



ESTUDO 1

DO SISTEMA ACUSATÓRIO À ILEGALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA *EX OFFICIO*: UMA ANÁLISE ESPECÍFICA DA PRISÃO PREVENTIVA RESULTANTE DO PROCEDIMENTO FLAGRANCIAL À LUZ DO PACOTE ANTICRIME E DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

JOSÉ NICODEMOS DE OLIVEIRA SEGUNDO

nicodemossegundo@dpe.rn.def.br

Defensor Público Titular da 1ª Defensoria de João Câmara

Ex-analista judiciário do TJDFR

Graduado em Direito pela UFRN

1. PREFACIALMENTE:

O presente estudo objetiva centralizar a discussão acerca da problemática que versa sobre a (im) possibilidade de o Juiz, no bojo da autuação do flagrante delito, decretar, *ex officio*, a prisão preventiva do flagranteado, a partir de uma análise pormenorizada das recentíssimas novidades introduzidas pela Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019, mais conhecida pelo nome “Pacote Anticrime”.

A celeuma diz respeito à controvertida análise do artigo 310 do Código de Processo Penal (CPP), que, com a redação atualizada pelo Pacote Anticrime, positivou, *ao menos no âmbito do código processual penal*, as denominadas audiências de custódia, cujo teor se transcreve *in litteris*:

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:

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.



O dilema jurídico nasce da tradicional jurisprudência que, amparada no sistema jurídico-processual antecedente à Lei n.º 13.964/2019, sempre compreendeu que o dispositivo deferia ao Juiz a possibilidade de, de ofício, isto é, independentemente de requerimento dos órgãos da *persecutio criminis*, decretar a prisão preventiva do flagranteado à luz do sistema de cautelares previsto no Título IX, Capítulo I, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.º 12.403/2011.

Com o advento da Lei n.º 13.964/2019, que verdadeiramente reforçou o sistema constitucional-processual acusatório no país, cai por terra toda a construção jurídica defendida por aqueles que sustentam a legalidade do procedimento oficioso do Juiz.

Discorrer-se-á, no momento subsequente, sobre o embate das teses conflitantes que giram em torno do art. 310 do CPP, atualizado pelo Pacote Anticrime, e, em uma visão institucional da Defensoria Pública, sobre a ilegalidade do comportamento oficioso do Juiz que, no seu mister de bem e fielmente examinar o flagrante delito, mas na contramão do ideal propugnado pelo sistema constitucional-acusatório, age como se órgão acusador fosse.

Antes, porém, breves reflexões sobre o percalço do sistema acusatório no país merecem espaço no presente trabalho para, na sequência, dissertar-se acerca da *quaestio juris* proposta no âmbito do presente estudo.

2. DO SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO:

No decorrer dos séculos, com o processo gradativo de humanização das Ciências Penais, iniciado por BECCARIA em sua clássica obra “Dos



Delitos e das Penas”, da segunda metade do século XVIII, os ordenamentos jurídicos, influenciados pelas ideias humanitárias, transmudaram-se de um modelo processual inquisitivo, comprometido, não com a realidade dos fatos e direitos e garantias fundamentais do réu, mas, verdadeiramente, com um propósito condenatório, para um sistema no qual o juiz deixa de concentrar todas as funções processuais para exercer, de maneira imparcial, a sua função judicante, sempre preocupado com o respeito absoluto aos direitos e garantias fundamentais do réu.

A característica fundamental do sistema acusatório, com efeito, é a separação de funções - acusar, defender e julgar - entre os protagonistas processuais do processo penal: Juiz, Ministério Público e Defesa.

Na condução do processo, o Juiz deve manter uma necessária equidistância das partes, de modo que a sua imparcialidade, consectário lógico de um processo penal justo, democrático e comprometido com os valores albergados pela Constituição Federal, seja mantida hígida do início à conclusão da persecução criminal.

No sistema acusatório, não há espaço para iniciativas processuais pró-acusatórias do Juiz, que, na prática, se confundem com a própria atuação do Ministério Público, comprometendo o ideal de equidistância das partes e da inviolável e necessária imparcialidade do órgão julgador, como, aliás, não ocorria no cenário jurídico antecedente à n.º 13.964/2019, no qual se deferia ao Juiz a possibilidade de, no curso da persecução penal, decretar de ofício a prisão preventiva, aproximando-se assim, da posição de órgão acusador.

Sobre o tema, preleciona RENATO BRASILEIRO DE LIMA¹:

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPODIVM. p.



Mas esta mera separação de funções de acusar e julgar não basta para a caracterização do sistema acusatório, porquanto a imparcialidade do magistrado não estará resguardada enquanto o juiz não for estranho à atividade investigatória e instrutória. Com efeito, de nada adiante a existência de pessoas diversas no exercício das funções do magistrado e do órgão estatal de acusação se, na prática, há por parte daquele, uma usurpação das atribuições deste, explícita ou implicitamente, a exemplo do que ocorre quando o magistrado requisita a instauração de um inquérito policial, dá início a um processo penal de ofício (processo judicialiforme), produz provas e decreta prisões cautelares sem requerimento das partes, etc.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 deixou explícita a sua opção pela efetiva construção de um verdadeiro sistema acusatório, configurado a partir do seu artigo 129, I, que confere exclusiva atribuição ao Ministério Público de propor a ação penal pública.

Não obstante, o nosso (e ainda) desatualizado Código de Processo Penal, do longínquo ano de 1941, ainda mantém (ou mantinha, em alguns casos) traços da inquisitorialidade peculiar da época do contexto ditatorial do Estado Novo, que vigorou no regime político de Getúlio Vargas reinante no período de 1937 a 1946, a saber:

(i) poder requisitório do Juiz de determinar a instauração de inquérito policial (art. 5º, II, CPP);

(ii) possibilidade de o Juiz decretar, *ex officio*, a prisão preventiva do réu no curso da investigação ou da ação penal, finda em razão das proibições advindas pelas Leis n.º 12.403/2011 e 13.964/2019;



(iii) possibilidade de o Juiz condenar, ainda que requerida a absolvição pelo próprio titular da ação penal, bem como de reconhecer agravantes não requeridas pela acusação (art. 385, CPP).

Não bastasse a confirmação das peculiaridades inquisitoriais, a reforma tópica do Processo Penal brasileiro, de 2008, operada pela Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008, ainda inseriu a permissividade dada ao Juiz de, mesmo de ofício, determinar, ainda antes da deflagração do processo crime, a produção antecipada de provas, o que é de duvidosa constitucionalidade.

3. DO CONTEXTO ANTECEDENTE À LEI N.º 13.964/2019: DA POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO, EX OFFICIO, DA PRISÃO FLAGRANCIAL EM PRISÃO PREVENTIVA:

A Lei n.º 13.964/2019, como dito, consolidou no ordenamento jurídico brasileiro o sistema acusatório idealizado pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988, inserindo na legislação diversas novidades que espelham o modelo expressamente positivado pelo legislador constituinte, uma vez que retiram do Magistrado qualquer iniciativa processual pró-acusatória, que revela total descomprometimento com a imprescindível imparcialidade do órgão julgador.

