS ORIUNDOS DE ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS DA SUPREMA CORTE (SEGUNDA TURMA) E DESSE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (QUINTA TURMA) EM SENTIDO CONTRÁRIO. PRECEDENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. REFERÊNCIA A ELEMENTOS CONCRETOS. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. TRANSPORTE DE MAIS DE 6 (SEIS) MIL QUILOS. DE MACONHA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO."*

É o relatório.

**Decido.**

**Inicialmente**, cumpre esclarecer que o Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, em seu art. 34, XVIII, "b", dispõe que **o relator pode decidir**

**monocraticamente para "negar provimento ao recurso ou pedido que for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante sobre o tema".**

Não por outro motivo, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, em 16/3/2016, editou a Súmula n. 568, segundo a qual *"o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema."*

No que pertine a alegação de **nulidade do decreto prisional**, eis que o d. juízo singular teria convertido, de ofício, a prisão em flagrante em preventiva na fase inquisitorial, registro que, modificando anterior entendimento sobre o tema, adiro às recentes decisões proferidas pela **5ª Turma** desta Corte no **HC n. 590.039/GO** e pela **2ª Turma** do Pretório Excelso no **HC n. 188.888/MG**, para reputar inválida medida cautelar adota no referido contexto.

No ponto, como é cediço, sempre entendi que a impossibilidade de decretação da prisão preventiva pelo Juiz na fase investigativa não se confunde com a hipótese retratada no art. 310, II, do Código de Processo Penal que permite ao Magistrado, quando do recebimento do auto de prisão em flagrante e constatando ter sido esta formalizada nos termos legais, convertê-la em preventiva quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal. Isso porque a conversão da prisão em flagrante, nos termos sedimentados anteriormente no âmbito desta Corte Superior, podia ser realizada de ofício pelo Juiz.

Nada obstante, com a entrada em vigor da **Lei n. 13.964/2019**, denominada de **Pacote Anticrime**, que alterou os arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311 do CPP, a **5ª Turma** desta Corte Superior e a **2ª Turma** do Col. Supremo Tribunal Federal, como já dito, passaram a entender que a inovação legislativa **suprimiu do magistrado** a possibilidade de ordenar, **ex officio**, a imposição de prisão preventiva, seja na fase inquisitorial ou judicial.

Eis, a propósito, a literalidade dos dispositivos supramencionados, **verbis**:

*"Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:*

*[...]*

*§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade*

***policial ou mediante requerimento do Ministério Público.*** (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

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 (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 311. ***Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.***”

Nesse contexto, a doutrina passou a defender também a impossibilidade da decretação pelo juiz, **sponte propria**, de quaisquer medidas cautelares, seja na fase investigatória ou na processual.

A propósito, o professor **Renato Brasileiro de Lima** leciona:

“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 iudex 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.*

[...]

*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: desde o advento da Lei n. 12.403/11, quando o CPP passou a vedar expressamente a decretação de medidas cautelares de ofício pelo juiz durante a fase investigatória – redação originária do arts. 282, §2º e 311 –, a doutrina já questionava a possibilidade de a conversão do flagrante em preventiva (CPP, art. 310, II) ocorrer sem que o magistrado tivesse sido provocado nesse sentido. [...]. Portanto, a doutrina sempre entendeu que o art. 310, inciso II, do CPP, deveria ser interpretado sistematicamente com o art. 306, caput, do CPP, que inseriu no CPP a comunicação da prisão em flagrante ao Ministério Público, e com o arts. 282, § 2º, e 311, que já previam que, na fase investigatória, ao juiz só seria dado decretar uma medida cautelar se fosse provocado nesse sentido. [...]. Com a vigência da Lei n. 13.964/19, pensamos que é hora dos Tribunais Superiores revisarem sua jurisprudência quanto à matéria. Ainda que se queira objetar que, nesse ponto, não houve nenhuma novidade legislativa – a decretação de cautelares ex officio na fase investigatória já era vedada desde a entrada em vigor da Lei n. 12.403/11 – toda a sistemática introduzida no CPP pela Lei n. 13.964/19 visam retirar do magistrado, seja ele o juiz das garantias, seja ele o juiz da instrução e julgamento, qualquer iniciativa capaz de colocar em dúvida sua imparcialidade. 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; [...].” (LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal: volume único. 8ª ed. Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2020; pag. 946-947 – grifei)*

Sobre o tema, o Pretório Excelso, em v. acórdão proferido em 6/10/2020, por sua 2ª Turma, no julgamento do HC n. 188.888/MG, com voto proferido pelo e. Ministro Celso de Melo, consignou:

