

06/10/2020

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 188.888 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO  
PACTE.(S) : FÁBIO JUNIO PEREIRA  
PACTE.(S) : MARCOS RAYKE JUSTINO DOS SANTOS  
IMPTE.(S) : GABRIEL ARRUDA RAMOS  
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 585.197 DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
INTDO.(A/S) : CARLOS EDUARDO CRUZ MENESSES  
ADV.(A/S) : WAGNER SILVA LIMA  
ADV.(A/S) : MARCIO LEONARDO BRANDAO GROSSI

**E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) NÃO REALIZADA – A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) COMO DIREITO SUBJETIVO DA PESSOA SUBMETIDA A PRISÃO CAUTELAR – DIREITO FUNDAMENTAL ASSEGURADO PELA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Artigo 7, n. 5) E PELO PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (Artigo 9, n. 3) – RECONHECIMENTO JURISDICIONAL, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 347-MC/DF, REL. MIN. MARCO AURÉLIO), DA IMPRESCINDIBILIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) COMO EXPRESSÃO DO DEVER DO ESTADO BRASILEIRO DE CUMPRIR, FIELMENTE, OS COMPROMISSOS ASSUMIDOS NA ORDEM INTERNACIONAL – “PACTA SUNT SERVANDA”: CLÁUSULA GERAL DE OBSERVÂNCIA E EXECUÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS (CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, Artigo 26) – PREVISÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) NO ORDENAMENTO POSITIVO DOMÉSTICO (LEI Nº 13.964/2019 E RESOLUÇÃO CNJ Nº 213/2015) – INADMISSIBILIDADE DA NÃO REALIZAÇÃO DESSE ATO, RESSALVADA MOTIVAÇÃO IDÔNEA, SOB PENA DE TRÍPLICE RESPONSABILIDADE DO MAGISTRADO**

HC 188888 / MG

QUE DEIXAR DE PROMOVÊ-LO (CPP, art. 310, § 3º, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.964/2019) – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO.

– Toda pessoa que sofra prisão em flagrante – qualquer que tenha sido a motivação ou a natureza do ato criminoso, mesmo que se trate de delito hediondo – deve ser obrigatoriamente conduzida, “sem demora”, à presença da autoridade judiciária competente, para que esta, ouvindo o custodiado “sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão” e examinando, ainda, os aspectos de legalidade formal e material do auto de prisão em flagrante, possa (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 (CPP, art. 310, II).

– A audiência de custódia (ou de apresentação) – que deve ser obrigatoriamente realizada com a presença do custodiado, de seu Advogado constituído (ou membro da Defensoria Pública, *se for o caso*) e do representante do Ministério Público – constitui direito público subjetivo, de caráter fundamental, assegurado por convenções internacionais de direitos humanos a que o Estado brasileiro aderiu (Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 7, n. 5, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Artigo 9, n. 3) e que já se acham incorporadas ao plano do direito positivo interno de nosso País (Decreto nº 678/92 e Decreto nº 592/92, respectivamente), não se revelando lícito ao Poder Público transgredir essa essencial prerrogativa instituída em favor daqueles que venham a sofrer privação cautelar de sua liberdade individual.

– A imprescindibilidade da audiência de custódia (ou de apresentação) tem o beneplácito do magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (ADPF 347-MC/DF) e, também, do

HC 188888 / MG

ordenamento positivo doméstico (Lei nº 13.964/2019 e Resolução CNJ nº 213/2015), **não podendo deixar de realizar-se, ressalvada motivação idônea, sob pena de tríple responsabilidade** do magistrado **que deixar** de promovê-la (CPP, art. 310, § 3º, na redação dada pela Lei nº 13.964/2019). **Doutrina. Jurisprudência** (Rcl 36.824-MC/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

– **A ausência da realização da audiência de custódia** (ou de apresentação), **tendo em vista a sua essencialidade e considerando os fins** a que se destina, **qualifica-se como causa geradora da ilegalidade da própria prisão em flagrante, com o conseqüente relaxamento** da privação cautelar da liberdade individual da pessoa sob o poder do Estado. **Magistério da doutrina**: AURY LOPES JR. (“Direito Processual Penal”, p. 674/680, item n. 4.7, 17ª ed., 2020, Saraiva), EUGÊNIO PACELLI e DOUGLAS FISCHER (“Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência”, p. 792/793, item n. 310.1, 12ª ed., 2020, Forense), GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ (“Processo Penal”, p. 1.206, item n. 18.2.5.5, 8ª ed., 2020, RT), RENATO BRASILEIRO DE LIMA (“Manual de Processo Penal”, p. 1.024/1.025, 8ª ed., 2020, JusPODIVM) e RENATO MARCÃO (“Curso de Processo Penal”, p. 778/786, item n. 2.12, 6ª ed., 2020, Saraiva).