Oito anos antes, nos idos de 2011, a Lei n.º 12.403, de 04 de maio, ao menos já havia extirpado do ordenamento jurídico a autorização outorgada pela redação do artigo 311 do Código de Processo Penal, no sentido de que o Juiz, no curso de uma investigação, poderia decretar a prisão preventiva do investigado, mesmo de ofício, se presentes os requisitos legais para tanto, dispositivo que, indubitavelmente, jamais foi recepcionado pela Constituição Federal.



Eis o teor da antiga redação do artigo 311 do Código Processual Penal Brasileiro, original e a atualizada pela Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967:

Redação Original

Art. 311 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 indícios suficientes de autoria.

Redação dada pela Lei n.º 5.349, de 3.11.1967

Art. 311 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.

Obviamente, se no trâmite de uma investigação o Magistrado poderia atuar oficiosamente no sentido de, independentemente de qualquer requerimento ministerial ou policial, decretar a custódia cautelar do investigado, nos termos da redação vigente à época, com maior razão poderia decretá-la por ocasião do exame do flagrante delito, praxe comum até o advento do Pacote Anticrime.

Com a introdução da Lei n.º 12.403, de 2011, que modificou parte relevante da redação constante no artigo 311 do Código Processual Penal, o Juiz haveria de decretar de ofício a prisão cautelar somente no curso de uma ação penal, quando e se presentes os pressupostos da medida²:

² Se decretada no decorrer da investigação, ilegal se torna a prisão preventiva decretada de ofício pelo órgão julgador. Confira-se o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO NA FASE INVESTIGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Na fase de inquérito policial, nos termos do art. 311 do Código de Processo Penal, a decretação da prisão preventiva depende de provocação da autoridade policial ou ministerial, considerando-se ilegal a determinação da custódia provisória de ofício pelo magistrado antes do oferecimento da denúncia. Precedentes. 2. Recurso em habeas corpus provido para restabelecer a decisão que concedeu liberdade provisória aos recorrentes, mediante compromisso de comparecimento periódico em Juízo e proibição de se ausentarem da comarca, ressalvada a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade. (STJ, Recurso em Habeas Corpus n.º 87.707 – RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, SEXTA TURMA, julgado em 05.12.2017).



Art. 311 Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, **de ofício, se no curso da ação penal**, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

E mais. A Lei n.º 12.403, de 2011, na redação do § 2º do artigo 282 do CPP, ainda determinou que toda e qualquer medida cautelar dependeria, quando no curso da investigação criminal, de prévio requerimento dos órgãos da persecução penal, assim redigida:

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

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 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.

Então, até o advento da Lei n.º 13.964/2019, nada obstante a idealização do sistema acusatório propugnado pela CRFB, a redação normativa do Código Processual dava azo a interpretações descontextualizadas do modelo intencionado pelo legislador constituinte.

A possibilidade de o Juiz converter a prisão em flagrante, de ofício, em preventiva é resultado de uma dessas interpretações descontextualizadas do modelo acusatório, que enxergava na antiga redação do artigo 310 do Código Processual o fundamento para a atuação de ofício do órgão julgador. Dizia, pois, que:



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.

De um lado, parte da doutrina advogava que, no contexto do sistema acusatório e, sobretudo, sob a ótica da vedação inserta pela Lei n.º 12.403/2011, que proibiu o uso oficioso de toda e qualquer medida cautelar no decorrer de uma investigação, a conversão dependeria de requerimento ministerial.

ALEXANDRE MORAIS DA ROSA e AURY LOPES JR.³, aliás, já sustentavam essa posição, ousando discordar do entendimento até então predominante na jurisprudência:

Mas o ponto mais importante é: não pode haver conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva (ou mesmo em prisão temporária). É imprescindível que exista a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público. A “conversão” do flagrante em preventiva equivale à decretação da prisão preventiva. Portanto, à luz das regras constitucionais do sistema acusatório (ne procedat iudex ex officio) e da imposição de imparcialidade do juiz (juiz ator = parcial), não lhe incumbe “prender de ofício”.

(...)

Em resumo, ainda que não se compreenda suficientemente o alcance da garantia da imparcialidade e da estrutura acusatória-constitucional, é certo que por força do art. 311 do CPP o juiz não pode “converter” o flagrante em prisão preventiva de ofício, pois isso é, no fundo, o mesmo que ‘decretar’ de ofício, expressamente vedado.

Predominava, pois, *ao menos na jurisprudência*, a compreensão contrária, salvo raras e isoladas decisões em sentido contrário, isto é, a de que o

³ JUNIOR, Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais. **Juiz não pode converter flagrante em preventiva de ofício na audiência de custódia**. Revista Consultor Jurídico, 11 de out. de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-11/limite-penal-juiz-nao-converter-flagrante-preventiva-oficio-custodia>>. Acesso em: 08 de nov. de 2020.



dispositivo, na expressão “deverá”, deferia ao Juiz, na análise do flagrante delito, converter, independentemente de qualquer pedido, a prisão do flagranteado em custódia cautelar, seja para garantir a ordem pública e/ou econômica, seja para garantir a aplicação da lei penal ou, ainda, por conveniência da instrução criminal.

Sustentava-se a tese de que o Julgador detinha um poder geral de tutela, de sorte que, nas situações de urgência próprias do flagrante delito, não só poderia, como deveria converter a prisão flagrancial em preventiva, mesmo de ofício, quando e se presentes os pressupostos e requisitos legais.

Aliás, advogava-se que a própria autuação em si do flagrante delito já correspondia, a bem da verdade, em uma representação implícita da autoridade policial pela decretação da cautelar. Noutras palavras, o Juiz já estava sendo provocado pelo mero fato de ter sido encaminhado o respectivo auto.

Nessa concepção, o então inciso II do artigo 310 do CPP, pelo majoritário posicionamento jurisprudencial da época, em nada obstava a atuação oficiosa do Juiz para a conversão do flagrante em prisão preventiva, se presentes, concomitantemente, o “*fumus comissi delicti*” e o “*periculum libertatis*”.

Na realidade, estava profundamente enraizada na jurisprudência a certeza jurídica de que esse comportamento não se confundiria com a vedada atuação do órgão julgador de, no trâmite investigativo, decretar a prisão preventiva *ex officio*, daí porque, em se tratando de uma hipótese distinta do artigo 311 do CPP⁴, os Tribunais chancelavam a legalidade da prisão preventiva *ex officio* resultante da conversão do flagrante delito, senão vejamos:

⁴ Art. 311 Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.



a) **Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁵:**

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ. INOCORRÊNCIA. CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. DESPROPORCIONALIDADE DA PRISÃO EM FACE DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. INVIABILIDADE DA ANÁLISE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

(...)