*“De outro lado, a Lei nº 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”, 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.**

*Convém salientar, presente referido contexto, tal como destacado por AURY LOPES JR. (“Direito Processual Penal”, p. 670, item n. 4.7, 17ª ed., 2020, Saraiva), que “A conversão do flagrante em preventiva equivale à decretação da prisão preventiva” (grifei), motivo pelo qual referida conversão submete-se aos mesmos requisitos para decretação da prisão preventiva, eis que “não se pode admitir que a sorte (ou azar) de uma pessoa no processo penal esteja condicionada ao simples fato de ela ter sido presa em flagrante ou não” (RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “Manual de Processo Penal”, p. 1.054, 8ª ed., 2020, JusPODIVM).*

***É por essa razão que a interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, também do 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 [...].” (grifei)*

No mesmo trilhar, a **Quinta Turma** desta Corte de Justiça, em sessão realizada no dia 20/10/2020, julgando o **habeas corpus n. 590.039/GO**, em acórdão da lavra do Ministro **Ribeiro Dantas**, publicado em 29/10/2020, decidiu, por unanimidade, conceder a ordem, de ofício, para **declarar a nulidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva**, sem prévio requerimento do Ministério Público e/ou das partes, ou ainda, de representação da autoridade policial.

No referido julgado o Ministro Relator destacou:

*“Assim, não obstante os fundamentos elencados pelo Magistrado de Primeiro Grau, entendo que as alterações legislativas promovidas pela Lei 13.964/2019 excluíram a possibilidade de decretação da prisão preventiva, de ofício, pelo juiz.*

*Não desconheço o entendimento desta Corte, anterior à vigência da referida Lei, consolidado no sentido de que “não há nulidade na hipótese em que o magistrado, de ofício, sem prévia provocação da autoridade policial ou do órgão ministerial, converte a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal”.*

*Ocorre que tal posicionamento, ao meu sentir, merece nova ponderação em razão das modificações trazidas pela aludida Lei n 13.964/2019, já que parece evidente a intenção legislativa de buscar a efetivação do sistema penal acusatório, vontade explicitada, inclusive, quando da inclusão do art. 3º-A no Código de Processo Penal, que dispõe que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.*

***Assim, entendo que, a partir das inovações trazidas pelo Pacote Anticrime, tornou-se inadmissível a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva. Portanto, a prisão preventiva somente poderá ser decretada mediante requerimento do Ministério Público, do assistente/querelante (se for o caso) ou da autoridade policial (art. 311 do CPP). O mesmo aplica-se com relação às demais medidas cautelares (art.***

282, § 2º, do CPP)” (grifei).

Ao ensejo, colaciono a ementa do referido julgamento:

**“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691/STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SUPERAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. VIGÊNCIA DA LEI 13.964/2019. CONVERSÃO EX OFFICIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.**

1. Nos termos da Súmula 691 do STF, é incabível habeas corpus contra decisão que indefere pedido liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada. No caso, observam-se circunstâncias excepcionais que autorizam a mitigação do referido enunciado sumular.

2. A Lei n. 13.964/2019 promoveu diversas alterações processuais, deixando clara a intenção do legislador de retirar do Magistrado qualquer possibilidade de decretação ex officio da prisão preventiva.

3. O anterior posicionamento desta Corte, no sentido de que “não há nulidade na hipótese em que o magistrado, de ofício, sem prévia provocação da autoridade policial ou do órgão ministerial, converte a prisão em flagrante em preventiva”, merece nova ponderação em razão das modificações trazidas pela referida Lei n 13.964/2019, já que parece evidente a intenção legislativa de buscar a efetivação do sistema penal acusatório.

4. Assim, a partir das inovações trazidas pelo Pacote Anticrime, tornou-se inadmissível a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva. Portanto, a prisão preventiva somente poderá ser decretada mediante requerimento do Ministério Público, do assistente ou querelante, ou da autoridade policial (art. 311 do CPP), o que não ocorreu na hipótese dos presentes autos.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício para declarar a nulidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva, sem prévio requerimento.”