**IMPOSSIBILIDADE, DE OUTRO LADO, DA DECRETAÇÃO “EX OFFICIO” DE PRISÃO PREVENTIVA EM QUALQUER SITUAÇÃO (EM JUÍZO OU NO CURSO DE INVESTIGAÇÃO PENAL), INCLUSIVE NO CONTEXTO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO), SEM QUE SE REGISTRE, MESMO NA HIPÓTESE DA CONVERSÃO A QUE SE REFERE O ART. 310, II, DO CPP, PRÉVIA, NECESSÁRIA E INDISPENSÁVEL PROVOCAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DA AUTORIDADE POLICIAL – RECENTE INOVAÇÃO LEGISLATIVA INTRODUZIDA PELA LEI Nº 13.964/2019 (“LEI ANTICRIME”), QUE ALTEROU OS ARTS. 282, §§ 2º e 4º, E 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SUPRIMINDO AO MAGISTRADO**

HC 188888 / MG

A POSSIBILIDADE DE ORDENAR, “SPONTE SUA”, A IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA – NÃO REALIZAÇÃO, NO CASO, DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) – INADMISSIBILIDADE DE PRESUMIR-SE IMPLÍCITA, NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, A EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA – CONVERSÃO, DE OFÍCIO, MESMO ASSIM, DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO ORA PACIENTE EM PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE DE TAL ATO, QUER EM FACE DA ILEGALIDADE DESSA DECISÃO, QUER, AINDA, EM RAZÃO DE OFENSA A UM DIREITO BÁSICO, QUAL SEJA O DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, QUE TRADUZ PRERROGATIVA INSUPRIMÍVEL ASSEGUADA A QUALQUER PESSOA PELO ORDENAMENTO DOMÉSTICO E POR CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

– A reforma **introduzida** pela Lei nº 13.964/2019 (“*Lei Anticrime*”) **modificou** a disciplina referente às medidas de índole cautelar, **notadamente** aquelas de caráter pessoal, **estabelecendo** um modelo *mais consentâneo* com as **novas** exigências **definidas pelo moderno processo penal** de perfil democrático **e assim preservando**, em consequência, *de modo mais expressivo*, **as características essenciais inerentes à estrutura acusatória** do processo penal brasileiro.

– A Lei nº 13.964/2019, **ao suprimir** a expressão “*de ofício*” que **constava** do art. 282, §§ 2º e 4º, **e** do art. 311, **todos** do Código de Processo Penal, **vedou, de forma absoluta**, a decretação da prisão preventiva **sem o prévio** “*requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público*” (grifei), **não mais sendo lícita**, portanto, **com base** no ordenamento jurídico vigente, **a atuação “ex officio”** do Juízo processante **em tema de privação cautelar da liberdade**.

HC 188888 / MG

– **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.**

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

– **O auto de prisão em flagrante, lavrado por agentes do Estado, qualifica-se como ato de formal documentação que consubstancia, considerados** os elementos que o compõem, **relatório das circunstâncias de fato e de direito aptas a justificar a captura do agente do fato delituoso nas hipóteses previstas em lei (CPP, art. 302), tendo por precípua finalidade evidenciar** – como providência **necessária e imprescindível** que é – **a regularidade e a legalidade** da privação cautelar da liberdade do autor do evento criminoso, **o que impõe ao Estado, em sua elaboração, a observância de estrito respeito** às normas **previstas** na legislação processual penal, **sob pena** de caracterização de **injusto gravame** ao “status libertatis” da pessoa posta sob custódia do Poder Público. **Doutrina.**

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

HC 188888 / MG

– 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 173.791/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 173.800/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 186.209-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.****

HC 188888 / MG

ACÓRDÃO

**Vistos, relatados e discutidos** estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Segunda Turma**, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em não conhecer** da impetração, mas **conceder, de ofício**, ordem de “*habeas corpus*”, para **invalidar**, por ilegal, a conversão “*ex officio*” da prisão em flagrante do ora paciente em prisão preventiva, **confirmando, em consequência**, o **provimento** cautelar anteriormente **deferido, nos termos** do voto do Relator.