II – 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 já sedimentados no âmbito desta Corte Superior, pode ser realizada de ofício pelo Juiz tanto na fase inquisitorial quanto na fase processual.

(...)

Recurso ordinário desprovido.

(RHC 105.955/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 13/02/2019) – destaquei.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. DESPROPORCIONALIDADE. TEMA NÃO APRECIADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONVERSÃO DE OFÍCIO DO FLAGRANTE. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GRAVIDADE DA CONDUTA. MODUS OPERANDI. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INVIABILIDADE. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO.

(...)

2. Não há ilegalidade na conversão do flagrante em preventiva, de ofício, durante a investigação criminal, uma vez que a orientação desta Corte é no sentido de que o juízo de 1º Grau, ao receber o auto de prisão em flagrante, verificando sua legalidade e inviabilidade de substituição por medida diversa, pode convertê-la em preventiva ao reconhecer a existência dos requisitos preconizados nos arts. 312 e 313 do CPP, independente de representação ou requerimento, ante o risco de liberdade até o início da instrução processual.

⁵ Em igual sentido: HC 280.980 – MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 18.02.2014, DJe 07.03.2014; HC 281.756 -PA, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma j. 15.05.2014, DJe 22.05.2014; RHC 102.770 – MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, j. 06.12.2018, DJe 06.12.2018.



5. Recurso em habeas corpus improvido.
(RHC 102.326/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 04/12/2018) – destaquei.

b) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN):

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. SUPOSTA PRÁTICA DO DELITO DESCRITO NO ART. 121, § 2º, INCISO I C/C ART. 14, INCISO II E ART. 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO EM FRAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA NULIDADE DA DECISÃO. INOCORRÊNCIA. DECISÃO EM CONFORMIDADE COM O ART. 310, INCISO II DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECRETO PREVENTIVO FUNDAMENTADO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NOTÍCIA NOS AUTOS DE COMETIMENTO DE OUTRO HOMICÍDIO PELO PACIENTE NO DIA 10/04/2015. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA EM CONSONÂNCIA COM PARECER DA 12ª PROCURADORIA DE JUSTIÇA.

1. Não se verifica a alegada ilegalidade da prisão preventiva, por ter sido declarada de ofício pelo Juízo Processante, porquanto se trata de simples conversão do flagrante em preventiva, sob os ditames dos arts 310, inciso II e 311 do Código de Processo Penal. Entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça.

(Habeas Corpus n.º 2015.005.463-8, Rel. Des. Gilson Barbosa, órgão julgador: Câmara Criminal, julgado em 26.05.2015) – destaque.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, DA LEI Nº 11.343/2006). PRETENDIDA LIBERDADE PROVISÓRIA. INVIABILIDADE. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DA AUTORIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA CARACTERIZADA PELA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE EVIDENCIADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS NÃO DETERMINANTES PARA A REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR COMPROVADA. MOTIVAÇÃO ADEQUADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM CONHECIDA, MAS DENEGADA.
(Habeas Corpus n.º 2013.011.923-7, Rel. Des. Maria Zeneide Bezerra, órgão julgador: Câmara Criminal, julgado em 13.08.2013)

c) Tribunais diversos:

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FRAGRANTE EM PREVENTIVA. POSSIBILIDADE PREVISTA EM LEI. PRESENTES OS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA. ORDEM DENEGADA. **1. É**



cabível a conversão da prisão em flagrante em preventiva, independentemente de requisição de Delegado de Polícia ou de requerimento do Ministério Público, ou seja, ex officio, nos termos do artigo 310, inciso II, do CPP, sem que o juiz viole o sistema acusatório. Precedentes do STJ. 2. Considerando o modus operandi e a gravidade concreta da conduta das lesões corporais provocadas na própria filha, de 1 (um) ano de idade; e na sobrinha, de 13 (treze) anos, além de lesões corporais em outras vítimas, impõe-se a manutenção da prisão preventiva da Paciente para garantia da ordem pública. 3. Ordem denegada. (TJDFT, Acórdão 1148905, 07004316020198070000, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 31/1/2019, publicado no PJe: 11/2/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada) – destaquei.

Conclui-se, enfim, que a despeito do modelo acusatório positivado na Constituição Federal, o processo penal brasileiro ainda necessitava de novos “reparos” para a sua plena conformação com o espírito do legislador constituinte que, ao inserir nas atribuições do Ministério Público a exclusiva responsabilidade de propor a ação penal pública, quis configurar um sistema processual no qual o Juiz possa, de fato, se manter equidistante das partes, preservando-se aquilo que ele tem de mais valioso: a sua imparcialidade.

4. DA SISTEMÁTICA DA LEI N.º 13.964/2019 (“PACOTE ANTICRIME”) E DA ILEGALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA EX OFFICIO RESULTANTE DA CONVERSÃO DO FLAGRANTE DELITO:

A sistemática legal introduzida pela Lei nº 13.964/2019, que incorporou no Código de Processo Penal diversas e impactantes novidades, intencionou retirar do Magistrado qualquer iniciativa processual, de modo a reafirmar no ordenamento jurídico pátrio, na sua plenitude, o atual modelo acusatório, *ex vi* do art. 129, I, da Constituição Federal.



De fato, qualquer iniciativa pró-acusatória do Juiz, seja na fase de investigação, como a conversão *ex officio* de prisão em flagrante em preventiva nos, seja na fase processual, compromete a sua imparcialidade, na exata medida em que, buscando esse prévio contato com os elementos informativos produzidos na fase pré-processual, o Magistrado forma uma pré-convicção em desfavor do acusado.

Não por outra razão, aliás, o Pacote Anticrime introduziu o art. 3º-A ao Código de Processo Penal, o qual, ainda que suspensa sua eficácia por força da cautelar concedida pelo Eminentíssimo Ministro Luiz Fux nos autos da ADI n.º 6.298-DF, serve de norte para o presente estudo, *in verbis*:

Art. 3º-A. 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.

A introdução da figura do Juiz das Garantias, “*responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário*” (art. 3º-B do CPP, com eficácia suspensa na ADI n.º 6.298-DF), denota também o escopo maior de preservação da imparcialidade do Juiz.

Nessa linha de raciocínio, o sistema de medidas cautelares, que consta no Título IX do Código de Processo Penal, recebeu do legislador grandes ajustes para alinhar-se com o propósito de imparcialidade e equidistância das partes idealizado pelo sistema constitucional acusatório.

Antes da Lei n.º 13.964/2019, as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no Título IX, do CPP, poderiam ser decretadas de ofício pelo Juiz, mas somente no curso do processo penal. Sucede que essa possibilidade foi extinta



pelo Pacote Anticrime, o qual, modificando o art. 282, § 2º, do CPP, suprimiu a expressão “de ofício” constante de sua redação originária. Confira-se:

Redação anterior

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

(...)

