



Terceira Seção

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 131.263-GO (2020/0185030-3)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior

Recorrente: Vinicius Augusto Lima da Silva (Preso)

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Goiás

Recorrido: Ministério Público do Estado de Goiás

Interes.: Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores - GAETS - "Amicus Curiae"

Advogados: Defensoria Pública do Distrito Federal

Defensoria Pública do Estado da Bahia

Defensoria Pública do Estado de Goiás

Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Defensoria Pública do Estado de Pernambuco

Defensoria Pública do Estado do Amazonas

Defensoria Pública do Estado do Ceará

Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo

Defensoria Pública do Estado do Pará

Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

Defensoria Pública do Estado do Tocantins

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

EMENTA

Processual Penal. Recurso em *habeas corpus*. Prisão. Conversão *ex officio* da prisão em flagrante em preventiva. Impossibilidade. Necessidade de requerimento prévio ou pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo assistente, ou, por fim, mediante representação da autoridade policial.

1. Em razão do advento da Lei n. 13.964/2019 não é mais possível a conversão *ex officio* da prisão em flagrante em prisão preventiva. Interpretação conjunta do disposto nos arts. 3º-A, 282, § 2º, e 311, *caput*, todos do CPP.

2. *Impossibilidade, de outro lado, da decretação “ex officio” de prisão preventiva em qualquer situação (em juízo ou no curso de investigação penal) inclusive no contexto de audiência de custódia (ou de apresentação), sem que se registre, mesmo na hipótese da conversão a que se refere o art. 310, II, do CPP, prévia, necessária e indispensável provocação do Ministério Público ou da autoridade policial. Recente inovação legislativa introduzida pela Lei n. 13.964/2019 (“Lei Anticrime”), que alterou os arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311 do Código de Processo Penal, suprimindo ao magistrado a possibilidade de ordenar, “sponte sua”, a imposição de prisão preventiva. Não realização, no caso, da audiência de custódia (ou de apresentação). Inadmissibilidade de presumir-se implícita, no auto de prisão em flagrante, a existência de pedido de conversão em prisão preventiva. Conversão, de ofício, mesmo assim, da prisão em flagrante do ora paciente em prisão preventiva. Impossibilidade de tal ato, quer em face da ilegalidade dessa decisão. [...] – A reforma introduzida pela Lei n. 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro. – A Lei n. 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (grifo nosso), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “ex officio” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. – A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência. [...]*

– *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. 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 n. 173.791/MG, Ministro Celso de Mello – HC n. 173.800/MG, Ministro Celso de Mello – HC n. 186.209 - MC/SP, Ministro Celso de Mello, *v.g.* (HC n. 188.888/MG, Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 6/10/2020).

3. Da análise do auto de prisão é possível se concluir que houve ilegalidade no ingresso pela polícia do domicílio do paciente e, por conseguinte, que são inadmissíveis as provas daí derivadas e, conseqüentemente, sua própria prisão. Tal conclusão autoriza a concessão de ordem de ofício.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, e o voto da Sra. Ministra Laurita Vaz, acompanhando a divergência, por maioria, dar provimento ao recurso em *habeas corpus* para invalidar, por ilegal, a conversão *ex officio* da prisão em flagrante do ora recorrente em prisão preventiva, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Felix Fischer.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília (DF), 24 de fevereiro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 15.4.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: *Vinicius Augusto Lima da Silva* foi preso em flagrante, no dia 8/5/2020, por ter, supostamente, praticado o crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 5211591.04.2020.8.09.0149).

O Tribunal de Justiça de Goiás manteve a custódia cautelar do recorrente após julgar o HC n. 5224068.21.2020.8.09.0000. O acórdão recebeu a seguinte ementa (fl. 100 - grifo nosso):

Habeas corpus. Tráfico de drogas. *Prisão preventiva decretada sem representação do Ministério Público. Nulidade. Inocorrência*. Decisão fundamentada. Predicados pessoais favoráveis. Não comprovação pedido de prisão domiciliar. Pandemia viral. Risco de contágio pelo Coronavírus. Princípios constitucionais. Não violação.

1) *Se o paciente não se encontrava solto e teve, de ofício e de modo originário, decretada a custódia preventiva, o que é vedado pela regra do artigo 311 do Código*

de Processo Penal, mas sim foi detido em flagrante e teve a referida constrição precautelada convertida em preventiva, o que é permitido pelo artigo 310, inciso II, daquele mesmo diploma legal, sem a necessidade de representação de autoridade policial ou do Ministério Público, não se há de cogitar na invalidade da prisão preventiva.

2) Estando a decisão que decretou a prisão preventiva motivada em elementos concretos emergentes dos autos que demonstrem a sua necessidade para garantir a ordem pública, mormente diante do risco de reiteração delitiva, evidenciado por outros registros criminais do paciente, inclusive por crime de mesma natureza, tráfico de drogas, não há que se falar em constrangimento ilegal ou em imposição de medidas cautelares diversas.

3) Preenchidos os requisitos autorizadores da prisão preventiva, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, tornam-se irrelevantes os alegados predicados pessoais.

4) Não há se falar em revogação da custódia cautelar ou concessão de prisão domiciliar, diante da pandemia viral, quando não comprovada a precariedade das condições do local da segregação e nem mesmo que o paciente pertence ao grupo de risco de contágio pelo Covid-19.

5) Em sede de *habeas corpus* não comporta discussão acerca de um futuro regime prisional mais brando, em tese, a ser fixado no caso de condenação por exigir dilação probatória.

Ordem conhecida, em parte, e denegada.

Daí o presente recurso, em que se alega e se pede o seguinte, em resumo (fls. 113/121 - grifo nosso):

No caso em análise, a premissa que não foi observada no ato da autoridade coatora é a de que o juiz não pode converter/decretar a prisão preventiva de ofício, seja durante o curso da investigação, seja durante o curso da ação penal, exigindo prévio requerimento do MP ou representação da autoridade policial, sob pena de violação ao sistema acusatório e os delineamentos advindos das alterações produzidas pela Lei 13.964/19 nos artigos 310 e 311 do Código de Processo Penal.

Esse entendimento, inclusive, norteou as últimas alterações do Código de Processo Penal, advindas da Lei n. 13.964/2019, buscando afastar o juiz da atividade persecutória estatal, tudo em prol de sua imparcialidade. [...]

A decisão decretou a prisão sem indicar elementos do caso concreto. Não bastasse isso, asseverou que sua liberdade garantirá a ordem pública, sem se apoiar em dado específico do caso. Com isso, feriu o dever disposto no art. 93, IX, da Constituição. [...]

A prisão do paciente é desarrazoada e sua soltura é devida, nos termos do art. 5º, LVI da Constituição Federal. [...]

Ainda, é importante rememorar que o suposto delito pelo qual o paciente foi conduzido não é caracterizado pela violência ou grave ameaça, e, além disso, que o paciente se encontra preso em estabelecimento superlotado, qual seja, Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia. [...]

Requer [...] seja recebido e conhecido o presente recurso, deferindo-se a medida liminar, inaudita altera pars, assegurando ao paciente a revogação da prisão preventiva, expedindo-se o respectivo alvará de soltura; no mérito, a Defensoria Pública pugna pela concessão da ordem para que seja concedido o direito de aguardar o julgamento do processo em liberdade, em razão da ausência de proporcionalidade na decretação da prisão preventiva do paciente, nos termos do artigo 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal.

Contrarrazões às fls. 131/136.

A liminar reclamada foi negada às fls. 144/145.

Informações prestadas às fls. 150/154.

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso (fls. 158/175):

Penal e Processual Penal. Recurso em 'Habeas Corpus' Presença de flagrante ilegalidade. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Ausência de materialidade comprovada. Imprescindível a análise do pedido de HC à luz do atual cenário de Pandemia (Covid 19). Caso que se amolda aos termos da Recomendação CNJ n. 62/2020. Pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Senhor Presidente, o ponto central do presente recurso é a possibilidade, ou não, de se decretar a prisão preventiva de ofício, mesmo se decorrente de prisão flagrante e mesmo se não tiver ocorrido audiência de custódia, em face do que dispõe a Lei n. 13.964/2019.

A questão, como é sabido, tem recebido interpretação divergente das duas Turmas que compõem a Terceira Seção desta Casa. Enquanto esta Sexta Turma, *por maioria*, tem entendido que é possível, sim, converter, como no caso concreto, a prisão em flagrante em preventiva, independentemente de requerimento, seja do Ministério Público, seja da autoridade policial (HC n. 583.995/MG, Ministro Nefi Cordeiro, relator para acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz,

julgado em 15/9/2020), a Quinta Turma tem entendido *unanimemente* de modo contrário (HC n. 590.039/GO, Ministro Ribeiro Dantas, DJe 29/10/2020).

Assim, preliminarmente, sugiro a afetação do presente feito à Terceira Seção para que a questão seja pacificada no âmbito deste Tribunal.

Prosseguindo, entendo que é caso de provimento do recurso por entender que, após o advento da Lei n. 13.964/2019, não é mais possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva sem provocação por parte ou da autoridade policial, do querelante, do assistente, ou do Ministério Público, mesmo nas situações em que não ocorre audiência de custódia.

Essa é a interpretação que faço, considerando o disposto no art. 3º-A do CPP, que, a meu ver, reafirma o sistema acusatório em que o juiz atua, vinculado à provocação do órgão acusador; no art. 282, § 2º, do CPP, que vincula a decretação de medida cautelar pelo juiz ao requerimento das partes ou quando, no curso da investigação criminal, à representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público; e, finalmente, no art. 311, também do CPP, que é expresso ao vincular a decretação da prisão preventiva a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou à representação da autoridade policial.

Não vejo, pedindo vênias aos que pensam em sentido contrário, diferença entre a conversão da prisão em flagrante em preventiva e a decretação da prisão preventiva como uma primeira prisão. Em ambas as situações, o fato relevante é que a prisão preventiva é decretada. A prisão preventiva não é uma consequência natural da prisão flagrante, logo é uma situação nova que deve respeitar o disposto, em especial, nos arts. 311 e 312 do CPP.

Importante lição colho de Rogério Sanches Cunha (grifo nosso):

A redação original do art. 311 permitia que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício, quer durante as investigações, que no processo criminal. Essa possibilidade, antes do advento da Lei n. 12.403, de 2011, já era objeto de crítica da jurisprudência, a se conferir: [...]

Corrigindo tal imperfeição, o disposto foi alterado pela Lei n. 12.403/11, que limitou esse poder durante as investigações. Nessa fase, vedou a decretação da prisão preventiva “ex officio”, devendo o juiz aguardar a provocação do Ministério Público ou da Autoridade Policial. Já no curso do processo, o juiz poderia decretá-la independentemente de pedido ou representação nesse sentido.

Mesmo com a mudança, parcela importante da doutrina lecionava que o ideal seria a retirada, do juiz, desse poder de agir de ofício, como forma de preservação

do sistema acusatório, que bem define a posição de cada um no processo penal. *Se ao juiz é dado o poder de julgar e se, para tanto, deve manter uma posição de equidistância e imparcialidade, seria mais adequado que se deixasse às partes a possibilidade de requerer a prisão preventiva (inclusive durante o curso do processo), evitando-se, com isso, qualquer ação do juiz "sponte própria". 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.*" (in *Pacote Anticrime*, Editora JusPodium, pág. 259)

Não enxergo, ainda, como o disposto no inciso II do art. 310 do CPP - possibilidade de o juiz converter a prisão em flagrante em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão - pode autorizar a conversão da prisão em flagrante em preventiva sem pedido expresso nesse sentido, já que tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto com os demais que cuidam da prisão preventiva.