Brasília, 06 de outubro de 2020.

CELSO DE MELLO – RELATOR

06/10/2020

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 188.888 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO  
PACTE.(S) : FÁBIO JUNIO PEREIRA  
PACTE.(S) : MARCOS RAYKE JUSTINO DOS SANTOS  
IMPTE.(S) : GABRIEL ARRUDA RAMOS  
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 585.197 DO SUPERIOR  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
INTDO.(A/S) : CARLOS EDUARDO CRUZ MENESSES  
ADV.(A/S) : WAGNER SILVA LIMA  
ADV.(A/S) : MARCIO LEONARDO BRANDAO GROSSI

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Trata-se de “*habeas corpus*” impetrado contra decisão monocrática que, emanada de eminente Ministro do E. Superior Tribunal de Justiça em sede de outra ação de “*habeas corpus*” (HC 585.197/MG), indeferiu pleito cautelar que lhe havia sido requerido em favor do ora paciente.

Busca-se, em síntese, nesta impetração, seja concedida ordem de “*habeas corpus*”, para revogar a conversão “ex officio” decretada pelo magistrado de primeira instância, que transformou, sem prévia postulação do Ministério Público ou da autoridade policial, a prisão em flagrante do ora paciente em prisão preventiva, destacando-se, ainda, que referido paciente foi privado do seu direito à realização de audiência de custódia, considerada a situação excepcional de calamidade pública resultante da pandemia de COVID-19.

Superei a restrição jurisprudencial que ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal firmaram no sentido da incognoscibilidade desse remédio constitucional, quando ajuizado, como no caso em análise, em face

HC 188888 / MG

de decisão monocrática **proferida por Ministro** de Tribunal Superior da União, **e concedi**, “*ex officio*”, **medida liminar, para suspender, cautelarmente, a eficácia da conversão de ofício** da prisão em flagrante do ora paciente em prisão preventiva.

O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. CLÁUDIA SAMPAIO MARQUES, **opinou pela concessão parcial da ordem de “habeas corpus” em parecer** assim ementado:

**“PENAL E PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ‘MANDAMUS’ QUE SE VOLTA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU MEDIDA LIMINAR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF. PRETENSÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR POR AUSÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E DE SEUS REQUISITOS. DESCABIMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DO ART. 312 DO CPP. PACIENTES COM EVIDENTE ENVOLVIMENTO NO TRÁFICO DE DROGAS, SUPOSTAMENTE INTEGRANTES DE UMA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE CONCRETA DE REITERAÇÃO DELITIVA. CUSTÓDIA CAUTELAR QUE SE FAZ NECESSÁRIA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NECESSIDADE DE SUA REALIZAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO DO PRESO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA DIANTE DO ESGOTAMENTO DO PRAZO FIXADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIDA (ADPF Nº 347/DF). PARECER PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, DE OFÍCIO.”** (grifei)

**É o relatório.**

06/10/2020

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 188.888 MINAS GERAIS

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Examino, uma vez mais, a questão preliminar pertinente à admissibilidade da presente ação de “*habeas corpus*”. E, ao fazê-lo, devo observar que ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal firmaram orientação no sentido da incognoscibilidade desse remédio constitucional, quando ajuizado, como no caso em análise, em face de decisão monocrática proferida por Ministro de Tribunal Superior da União (HC 116.875/AC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – HC 117.346/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – HC 117.798/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 118.189/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – HC 119.821/TO, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 121.684-AgR/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – HC 122.381-AgR/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – HC 122.718/SP, Rel. Min. ROSA WEBER – RHC 114.737/RN, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RHC 114.961/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.):

**“HABEAS CORPUS’. CONSTITUCIONAL. PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.**

**I – (...) verifica-se que a decisão impugnada foi proferida monocraticamente. Desse modo, o pleito não pode ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal, o qual pressupõe seja a coação praticada por Tribunal Superior.**

.....  
**III – ‘Writ’ não conhecido.”**

**(HC 118.212/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)**

HC 188888 / MG

**Tenho** respeitosamente **dissentido**, em caráter pessoal, dessa diretriz jurisprudencial, **por nela vislumbrar grave restrição** ao exercício do **remédio constitucional** do “*habeas corpus*”.

**Não obstante** a minha posição pessoal, **venho observando**, em recentes julgamentos, **essa orientação restritiva**, *hoje consolidada* na jurisprudência da Corte, **em atenção** ao princípio da colegialidade, **motivo pelo qual impor-se-á o não conhecimento** desta ação.