§ 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.

Redação dada pela Lei n.º 13.964/19

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.

Do mesmo modo, já não há mais referência no CPP à expressão “de ofício”, relativamente à conversão/substituição da medida cautelar na hipótese de seu descumprimento, confira-se:

Redação anterior

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

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

Redação dada pela Lei n.º 13.964/19

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

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).



Seguindo a mesma lógica, a expressão “de ofício” constante na redação do art. 311 do CPP, que trata da prisão preventiva, também foi suprimida, vedado ao Juiz, portanto, decretar a prisão preventiva de ofício, seja na fase de investigação, seja na fase processual, pouco importando o momento.

Redação anterior

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Redação dada pela Lei nº 13.964/2019

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.

Aliás, a própria regulamentação das audiências de custódia, inserida pela Lei n.º 13.964/2019, que atualizou o art. 310 do CPP, exige a participação do membro do Ministério Público e da defesa no referido ato processual, de modo que qualquer decisão sobre o flagrante delito, em prejuízo do status libertatis do indivíduo preso, deve se dar mediante prévio requerimento das partes.

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:

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.



A inserção dessas novidades no Código de Processo Penal, as quais concretizam na plenitude o sistema constitucional-acusatório, se lidas e interpretadas em conjunto, desautorizam qualquer interpretação no sentido de que ao Juiz é permitido converter de ofício o flagrante delito em prisão preventiva, mesmo que uma interpretação literal do art. 310, II, do CPP, segundo o qual, na audiência de custódia, o Juiz deverá, fundamentadamente, converter a prisão flagrancial em custódia cautelar, possa resultar em uma conclusão contrária.

Isso porque o uso da expressão “deverá” deve ser lido como sinônimo de obrigatoriedade da audiência de custódia, um mandamento dirigido ao Poder Judiciário, jamais no sentido de se conferir uma permissividade à atuação oficiosa do Juiz, em desrespeito ao perfil acusatório definido pela Constituição Federal.

Nessa linha de raciocínio, o ilustre professor e Promotor de Justiça ROGÉRIO SANCHES⁶ afirma que:

A Lei 13.964/19 (art. 3º - A CPP) prestigiando o sistema acusatório, acabou por acolher os ensinamentos acima, alterando novamente o art. 311 do CPP, agora proibindo o juiz agir de ofício em qualquer das fases da persecução. A decretação da prisão preventiva, a exemplo da temporária, depende de provocação.

Em igual sentido, leciona o também respeitado Promotor de Justiça RENATO BRASILEIRO DE LIMA⁷:

⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Ed. JusPodvim. pág. 259.

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. Único. 8ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodvim. p. 946.



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.

O aperfeiçoamento da nossa legislação para, enfim, alinhar-se ao verdadeiro propósito do sistema acusatório conduz à necessária conclusão de que, na específica hipótese prevista no art. 310, II, do CPP, a atuação oficiosa do Magistrado carece de absoluta legalidade.

Nem se invoque a tese de um suposto “poder geral de cautela” do Magistrado para justificar a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva, porque de fato não há, como bem adverte GUSTAVO BADARÓ⁸:

“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”.

Em um tema tão sensível como a privação (ou restrição) da liberdade individual, é inconcebível que exista um poder geral de cautela que permita ao Juiz valer-se de quaisquer medidas atípicas em prejuízo do investigado, do acusado ou do réu.

O processo penal, enquanto instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais do réu, funcionando como limitador do poder punitivo do Estado, não deve ficar à mercê do puro arbítrio do Juiz na condução do

⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2020. págs. 1137-1138.



processo, mas, ao revés, deve contar com a estrita observância da legislação, notadamente para fins de restrição ao direito de liberdade.

Com efeito, o princípio da estrita legalidade rege e determina a atuação do Estado, como exigência inafastável de um Estado Democrático de Direito.

A adoção de provimentos cautelares constritivos da liberdade individual, no curso da persecução criminal, é condicionada à prévia tipificação legal da (s) medidas (s), sob pena de ilícita intromissão estatal na esfera da liberdade alheia, que vem a revelar a verdadeira face inescrupulosa do puro arbítrio do Estado.

A contenção de eventuais abusos praticados por agentes estatais é, por excelência, o escopo maior de um processo penal de perfil democrático, regido pela estrita legalidade e tipicidade das medidas cautelares, destinado, como dito, a limitar o poder punitivo estatal.

E aqui, neste trabalho institucional, não se pode perder de vista as notáveis considerações do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, cujo voto vencedor, nos autos do Habeas Corpus n.º 188.888 – MG⁹, reconheceu que:

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

⁹ STF, Habeas Corpus n. 188.888 – MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., julgado em 06.10.2020, Dje 20.10.2020.



possíveis excessos e o arbítrio do Poder, especialmente em face de eventuais abusos perpetrados por agentes estatais no curso da "persecutio criminis.

As ideias são sintetizadas por BADARÓ¹⁰, que assim concluiu:

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.

Sucedem que, mesmo com as impactantes inovações trazidas pela Lei n.º 13.964/2019, juízes e Tribunais relutam em reconhecer a ilegalidade da conversão, de ofício, do flagrante delito em prisão preventiva porque partem de uma premissa equivocada de que o Pacote Anticrime em nada modificou a interpretação passada, segundo a qual o art. 310, II, do CPP não exigiria prévio requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, mas, ao revés, determinaria ao Juiz que, presentes os requisitos e pressupostos legais, decretasse a custódia cautelar de ofício.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, por exemplo, em julgados de 2020, decidiu que a reforma da Lei n.º 13.964/2019, nada obstante as impactantes inovações na matéria, não proibiu a conversão, de ofício, da prisão flagrancial em preventiva.

No Habeas Corpus de n.º 0800216-94.2020.8.20.5400, a título de ilustração, em meio às novidades do Pacote Anticrime, a Corte potiguar deliberou,

¹⁰ Id., 2020. pg. 1220-1222.



no dia 25 de maio de 2020, pela legalidade da prisão preventiva resultante da conversão, *ex officio*, do flagrante delito, em acórdão assim redigido:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* LIBERATÓRIO, COM PEDIDO DE LIMINAR. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 33, *CAPUT*, E 35, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/2006). PLEITO DE REEXAME DA PREVENTIVA EM FACE DA PANDEMIA DA COVID-19. RECOMENDAÇÃO Nº 62/2020 DO CNJ. NÃO CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRETENSO RELAXAMENTO OU REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. **RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA INEXISTENTE NO CÓDIGO DE RITOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 310, *CAPUT*, E II, CPP.** SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. ELEMENTOS CONCRETOS QUE SE INSEREM NOS ARTS. 312 E 313, I, DO CPP. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. INEFICÁCIA DE QUALQUER DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. CONSONÂNCIA PARCIAL COM O PARECER DA 7ª PROCURADORIA DE JUSTIÇA. (TJRN, Habeas Corpus n.º 0800216-94.2020.8.20.5400, Rel. Des. Gilson Barbosa, Câmara Criminal, julgado em 25.05.2020) – g.n.