Dessa forma, pode, sim, o juiz converter a prisão em flagrante em preventiva desde que, além de presentes as hipóteses do art. 312 e ausente a possibilidade de substituir por cautelares outras, haja o pedido expresso por parte ou do Ministério Público, ou da autoridade policial, ou do assistente ou do querelante.

Acrescento, aqui, como minhas razões de decidir, as expostas pelo Ministro Celso de Mello quando do julgamento do HC n. 188.888/MG (acórdão não publicado e julgamento em 6/10/2020) e pelo Ministro Ribeiro Dantas por ocasião do julgamento do HC n. 590.039/GO (DJe 29/10/2020). Acredito que tais razões complementam as que já antecipei, enfrentando, assim, todos os aspectos que campeiam a questão ora em debate (grifo nosso):

Há a considerar, ainda, um outro aspecto impregnado de extremo relevo jurídico, que, por si só, bastaria para justificar a concessão, de ofício, da ordem de "habeas corpus" em favor do ora paciente.

Refiro-me ao fato de que o exame da decisão que converteu, de ofício, a prisão em flagrante do ora paciente em prisão preventiva *evidencia que tal ato judicial, realizado ainda na fase pré-processual da "persecutio criminis", não foi precedido - tratando-se de delito perseguível mediante ação penal pública incondicionada - do necessário e prévio requerimento, formalmente dirigido ao magistrado, do Ministério Público ou, ainda, de representação da autoridade policial.*

Todos sabemos, Senhor Presidente, que a ordem normativa instaurada no Brasil em 1988, formalmente plasmada na vigente Constituição da República,

outorgou ao "Parquet", entre as múltiplas e relevantes funções institucionais que lhe são inerentes, a de "promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei" (CF, art. 129, inciso I – grifei), ressalvada a hipótese, que é excepcional, prevista no art. 5º, inciso LIX, da Carta Política.

Isso significa, portanto, que a Carta Política optou inequivocamente pelo sistema acusatório como modelo de persecução penal [...], acentuando, por esse motivo, com especial ênfase, que o monopólio da titularidade da ação penal pública pertence ao Ministério Público, que age, nessa condição, com exclusividade, em nome do Estado.

O exame do sistema acusatório, no contexto do processo penal democrático, tal como instituído pela nossa Carta Política, permite nele identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, entre os quais destacam-se, sem prejuízo de outras prerrogativas fundamentais, os seguintes: (a) *separação entre as funções de investigar, de acusar e de julgar*, (b) *monopólio constitucional do poder de agir outorgado ao Ministério Público em sede de infrações delituosas perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública*, (c) *condição daquele que sofre persecução penal, em juízo ou fora dele, de sujeito de direitos e de titular de garantias plenamente oponíveis ao poder do Estado*, (d) *direito à observância da paridade de armas, que impõe a necessária igualdade de tratamento entre o órgão da acusação estatal e aquele contra quem se promovem atos de persecução penal*, (e) *direito de ser julgado por seu juiz natural, que deve ser imparcial e independente* (f) *impossibilidade, como regra geral, de atuação "ex officio" dos magistrados e Tribunais, especialmente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade do investigado, acusado ou processado*, (g) *direito de ser constitucionalmente presumido inocente*, (h) *direito à observância do devido processo legal*, (i) *direito ao contraditório e à plenitude de defesa*, (j) *direito à publicidade do processo e dos atos processuais*, (k) *direito de não ser investigado, acusado ou julgado com base em provas originariamente ilícitas ou afetadas pelo vício da ilicitude por derivação*, (l) *direito de ser permanentemente assistido por Advogado, mesmo na fase pré-processual da investigação penal* (Lei n. 8.906/94, art. 7º, XXI, na redação dada pela Lei n. 13.245/2016), e (m) *direito do réu ao conhecimento prévio e pormenorizado da acusação penal contra ele deduzida.*

Enfatize-se, nesse contexto, que a reforma introduzida pela Lei n. 13.964/2019 ("Lei Anticrime") modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro.

É certo que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, promoverá a audiência de custódia (art. 310, "caput", do CPP, c/c o art. 4º da Resolução CNJ

n. 213/2015), momento no qual deverá, fundamentadamente, como deixei assentado em passagem anterior desta decisão, (a) relaxar a prisão, se constatar a ilegalidade do flagrante (CPP, art. 310, I), (b) conceder liberdade provisória, se estiverem ausentes as situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal ou se incidirem, na espécie, quaisquer das excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal (CPP, art. 310, III), ou, ainda, (c) converter o flagrante em prisão preventiva, se presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal (art. 310, II, do CPP).

De outro lado, 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 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”* (DE LIMA, Renato Brasileiro. *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.

[...]

Nem se alegue que o auto de prisão em flagrante constitui “uma espécie de representação tácita ou implícita” da autoridade policial para decretação da prisão preventiva.

É que o auto de prisão em flagrante – tal como adverte a doutrina [...] –, lavrado por agentes do Estado, qualifica-se como ato de formal documentação que consubstancia, considerados o 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.

Com efeito, a lavratura do auto de prisão em flagrante é uma obrigação imposta ao Estado, nele devendo constar, como regra geral, (a) o depoimento do condutor (CPP, art. 304, “caput”, primeira parte), (b) o depoimento, pelo menos, de duas testemunhas presenciais do fato (CPP, art. 304, “caput”, segunda parte), (c) o interrogatório do preso (CPP, art. 304, “caput”, parte final), (d) as informações “sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa” (CPP, art. 304, § 4º), e (e) a nota de culpa “assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas” (CPP, art. 306, § 2º).

Concluídas as diligências acima mencionadas e formalizado, desse modo, o auto de prisão em flagrante, este será encaminhado, em todas as hipóteses, ao Juízo competente em até 24 (vinte e quatro) horas após a prisão em flagrante (CPP, art. 306, § 1º), a significar, portanto, que se revelaria verdadeiro paradoxo admitir, entre as funções jurídico-processuais de referido auto, o caráter de representação tácita ou implícita para efeito de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, notadamente se se considerar que, mesmo quando concedida fiança pela autoridade policial (CPP, art. 322, “caput”), o auto, ainda assim, deverá ser lavrado e enviado ao órgão judiciário competente.

É preciso salientar, por oportuno, que a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, razão pela qual, via de regra, incumbe aos órgãos de persecução penal do Estado demonstrar, de forma inequívoca, a presença dos requisitos abstratos – juridicamente definidos em sede legal – autorizadores da decretação da prisão cautelar, eis que – tal como advertem eminentes doutrinadores [...] – jamais se presume a existência, em qualquer caso, independentemente da gravidade em abstrato do crime, dos pressupostos e dos fundamentos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, que – insista-se – não de ser adequada e motivadamente comprovados pelo Estado em cada situação ocorrente.

Desse modo, revela-se essencial, tratando-se de delito perseguível mediante ação penal pública incondicionada, que o formal e prévio requerimento do Ministério Público ou a representação da autoridade policial apresentem fundamentação substancial apta a demonstrar, de maneira inequívoca e incontestável, a materialidade dos fatos delituosos, a existência de meros indícios de autoria e as razões de necessidade justificadoras da prisão preventiva (HC n. 90.063/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.g.), sendo inconcebível, por isso mesmo, que um ato de natureza meramente descritiva, como o é o auto de prisão em flagrante, que se limita 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.

Nem se invoque, ainda, o argumento de que a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva justificar-se-ia em face do poder geral de cautela do magistrado penal.

É preciso advertir, na linha de autorizado magistério doutrinário [...], *que inexistente, em nosso sistema jurídico, em matéria processual penal*, tal como corretamente enfatiza o brilhante magistrado paulista RODRIGO CAPEZ (“Prisão e Medidas Cautelares Diversas: A Individualização da Medida Cautelar no Processo Penal”, p. 416/424, item n. 6.1.3, 2017, Quartier Latin), *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, atípicos ou inespecíficos.* (Voto do Ministro Celso de Mello no HC n. 188.888/MG, julgado em 6/10/2020 - grifo nosso)

“Isso porque a Lei n. 13.964/2019 - o chamado “Pacote Anticrime” - promoveu diversas alterações processuais, dentre as quais destaca-se a nova redação dada ao art. 282, § 2º, do Código de Processo Penal:

[...]

Como se vê, tal dispositivo tornou imprescindível, expressamente, o prévio requerimento das partes, do Ministério Público ou da autoridade policial, para ser possível a aplicação, por parte do Magistrado, de qualquer medida cautelar.

Ademais, a alteração introduzida no art. 311 do CPP, do qual foi suprimida a expressão “de ofício”, corrobora a interpretação segundo a qual passou a ser imprescindível a representação prévia para decretação da prisão cautelar, inclusive para conversão do flagrante em preventiva.

Assim, a atual redação do art. 311 do CPP, dispõe, *in verbis*:

[...]

Vê-se que ficou clara a intenção do legislador de retirar do Magistrado qualquer possibilidade de decretação, ex officio, da prisão preventiva.

No caso dos presentes autos, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva, nos seguintes termos:

[...]

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). (Ministro Dantas Ribeiro, HC n. 590.039/GO, Ministro Ribeiro Dantas, DJe 29/10/2020 - grifo nosso)

Por fim, a não realização da audiência de custódia (qualquer que tenha sido a razão para que isso ocorresse ou eventual ausência do representante do Ministério Público quando de sua realização) não autoriza a prisão, de ofício, considerando que o pedido para tanto pode ser formulado independentemente de sua ocorrência. O fato é que as novas disposições legais trazidas pela Lei n. 13.964/2019 impõem ao Ministério Público e à Autoridade Policial a obrigação de se estruturarem de modo a atender os novos deveres que lhes foram impostos.

Assim, tendo a prisão no caso concreto sido decretada de ofício pelo Juiz do feito, *dou provimento* ao recurso em *habeas corpus* para invalidar, por ilegal, a conversão *ex officio* da prisão em flagrante do ora recorrente em prisão preventiva. Ordem concedida de ofício, para anular o processo, *ab initio*, por ilegalidade da prova de que resultou sua prisão, a qual, por conseguinte, deve ser imediatamente relaxada também por essa razão.

VOTO

O Sr. Ministro Rogério Schietti Cruz:

I. Considerações iniciais

A questão versada nestes autos diz respeito à necessária decisão, por esta Seção – em face da divergência de entendimento entre as duas Turmas que a integram –, sobre a possibilidade ou não da conversão, *ex officio*, da prisão em flagrante em medida cautelar pessoal, especialmente a prisão preventiva, em

conformidade com a determinação do art. 310 do Código de Processo Penal, *vis-à-vis* a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, que alterou a redação dos artigos 282, § 2º, 310, § 4º (vigência suspensa por liminar do STF) e 311, todos do CPP.