**Assinalo**, *no entanto*, que, **mesmo** em impetrações deduzidas **contra** decisões monocráticas de Ministros de outros Tribunais Superiores da União, a **colenda** Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, **ainda que não conhecendo** do “*writ*” constitucional, **tem concedido**, “*ex officio*”, a **ordem** de “*habeas corpus*”, **quando se evidencie** patente situação caracterizadora de **injusto gravame** ao “*status libertatis*” do paciente (**HC 118.560/SP**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, *v.g.*).

**Por tal motivo**, e superando a questão pertinente à incognoscibilidade do remédio constitucional, **passo a analisar** o mérito da presente ação de “*habeas corpus*”. **E, ao fazê-lo**, **reitero** que os elementos produzidos nesta sede processual **revelam-se** suficientes **para justificar**, *na espécie*, **o afastamento** de mencionada restrição jurisprudencial, **viabilizando-se**, *em consequência*, **por parte** desta Suprema Corte, **a invalidação**, *de ofício*, da **conversão** da prisão em flagrante do ora paciente em prisão preventiva.

**Cabe destacar**, *desde logo*, que o magistrado de primeira instância, **consideradas as razões** por ele invocadas, **não só decretou**, *de ofício*, a **prisão preventiva** do ora paciente, **mas também a este negou**, *não obstante configurada* situação de flagrância, **a indispensável realização da audiência de custódia**.

HC 188888 / MG

Esta Corte, em **diversos** precedentes sobre questão **idêntica** à ora em exame, **tem reconhecido** a ocorrência de desrespeito à decisão proferida na ADPF 347-MC/DF, cujo julgamento, **impregnado de eficácia vinculante**, **proclamou a obrigação da autoridade judiciária competente de promover** a audiência de custódia, **considerado** o fato – *juridicamente relevante* – de que a realização desse ato **constitui direito subjetivo da pessoa a quem se impôs** prisão cautelar.

**Cumpram ter presente**, por necessário, que **Ministros de ambas as Turmas** desta Corte Suprema **têm determinado**, por isso mesmo, *em sede reclamatória*, **exceto se configurada hipótese de justa causa, a realização, no prazo de 24 horas, de audiência de custódia, cuja efetivação não se submete à avaliação discricionária do magistrado competente** (**Rcl 26.604-MC/GO**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – **Rcl 27.074/RJ**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **Rcl 27.206-MC/RJ**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **Rcl 27.294/RJ**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **Rcl 27.730/RJ**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **Rcl 27.748/SC**, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – **Rcl 27.750-MC/SC**, Rel. Min. LUIZ FUX, **decisão** proferida pela Ministra CÁRMEN LÚCIA no exercício da Presidência – **Rcl 27.751-MC/SC**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **decisão** proferida pela Ministra CÁRMEN LÚCIA no exercício da Presidência – **Rcl 28.079-MC/MT**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – **Rcl 28.554/SP**, Rel. Min. EDSON FACHIN – **Rcl 29.787/MG**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **Rcl 31.637/MG**, Rel. Min. EDSON FACHIN, *v.g.*).

**Vale referir**, bem por isso, **ante a pertinência** de seus fundamentos, *passagem expressiva da decisão* que o eminente Ministro GILMAR MENDES **proferiu** no âmbito **da Rcl 32.978/MG**, *de que foi Relator*:

*“Observa-se, portanto, que a homologação do flagrante e a conversão para prisão preventiva foram feitos no mesmo ato sem que houvesse a apresentação do acusado à autoridade judicial em audiência de custódia.*”

HC 188888 / MG

**Razão assiste à defesa ao afirmar que tal procedimento contraria frontalmente o art. 1º da Resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), editada com supedâneo na decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na MC na ADPF 347.** Transcrevo o dispositivo:

**'Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24h da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.'**

**Tomando os tratados como parâmetro do controle de convencionalidade do ordenamento jurídico interno, o STF deferiu medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, em 9.9.2015, para determinar a realização de audiências de apresentação dos presos em flagrante, no prazo de 24 horas, contado da prisão. (...):**

.....  
**Trata-se de importante mecanismo de controle da legalidade das prisões em flagrante, prevenindo-se prisões ilegais e até torturas no ato da prisão, situações constatadas nos mutirões carcerários realizados pelo Conselho Nacional de Justiça e constantemente noticiadas pela imprensa.**