Em nova oportunidade, no Habeas Corpus n.º 0806957-54.2020.8.20.0000, a Corte local reafirmou sua convicção no sentido da plena legalidade da prisão preventiva assim decretada:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE ARMA DE USO RESTRITO (ARTS. 33 DA LEI 11.343/06 E 16, §1º, V DA LEI 10.826/03). PACOTE ANTICRIME. CONVERSÃO, DE OFÍCIO, DO FLAGRANTE EM PREVENTIVA. POSSIBILIDADE. ATO CONSTRITIVO FULCRADO NOS ARTS. 310, II, E 312 DO CPP. PRECEDENTES DO STJ. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONHECIMENTO E DENEGAÇÃO. (TJRN, Habeas Corpus n.º 0806957-54.2020.8.20.0000, Rel. Des. Roberto Guedes (Juiz Convocado), Câmara Criminal, julgado em 25.09.2020) – g.n.



Entendimento confirmado por alguns dos Tribunais de Justiça do país. A propósito, cite-se acórdãos do TJGO e do TJDFT que, mesmo com o advento da Lei n.º 13.964/2019, reconheceram a legalidade da prisão:

HABEAS CORPUS - CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA - POSSIBILIDADE - ROUBO - CONCURSO DE PESSOAS E USO DE ARMA BRANCA - PERICULOSIDADE - ORDEM PÚBLICA. **1) "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" (STJ - Tema 10 em Direito Processual Penal).** 2) A ordem pública traz em seu bojo a necessidade de preservar a coletividade dos riscos advindos do agente infrator. O crime praticado com violência concreta, mediante a rendição da vítima com um faca em seu pescoço, é fundamento idôneo a justificar a segregação, dada a periculosidade do agente. (TJDFT, Acórdão 1278719, 07269061920208070000, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 27/8/2020, publicado no PJe: 19/9/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.) – g.n.

Tráfico de drogas. Prisão Preventiva Convertida. Habeas corpus sustentando: falta de requerimento do Ministério Público; carência de fundamentação; ausência dos requisitos legais; suficiência de cautelar diversa. **(1) 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.** (2) A necessidade e adequação da prisão preventiva está alinhada com a orientação jurisprudencial, no sentido de que a periculosidade do paciente, evidenciada pelas circunstâncias do fato (tráfico interestadual de 1,5 quilo de cocaína), constitui fundamentação idônea para a decretação da prisão preventiva, não sendo, pelo mesmo motivo, suficiente cautelar diversa. Aliado a isso, o paciente possui condenação por furto qualificado em outra unidade federativa, situação que autoriza a manutenção da prisão pelo risco concreto de reiteração delitiva. (3) Pedido de habeas corpus conhecido e indeferido. Parecer acolhido. (TJGO, Habeas Corpus n. 5364923-50.2020.8.09.0000, Rel. Des. Edison Miguel da Silva Jr., 2ª Câmara Criminal, julgado em 27.08.2020, public. Dje 18.09.2020) – g.n.



Um pronunciamento dos Tribunais Superiores não tardou a chegar e, inicialmente, contrário à tese sustentada neste trabalho institucional.

O Superior Tribunal de Justiça, especialmente por sua Quinta Turma Criminal, em diversas ocasiões no decorrer do ano, manifestou-se no sentido de que, quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP, o Juiz poderá converter a prisão em flagrante, de quem quer que seja, em preventiva, mesmo de ofício, não havendo falar em nulidade, vejamos:

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.** (...) 4. Recurso não provido. (STJ, RHC 120.281 – RO, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05.05.2020, public. Dje 15.05.2020) – g.n.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) **IV - A jurisprudência desse Superior Tribunal de Justiça tem referendado que: "Embora o art. 311 do CPP, aponte a impossibilidade de decretação da prisão preventiva, de ofício, pelo Juízo, é certo que, da leitura do art. 310, II, do CPP, observa-se que cabe ao Magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, proceder a sua conversão em prisão preventiva, independentemente de provocação do Ministério Público ou da Autoridade Policial, desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP, exatamente como se verificou na hipótese dos autos, não havendo falar em nulidade quanto ao ponto" (HC n. 581.811/MG, Quinta turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Dje de 10/08/2020, grifei).**(...) Agravo regimental desprovido.



(STJ, AgRg no RHC 131.371 – MT, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 08.09.2020, public. Dje. 15.09.2020)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. NULIDADE DA PREVENTIVA. NÃO OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. HIPÓTESE DE CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PREVENTIVA. ART. 310, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. PRECEDENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. MODUS OPERANDI. RISCO AO MEIO SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. (...) 2. **Embora o art. 311 do CPP, aponte a impossibilidade de decretação da prisão preventiva, de ofício, pelo Juízo, é certo que, da leitura do art. 310, II, do CPP, observa-se que cabe ao Magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, proceder a sua conversão em prisão preventiva, independentemente de provocação do Ministério Público ou da Autoridade Policial, desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP, exatamente como se verificou na hipótese dos autos, não havendo falar em nulidade quanto ao ponto. (...)** 7. Habeas corpus não conhecido.

(STJ, HC 539.645 – RJ, rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18.08.2020, public. Dje 24.08.2020)

Porém, um acórdão em específico da Sexta Turma, no Habeas Corpus n.º 583.995, da lavra do Ministro Rogério Schietti Cruz¹¹, chama a atenção pelo fato de tentar a desmistificação da (i) legalidade em torno da prisão preventiva *ex officio*, resultante da conversão do flagrante delito, cuja ementa se transcreve:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. MODELO BRASILEIRO. CÓDIGO DE 1941. ADOÇÃO DE UMA ESTRUTURA PREDOMINANTEMENTE ACUSATÓRIA. REMANESCENTE INCLINAÇÃO INQUISITORIAL EM DISPOSITIVOS PROCESSUAIS (ARTS. 5º, II; 10, §1º; 28; 156, I E 574, SEGUNDA PARTE, CPP E ART. 13, LEI N. 9.296/1996, ART. 13). ADAPTABILIDADE À REALIDADE BRASILEIRA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE PROVOCAÇÃO. ART. 311 DO CPP, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 13.964/2019. CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PREVENTIVA. HIPÓTESE PARTICULAR. PROVIDÊNCIAS PREVISTAS NO ART. 310 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE ATIVIDADE

¹¹ HC 583.995 – MG, Rel. Min. SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15 de setembro de 2020, Dje 07 de outubro de 2020).



PROPRIAMENTE OFICIOSA DO JUIZ. FUNDAMENTAÇÃO. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. OFENSA À ORDEM PÚBLICA (REITERAÇÃO DELITIVA E PREMEDITAÇÃO). MOTIVAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS DENEGADO. LIMINAR CASSADA.