A matéria tem sido objeto de diversos julgados, em sentido não coincidentes, de sorte a ser alvissareira a sua submissão ao quórum qualificado da Terceira Seção, para uniformizar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, com isso, conferir maior segurança jurídica aos jurisdicionados e estabilidade da jurisdição criminal.

A esse propósito, é gratificante ver como, no âmbito desta Corte, se confrontam pensamentos não coincidentes entre si, mediante o emprego de argumentos científicos e jurídicos, afastando alusões a ideologias ou abstrações nem sempre presentes em outras plagas.

Digo isso, como preliminar à explicitação do meu pensamento, já externado em outros votos e na seara acadêmica, porque vejo, aqui e acolá, uma certa absolutização, se me permitem o neologismo, de princípios que são, efetivamente, caros a qualquer processo penal, mas que demandam criteriosa interpretação e aplicação, sob pena de, como se diz no ditado popular, *buttare via l'acqua sporca con il bambino dentro*.

É preciso, então, louvar os benefícios que decorrem da adoção do processo com estrutura acusatória – grande conquista de nosso sistema pós-constituição de 1988 – sem, todavia, cairmos no equívoco de, por ilações contraditórias em setores doutrinários, desconsiderarmos que o processo penal, concebido e mantido acima de tudo para proteger o investigado/réu contra eventuais abusos do Estado em sua atividade persecutória e punitiva, também tutela outros interesses, igualmente legítimos, quais o da proteção da vítima e, mediatamente, da sociedade em geral.

É dizer, ao Estado tanto interessa punir os culpados quanto proteger os inocentes, o que faz por meio de uma jurisdição assentada em valores indissociáveis, ainda que não absolutos, quais a verdade e a justiça.

Em webnário realizado recentemente (<https://www.youtube.com/watch?v=-BQleI6pz98>), o Professor Orlandino Gleizer, assistente científico na Julius-Maximilians Universität Würzburg, em palestra sobre os “Sistemas processuais penais e o modelo brasileiro”, fez importantes e corajosos alertas quanto ao que chamou de *conceitos maniqueístas*, de que derivam discussões nas quais se invoca o princípio acusatório como *argumento de autoridade ou retórico*

em relação a opções legislativas que, não coincidentes aos elementos comumente associados a um ou outro modelo de processo específico, devem ser reputadas legítimas se voltadas a conferir alguma racionalidade ao funcionamento da justiça criminal.

Como bem pontuou, há muita confusão nos conceitos e nos significados acerca dos modelos acusatório e inquisitório e sobre a estrutura adversarial e inquisitorial de um processo penal – como já referia Ada Grinover em célebre e multirreferido ensaio – o que decorre, como acentuam autores estrangeiros que se ocuparam com maestria e isenção científica sobre a matéria, (entre os quais Teresa Armenta Deu) da falta de clareza sobre os critérios utilizados para incluir as características específicas de um ou outro modelo e com a falta de acordo sobre o significado das categorias utilizadas.

E, naquilo que mais interessa ao debate objeto deste writ, o Prof. Orlando Gleizer adverte que “Com a finalidade de buscar um equilíbrio sobre esses dois ganhos de racionalidade, o de que culpados possam ser punidos e inocentes, absolvidos, o sistema precisa buscar um equilíbrio e não uma mera preservação da separação das atividades processuais.”

E conclui:

“No lugar de afirmar, de forma maniqueísta, a ilegitimidade de um elemento processual por sua relação histórica com um processo específico, o que nos cumpre é submeter institutos e máximas processuais ao controle da razão. É esse exercício que nos aproximará do que buscamos: um processo que encontre o correto balanço entre a necessidade de condenar culpados e o imperativo de absolver inocentes”.

No mesmo webnário, o renomado Prof. Luis Greco, em apoio ao expositor, aponta a falta, na processualística brasileira, de estudos históricos mais aprofundados para se saber, realmente, o que poderia ser incluído na ideia de um dado modelo de processo penal, como o acusatório. E assere:

“A pergunta correta a se fazer, para se legitimar ou consagrar como ideal um sistema, é a seguinte: essa regra de que o juiz está ou não está vinculado ao pedido do Ministério Público é a que melhor atende aos interesses públicos que justificam a existência de um processo, e ela é a regra que melhor atende às exigências de garantia aos direitos do imputado? São essas as duas perguntas que têm de ser feitas”.

Dito isso, afirmo que o novo 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”), de vigência ainda suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, representa um importante e significativo reforço aos anseios de todos nós por um processo penal pautado por regras e limites científicos e axiológicos voltados a conferir maior grau de proteção ao acusado e segurança à coletividade.

II. O modelo processual penal brasileiro

Sem embargo, importa examinar este *writ* a partir da compreensão teórica das características do processo penal brasileiro e por uma *avaliação pragmática* sobre como a jurisprudência pátria tem enfrentado a ocorrência de situações aparentemente contrárias ao que se espera de um modelo de persecução penal moderno.

Conforme expus em voto proferido no HC 367.156-MT, é inarredável a percepção de que *o Brasil*, após a sua independência política, da qual resultou produção legislativa distinta da que regia Portugal, *sempre se deixou permear por um maior ou menor inquisitorialismo na sua estrutura de processo penal*. De fato, o Brasil optou, com seu pioneiro Código de Instrução Criminal do Império (1832), por *manter práticas inquisitoriais que nos colocavam mais próximos do sistema francês* – cuja marca-mor era o Juizado de Instrução (modelo reformado ou misto) – do que do modelo adversarial inglês, simbolizado pelo julgamento popular, o *Trial by Jury*.

Essa falta de identidade própria de nosso modelo punitivo gerou *nefasta confusão normativa e funcional dos papéis que juízes, promotores e policiais* desempenhavam na persecução penal, com interferências recíprocas em atribuições e competências que deveriam possuir demarcação mais nítida. Nada a estranhar, portanto, que, em semelhante *policialismo judiciário*, eventualmente a juízes se desse atribuição para investigar e a policiais, para acusar e julgar.

Tal estrutura sofre algumas pequenas alterações até a entrada em vigor da Lei n. 2.033, de 20/9/1871, diploma de grande amplitude, cujo maior objetivo foi o de instituir o Inquérito Policial, o que resolveu parte do problema, porquanto se definiu, com maior propriedade, o papel da polícia judiciária. No entanto, continuamos a não estabelecer bem as diferentes funções a serem desempenhadas pelos órgãos integrantes da justiça criminal.

Certo que, por ocasião da elaboração do Código de Processo Penal de 1941, rejeitamos a proposta de um modelo assumidamente inquisitorial, como era a feição do Projeto Vicente Ráo, caracterizado pela proposta de instituição

do *Juizado de Instrução*, em voga na Europa daqueles tempos. Preferimos, contra a maioria de então, adotar um modelo no qual ao juiz fosse reservado o papel de apenas julgar, e não o de também investigar e acusar – com exceções referentes a determinados crimes –, o que, de certo modo, nos colocou em vantagem com relação a povos de maior tradição, como a França, a Espanha e a Itália e mesmo Portugal, que apenas no final do Século passado se renderam a reformas tendentes a instituir uma estrutura mais acusatória a seus procedimentos penais.

Ainda assim, *permanecemos com fortes ranços inquisitoriais tanto em alguns dispositivos da legislação processual*, especialmente os que dizem respeito ao procedimento e às iniciativas judiciais ao longo do inquérito policial e da ação penal.

Vale recordar que os avanços foram muitos com a Constituição de 1988. Não mais vigem normas que outrora permitiam, v.g., ao magistrado, ou até mesmo à autoridade policial, dar início ao processo criminal, instaurando os assim chamados *processos judicialiformes*, tais quais os que se aplicavam às hipóteses positivadas nos arts. 26 c/c o 531 do CPP e 1º da Lei n. 4.611/1965.

Restaram em vigor, porém, dispositivos como o art. 3º da Lei 9.296/1996, que permite ao juiz determinar, de ofício, a interceptação das conversas telefônicas de pessoa investigada (embora me pareça que, com a introdução do art. 8-A àquela lei, passa o juiz a somente agir por provocação); e artigos do Código de Processo Penal, como o art. 5º, II (que permite ao juiz requisitar a instauração de inquérito policial), ou o art. 10, § 1º (que torna a autoridade judiciária a destinatária do inquérito policial), ou, ainda, o art. 156, I (que faculta ao juiz ordenar, de ofício, a produção antecipada de provas, mesmo durante o inquérito policial, se considera-las “urgentes e relevantes”), bem como o art. 574, segunda parte (que determina ao juiz “recorrer” *ex officio*, de sua própria decisão, nos casos ali indicados).

Também se poderiam acrescer a esse rol de dispositivos legal 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 dispositivo 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*, rejeitando promoção de arquivamento das investigações. Em tal hipótese, não rara no cotidiano forense, *é de se reconhecer que 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 o juiz se recusou a arquivar, mesmo com pedido do membro do Ministério Público.

Um último exemplo, a meu ver, é ainda mais difícil de imaginar como compatível com um processo penal moderno, sem resquícios inquisitoriais. Refiro-me ao art. 33 da LOMAN, que *atribui a um desembargador ou ministro a função de investigar e colher prova, inquisitorialmente, antes mesmo de ser proposta ação penal contra magistrado a quem se atribui a prática de crime, previsão corroborada em julgado da Corte Especial do STJ (Apn 460/RO, Rel. Min. Eliana Calmon, Corte Especial, DJ 25/6/2007)*.

Conforme já mencionado, essa *pletora de normas desconformes Carta Política de 1988* deriva de uma tradição radicada em períodos de nossa história notabilizados por verdadeira confusão de papéis entre juízes, promotores e policiais. Em que pesem tais considerações, *não houve declaração de inconstitucionalidade desses preceitos normativos* que compõem o nosso sistema de justiça criminal.

Há, para acrescentar ao debate, situação outra que, a meu aviso e com todas as vênias dos eminentes pares, não privilegia a estrutura acusatória do processo penal. Refiro-me ao entendimento jurisprudencial que *valida audiências de instrução e julgamento realizadas sem a presença do membro do Ministério Público*. Confira-se:

Conforme consignado no decisum monocrático vergastado, o entendimento consolidado desta eg. Corte Superior é no sentido de que “[...] não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência [...]” (REsp n. 1.348.978/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/02/2016). Precedente. (AgRg no REsp 1.860.108/AM, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020)

Segundo o entendimento majoritário desta Corte, não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência e o Magistrado, condutor do processo, formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, mormente nas hipóteses em que a defesa não se insurge no momento oportuno e que não há demonstração de efetivo prejuízo (art. 563 do CPP). [...] (REsp n. 1.348.978/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti, Rel. p/ acórdão Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 17/2/2016)

[...] I - Inexiste nulidade na ação penal por ter o Magistrado conduzido audiência de oitiva das testemunhas de acusação, inquirindo-as sobre os fatos constantes da denúncia, sem a presença do Membro do Ministério Público. II - Eventual prejuízo pela ausência do representante do Parquet, caso houvesse,

só interessaria à acusação, sendo inadmissível o reconhecimento de nulidade relativa que só à parte contrária interessa. III - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.491.961/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 14/9/2015, destaquei)

[...] 2. Esta Corte Superior de Justiça já pacificou o entendimento de que a simples ausência do órgão acusatório na audiência de oitiva de testemunhas não enseja a nulidade do ato, impondo-se à defesa a alegação oportuna do defeito processual, bem como a comprovação do prejuízo suportado pelo réu. Precedentes. 3. No caso dos autos, além de não ter havido a impugnação oportuna da defesa quanto à ausência do Ministério Público em algumas das audiências de instrução, seja porque o referido órgão estava atuando em outro processo, seja porque estava em substituição em outra comarca, tem-se que o próprio Código de Processo Penal permite que o juiz participe das inquirições, sendo-lhe facultada, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, o que afasta a alegação do prejuízo em tese suportado pelos acusados. (HC n. 312.668/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 7/5/2015, destaquei)

Até mesmo a recente reforma do CPP, paradoxalmente – haja vista o novel e bem-vindo texto do art. 3º-A do CPP – persiste em autorizar essas iniciativas oficiosas. Com efeito, note-se que, logo após o dispositivo que anuncia a estrutura acusatória do processo penal brasileiro e a vedação a iniciativa do juiz na fase de investigação, prevê o art. 3-B, entre outras competências do juiz das garantias, as de X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação e a de XIII – determinar a instauração de incidente de insanidade mental.