**Antes mesmo da decisão do STF, o CNJ vinha firmando convênios com Tribunais para realizar as audiências de apresentação. Efetivamente, com a MC na ADPF 347, o STF tornou obrigatória a realização da audiência de custódia em todo o País.**

**A audiência de custódia, determinada pela CADH e pelo PIDCP, é mecanismo essencial para o controle da legalidade de prisões realizadas em Estados democráticos. No caso 'Tibi v. Equador' (2004), a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que 'o controle imediato é uma medida que visa a**

HC 188888 / MG

*evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das prisões, tomando em conta que em um Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares, quando isso se mostre estritamente necessário, e assegurar que, em geral, se trate o acusado de modo compatível com a presunção de inocência' (item 114).*

*Na doutrina, afirma-se que a audiência de custódia tem as funções essenciais de controlar abusos das autoridades policiais e evitar prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias (PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Empório do Direito, 2015, p. 37-39). Por exemplo, para se verificar abusos na condução do preso, a sua correta identificação, ou até controlar eventuais decretos prisionais manifestamente abusivos ou sem fundamentação concreta.*

*Por óbvio, a cognição em audiência de custódia possui limitações, pois não se pode antecipar o julgamento de mérito do processo com aprofundamento instrutório. Contudo, tendo-se em vista que no ato há um contato da defesa com um juiz, deve-se dar primazia ao exercício do contraditório de modo oral e com imediação, para controle da legalidade da prisão e especial atenção à revisão de ilegalidades manifestas. Portanto, o instituto tem diversas funções, relevantes e fundamentais ao processo penal.*

.....  
*Ante o exposto, nos termos do artigo 161, parágrafo único, do RISTE, julgo procedente a reclamação, para determinar a realização da audiência de custódia, no prazo de 24 horas, contado da comunicação desta decisão, devendo o magistrado reapreciar a manutenção, ou não, da prisão preventiva, bem como a necessidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão dispostas no artigo 319 do CPP." (grifei)*

**Não constitui demasia insistir na asserção de que toda pessoa que sofra prisão em flagrante – qualquer que tenha sido a motivação ou a natureza do ato criminoso, mesmo que se trate de delito hediondo – deve ser obrigatoriamente conduzida, “sem demora”, à presença da autoridade judiciária competente, para que esta, ouvindo o custodiado “sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão” e examinando, ainda,**

HC 188888 / MG

os aspectos de legalidade formal e material do auto de prisão em flagrante, **possa** (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).

A **audiência de custódia** (ou de apresentação) – **que deve ser obrigatoriamente realizada** com a presença do custodiado, de seu Advogado constituído (ou membro da Defensoria Pública, *se for o caso*) e do representante do Ministério Público – **constitui direito público subjetivo, de caráter fundamental, assegurado por convenções internacionais de direitos humanos a que o Estado brasileiro aderiu (Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 7, n. 5, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Artigo 9, n. 3) e que já se acham incorporadas ao plano do direito positivo interno de nosso País (Decreto nº 678/92 e Decreto nº 592/92, respectivamente), não se revelando lícito ao Poder Público transgredir essa essencial prerrogativa instituída em favor daqueles que venham a sofrer privação cautelar de sua liberdade individual.**

A **imprescindibilidade da audiência de custódia** (ou de apresentação) **tem o beneplácito** do magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (ADPF 347-MC/DF) e, também, do ordenamento positivo doméstico (Lei nº 13.964/2019 e Resolução CNJ nº 213/2015), **não podendo deixar de realizar-se (Rcl 36.824-MC/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), sob pena de tríplex responsabilidade do magistrado que deixar de promovê-la (CPP, art. 310, § 3º, na redação dada pela Lei nº 13.964/2019), cabendo salientar, ainda, como adverte GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ (“Processo Penal”, p. 1.206, item n. 18.2.5.5, 8ª ed., 2020, RT), que, “se não for realizada a audiência de custódia a prisão tornar-se-á ilegal, e deverá ser relaxada” (grifei).**