Ab initio, o Ministro Relator discorre que, a despeito do modelo acusatório adotado pelo CPP, de 1941, continuam em vigor dispositivos de “*provável comprometimento psicológico do juiz*”, assim sustentando:

“1. O Código de Processo Penal de 1941 adota um modelo no qual ao juiz é reservado o papel de apenas julgar, e não o de também investigar, o que, de certo modo, situou o Brasil em posição de vantagem – máxime após a Constituição de 1988 – com relação a povos de maior tradição jurídica, como a França, a Espanha e a Itália, que apenas no final do século passado se renderam a reformas tendentes a instituir uma estrutura mais acusatória a seus procedimentos penais.

2. Continuam em vigor, porém, dispositivos do CPP, como o art. 5º, II (que permite ao juiz requisitar a instauração de inquérito policial), o art. 10, § 1º (que torna a autoridade judiciária a destinatária do inquérito policial), o art. 156, I (que faculta ao juiz ordenar, de ofício, a produção antecipada de provas, mesmo durante o inquérito policial, se considerá-las “urgentes e relevantes”), bem como o art. 574, segunda parte (que determina ao juiz submeter sua decisão, mesmo sem recurso da parte, ao exame da jurisdição superior, nos casos ali indicados).

3. Também se poderiam acrescentar a esse rol de dispositivos outras situações de provável comprometimento psicológico do juiz, como o mecanismo de controle do arquivamento do inquérito policial positivado no art. 28 do CPP – ainda em vigor, dada a suspensão, pelo STF, da vigência da nova redação dada a tal preceito pela Lei n 13.964/2019 – em decorrência do qual o juiz se substitui ao órgão de acusação no exame da suficiência de elementos informativos para dar início a uma ação penal, ao ser autorizado a recusar a promoção de arquivamento das investigações. Em tal hipótese, não rara no cotidiano forense, recaem relevantes dúvidas sobre a imparcialidade do juiz que, após remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, recebe-os de volta com uma denúncia ofertada contra o investigado cujo inquérito se recusou a arquivar, mesmo com o anterior pedido do membro do Ministério Público”.

Isto é, na convicção do Ministro SCHIETTI CRUZ, segundo o qual “*mesmo em processo com estrutura acusatória, existem diversas situações nas quais se*



realizam atividades judiciais sem provocação do titular da ação penal (...)”, não há dogmas ou princípios absolutos. E acrescenta que:

“6. Com a edição da Lei nº 13.964/2019, que deu nova redação ao art. 311 do CPP, não mais se permite ao juiz decretar a prisão preventiva do investigado ou réu, sem provocação do Ministério Público ou da autoridade policial.

7. Diversa, porém, é a situação em que o juiz converte, por força de comando legal, a prisão em flagrante em alguma(s) medida(s) cautelar(es) de natureza pessoal, inclusive a prisão preventiva, porquanto, nesta hipótese, regulada pelo art. 310 do CPP, o atuado já foi preso em flagrante delito e é trazido à presença da autoridade judiciária competente, após a lavratura de um auto de prisão em flagrante, como determina a lei processual penal, para o controle da legalidade e da necessidade da prisão, bem como da observância dos direitos do preso, especialmente o de não sofrer coação ou força abusiva pelos agentes estatais responsáveis por sua prisão e guarda.

8. Não há, em tal situação, uma atividade propriamente oficiosa do juiz, porque, a rigor, não apenas a lei obriga o ato judicial, mas também, de um certo modo, há o encaminhamento, pela autoridade policial, do auto de prisão em flagrante para sua acurada análise, na expectativa, derivada do dispositivo legal (art. 310 do CPP), de que o juiz, após ouvir o atuado, adote uma das providências ali previstas, inclusive a de manter o flagranciado preso, já agora sob o título da prisão preventiva.

9. Ainda que não seja o modelo ideal – no qual deve ser a questão cautelar decidida em audiência de custódia, com a presença do Ministério Público e da defesa do atuado – eventual não realização, por motivo justificado, dessa audiência no prazo legal não desautoriza a excepcional conversão da prisão em flagrante, sem prévia manifestação do órgão ministerial ou da autoridade policial, em prisão preventiva, dando-se oportunidade, em momento imediatamente posterior, ao exercício do contraditório diferido, com possível revisão do ato judicial”.

O Relator insiste na tese difundida pelos partidários da legalidade de que a conversão do flagrante pelo Juiz, de ofício, em custódia cautelar, é uma hipótese completamente diversa da decretação da prisão preventiva *ex officio* no curso de uma ação penal, tese que, convenhamos, não tem respaldo na nova sistemática introduzida pela Lei n.º 13.964/2019.



Ocorre que, já nos fins de 2020, especificamente no mês de outubro, uma virada histórica jurisprudencial modificou compreensão da jurisprudência acerca da tradicional concepção de que o art. 310, II, do CPP permitiria uma atuação oficiosa do Magistrado.

O divisor de águas ocorreu, de fato, com a decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, que, em julgamento de 06 de outubro de 2020, nos autos do Habeas Corpus n.º 188.888 – MG, prolatou um extenso acórdão, da lavra do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, decidindo pela ilegalidade da prisão preventiva *ex officio* em qualquer situação, inclusive no contexto de audiência de custódia.

Compreendeu a Suprema Corte que a reforma introduzida pela Lei n.º 13.964/2019, readequou o regime jurídico de provimentos cautelares pessoais às verdadeiras exigências democráticas do processo penal acusatório, de modo a vedar, em absoluto, em qualquer fase da *persecutio criminis*, a decretação da prisão preventiva sem prévio requerimento das autoridades ministeriais e policiais.

Eis uma parte do v. acórdão paradigmático:

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 Nº 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, MESMO ASSIM, DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO ORA PACIENTE EM PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE DE TAL ATO, QUER EM FACE DA



ILEGALIDADE DESSA DECISÃO, QUER, AINDA, EM RAZÃO DE OFENSA A UM DIREITO BÁSICO, QUAL SEJA O DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, QUE TRADUZ PRERROGATIVA INSUPRIMÍVEL ASSEGURADA A QUALQUER PESSOA PELO ORDENAMENTO DOMÉSTICO E POR CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

– 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.

– 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” (grifei), 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.

Na compreensão pretoriana, não se extrai de um ato meramente descritivo, como o é o auto de prisão em flagrante, consubstanciado em um documento formal e obrigatório do Estado, uma representação tácita da autoridade policial fins de conversão do flagrante em prisão preventiva. Confira-se:

AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE – NATUREZA JURÍDICA – ELEMENTOS QUE O INTEGRAM – FUNÇÃO PROCESSUAL

– O auto de prisão em flagrante, lavrado por agentes do Estado, qualifica-se como ato de formal documentação que consubstancia, considerados os elementos que o compõem, relatório das circunstâncias de fato e de direito aptas a justificar a captura do agente do fato delituoso nas hipóteses previstas em lei (CPP, art. 302), tendo por precípua finalidade evidenciar – como providência



necessária e imprescindível que é – a regularidade e a legalidade da privação cautelar da liberdade do autor do evento criminoso, o que impõe ao Estado, em sua elaboração, a observância de estrito respeito às normas previstas na legislação processual penal, sob pena de caracterização de injusto gravame ao “status libertatis” da pessoa posta sob custódia do Poder Público. Doutrina.