Trago esses exemplos para sugerir que, não obstante a proclamada adoção, entre nós, de um *processo com estrutura acusatória*, a *praxe judiciária tem agasalhado diversas situações em que se realizam atividades judiciais com inclinação inquisitorial*. Em verdade, como bem observam Andrea Dalia e Marzia Ferraioli, “mais do que de sistema inquisitorial ou de sistema acusatório, com referência à legislação processual penal moderna, é mais usual falar de modelos com tendência acusatória ou de formato inquisitorial (*più che di sistema inquisitorio o di sistema accusatorio, con riferimento alla legislazione processuale penale moderna si è soliti parlare di modelli a tendenza acusatoria o di stampo inquisitorio* – DALIA, Andrea & FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di Diritto Processual Penale*. 5ª ed. Milão: 2003, p. 27).

É preciso, portanto, considerar que a *praxe judiciária não tem acolhido dogmas ou princípios de modo absoluto*. As idiossincrasias de nosso país e do sistema de

justiça criminal acabam por engendrar soluções sensíveis a argumentos de cunho prático. E não se há de identificar essa postura, necessariamente, como algo negativo, pois *cada país precisa construir um complexo normativo que, sem desconsiderar as experiências estrangeiras, seja funcional e adaptado às características de nossa realidade.*

A propósito, bem assinala Gustavo Zagrebelsky que o direito é disciplina prática, “necessariamente ancorada na realidade. (...) Se o direito deve se voltar à realidade, é dizer, se deve operar em cada caso concreto conforme o valor que os princípios assinalam à realidade, não se pode controlar a validade de uma norma tomando em consideração exclusivamente o que ela diz. *Não basta considerar o direito dos livros, é preciso ter em conta o direito em ação; não basta uma validade lógica, é necessário uma validade prática*” (*El derecho dúctil*. 2. ed. Madri: Trotta, 1997, p. 123, grifamos).

III. A necessidade de provocação para o decreto de prisão preventiva

É sabido que a prisão preventiva, na anterior letra do artigo 311 do CPP, admitia que, “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”. *Com a edição da Lei n. 13.964/2019, todavia, não mais se permite que o juiz, mesmo durante o curso da ação penal, adote tal iniciativa sem provocação do Ministério Público.*

Para quem advoga um processo penal de matiz acusatória, em que a autoridade judiciária não exerça qualquer função coadjuvante na condução do processo e na busca da verdade processual, não haveria, por coerência, de ser admitida a decretação de prisão cautelar sem que haja prévio requerimento da parte interessada. *A ratio* dessa regra é a necessidade de preservar a *imparcialidade do magistrado, que poderia ser posta em risco se o juiz que conduz a causa, ou mais ainda, o que supervisiona a investigação preliminar, fosse autorizado a decretar a segregação cautelar do investigado ou acusado, sem provocação da parte ou do órgão com atribuições assim definidas em lei.*

Assentada essa premissa, acrescento que sempre me pareceu acertada a *distinção entre o papel exercido pelo juiz durante a fase pré-processual da persecução penal – onde ainda não há partes, não há acusação, não há contraditório efetivo e pleno – e o papel exercido pelo juiz durante a ação penal, quando já se encontra regularmente instaurada a relação processual, mediante acusação formulada*

pelo órgão a tanto legitimado (ou pela própria vítima, nos crimes de ação penal privada).

Durante as investigações normalmente consubstanciadas em atos de um inquérito policial, é imperioso ter-se como certo que *ainda não existe*, nessa fase da persecução penal, uma *acusação* formalizada contra o suspeito.

Isso implica dizer que o *juiz*, durante a tramitação da investigação criminal, desempenha um papel de *garantidor dos direitos fundamentais do investigado* – máxime a partir da instituição do *juiz das garantias*, o que ocorrerá com a vigência da Lei n. 13.964/2019, neste particular aspecto suspensa por decisão liminar do STF (ADI –, diligenciando para que o Estado-Administração, por meio da Polícia ou do próprio Ministério Público, não adentre a esfera de liberdade jurídica do indivíduo além do que é permitido na Constituição e nas leis.

O juiz, assim, protege o ius libertatis do investigado tanto quando denega pedido de prisão cautelar como quando a concede, quando o faz seguindo regras e princípios que limitam a sua atividade, *garantindo ao sujeito passivo da medida cautelar que não sofrerá nenhuma restrição ao seu direito além do permitido em lei*.

Logo, *destoa das funções do magistrado – mais ainda na fase das investigações –, exercer qualquer atividade que possa caracterizar um reforço à atividade investigatória estatal*, ou um interesse particular em obter provas que possam servir ao titular da ação penal para provocar a jurisdição.

Daí a pertinência do novel art. 3º-A do CPP (com vigência suspensa, todavia), ao dispor 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*”.

Sem embargo, *uma vez provocada a jurisdição*, por denúncia do Ministério Público ou queixa-crime do particular ofendido (*ne procedat iudex ex officio*), passa a *autoridade judiciária competente a deter poderes inerentes à própria jurisdição penal*, que, saliente-se, jamais pode ser igualada, em razão de suas inúmeras peculiaridades, à jurisdição civil. É dever judicial, inato a essa função judicial, conduzir o processo com imparcialidade, mas atento a que não ocorram ataques aos meios e aos fins do processo, cumprindo-lhe zelar, por seus poderes instrutórios e cautelares, para a preservação desses interesses, de que toda a coletividade, sob o contrato social, é titular.

Com efeito, vale recordar que o processo penal visa a assegurar, de um lado, a “liberdade jurídica do indivíduo, membro da comunidade”, e, de outro

lado, preocupa-se também com a “garantia da sociedade, contra a prática de atos penalmente relevantes” (TUCCI, Rogerio Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 34).

Por conseguinte, pode-se dizer que *não compete ao juiz, durante o inquérito policial, conduzir a investigação como se fosse delegado de polícia ou promotor de justiça*. Não faria o menor sentido o comportamento do juiz que, durante a fase investigatória da persecução penal, passasse a examinar os autos para determinar, sem provocação do Ministério Público ou da autoridade policial – ou em desacordo com ela – essa ou aquela providência de cunho investigatório. Mostra-se, pois, *incompatível com o sistema entre nós vigente e pode comprometer a imparcialidade judicial* a decisão que, tomada *ex officio*, determine, ainda sem ação penal instaurada, a oitiva de determinada pessoa, a busca e apreensão de algum documento, a interceptação telefônica e, especialmente, a prisão preventiva.

Hipótese diversa, portanto, há de ser a do juiz que, no curso da ação penal, defronta-se com situações que lhe exijam a tomada de decisões urgentes, independentemente da manifestação prévia de alguma das partes. Com o propósito de concretizar a jurisdição penal – que, sublinhe-se, não interessa tão-somente às partes, mas a toda a coletividade – e *oferecer uma prestação jurisdicional que corresponda aos anseios de justiça e que atenda aos interesses superiores que subjazem à persecução penal* (liberdade, honra, dignidade da pessoa humana etc.), não haveria por que deixar de se permitir ao juiz, se necessário e nos limites e condicionamentos legais, a tomada de decisões, como a de decretar a prisão preventiva do acusado, *em situações de extrema e excepcional urgência ou de possível perda da eficácia da medida*, mesmo sem, antes, o requerimento do órgão de acusação. Nesta excepcional hipótese, não vejo porque desautorizar o contraditório diferido, sempre possível ante providências que não podem tardar a serem implementadas.

A regra é, assim, a provocação da parte interessada e o prévio contraditório (estimulado pelo art. 282, § 3º do CPP); *excepcionalmente* – em caso de *urgência ou de risco à perda da eficácia da medida*, insisto – poderia a decisão ser tomada mesmo sem requerimento do Ministério Público e sem ouvi-lo previamente à decisão. Do mesmo modo, não vejo óbice a que o juiz decrete a preventiva mesmo com manifestação contrária do *Parquet* – sempre, vale destacar, no curso da ação penal – porque a *prisão preventiva não é uma medida de natureza acusatória, convive com a presunção de inocência e tem como escopo acautelar os meios ou os fins do processo, de cuja hígida e escorreita condução o juiz, insisto, é responsável*.

Fora de outro modo, o juiz que, no curso da demanda, decretasse a prisão preventiva, ainda que sob requerimento do Ministério Público, não poderia julgar a causa.

Note-se, aliás, que o art. 282, § 5º do CPP autoriza medida judicial de natureza cautelar sem provocação da parte, na hipótese ali tratada (“O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”).

É verdade que a boa técnica e o normal andar da máquina judiciária recomendam que haja prévio requerimento do titular da ação penal, mas, *se já instaurada a relação processual*, seria de se admitir, excepcionalmente, que tal decisão pudesse ser tomada *ex officio*, como, aliás, previsto na redação anterior do art. 311 do Código de Processo Penal.

Porém, a atual redação, dada a tal dispositivo pela Lei Anticrime (Lei n. 13.964/2019), é clara ao dizer que “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.

Igual sentido se conferiu à redação do art. § 2º do art. 282 do CPP: “§ 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*”.

Tollitur quaestio.

IV. Conversão do flagrante em prisão preventiva

Situação diversa, a meu sentir, deve ser dada à hipótese regulada no art. 310 do Código de Processo Penal, senão vejamos.

O artigo 310 do CPP, com a *redação* dada pela Lei n. 12.403/11, passou a estabelecer o dever de o juiz adotar uma das decisões ali previstas, ao receber o auto de prisão em flagrante: (I) relaxar o flagrante ilegal; (II) converter a prisão em flagrante em preventiva ou (III) conceder ao autuado liberdade provisória, com ou sem cautelares alternativas à prisão.

Não mencionou, contudo, prévia oitiva do Ministério Público, como expressamente dispunha a redação anterior do Código, porque, até aquele momento da evolução do nosso processo penal, o juiz apenas controlava a

legalidade da prisão em flagrante, medida que perdurava independentemente de sua conversão em prisão preventiva.