No mesmo sentido:

**“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO PELO JUÍZO PROCESSANTE. ILEGALIDADE. ART. 310, II, DO CPP DEVE SER INTERPRETADO CONFORME O ART. 311, DO MESMO REGRAMENTO, À LUZ DAS CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA ACUSATÓRIO. ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI N. 13.964/2019. PRELIMINAR ACOLHIDA. PREJUDICADA A ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DA CUSTÓDIA. AGRAVO DESPROVIDO.**

1. A reforma introduzida pela Lei n. 13.964/2019 (“Lei Anticrime”), preservando e valorizando as características essenciais da estrutura acusatória do processo penal brasileiro, modificou a disciplina das medidas de natureza cautelar, especialmente as de caráter processual, estabelecendo um modelo mais coerente com as características do moderno



processo penal.

2. "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', 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" (STF, HC 186490, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-255 DIVULG 21-10-2020 PUBLIC 22-10-2020).

3. **No particular, reputa-se ilegal a conversão, de ofício, pelo Magistrado de primeiro grau, da prisão em flagrante dos agravados em prisão preventiva, ressalvado entendimento diverso e acolhida a recente posição firmada por esta Quinta Turma (HC n. 590.039/MG) e pelo Supremo Tribunal Federal.**

4. **É ilegal a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva sem o prévio requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.**

5. *Acolhida a preliminar de nulidade, fica prejudicada a análise dos fundamentos da custódia.*

6. *Agravo ministerial a que se nega provimento.*" (AgRg no HC 619.885/AL, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares Da Fonseca**, DJe 07/12/2020, grifei)

**"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO. NOVO ENTENDIMENTO DA 5ª TURMA DO STJ E 2ª TURMA DO STF. A LEI N. 13.964/2019, DENOMINADA DE PACOTE ANTICRIME, ALTEROU OS ARTS. 282, §§ 2º E 4º, E 311, TODOS DO CPP, SUPRIMINDO DO MAGISTRADO A POSSIBILIDADE DE ORDENAR, EX OFICIO, A PRISÃO PREVENTIVA, SEJA NA FASE INQUISITORIAL OU JUDICIAL. NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA. DESPROVIDO.**

*I – A Lei n. 13.964/2019, denominada de Pacote Anticrime, alterou os arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311 do CPP, suprimindo do magistrado a possibilidade de ordenar, ex officio, a imposição de prisão preventiva, seja na fase inquisitorial ou judicial.*

*II – Interpretando a novel redação dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311 do CPP, tanto a 5ª Turma desta Corte Superior quanto a 2ª Turma do col. Supremo Tribunal Federal passaram a entender que a inovação legislativa impede a decretação pelo juiz, sponte propria, de quaisquer*

*medidas cautelares, no que se inclui, evidentemente, a prisão preventiva, independentemente da fase da persecutio criminis.*

*III – Neste sentido, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça decidiu que “A Lei n. 13.964/2019 promoveu diversas alterações processuais, deixando clara a intenção do legislador de retirar do Magistrado qualquer possibilidade de decretação ex officio da prisão preventiva” (HC n. 590.039/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/10/2020, grifei)*

*IV - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.*

*Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC 430.212/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 4/12/2020).*

*“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SÚMULA 691/STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. SUPERAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. VIGÊNCIA DA LEI 13.964/2019. CONVERSÃO EX OFFICIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.*

*1. Nos termos da Súmula 691 do STF, é incabível habeas corpus contra decisão que indefere pedido liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada. No caso, observam-se circunstâncias excepcionais que autorizam a mitigação do referido enunciado sumular.*

*2. A Lei n. 13.964/2019 promoveu diversas alterações processuais, deixando clara a intenção do legislador de retirar do Magistrado qualquer possibilidade de decretação ex officio da prisão preventiva.*

*3. O anterior posicionamento desta Corte, no sentido de que “não há nulidade na hipótese em que o magistrado, de ofício, sem prévia provocação da autoridade policial ou do órgão ministerial, converte a prisão em flagrante em preventiva”, merece nova ponderação em razão das modificações trazidas pela referida Lei n 13.964/2019, já que parece evidente a intenção legislativa de buscar a efetivação do sistema penal acusatório.*

*4. Assim, a partir das inovações trazidas pelo Pacote Anticrime, tornou-se inadmissível a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva. Portanto, a prisão preventiva somente poderá ser decretada mediante requerimento do Ministério Público, do assistente ou querelante, ou da autoridade policial (art. 311 do CPP), o que não ocorreu na hipótese dos presentes autos.*

*5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício para declarar a nulidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva, sem prévio requerimento.” (HC 590.039/GO, Quinta Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 29/10/2020, grifei)*

Neste cenário, modificando anterior entendimento sobre o tema, adiro às

recentes decisões proferidas pela **5ª Turma** desta Corte e pela **2ª Turma** do Pretório Excelso no **HC n. 188.888/MG**, para reputar inválida medida cautelar adotada sem a devida e necessária provocação dos órgãos legitimados previstos no art. 311 do CPP.