– Mostra-se inconcebível que um ato de natureza meramente descritiva, como o é o auto de prisão em flagrante, limitado a relatar o contexto fático-jurídico da prisão, permita que dele infira-se, por implicitude, a existência de representação tácita da autoridade policial, objetivando, no âmbito da audiência de custódia, a conversão da prisão em flagrante do paciente em prisão preventiva.

– A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, no contexto da audiência de custódia, somente se legitima se e quando houver, por parte do Ministério Público ou da autoridade policial (ou do querelante, quando for o caso), pedido expresso e inequívoco dirigido ao Juízo competente, pois não se presume – independentemente da gravidade em abstrato do crime – a configuração dos pressupostos e dos fundamentos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, que hão de ser adequada e motivadamente comprovados em cada situação ocorrente. Doutrina.

De igual modo, a tese de um “poder geral de cautela” do Magistrado sucumbiu na Suprema Corte, que assim decidiu naquele v. acórdão:

PROCESSO PENAL – PODER GERAL DE CAUTELA – INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE ESTRITA E DA TIPICIDADE PROCESSUAL – CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DA ADOÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS, INESPECÍFICAS OU INOMINADAS EM DETRIMENTO DO “STATUS LIBERTATIS” E DA ESFERA JURÍDICA DO INVESTIGADO, DO ACUSADO OU DO RÉU – O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DA LIBERDADE JURÍDICA DAS PESSOAS SOB PERSECUÇÃO CRIMINAL.

– Inexiste, 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. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica das pessoas sob persecução criminal. Doutrina. Precedentes: HC 173.791/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 173.800/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 186.209- - MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.



O Supremo Tribunal Federal, inclusive por decisões monocráticas de seus Ministros, tem reconhecido a ilegalidade da prisão preventiva *ex officio* resultante da conversão do flagrante delito¹².

O tema, porém, não é de todo pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pairando, neste momento, uma zona cinzenta entre as suas Turmas Criminais.

Isso porque, e aqui já foi dito em linhas pretéritas, no decorrer de 2020, o STJ, em vários julgados, confirmou a legalidade da prisão assim decretada no contexto de flagrante delito¹³.

Mais recentemente, a Quinta Turma, nos autos do Habeas Corpus n.º 590.039 – GO, revisou o seu posicionamento anterior à luz das novidades inseridas pela Lei Anticrime e decidiu que a Lei n.º 13.964/2019 excluiu sim, de uma vez por todas, a possibilidade de o Juiz fazer, de ofício, a conversão do flagrante em preventiva. Eis o acórdão do referenciado *writ*:

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

¹² Habeas Corpus n.º 193.053 – MG, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 29 de outubro de 2020, publicado no DJe de 3 de novembro de 2020.

¹³ HC 583.995 – MG, Rel. Min. SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15 de setembro de 2020, DJe 07 de outubro de 2020; HC 539.645 – RJ, rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18.08.2020, public. Dje 24.08.2020



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.

(STJ, HC 590.039-GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, QUINTA TURMA, julgado em 20 de outubro de 2020, DJe 29 de outubro de 2020).

A reinterpretção do art. 310 do CPP, à luz da sistemática introduzida pela Lei Anticrime, não contou com a compreensão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, até o presente momento, conserva a posição de que sim, é lícito ao Juiz converter *ex officio* a prisão em flagrante em preventiva.

A propósito:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. POSSIBILIDADE.

1. Na linha da orientação ainda prevalente nesta Corte, não há ilegalidade na conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício pelo Magistrado, desde que o faça em decisão concretamente fundamentada.

2. Ordem denegada.

(STJ, HC 605.305 – MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Red. p. Acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, SEXTA TURMA, julgado em 06.10.2020, DJe 27.10.2020)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA NÃO PRECEDIDA DE REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL OU DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. NÃO



CONFIGURAÇÃO. ARTS. 312 E 315 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. MEDIDA DESPROPORCIONAL. SUBSTITUIÇÃO POR CAUTELARES DIVERSAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE MOMENTÂNEA. COVID-19. AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS NÃO ELEVADA. RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CNJ. APLICÁVEL. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Quanto à pretensa nulidade decorrente da conversão do flagrante em prisão preventiva, de ofício, pelo Juízo singular, vê-se que a atuação do Magistrado se enquadra na hipótese do art. 310, II, do Código de Processo Penal.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que, a despeito das alterações efetivadas pela Lei n. 13.964/2019, não há nulidade na conversão da prisão em flagrante em custódia cautelar, de ofício, pelo Magistrado singular, diante da urgência com que deve ser tratada essa hipótese. Precedentes.

(...)

9. Recurso provido em parte para substituir a prisão preventiva do acusado pelas providências cautelares previstas no art. 319, IV e V, do CPP, sem prejuízo de outras medidas que o prudente arbítrio do Juízo natural da causa indicar cabíveis e adequadas, assim como do restabelecimento da constrição provisória, se houver violação das medidas cautelares ou sobrevier situação que configure a exigência da cautelar mais gravosa.

(STJ, RHC 131355, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 03.11.2020, DJe 24.11.2020).

A pacificação da matéria, *ao menos naquele Tribunal Superior*, deve ocorrer em breve, com a afetação do Recurso em Habeas Corpus n.º 131.263 à 3ª Seção do STJ, sob a relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior.

A jurisprudência dos TJ's também é vacilante quanto à definição da possibilidade (ou não) de o Juiz proceder, de ofício, à conversão do flagrante delito em prisão preventiva, tratando-se de matéria ainda bastante controvertida no âmbito dos tribunais locais.

A favor da ilegalidade:

HABEAS CORPUS. CRIME DE RECEPÇÃO. PACIENTE QUE TRAZIA CONSIGO UM PNEU DE ESTEPE FURTADO, CIENTE DA ORIGEM ESPÚRIA. MANIFESTAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA PELA LIBERDADE PROVISÓRIA CLAUSULADA. CONVERSÃO DE OFÍCIO DA



PRISÃO FLAGRANCIAL EM PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1 Paciente denunciado por infringir o artigo 180, do Código Penal, depois de ter sido preso em flagrante quando trazia consigo um pneu de estepe furtado, ciente da origem ilícita.

2 Com as inovações da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça afirma inadmissível a conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva, só admitindo a sua imposição a requerimento do Ministério Público, do assistente de acusação ou querelante, ou da Autoridade Policial.