HC 188888 / MG

Esse **mesmo** entendimento **é também perfilhado**, *entre outros*, por AURY LOPES JR. (“**Direito Processual Penal**”, p. 674/680, item n. 4.7, 17ª ed., 2020, Saraiva), EUGÊNIO PACELLI e DOUGLAS FISCHER (“**Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**”, p. 792/793, item n. 310.1, 12ª ed., 2020, Forense), RENATO BRASILEIRO DE LIMA (“**Manual de Processo Penal**”, p. 1.024/1.025, 8ª ed., 2020, JusPODIVM) e RENATO MARCÃO (“**Curso de Processo Penal**”, p. 778/786, item n. 2.12, 6ª ed., 2020, Saraiva), **cujas lições acentuam, tal a essencialidade da audiência de custódia, considerados os fins a que se destina, que a ausência de sua realização provoca, entre outros efeitos, a ilegalidade da própria prisão em flagrante, com o conseqüente relaxamento da privação cautelar da liberdade da pessoa sob o poder do Estado.**

**Mostra-se grave, portanto, a injusta denegação**, àquele que sofreu prisão em flagrante, **do seu direito** de ser conduzido, “*sem demora*”, à **presença** da autoridade judiciária competente, **eis que a realização** da audiência de custódia *tem por finalidade essencial proteger*, de um lado, a integridade física e moral da pessoa custodiada e, de outro, **preservar** o “*status libertatis*” **daquele** que se acha cautelarmente privado de sua liberdade.

Nem se diga que a situação extraordinária em que se encontra nosso País, atingido pela Pandemia da COVID-19, poderia constituir motivo justificador **da denegação**, *em desfavor daquele que sofreu prisão em flagrante*, **do seu ineliminável direito público subjetivo à realização da audiência de custódia**, pois o descumprimento, pelo Poder Público, da obrigação que assumiu, *no plano internacional (e também doméstico)*, **de promover esse ato de essencial relevo importaria em gravíssima ofensa** à liberdade jurídica da pessoa *sob custódia estatal*.

HC 188888 / MG

A solução que se preconiza para superar esse problema – que se mostra altamente detrimetoso ao “*status libertatis*” daquele que foi preso em flagrante – **reside na utilização excepcional do sistema de videoconferência.**

**É importante mencionar, neste ponto, que o Congresso Nacional, ao apreciar o projeto que se transformou na Lei nº 13.964/2019, aprovou proposta que objetivava impedir a realização da audiência de custódia mediante sistema de videoconferência, consubstanciada em norma que se pretendia acrescentar ao CPP com o seguinte teor (art. 3º-B, § 1º): “O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência” (grifei).**

**Ocorre, no entanto, que o Presidente da República vetou essa norma, impedindo que ela se transformasse em regra legal, afastando, em consequência, de nosso ordenamento positivo a pretendida interdição ao uso do sistema de videoconferência na realização da audiência de custódia.**

**Eis as razões justificadoras do veto presidencial:**

**“§ 1º do art. 3º-B do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, inserido pelo art. 3º do projeto de lei**

.....  
**Razões dos vetos: A propositura legislativa, ao suprimir a possibilidade da realização da audiência por videoconferência, gera insegurança jurídica ao ser incongruente com outros dispositivos do mesmo código, a exemplo do art. 185 e 222 do Código de Processo Penal, os quais permitem a adoção do sistema de videoconferência em atos processuais de procedimentos**

HC 188888 / MG

*e ações penais, além de dificultar a celeridade dos atos processuais e do regular funcionamento da justiça, em ofensa à garantia da razoável duração do processo, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 77.580/RN, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/02/2017). (...)” (grifei)*

**Vê-se, portanto, que inexistente, em nosso sistema jurídico, norma de caráter legal que proíba a utilização, nas audiências de custódia, do sistema de videoconferência, sendo importante considerar que resoluções de natureza meramente administrativa não podem invadir nem dispor sobre matéria sujeita ao domínio normativo da lei, especialmente quando tais atos de índole infralegal, ao estabelecerem cláusulas vedatórias que inibem o exercício de um direito fundamental, frustram, injustamente, a realização de procedimento – a audiência de custódia – destinado a proteger o estado de liberdade individual daquele que vem a sofrer prisão em flagrante.**

**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*,**

HC 188888 / MG

*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* (GUILHERME MADEIRA DEZEM, “Curso de Processo Penal”, p. 95/100, item n. 3.3, 5ª ed., 2019, RT; RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “Manual de Processo Penal”, p. 39/40, 5ª ed., 2017, JusPODIVM; PAULO RANGEL, “Direito Processual Penal”, p. 52/53, 18ª ed., 2010, Lumen Juris; EUGÊNIO PACELLI, “Curso de Processo Penal”, p. 13/17, item n. 1.4, 21ª ed., 2017, Atlas; GERALDO PRADO, “Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais”, p. 195, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; RENATO MARCÃO, “Curso de Processo Penal”, p. 82/84, item n. 14.2, 2014, Saraiva; PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, “Curso de Processo Penal”, p. 27/28, item n. 2.1.3, 8ª ed., 2012, Forense; ANDRÉ NICOLITT, “Manual de Processo Penal”, p. 111/113, 6ª ed., 2016, RT, v.g.), **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 **persegúveis** 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