Isso foi corrigido na nova redação dada ao art. 310 do CPP pela Lei n. 13.964/2019, *que também instituiu a obrigatoriedade da audiência de custódia no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, na qual deverão estar presentes o acusado (rectius, autuado), seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público. Este dispositivo, porém, encontra-se com sua vigência suspensa, por força de decisão liminar no STF (ADI 6.299-MC).*

Sem embargo, releva destacar que alguns julgados da Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça – e alguns também da Quinta Turma, no início da aplicação da novel legislação – caminharam no sentido de autorizar a *conversão da prisão em flagrante em preventiva, na forma do art. 310 do CPP, mesmo sem requerimento expresso do Ministério Público.*

*Não se desconhece, por outro lado, a inclinação do Supremo Tribunal Federal para direção oposta, a partir, sobretudo, da decisão monocrática, de elevada importância, não apenas pela autoridade jurídica e moral de seu prolator – Ministro Celso de Mello, fonte de sempre oportunas e qualificadíssimas lições, a inspirarem a magistratura nacional – mas também por seus judiciosos fundamentos, apoiados em farta doutrina e sedimentados, especialmente, na ideia – entre outras, delineadas no *decisum* – de que o “O processo penal e os Tribunais, nesse contexto, são, por excelência, espaços institucionalizados de defesa e proteção dos réus contra possíveis excessos e o arbítrio do Poder, especialmente em face de eventuais abusos perpetrados por agentes estatais no curso da “persecutio criminis” (Liminar concedida na Medida Cautelar no Habeas Corpus 186.421, em 17/7/2020).*

Há de se pontuar, no entanto, a *diferença, que em meu entender se mostra visível, entre a decisão judicial que decreta uma prisão preventiva, ou qualquer medida cautelar, pessoal ou probatória, e a que converte, por força de comando legal, a prisão em flagrante em alguma(s) medida(s) cautelar(es), inclusive a prisão preventiva, a mais gravosa entre todas. Nesta última, o autuado foi preso em flagrante delito e trazido à presença da autoridade judiciária competente após a lavratura de um auto de prisão em flagrante, como determina a lei processual penal.*

A situação é, pois, de notória urgência, a pessoa já se encontra presa e a lei incumbe o juiz de, independentemente de provocação expressa ou não, avaliar: (a)

se há sinais de abuso ou violência na prisão e na condução do preso à presença do juiz; (b) se a prisão em flagrante obedeceu a todos os requisitos formais e materiais de validade e se, portanto, é legal; (c) se há necessidade de manter o réu preso ou sujeito a alguma medida cautelar alternativa à prisão.

Na hipótese de avaliação favorável à imposição de cautela pessoal (alínea “c”), deverá o juiz, atento ao *princípio da excepcionalidade da prisão preventiva e da proporcionalidade das medidas cautelares*, escolher, entre as que sejam idôneas a tutelar o interesse ou bem ameaçado pela liberdade do preso, qual ou quais seja(m) suficientes e proporcionais para tal finalidade (art. 282, § 6º do CPP).

Não considero, assim, existir propriamente uma atividade oficiosa do juiz nesta hipótese, 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), que tocará ao juiz, após ouvir o autuado, de que adote uma das providências ali previstas, inclusive a de manter o flagrantado preso, já agora sob o título da prisão preventiva.*

É bem verdade que *se espera seja a audiência de custódia realizada e que o representante do Ministério Público* (assim como o defensor do autuado) *esteja presente*, o que praticamente tornaria írrita a preocupação com eventual decisão judicial sem a provocação daquele, que seria naturalmente ouvido, assim como o patrono do preso.

Entretanto, *não é improvável que ocorram situações nas quais a audiência não venha a realizar-se no prazo legal*, como por exemplo, por falta de transporte do preso, ou sua internação hospitalar decorrente de ferimentos sofridos durante os fatos que motivaram sua autuação em flagrante, ou por dificuldades, como tem ocorrido no momento atual, derivadas da pandemia da Covid-19. Ou, ainda, por ausência, justificada ou não, do *membro do Ministério Público na audiência de custódia.*

Em tais hipóteses – que não me parecem tão raras no cotidiano forense – *quid iuris?*

Se a audiência de custódia não se realizar, ou se, instalada, o representante do *Parquet* não se fizer presente, poderá o juiz adotar uma das seguintes alternativas:

Restituir, independentemente de qualquer outra consideração, a liberdade ao autuado, mesmo se verificar, pela leitura do auto flagrantial e pelo informal

depoimento que prestar perante o juiz, que se trata de *pessoa extremamente violenta* e que, solta, poderá novamente cometer crimes graves e colocar em risco de vida a pessoa ofendida por sua ação ou mesmo terceiros; tal providência derivaria, portanto, da ausência de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público no sentido da transformação da prisão em flagrante em alguma medida cautelar, inclusive a prisão preventiva.

Remeter os autos ao Ministério Público e aguardar manifestação sobre a prisão em flagrante e sobre a possível providência de cunho cautelar a impor, ou não, ao autuado;

Decidir, com as balizas dos art. 282 e 312 do CPP, *pela conversão do flagrante em prisão preventiva* (ou em alguma das cautelas a ela alternativas), e encaminhar os autos, imediatamente em seguida, ao Ministério Público, promovendo, assim, o *contraditório diferido*.

A *alternativa 1* privilegia, em sua inteireza, uma suposta proibição de decisão judicial sem prévia manifestação da parte interessada, e beneficia o autuado, concedendo-lhe – em prestígio à regra do CPP já indicada (art. 282, § 2º) e ao princípio da inércia da jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*) – a liberdade plena. Mas, por outro lado, ao não atentar para interesses outros que subjazem à situação concreta, *pode eventualmente colocar em grave risco de lesão a vida ou outros bens de terceiros*, quando, por exemplo, se cuidar de autuado em relação a quem (pela própria dinâmica do crime a ele imputado ou por seus registros anteriores) seja elevado o prognóstico de que, solto, venha a cometer novos crimes violentos (*pense-se em pessoa presa em flagrante ao tentar cometer feminicídio, e que, ao ser presa, jurou voltar para ultimar sua ação homicida assim que solto*).

A *alternativa 2* seria, quiçá, a *mais cautelosa e razoável*, pois, se de um lado, não desconsidera a necessidade de provocação da jurisdição, mormente para a tomada de decisão judicial em desfavor da liberdade humana, *privilegia, por outro lado, o contraditório como método heurístico e participativo para a formação do convencimento e decisão do julgador*. Mostra-se, desta feita, uma solução mais compatível com a estrutura acusatória que se pretende imprimir ao processo penal brasileiro, sem descurar do dever de proteção penal a toda a coletividade, também merecedora de um olhar atento neste momento preliminar da persecução penal.

A *desvantagem, contudo*, de adotar-se tal procedimento é o eventual descumprimento do direito do preso a ver, no prazo de 24 horas, sua prisão em

flagrante examinada pelo juiz, ao que se poderia responder com a lembrança de que o exame dos prazos de prisão pela jurisprudência pátria apoia-se na aferição da razoabilidade de eventual excesso.

A *alternativa 3* não é, efetivamente, o modelo ideal, mas, *diante da anomalia procedimental* (constatada ausência da audiência de custódia ou do representante do Ministério Público), atende, minimamente, aos interesses envolvidos (interesses do indivíduo, no tocante ao controle imediato da legalidade da prisão, e os interesses processuais ou sociais de preservação da ordem pública e evitação de novos atos criminosos, quando for essa a compreensão, motivada, da autoridade judiciária), decidindo, como determina a lei, no prazo legal, acerca de uma das providências indicadas no art. 310 do CPP.

Como se pode perceber – *em desapaixonada e isenta análise da questão* –, as variáveis são consideráveis e qualquer alternativa enfrentará dificuldades de aceitação, a depender do modo como se interpretarem os textos normativos que orbitam o tema.

Por isso, neste particular, mostra-se bem responsável e ponderada a opinião de Guilherme Nucci, que, após, em um primeiro momento, considerar que “a referida lei 13.964/19 não alterou em absolutamente nada o cenário da conversão do flagrante em preventiva. Essa lei simplesmente vedou a decretação da preventiva, sem requerimento da parte interessada, durante a instrução” (<http://guilhermenucci.com.br/artigo/conversao-de-flagrante-em-preventiva-e-decretacao-de-prisao-cautelar-de-oficio>), obtemperou, com o apoio doutrinário de Eugênio Pacelli (*Curso de processo penal*, 20ª ed. P. 575) e Paulo Rangel (*Direito processual penal*, 24ª ed., p. 912-913), que é “*muito cedo para extrair conclusões definitivas sobre o alcance da conversão da prisão em flagrante em preventiva*, sobretudo a respeito da geração de ilegalidade caso não realizada a audiência de custódia”, porque

[...] a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia, em 24 horas após a realização da prisão, sob pena de tornar ilegal a prisão cautelar, não entrou em vigor, pois liminar do STF suspendeu a eficácia do art. 310, § 4º, do CPP (decisão proferida pelo ministro Luiz Fux, em 22 de janeiro de 2020, ADIn 6.299 MC/DF). *Então, se a audiência de custódia não realizada não acarretaria a ilegalidade da prisão cautelar, o procedimento continuaria o mesmo (o juiz analisa o auto de prisão em flagrante, podendo convertê-lo em preventiva, de ofício) até que o Plenário do Pretório Excelso pudesse decidir a respeito*, como bem pronunciou o ministro Luiz Fux: “entendo que, uma vez oportunamente instruído o processo quanto à realidade das audiências de custódia em todo o país, o Plenário poderá decidir o

mérito, inclusive, sendo o caso, fornecendo balizas interpretativas mais objetivas para as categorias normativas nele incluídas. Por ora, a eficácia do dispositivo deve ser suspensa para se evitarem prejuízos irreversíveis à operação do sistema de justiça criminal, inclusive de direito de defesa”.

[...] Se a realização da audiência de custódia, por ora, em época de pandemia, não é obrigatória, o juiz pode continuar a receber o auto de prisão em flagrante e, sendo o caso, converter esse flagrante em preventiva, nos termos do art. 310, II, do CPP. E essa realização da audiência não seria obrigatória não apenas por conta da recomendação 62/20, que não tem força legal, mas sobretudo porque o § 4º do art. 310 do CPP encontra-se com a sua eficácia suspensa. Logo, se não se realizar a referida audiência, s.m.j., não poderia gerar nenhuma ilegalidade à prisão em flagrante, que pode ser convertida em preventiva pelo juiz, até que o Plenário do STF decida se (e como) esse parágrafo teria vigência (*Conversão de flagrante em preventiva e decretação de prisão cautelar de ofício: novas reflexões*, disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/331823/conversao-de-em-preventiva-novas-reflexoes>, acesso em 12/9/2020).

Aguarda-se a definição, pelo Supremo Tribunal Federal, *sobre a vigência e validade da norma positivada no art. 310, § 4º do CPP*, bem como do restabelecimento completo da *obrigatoriedade de realização das audiências de custódia*, ainda que sob a normativa – a meu sentir ainda vigente – da Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, dando cumprimento ao disposto no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como no art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Ao menos até esse momento, de retorno à plena normalidade dos serviços judiciários, não me parece ser a melhor solução, com todas as vênias dos que pensam de forma diversa, a *anulação de prisões preventivas* decretadas em substituição à prisão em flagrante, quando ausente expressa provocação da autoridade policial e do Ministério Público.