3 Ordem concedida, mediante as cautelares alternativas requeridas pelo Ministério Público.

(Acórdão 1310221, 07480314320208070000, Relator: GEORGE LOPES, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 10/12/2020, publicado no PJe: 18/12/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA DE OFÍCIO, PELO JUIZ. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Com a mudança promovida pela Lei nº 13.964/2019, a expressão "de ofício" foi suprimida dos artigos 282 e 311, do CPP, razão pela qual não há mais espaço para a decretação da prisão preventiva sem prévio requerimento ou representação, sendo ilegal a segregação cautelar determinada de ofício pelo magistrado, seja na fase judicial ou extrajudicial. Precedentes do STJ e do STF. 2. Ordem concedida.

(Acórdão 1304548, 07480331320208070000, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, Relator Designado: JESUINO RISSATO 3ª Turma Criminal, data de julgamento: 26/11/2020, publicado no PJe: 15/12/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. VIA ELEITA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. ILEGALIDADE. NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 13.964/2019. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. 1) O writ é ação mandamental de natureza constitucional que reclama prova pré-constituída, não sendo permitida a análise de matérias que demandem dilação probatória, tais como, negativa de autoria delitiva e ausência de materialidade do fato. 2) Consoante previu a Lei 13.964/2019, em nova redação dada os artigos 310, 311 e 312 do Código de Processo Penal, configura flagrante constrangimento ilegal, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva do paciente, de ofício, ao afirmar a estrutura acusatória do processo penal, deixou claro que o magistrado deve exercer o papel de garantidor das liberdades e dos direitos fundamentais, mormente na



fase investigatória, consagrando os princípios da presunção de inocência e da imparcialidade do órgão jurisdicional. 4) Configurando-se ilegal o ato atacado, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, de ofício, pelo magistrado, apesar de evidenciados indícios da existência de crime de tráfico de drogas, concede-se a liberdade provisória vinculada ao cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão. PRECEDENTES (STF - MC no HC 186.421/SC; STJ - HC 590039/GO). 5) ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E CONCEDIDA, COM APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES.

(TJGO, Habeas Corpus n.º 5525522-60.2020.8.09.0000, Rel. Des. Nicomedes Borges, 1ª Câmara Criminal, julgado em 17.12.2020, public. DJe 18.12.2020).

Em sentido contrário:

Ementa: HABEAS CORPUS. VIAS DE FATO E DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CONVERSÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. PREVENTIVA DECRETADA, DE OFÍCIO, NA ORIGEM. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE, COM BASE NO QUE DISPÕE O ART. 310, INCISO II DO CPP. NECESSIDADE DE ASSEGURAR A INCOLUMIDADE DA ORDEM PÚBLICA, ALÉM DE GARANTIR EFETIVA PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSICOLÓGICA DA VÍTIMA. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PREDICADOS PESSOAIS QUE NÃO OBSTAM A MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. ORDEM DENEGADA. RESTABELECIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA NA ORIGEM. (TJRS, Habeas Corpus Criminal, Nº 70084654136, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Andréia Nebenzahl de Oliveira, Julgado em: 17-12-2020)

Direito Processual Penal. Habeas Corpus. Prisão em flagrante convertida em preventiva, de ofício, pelo Juízo do NAC. Alegação de nulidade da decisão, porquanto o Ministério Público se manifestou pela concessão da liberdade provisória, com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão. Improcedente. Mesmo após o advento da Lei n. 13.964/2019, de acordo com o art. 310, II, do Código de Processo Penal, não há óbice à decretação da prisão preventiva, de ofício, pelo Juízo do NAC, pois ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá converter a prisão em flagrante em preventiva quando presentes os requisitos legais e revelarem-se inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Crime de ameaça em contexto de violência doméstica. Prisão preventiva. Desproporcionalidade. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva por outras medidas cautelares diversas da prisão. (Acórdão 1311033, 07477144520208070000, Relator: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, 3ª Turma Criminal, data de julgamento: 10/12/2020, publicado no PJe: 18/12/2020)



Na crença deste autor, a tendência é que, a partir do precedente do STF, uma jurisprudência se consolide no sentido de afirmar a impossibilidade de o Juiz converter, de ofício, o flagrante delito em prisão preventiva.

5. **CONCLUSÃO:**

O perfil acusatório delineado pelo art. 129, I, da Constituição Federal, aperfeiçoado pela Lei n.º 13.964/2019, impõe uma rígida separação das funções processuais de acusar, defender e julgar.

Afirma-se, nesse raciocínio, que o modelo constitucional - acusatório impõe determinadas limitações ao Juiz na condução do processo, vedando, por exemplo, iniciativas processuais pró-acusatórias e tendentes ao comprometimento de sua imparcialidade, em especial na tomada de providimentos cautelares restritivos da liberdade individual.

A recentíssima Lei n.º 13.964/2019 introduziu em nosso Código de Processo Penal significativas mudanças processuais para, enfim, alinhar-se com a essência do perfil acusatório definido pela Constituição Federal, ao menos no que se refere ao regime jurídico das medidas cautelares disposto no Título IX do Código Processual Penal.

A supressão do termo “de ofício” das redações do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, conduz à necessária conclusão de que o Código Processual veda, em absoluto, em qualquer momento da persecução penal, a decretação da prisão preventiva de ofício.

Ou seja, a partir da Lei nº 13.964/2019, as prisões cautelares só devem ser decretadas mediante provocação das autoridades ministeriais e policiais, se



e quando presentes os seus requisitos e pressupostos legais, mesmo no contexto da audiência de custódia.

O discurso jurisprudencial passado, que confirmava a possibilidade de, na análise do flagrante delito, proceder-se à conversão de ofício em prisão preventiva, em uma interpretação literal do art. 310 do CPP, nunca se compatibilizou, de fato, com o processo penal de perfil acusatório delineado pela Constituição Federal.

Hoje, a jurisprudência avança para reconhecer a inteira incompatibilidade da prisão *ex officio*, resultante da conversão do flagrante delito, com o modelo acusatório.

A decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que, em julgamento de 06 de outubro de 2020, nos autos do Habeas Corpus n.º 188.888 – MG, prolatou um extenso acórdão, da lavra do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, deliberando pela ilegalidade da prisão preventiva *ex officio* em qualquer situação, inclusive no contexto da audiência de custódia, representa um grande passo na consolidação de uma jurisprudência favorável à tese defendida no presente estudo institucional.

Porém, o tema ainda é recheado de polêmicas em razão de interpretações díspares que giram em torno da Lei n.º 13.964/2019, exsurgindo decisões dos Tribunais tanto pela legalidade quanto pela ilegalidade da prisão decretada de ofício por ocasião do exame do flagrante delito.



Resta-nos, enfim, apenas aguardar uma consolidação jurisprudencial acerca da definição sobre a (im) possibilidade de conversão, de ofício, do flagrante em prisão preventiva, que deverá ocorrer nos próximos anos.