HC 188888 / MG

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 nº 8.906/94, art. 7º, XXI, na redação dada pela Lei nº 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 nº 13.964/2019 (“*Lei Anticrime*”) **modificou** a disciplina referente às medidas de índole cautelar, **notadamente** aquelas de caráter pessoal, **estabelecendo** um modelo **mais consentâneo** com as **novas** exigências **definidas pelo moderno processo penal** de perfil democrático e **assim preservando**, em consequência, *de modo mais expressivo*, **as características essenciais inerentes à estrutura acusatória** do processo penal brasileiro.

**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 nº 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**,

HC 188888 / MG

(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 nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que **constava** do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, **todos** do Código de Processo Penal, **vedou, de forma absoluta**, a decretação da prisão preventiva **sem o prévio** “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”, **não mais sendo lícito**, portanto, **com base** no ordenamento jurídico vigente, **a atuação “ex officio”** do Juízo processante **em tema** de privação cautelar da liberdade.*

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

**É por essa razão que a interpretação** do art. 310, II, do CPP **deve ser realizada** à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, **também** do estatuto processual penal, **a significar que se tornou inviável** a conversão, **de ofício**, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, **sendo necessária**, por isso mesmo, **anterior e formal provocação** do Ministério Público, da autoridade policial **ou, quando for o caso**, do querelante ou do assistente do MP.

**Essa percepção do tema** – que se orienta **no sentido da inadmissibilidade** da decretação “**ex officio**” da prisão preventiva, **inclusive** na audiência de custódia – **tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário** (ALMIR SANTOS REIS JÚNIOR, GILCIANE ALLEN

HC 188888 / MG

BARETTA e LUCIANA CAETANO DA SILVA, “Aplicação das Medidas Cautelares” “in” “Código de Processo Penal Comentado”, coordenado por Denise Hammerschmidt, p. 572, 2020, Juruá; ANTÔNIO EDILBERTO OLIVEIRA LIMA e IGOR PEREIRA PINHEIRO, “Capítulo 22 – Medidas Cautelares e Prisões após a Lei Anticrime”, “in” “Lei Anticrime Comentada”, p. 339/342, item n. 3.3, 2020, JH Mizuno; AURY LOPES JR., “Direito Processual Penal”, p. 668/670, item n. 4.7, 17ª ed., 2020, Saraiva; EUGÊNIO PACELLI e DOUGLAS FISCHER, “Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência”, p. 794/796, item n. 310.3, 12ª ed., 2020, Forense; GIANPAOLO POGGIO SMANIO e HUMBERTO BARRIONUEVO FABRETTI, “Comentários ao Pacote Anticrime”, p. 122/123, item n. 3.8.1, 2020, Atlas; GUILHERME MADEIRA DEZEM, “Curso de Processo Penal”, p. RB-13.7, item n. 13.1.4.3, 6ª ed., 2020, RT; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “Processo Penal”, p. 1.166/1.167 e 1.209/1.210, 8ª ed., 2020, RT; MARCO ANTONIO DE BARROS, “Processo Penal – Da Investigação até a Sentença”, p. 349, 2ª ed., 2020, Juruá; NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, “A Prisão Preventiva em face da Lei nº 13.964/2019”, p. 235/250, “in” “Pacote Anticrime: Reformas Processuais – Reflexões Críticas à luz da Lei nº 13.964/2019”, organizado por Rodrigo Oliveira de Camargo e Yuri Felix; RENATO MARCÃO, “Curso de Processo Penal”, p. 786/787, item n. 2.12.1, 6ª ed., 2020, Saraiva, *v.g.*), **valendo referir**, em face de sua extrema pertinência, a **lição** de RENATO BRASILEIRO DE LIMA (“Manual de Processo Penal”, p. 946/949, 8ª ed., 2020, JusPODIVM):

*“Pelo menos até o advento da Lei n. 13.964/19, o Código de Processo Penal vedava a decretação de medidas cautelares de ofício pelo juiz apenas durante a fase investigatória, admitindo-o, todavia, quando em curso o processo criminal. Com a nova redação conferida aos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, ambos do Código de Processo Penal, pelo Pacote Anticrime, denota-se que doravante, não mais poderá o juiz decretar nenhuma medida cautelar de ofício, pouco importando o momento da persecução penal.”*