Faço apenas duas últimas ponderações:

A primeira é em formato de questionamento: que diferença, do ponto de vista da *essência* do ato, haverá, para a preservação da estrutura acusatória do processo penal – mote para exigir a vedação, na hipótese em exame, da iniciativa judicial – que uma autoridade policial, após lavrar o auto flagrancial, diga “Represento a Vossa Excelência pela decretação da prisão preventiva”? Será essa simples manifestação de vontade suficiente para, num passe de mágica, autorizar o juiz a decretar a prisão preventiva do autuado? É essa – a “representação

do Delegado” – a condição de validade para um ato jurisdicional de tamanha envergadura? Não seria melhor exigir-se maior esforço argumentativo e melhor técnica decisória do magistrado, para legitimar a supressão da liberdade do investigado?

A segunda ponderação decorre de uma inevitável acomodação da praxe forense, que me parece, poderá ocorrer, ante a prevalência do entendimento de que é nula a decisão que converte a prisão em flagrante em medida cautelar (preventiva ou qualquer outra) sem provocação da autoridade policial ou do Ministério Público: enquanto realiza a audiência de custódia, com a oitiva do autuado, o que impedirá o juiz, percebendo a omissão da representação policial e preocupado com a possibilidade de ter de relaxar a prisão do autuado, mesmo sendo ela absolutamente necessária para, por exemplo, evitar a prática de crime contra a vida de outrem, diligenciar no sentido de obter a representação da autoridade policial?

O que se espera, sinceramente, é que as audiências de custódia – grande conquista da justiça criminal brasileira – se realizem em todas as comarcas do território nacional; que os presos em flagrante sejam conduzidos, no prazo legal, à presença da autoridade judiciária, para o necessário controle da legalidade da prisão e da preservação dos direitos do preso, nomeadamente o direito à integridade física e moral; e que essas audiências se realizem na plenitude do modelo normativo, com a presença do defensor do preso e do representante do Ministério Público, de quem se espera, muito mais do que a anômala iniciativa legalmente deferida à autoridade policial, o efetivo exame da necessidade da conversão da prisão em flagrante em medida cautelar, tendo-se como norte a excepcionalidade da prisão preventiva e a proporcionalidade de qualquer sacrifício que se mostre indispensável impor ao preso.

Sem embargo, quer-me parecer que a eventual e indesejada não realização da audiência de custódia ou a excepcional ausência do órgão ministerial será suprida pela lacônica e formal representação da autoridade policial, o que bastará para legalizar a iniciativa judicial, de modo a sugerir, ao fim e ao cabo, tal qual a comédia do Bardo inglês (*much ado about nothing*), que muitas questões que se suscitam são mais ruidosas do que efetivamente consistentes.

V. O caso concreto

Em verdade, o ruído que se tem feito em torno da possibilidade ou não da conversão do flagrante em prisão preventiva acaba, como já salientado acima,

por ocultar ou ao menos relegar a um segundo plano o que, a meu sentir, é muito mais importante analisar: a legalidade da própria prisão em flagrante e a necessidade de ser ela mantida, sob outro título.

E, neste particular, a leitura da inicial e dos documentos que instruem este Habeas Corpus, levam-me à conclusão de que a prisão do recorrente é ilegal, por decorrer de prova ilícita, ou, quanto menos, desnecessária, por desproporcional.

Senão vejamos.

A leitura do auto de prisão em flagrante demonstra, inequivocamente, que a Polícia Militar, após perseguição a dois suspeitos – não se sabe de quê – alvejou mortamente um deles, cuja identidade revelou seu endereço. A guarnição castrense se dirigiu então, para o local, “sendo localizado Vinicius Augusto Lima da Silva (irmão do alvejado) na porta da residência e ao ser realizada a abordagem/busca pessoal fora localizado em seu bolso uma porção de substância semelhante a maconha e durante a busca domiciliar no quarto utilizado pelos dois irmãos, foram encontrados 35 sacos do tipo Zip lock contendo porções fracionadas de drogas que aparentam ser cocaína; 9 pedras de crack, embaladas para venda; 01 balança de precisão, sendo todos encontrados no vão existente entre os tijolos e as telhas, além de R\$192,00 em espécie, em notas miúdas, as quais, segundo Vinicius, são provenientes do tráfico de drogas praticado pelos dois irmãos. Diante dos fatos foi dado voz de prisão a Vinicius ...” (fl. 18).

O *Supremo Tribunal Federal*, no julgamento do *RE n. 603.616/RO* (Tribunal Pleno, Rel. Min Gilmar Mendes, julgado em 5/11/2015, DJe-093), com repercussão geral previamente reconhecida assentou a seguinte tese: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em *fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados” (destaquei).

Confira-se a ementa (grifei):

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. [...] 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial.

*Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial **a posteriori**. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal.*

5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.

[...]

Nesse sentido tem caminhado a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em diversos precedentes, como, *v.g.*, o seguinte:

[...] 4. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. [...] 8. Se, por um lado, a dinâmica e a sofisticação do crime organizado exigem uma postura mais enérgica por parte do Estado, por outro, a coletividade, sobretudo a integrada por segmentos das camadas sociais mais precárias economicamente, também precisa sentir-se segura e ver preservados seus mínimos direitos e garantias constitucionais, em especial o de não ter a residência invadida, a qualquer hora do dia, por policiais, sem as cautelas devidas e sob a única justificativa, não amparada em elementos concretos de convicção, de que o local supostamente seria um ponto de tráfico de drogas ou de que o suspeito do tráfico ali se homiziou. 9. A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar o domicílio em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de

criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso no domicílio alheio a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo. 10. Se é verdade que o art. 5º, XI, da Constituição Federal, num primeiro momento, parece exigir a emergência da situação para autorizar o ingresso em domicílio alheio sem prévia autorização judicial - ao elencar hipóteses excepcionais como o flagrante delito, casos de desastre ou prestação de socorro -, também é certo que nem todo crime permanente denota essa emergência. 11. Na hipótese sob exame, havia somente vagas suspeitas sobre eventual tráfico de drogas perpetrado pela ré, em razão, única e exclusivamente, de informações de que haveria traficância na rua de sua residência - que, aliás, poderia muito bem estar sendo praticada inclusive por outro vizinho ou qualquer outro morador. Não há, contudo, referência à prévia investigação policial para verificar a eventual veracidade das informações recebidas. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da ocorrência de tráfico naquele local. [...] 13. *A mera intuição acerca de eventual traficância praticada pela recorrida, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configura, isoladamente, justa causa a autorizar o ingresso em seu domicílio sem o consentimento do morador - que deve ser mínima e seguramente comprovado - e sem determinação judicial.* [...] 15. Recurso especial não provido. (REsp n. 1.558.004/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017)

Mais recentemente, e ainda ao propósito de exemplificar, citem-se os seguintes julgados: HC 499.163/SP, Rel. Ministro *Rogerio Schietti Cruz*, Sexta Turma, julgado em 09/06/2020, DJe 17/06/2020; REsp 1.593.028/RJ, Rel. Ministro *Rogerio Schietti Cruz*, Sexta Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020; REsp 1.787.855/MG, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, Sexta Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019; no mesmo sentido, HC 512.418/RJ, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, Sexta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019; RHC 126.092/SP, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, Quinta Turma, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020; AgRg no HC 483.887/RJ, Rel. Ministra *Laurita Vaz*, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 03/02/2020; HC 494.547/MA, Rel. Ministro *Sebastião Reis Júnior*, Sexta Turma, julgado em 13/08/2019, DJe 04/10/2019; HC 586.474/SC, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, Sexta Turma, julgado em 18/08/2020, DJe 27/08/2020; HC 591.741/SP, Rel. Ministro *Nefi Cordeiro*, Sexta Turma, julgado em 18/08/2020, DJe 02/09/2020; HC 609.072/SP, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, Quinta Turma, julgado em 06/10/2020, DJe 15/10/2020.

Na espécie, os autos denotam que a Polícia Militar, após alvejar mortalmente a pessoa de Victor Hugo da Silva, obteve informação sobre seu

endereço residencial e para lá se dirigiu. Ao chegar ao local, encontrou o irmão do alvejado em frente à residência, momento em que, sem qualquer justificativa, procedeu a busca pessoal em Vinicius Augusto da Silva, ora recorrente. Teria, então, encontrado uma pequena porção de substância semelhante a maconha. Em seguida, ainda sem indicação de prática de crime no interior da residência, a guarnição policial adentrou o imóvel, onde encontrou outras drogas, indicativas de seu possível comércio ilícito.

Logo, *vis-à-vis* os antecedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, não havia fundada suspeita para tanto realizar a busca pessoal do recorrente e muito menos para invadir sua morada, à busca de drogas.

A propósito, na sessão de 7/12/2020, a Sexta Turma, em dois julgamentos, reafirmou essa compreensão. Confira-se:

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Tráfico de drogas. Crime permanente. Flagrante delito. Ingresso domiciliar sem mandado judicial. Ausência de fundadas razões. Denúncia anônima e mera venda de drogas na porta da residência. Ilegalidade da medida. Prova ilícita. Restabelecimento da sentença absolutória. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se dá provimento para conhecer e prover o recurso especial.

1. Apenas se admitem embargos de declaração quando evidenciada deficiência no acórdão recorrido com efetiva obscuridade, contradição, ambiguidade ou omissão, conforme o art. 619 do CPP. Contudo, esta Corte Superior tem entendido que embargos declaratórios com nítidos intuitos infringentes opostos em face de decisão monocrática devem ser recebidos como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal.

2. É pacífico nesta Corte o entendimento de que, nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protraí no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, se está ante uma situação de flagrante delito.

3. Consoante julgamento do RE 603.616/RO, não é necessária certeza quanto à ocorrência da prática delitiva para se admitir a entrada em domicílio, bastando que, em compasso com as provas produzidas, seja demonstrada a justa causa na adoção da medida, ante a existência de elementos concretos que apontem para o flagrante delito.

4. Extrai-se do contexto fático delineado no aresto a inexistência de elementos concretos que apontem para a situação de flagrante delito, de modo que a mera denúncia anônima, aliada à venda de drogas na porta da residência, não autorizam presumir armazenamento de substância ilícita no domicílio e assim legitimar o ingresso de policiais, inexistindo justa causa para a medida.

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se dá provimento para conhecer e prover o recurso especial, restabelecendo a sentença absolutória. (*AgRg no REsp 1.886.985/RS*, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T, acórdão pendente de publicação)

Habeas corpus. Tráfico de drogas. Ilegalidade. Ilícitude das provas. Invasão de domicílio. Atuação com base em denúncia anônima. Impossibilidade. Ausência de investigações prévias e de fundadas razões. Ilegalidade. Ocorrência. Ordem concedida.

1. Esta Corte Superior entende serem exigíveis fundamentos razoáveis da existência de crime permanente para justificarem o ingresso desautorizado na residência do agente. Desse modo, a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio, sem autorização judicial.

2. A abordagem em face do réu, em local conhecido como ponto de tráfico, sendo encontrado com ele drogas, não autoriza o ingresso na residência, por não demonstrar os fundamentos razoáveis da existência de crime permanente dentro do domicílio.