Nesse compasso, **reviso meu anterior posicionamento** para adequá-lo a novel interpretação dos arts. 282, §§ 2º e 4º, 310 e 311 do CPP e, de efeito, considerar nula a decisão que decreta a prisão preventiva sem requerimento do Ministério Público e demais legitimados ou representação da autoridade policial.

À vista do exposto, cumpre examinar se este novo entendimento deve ser aplicado ao caso em testilha.

Pois bem.

**In casu**, consoante se depreende do **decisum** de primeiro grau, o paciente foi **preso em flagrante** no dia **31/8/2020**, a qual, no mesmo dia, fora **convertida** em preventiva.

Portanto, como se vê, a conversão da prisão em flagrante foi realizada quando já estava em vigor a nova redação, dada pela Lei n. 13.964/2019, aos dispositivos do CPP supracitados, cuja conclusão é a de que devem ser aplicados ao caso em apreço.

Resta então saber se a prisão preventiva foi decretada/convertida de ofício. Para melhor compreensão, transcrevo a r. decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, **verbis**:

*“O Auto de Prisão em Flagrante e respectivos documentos que o acompanham (Auto de Apresentação e Apreensão, Nota de Ciência das Garantias Constitucionais e Nota de Culpa) apresentam-se formalmente em ordem, não se vislumbrando a existência de qualquer nulidade ou irregularidade que os infirmem em sua legalidade.*

*A comunicação foi efetuada a este Juízo Federal nos termos do art. 5º, inciso LXII, da Constituição Federal e está instruída com as declarações prestadas pelo conduzido e pelas testemunhas, laudo preliminar, com a nota de culpa e de ciência das garantias constitucionais, permitindo-se, desde logo, verificar que foram cumpridas as formalidades procedimentais e observados os direitos constitucionais do preso.*

*As declarações dos policiais, do preso e os objetos apreendidos atestam, ao menos em tese, a materialidade do delito e os indícios de autoria. O laudo de constatação provisória atesta que a substância apreendida é a droga conhecida vulgarmente como maconha.*

*Destarte, não há ilegalidade capaz de motivar o relaxamento da prisão (CF, art. 5º, inciso LXV), e nem nulidades a declarar, pelo que HOMOLOGO, para todos os efeitos legais, o AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, em que figura como indiciada a pessoa acima nominada e qualificada no auto de prisão em flagrante.*

*Da ausência de realização de Audiência de Custódia*

*Recentemente o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu a Recomendação nº 62, recomendando aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus - Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. No que interessa ao presente caso, dispõe*

referida Recomendação em seu artigo 8º:

[...]

Assim, com base nestes elementos e ante o contido na Recomendação n' 62/2020 do CNJ, bem como na necessidade de adoção de procedimentos de prevenção à infecção e à propagação do novo coronavírus em espaços de os riscos epidemiológicos de transmissão do vírus e preservar a saúde de agentes públicos e pessoas privadas de liberdade, evitando-se contaminações de grande escala que possam sobrecarregar o sistema público de saúde, deixo de promover audiência de custódia com a presença do flagrado.

Caso a defesa alegue, no prazo de 24 horas, qualquer violação à integridade física ou psíquica do autuado, retornem conclusos para análise da viabilidade da audiência de custódia, ocasião em que devem ser observadas as recomendações dos §§ 2º e 3º do artigo 8º da Recomendação n. 62/2020 do CNJ.

*Da Necessidade de Segregação Cautelar*

Da análise do auto de prisão em flagrante anexo ao evento 01 verifico que estão presentes os pressupostos para decretação da prisão preventiva com relação ao acusado.

O *fumus comissi delicti*, consistente na prova da materialidade do injusto e indícios de autoria, está demonstrado através do Auto de Constatação de Droga (evento 1, P\_FLAGRANTE, pgs. 12/13) e dos depoimentos colhidos pela Autoridade Policial.

Há, portanto, elementos indicando a importação e o transporte de 6.319,9kg (seis mil trezentos e dezenove quilogramas e novecentos gramas) da substância entorpecente vulgarmente conhecida como "maconha", ato praticado, em tese, pelo custodiado.

O *periculum libertatis* decorre do risco que a liberdade do custodiado representa à ordem pública.