3. *Habeas corpus* concedido para reconhecer a ilicitude da apreensão da droga, pela violação de domicílio, e, conseqüentemente, absolver o paciente Rafael Augusto Nunes. (HC n. 611.918/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ªT, acórdão pendente de publicação)

Essa configuração fática dos autos, incontroversa – pois derivada da simples leitura do auto de prisão em flagrante e do que mais consta do processo – leva-me a concluir pela ilegalidade da prisão em flagrante do recorrente, bem como da ilegalidade do ingresso em seu domicílio, do que resulta a inadmissibilidade da prova derivada de tais diligências e, conseqüentemente, do processo que, em relação de causalidade, se instaurou em seguida (fl. 152).

Não sendo essa a compreensão do Colegiado, considero excessiva a manutenção da providência cautelar extrema, à luz da excepcionalidade e da proporcionalidade inerentes ao sistema das cautelas pessoais.

Com efeito, a despeito da ilegalidade da ação policial de que resultou a apreensão de drogas em poder do ora recorrente, a decisão judicial que converteu a prisão em flagrante, a despeito de indicar elemento concreto justificador do acautelamento pessoal, não demonstrou ser a prisão preventiva a única medida cautelar adequada e necessária para a salvaguardar os meios ou os fins do processo.

Percebe-se, da leitura da decisão às fls. 46-49, ter havido, por parte da douta autoridade judiciária, a preocupação de narrar o que consta do auto de

prisão em flagrante, desde a perseguição policial ao irmão do recorrente até o encontro das drogas em sua residência.

Porém, nada diz sobre as exigências cautelares que poderiam justificar o emprego da segregação *ante tempus*.

Quanto muito, justificou a necessidade do acautelamento pessoal ante a “expressiva quantidade e qualidade das substâncias entorpecentes que, em tese, o atuado trazia consigo, tinha em depósito e guardava”, a sugerir a prática de “comércio ilícito de substâncias entorpecentes de modo intenso”.

Em verdade, a quantidade da droga apreendida não é tão expressiva assim: foram porções fracionadas de cocaína (93 g + 1,5 g) e uma porção de maconha (32 g), de acordo com a informação judicial (fl. 152).

O recorrente é primário e portador de bons antecedentes. Não há informações nos autos sobre fatos pretéritos que lhe sejam desabonadores. Possui residência fixa, onde, aliás, foi preso. O crime de que é acusado – art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 – não envolveu violência ou grave ameaça e não há indicativo de pertencimento a organização criminosa.

Identificado, assim, o *periculum libertatis* – a demandar alguma providência cautelar – não considero, em juízo de excepcionalidade e proporcionalidade, necessária a imposição da cautela máxima, a prisão preventiva, que pode, por conseguinte, ser substituída por outras providências igualmente idôneas e suficientes para evitar a prática de novas infrações penais, na forma do art. 282, I c/c art. 319 do CPP.

Seria, então, hipótese de substituir a prisão preventiva por cautelas a ela alternativas, o que, todavia, *depende da superação da minha preliminar compreensão pessoal de que toda a prova de que derivou o exercício da pretensão punitiva estatal é ilícita* e, portanto, inidônea a dar lastro à acusação e, conseqüentemente, à manutenção da custódia cautelar.

Vejam, eminentes pares, que há temas que sobejam o debate sobre a ilegalidade da prisão preventiva, por supostamente violar a regra de que somente poderia ter sido decretada após requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial.

Como sustentado no item anterior, não identifico tal ilegalidade, mas, como procurei demonstrar, a prisão é ilegal por outro motivo, relacionado à abordagem pessoal do recorrente e ao ingresso da polícia em sua residência.

VI. Dispositivo

À vista de todas essas considerações, e pedindo vênias ao em. relator, voto por conceder *ordem de ofício*, para anular o processo, *ab initio*, por ilegalidade da prova de que resultou sua prisão, a qual, por conseguinte, deve ser imediatamente relaxada.

Não acolhido tal entendimento, voto pelo provimento parcial do recurso em habeas corpus, para substituição da prisão preventiva por cautelares a ela alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, mediante individualização a ser feita pelo juiz natural da causa, mediante devida fundamentação.

Na hipótese de ser rejeitada, pelo Colegiado, essas duas proposições, peço permissão ao relator para divergir de seu voto e manter a legalidade do procedimento judicial na audiência de custódia, ao aplicar o disposto no art. 310 do Código de Processo Penal e converter em prisão preventiva a prisão em flagrante.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Sr. Presidente, em primeiro lugar, quero cumprimentar efusivamente a Dra. Adriana, representando a Defensoria Pública, com todos os meus aplausos à atuação brilhante de todas as Defensorias Públicas, tanto estaduais quanto a federal, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

É patente que o papel que a Constituição assegurou a essa instituição tem sido desenvolvido com muita maestria. Espero, de coração, que as Defensorias Públicas brasileiras possam cumprir o prazo contido na emenda constitucional que previu a presença de um defensor em cada unidade jurisdicional. Esse prazo está se aproximando.

Quero também estender esse cumprimento aos Núcleos de Práticas Jurídicas das universidades brasileiras e, em especial, àqueles com quem tive convivência na Justiça Federal. Sou entusiasta do trabalho que os estudantes, juntamente com a academia, têm desenvolvido em apoio à Defensoria Pública.

Portanto, minhas homenagens à Sra. Defensora e a todos os defensores que se fazem presente neste Tribunal Superior.

Quero também, da mesma forma, cumprimentar a Dra. Áurea, pelo Ministério Público, que tem tido uma atuação igualmente exemplar, especialmente depois da Constituição de 1988, na defesa dos interesses da sociedade, na defesa dos interesses da ordem jurídica e no cumprimento da própria ordem jurídica.

De igual forma, pelo que percebo, o tema foi afetado, em recurso ordinário, pela Sexta Turma em função de uma tese jurídica que recebeu, por parte dos tribunais superiores, uma guinada jurisprudencial a partir da Lei Anticrime, recentemente editada.

Nesse sentido, merece aplausos também o voto do eminente Relator, Ministro Sebastião, que traz e sintetiza, com sua objetividade, sua didática e, ao mesmo tempo, sua celeridade na construção de teses jurídicas, a posição que, antes mesmo de o Supremo Tribunal Federal proclamar, juntamente com o Ministro Nefi e o Ministro Ribeiro Dantas, já defendia no âmbito da Terceira Seção. Portanto, meus cumprimentos ao Sr. Relator.

Agora, em um voto brilhantíssimo, academicamente irretocável, com visões do Direito Comparado e uma análise muito minuciosa do Direito brasileiro, fazendo referências aos modelos inquisitorial e acusatório, bem como sustentando a existência de um Direito próprio do Brasil, o Ministro Rogério Schietti Cruz traz uma visão de um sistema misto talvez, embora reconheça a prevalência do sistema acusatório.

Portanto, são teses jurídicas que a academia, hoje, vibra e discute. Não só a advocacia, mas a academia, como um todo, vem discutindo essas questões relacionadas ao sistema acusatório.

Efetivamente a Lei Anticrime ou Pacote Anticrime trouxe pelo menos duas alterações pontuais que dizem respeito ao sistema acusatório, embora tenha deixado, no Código de Processo Penal, pelo menos dez situações ainda prevendo a palavra “de ofício”. Vamos ter, ao longo da nossa história, no ano que vem, algumas situações que voltarão ao Superior Tribunal de Justiça, exatamente porque alguns dos dispositivos do Código de Processo Penal continuam proclamando a palavra, a possibilidade de uma atuação de ofício por parte dos magistrados, por parte do Estado-Juiz.

Essa questão é extremamente importante e interessante. O Ministro Schietti traz uma visão diferente e apoiada, em boa parte, na doutrina. Podemos dizer que era essa a interpretação dos tribunais superiores a respeito desse tema, com algumas posições minoritárias, mesmo antes da Lei Anticrime, como a

posição do Ministro Celso de Mello, nosso queridíssimo decano, que pontificou tantos anos no Supremo Tribunal Federal.

Todavia, com a Lei Anticrime, veio uma referência expressa de reafirmação do sistema acusatório e uma dúvida em relação aos arts. 310, 282 e 312 do Código de Processo Penal.

A Quinta Turma chegou, evidentemente, a entender, num momento inicial, sem maiores reflexões, no sentido da manutenção da orientação jurisprudencial, mesmo depois da Lei Anticrime, em razão da regra específica contida no art. 310, que dava essa possibilidade, exatamente porque havia o encaminhamento por parte da autoridade policial para a autoridade judicial, que tinha opções a seguir, sendo uma das opções a conversão do flagrante em preventiva.

Todavia, em junho deste ano, o eminente Presidente da Quinta Turma afetou o tema à própria Turma e pediu a reflexão de todos nós a respeito da Lei Anticrime.

Já tínhamos decisões monocráticas do Ministro Celso de Mello, do Ministro Edson Fachin, mas, em junho, ainda não tínhamos o *leading case* do Ministro Celso de Mello, na Segunda Turma, que foi um dos últimos atos de S. Exa. como Ministro na atividade do Supremo Tribunal Federal.

Naquela ocasião, a Quinta Turma seguiu a orientação do Ministro Ribeiro Dantas, a quem rendo todas as homenagens, numa decisão, num voto impecável, em que S. Exa. entendeu que não era mais admissível essa conversão de ofício, porque as alterações do Pacote Anticrime denotavam a intenção legislativa de buscar a efetivação do sistema penal acusatório, vontade essa explicitada, por exemplo, ao alterar o art. 311 do CPP, suprimindo a expressão “de ofício” ao tratar da possibilidade de decretação da prisão pelo magistrado, e ao incluir o art. 3º-A do CPP, dispondo que o processo penal terá estrutura acusatória, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Nesse sentido, minha dúvida, que ainda existia, era devido ao fato de que eu não interpretava, naquele exato momento, que havia uma atuação de ofício por parte do magistrado com o recebimento do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, construindo aí o raciocínio que levou o Ministro Rogerio Schietti, de uma forma academicamente mais aprimorada, mais minuciosa, a chegar à conclusão de que é legal a conversão da prisão em flagrante em preventiva pelo juiz, mesmo de ofício.

Todavia, sobrevieram julgados da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (HC 186.490 e HC 187.225, ambos de Relatoria do Min. *Celso de Mello*, julgados em 10/10/2020 e publicados no DJe-255 de 22-10-2020) que, de forma expressa, afirmaram que a interpretação do art. 310, II, do CPP deveria ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311 do mesmo estatuto processual penal.

Isso significa 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.

Isso citando, evidentemente, respeitável magistério doutrinário e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, precedentes do Ministro Fachin, do Ministro Celso de Mello e de tantos outros Ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal.

Portanto, a partir daí, a Quinta Turma passou a entender que é ilegal a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva sem prévio requerimento do MP, do querelante ou do assistente ou por representação da autoridade policial.

Faço essas brevíssimas considerações apenas para dizer e pedir que se registre, nesta sessão, que a fundamentação de meu voto já se encontra no Agravo Regimental no HC n. 622.523/RJ, publicado no dia 23 de novembro de 2020; no HC n. 619.885/AL, publicado no dia 7 de dezembro de 2020; e, também, no RHC n. 135.081/MG, publicado em 16 de novembro de 2020.

Em tais julgados, ressalto que, promovendo uma alteração de seu entendimento prévio sobre o tema, a Quinta Turma desta Corte de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 590.039/GO, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 23/6/2020, DJe 25/6/2020, passou a entender que, em virtude da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), não é mais admissível a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em prisão preventiva, mesmo quando preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Isso porque, as alterações do Pacote Anticrime denotavam “a intenção legislativa de buscar a efetivação do sistema penal acusatório”, vontade essa explicitada, por exemplo, ao alterar o art. 311 do CPP – suprimindo a expressão “de ofício”, ao tratar da possibilidade de decretação da prisão pelo magistrado –, assim como ao incluir o art. 3º-A no CPP, dispondo que o

Processo Penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória pelo órgão de acusação.

Nesse diapasão, afirmo que o artigo 310 e os demais dispositivos do Código de Processo Penal devem ser interpretados privilegiando o regime do *sistema acusatório* vigente em nosso país, *nos termos da Constituição Federal*, que outorgou ao *Parquet* a relevante função institucional, dentre outras, de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (art. 129, I, CF), ressalvada a hipótese, que é excepcional, prevista no art. 5º, LIX, da Carta Política; e do próprio Código de Processo Penal.

Desse modo, diante dessas alterações legislativas, o novo entendimento é no sentido de ser indispensável, de forma expressa, o prévio requerimento das partes, do Ministério Público ou da autoridade policial para que o juiz aplique qualquer medida cautelar.

Friso, por fim, que esta nova orientação está alinhada com as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 186.421, de relatoria do Ministro *Celso de Mello*, e do HC n. 191.042, de Relatoria do Ministro *Edson Fachin*.

Com essas considerações, Sr. Presidente, que faço muito mais em homenagem à Defensoria Pública e ao voto divergente do eminente Ministro Rogerio Schietti Cruz, não tenho dúvida em acompanhar o eminente Relator quanto ao provimento do recurso em *habeas corpus*.

Digo isso sem qualquer problema em relação às outras questões suscitadas pelo Ministro Rogerio Schietti, porque esse é o objeto da afetação. Como o eminente Relator não propôs a desafetação para que a Turma pudesse examinar a questão costumeira indicada no douto voto do eminente Ministro Rogerio Schietti Cruz, eu, nos limites da afetação, entendo pelo provimento do recurso na esteira do voto do eminente Relator Sebastião Reis Júnior, que expressa a posição majoritária – ainda não temos um julgado da Primeira Turma do Supremo – da Suprema Corte de Justiça Nacional e a posição, também unânime, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: O presente *habeas corpus* versa sobre tema recorrente e muito caro às defensorias públicas estaduais e distrital: a questão da prisão decretada de ofício.

Escutamos votos brilhantes, a exemplo do pronunciamento profundo dos Ministros Schietti e Reynaldo. Por isso, peço a oportunidade antecipada para votar no calor deste debate.

Na realidade, chegou a hora de entendermos que a edição da Lei n. 13.964/2019 teve o propósito de compatibilizar o processo penal brasileiro com as regras da Constituição Federal. A doutrina é unânime quanto a isso.

É preciso também entender que a inserção do art. 3º-A pela Lei n. 13.964/2019 no Código de Processo Penal não representou apenas a inserção de uma norma procedimental. O art. 3º-A trouxe forte mudança filosófica para o processo penal brasileiro. Esse dispositivo introduz mudança radical no atuar dos sujeitos do processo, dos atores do processo, definindo bem o papel de cada um: o do juiz, destacando a importância da neutralidade, da independência e da imparcialidade; e o do Ministério Público, não só como proponente da ação penal mas também como verdadeiro propulsor, aquele que faz o processo andar.

Assim, a Lei n. 13.964/2019 acretou ao processo brasileiro profunda mudança ideológica.

Precisamos abandonar a cultura inquisitória, tendo em mente que, no processo acusatório introduzido pela Lei n. 13.964/2019, a parte do juiz é julgar e a do Ministério Público é agir e defender a sociedade, apresentando propostas ao magistrado.

Estamos preocupados, porque temos interesses públicos gerais ou interesses públicos relevantes, como destacado pelo Ministro Rogerio Schietti, que poderiam ficar à deriva no sistema acusatório. Entendo que não. No sistema acusatório, sobressai o papel do Ministério Público no processo penal. A iniciativa é dele, ele é o dono da lide, da ação penal. Ele tem de agir, estar atento.

Ganha importância também o delegado nesse papel, porque, ao encaminhar o flagrante, deve justificar, em sendo o caso, as necessidades da prisão preventiva.

Nessa redefinição, nesse novo *script* do processo penal, o juiz tem de atuar como agente acima das partes e totalmente desinteressado.

Na verdade, o Ministério Público tem de cumprir o papel que a lei e a Constituição lhe conferiram. Não me preocupa se o Ministério Público não vai chegar à audiência. Ele tem de chegar, deve haver uma alternativa, uma estrutura, como ocorre na Justiça. Na hipótese de o juiz sofrer um acidente, como se resolve a audiência de custódia no prazo de 24 horas? Essas são questões acidentais num processo.

Isso faz com que, entendido o novo papel de cada ente no processo penal, o Ministério Público precise reestruturar-se administrativamente. Ele deve reorganizar-se a fim de desempenhar, a contento, seu papel no sistema acusatório, em que são dele as iniciativas. Não cabe ao juiz – e aí que é preciso entender a mudança filosófica – ficar suprindo as falhas, as ausências do Ministério Público. O juiz tem de tratar as partes igualmente. O juiz ganha relevância agora como ser completamente independente.

Portanto, a edição da Lei n. 13.964/2019 leva o intérprete do Código de Processo Penal a nova leitura dos dispositivos nele inseridos. Esses dispositivos têm de ser analisados dentro de um novo princípio ideológico do processo. Com base nesse princípio, parece-me, não cabe mais ao juiz substituir as falhas eventuais do Ministério Público, que, embora não seja um órgão inerte, agora precisar estar muito mais atento.

Ele tem, no plano federal, uma estrutura maravilhosa. Há, aqui em Brasília, mais subprocuradores que ministros nos tribunais superiores. No Brasil afora, o Ministério Público é muito bem estruturado. Se há deficiência, eu a vejo na Defensoria Pública.

Então, não me preocupa, em princípio, que interesses superiores possam ser arranhados. Preocupa-me, sim, que o juiz deixe de ser totalmente isento no julgamento das causas que importam à liberdade de seu semelhante.

Não vejo o porquê de o juiz converter prisão em flagrante em prisão preventiva sem que o dono do processo, o dono da ação a requeira ou a considere necessária.

Como disse a Dra. Adriana em sua sustentação oral, muitas vezes o Ministério Público nem quer a prisão em flagrante e o juiz está decretando.

Esses interesses públicos, em geral, existem e merecem a guarida do Judiciário, mas merecem essa proteção desde que o titular da ação requeira, aja, trabalhe no sentido de preservar os fatos necessários para que o processo chegue a um resultado meritório satisfatório.

Há interesses outros tão maiores quanto o penal, como os dos menores, às vezes do meio ambiente, os que têm repercussão na vida, na saúde de todos, e o juiz nada pode fazer se não houver a iniciativa de quem é de direito.

Esses interesses outros têm um titular agora para defendê-los, para falar em nome da sociedade – o Ministério Público. Quando não se tratar de interesse tão relevante ou tiver relação com interesse privado, temos a parte.

O que não pode é *ad eternum* o juiz brasileiro ficar atuando como protetor de uma das partes, sob a desculpa de que está protegendo a sociedade. A sociedade se protege dentro de um devido processo legal, observando os princípios constitucionais que se concretizaram na Lei n. 13.964/2019.

É verdade que não existe sistema puro. Regras inquisitórias poderão estar presentes no princípio predominantemente acusatório do Código de Processo Penal, mas isso ainda existe porque o Código dista muito de sua promulgação ao momento atual. Ele é de 1941, época na qual a Constituição Federal vigente não tratava dos direitos fundamentais como a atual aborda. A preocupação era muito menor.

Acredito que não podemos substituir a inércia eventual do Ministério Público ou da polícia. O papel deles está muito bem definido na Constituição, na Lei Orgânica, no Código de Processo Penal, no Código Penal, ou seja, na ordem jurídica brasileira.

Por isso penso que a Lei n. 13.964/2019 não alterou o Código de Processo Penal para que as coisas continuassem como estavam, lembrando aqui o que disse Lampedusa no famoso filme *O Leopardo*, quando um sobrinho de um nobre pergunta ao tio: “Meu tio, as coisas estão mudando?” Ele responde: “As coisas estão mudando para continuar como estão”.

Não é isso. A leitura a fazer é de mudança ideológica e filosófica do Código de Processo Penal em consonância com a orientação constitucional brasileira.

Assim, peço vênia ao Ministro Rogério Schietti para afirmar que não há incompatibilidade. Posso acolher o recurso e dar provimento pelos dois fundamentos: não é permitida a conversão de ofício e também porque é nulo o flagrante. Há dois fundamentos no processo. O pedido é um só: concessão da ordem e revogação da prisão preventiva.

O voto do Ministro Sebastião Reis é deveras esclarecedor. Para mim, amolda-se perfeitamente ao sistema jurídico vigente.

O voto do Ministro Schietti é profundo, é forte. Os argumentos são fortes, levam-nos à reflexão, mas a reflexão que faço é exatamente para dar esta resposta: é hora de entendermos que o juiz não é um suplente processual, um sanador processual da atividade do Ministério Público. Para mim, não cabe a ele suprir as falhas do Ministério Público.

Dos interesses maiores, como bem frisados pelo Ministro Schietti em seu culto e interessantíssimo voto, o defensor primeiro é o Ministério Público ou,

por vezes, o delegado, não o juiz, o qual não deve proceder de ofício, como é de nossa cultura.

Acredito que o Processo Penal agora tem uma estrutura acusatória. Cabe-nos – como agentes garantidores da ordem jurídica, preservadores da inteireza do direito federal infraconstitucional, no qual se insere o Código de Processo Penal – dar concretude às regras processuais para que tenham a maior eficácia e para que o legislador constitucional, que inspirou o legislador infraconstitucional, não fique inobservável.

Por isso, antecipando meu voto, entendo que a Lei n. 13.964/2019 introduziu mudanças no ordenamento jurídico brasileiro e nós somos os responsáveis pela implementação dessas mudanças.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Sr. Presidente, não vejo problema nenhum em fazer incluir, em meu voto, as razões expostas pelo Ministro Rogerio Schietti no que se refere à concessão da ordem de ofício, tendo em vista à ilegalidade da prova que deu causa à prisão do recorrente, o que levaria, também, ao seu imediato relaxamento.

Assim, dou provimento ao recurso para invalidar, por ilegal, a conversão *ex officio* da prisão em flagrante do ora recorrente em prisão preventiva. E, também, concedo a ordem de ofício, para anular o processo, *ab initio*, por ilegalidade da prova de que resultou sua prisão, a qual, por conseguinte, deve ser imediatamente relaxada também por essa razão.