Com efeito, embora seja prematuro afirmar que o agente "integre" uma organização criminosa, as circunstâncias da apreensão da droga apontam para a sua "interação" com alguma organização criminosa, pois, como c de conhecimento público e notório, há facções criminosas atuando nesta região da fronteira Brasil-Paraguai, controlando as remessas de entorpecentes para o interior do país, especialmente quando feito em grandes quantidades, como no presente caso.

Destaque-se que, além da enorme quantidade de entorpecentes, a empreitada envolveu uso de documento falso, atribuição de documento de identificação de terceiro (falsa identidade) e adulteração de sinais identificadores dos veículos, além da carga de maconha estar oculta sob uma carga de milho.

Esses elementos denotam que os fatos em exame tem gravidade concreta, eis que praticado no contexto de criminalidade organizada que diariamente desafia as instituições estabelecidas, formando um poder paralelo em determinados territórios e ofendendo, permanentemente a paz pública.

O comércio de drogas em região de fronteira está normalmente relacionado à ocorrência de diversos outros delitos, trazendo consequências nefastas para a sociedade, como o roubo, o furto e o latrocínio com posterior receptação de veículos destinados ao Paraguai, a fim de que lá sejam carregados com drogas e retornem ao Brasil, ou então para que sejam utilizados como forma de pagamento do entorpecente.

A soltura imediata de um indiciado flagrado com quantidade considerável de drogas fomentaria a prática de condutas semelhantes.

Todos esses elementos justificam a manutenção da prisão preventiva do indiciado, conforme decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

[...]

Como se vê, não é o caso de substituir a decretação da prisão preventiva pela aplicação das medidas cautelares capituladas no art. 319 do Código de Processo

*Penal, pois, ao menos no momento, estas seriam insuficientes para preservar à ordem pública.*

*Ressalto ainda que na forma do art. 310 do CPP. no caso de apreciação do flagrante, deve o juiz fundamentadamente decidir sobre a medida cautelar a ser aplicada, considerando o caso concreto, inclusive com a conversão em prisão preventiva (inciso II), inserindo-se assim em hipótese de atuação do magistrado na investigação criminal, mesmo sem requerimento específico do MPF e da Autoridade Policial.*

*Ante o exposto, com fundamento nos artigos 310. inciso II, e 312 do Código de Processo Penal, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA do indiciado , para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.” (fls. 128-132).*

No v. acórdão reprochado consta o seguinte:

*“Do mesmo modo, e como já consignado na decisão impugnada, a conversão da prisão em flagrante em preventiva é expressamente autorizada pelo art. 310, II, do CPP - que não sofreu alteração pela Lei nº 13.964/2019 - e prescinde de requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, por se tratar de mera conversão da prisão em flagrante.*

*Não ignoro a recente decisão da Segunda Turma do STF, sob a relatoria do Exmo. Ministro Celso de Mello, proferida na data de ontem na Medida Cautelar no Habeas Corpus 188.888/MG, e embora ponderáveis os argumentos defensivos, filio-me à posição adotada pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, afirmando que a conversão de prisão em flagrante em preventiva independe de prévia provocação do Ministério Público ou da autoridade policial.” (fls. 249-250, grifei).*

Depreende-se, pois, dos autos que o d. Magistrado de primeiro grau converteu a prisão em flagrante do recorrente em preventiva **de ofício**, o que vai de encontro com o atual entendimento da **5ª Turma** desta Corte Superior e **2ª Turma** do Col. Supremo Tribunal Federal, no sentido de que ao juiz é vedado fazê-lo sem requerimento do órgão de acusação ou dos demais legitimados ou, ainda, sem representação da autoridade policial.

Assim, forçoso reconhecer, no presente caso, a nulidade da decretação/conversão da prisão preventiva do recorrente, vez que contrária a expressa determinação legal e ao atual e mais recente entendimento do Colegiado da 5ª Turma desta Corte, em clara violação ao sistema acusatório, conforme alterações efetuadas no Código de Processo Penal pela nova **Lei n. 19.964/2019**.

**Prejudicadas** as demais alegações defensivas.

Ante ao exposto, conheço e dou provimento ao recurso ordinário em **habeas corpus para declarar nulo o decreto prisional** e, de efeito, relaxar a prisão do recorrente, sem prejuízo de que o d. Magistrado, após necessária provocação de algum dos legitimados, e, presentes os pressupostos e requisitos das medidas cautelares, decrete outras, inclusive a prisão preventiva, conforme julgar necessário.

P. I.

Brasília, 12 de fevereiro de 2021.

Ministro Felix Fischer  
Relator