HC 188888 / MG

A mudança em questão vem ao encontro do sistema acusatório. Acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, I), o sistema acusatório determina que a relação processual somente pode ter início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva ('ne procedat iudex ex officio'). Destarte, deve o juiz se abster de promover atos de ofício, seja durante a fase investigatória, seja durante a fase processual. Afinal, graves prejuízos seriam causados à imparcialidade do magistrado se se admitisse que este pudesse decretar uma medida cautelar de natureza pessoal de ofício, sem provocação da parte ou do órgão com atribuições assim definidas em lei.

Destoa das funções do magistrado exercer qualquer atividade de ofício que possa caracterizar uma colaboração à acusação. O que se reserva ao magistrado, em qualquer momento da persecução penal, é atuar somente quando for provocado, tutelando liberdades fundamentais como a inviolabilidade domiciliar, a vida privada, a intimidade, assim como a liberdade de locomoção, enfim, atuando como garantidor da legalidade da investigação, como, aliás, previsto no art. 3º-A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/19. A Lei da prisão temporária (Lei nº 7.960/89) reforça esse argumento. Tendo seu âmbito de incidência limitado à fase preliminar, a própria lei, atenta ao novo sistema acusatório trazido pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, I), jamais possibilitou que o juiz decretasse a medida cautelar de ofício. Em outras palavras, se ao juiz não é permitido, durante a fase das investigações, expedir ordem de prisão temporária, cuja vedação consta expressamente do art. 2º, 'caput', da Lei nº 7.960/89, por que não acolher igual vedação em relação às demais medidas cautelares?

Diante do teor do art. 282, §§ 2º e 4º, c/c o art. 311, ambos do CPP, com redação determinada pela Lei nº 13.964/19, conclui-se que, a qualquer momento da persecução penal, a decretação das medidas cautelares pelo juiz só poderá ocorrer mediante provocação da autoridade policial, do Ministério Público ou do ofendido – neste último caso, exclusivamente em

HC 188888 / MG

relação aos crimes de ação penal de iniciativa privada. Desde que o magistrado seja provocado, é possível a decretação de qualquer medida cautelar, haja vista a fungibilidade que vigora em relação a elas. Por isso, se o Ministério Público requerer a prisão temporária do acusado, é plenamente possível a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, ou vice-versa.

.....  
Em conclusão, considerando-se a nova sistemática adotada pelo Código de Processo Penal quanto à vedação da atuação 'ex officio' do magistrado quanto à decretação de medidas cautelares, especial atenção deverá ser dispensada às seguintes hipóteses:

a) conversão da prisão em flagrante em preventiva (ou temporária) por ocasião da sua convalidação judicial:  
(...) Logo, se ao magistrado não se defere a possibilidade de decretar uma prisão preventiva (ou temporária) de ofício na fase investigatória, não há lógica nenhuma em continuar a se admitir esta iniciativa para fins de conversão (CPP, art. 310, II). Afinal, ontologicamente, não há absolutamente nenhuma diferença entre a preventiva resultante da conversão de anterior prisão em flagrante e a preventiva decretada em relação àquele indivíduo que estava em liberdade;" (grifei)

Registre-se, por relevante, que essa visão em torno do tema em análise tem sido acolhida por diversos Tribunais judiciais (HC nº 2002378-94.2020.8.26.0000, Rel. Des. LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA, TJSP – HC nº 0535292-54.2020.8.13.0000, Rel. Des. DIRCEU WALACE BARONI, TJMG – HC nº 5740877-63.2019.8.09.0000, Rel. Des. LUIZ CLÁUDIO VEIGA BRAGA, TJGO, v.g.):

"Habeas Corpus' – Receptação – Prisão decretada de ofício – Ausência de representação policial e de requisição ministerial para converter a prisão em flagrante em

HC 188888 / MG

preventiva – Inteligência do artigo 311 do Código de Processo Penal – Sistema acusatório – Liminar confirmada – ORDEM CONCEDIDA.”

(HC nº 2050360-07.2020.8.26.0000, Rel. Des. HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA, TJSP – grifei)

“‘HABEAS CORPUS’ – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE – NOVA REDAÇÃO DO ART. 311 DO CPP – RATIFICADA A LIMINAR. 1. Com o advento da Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), não mais se admite a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva, nos termos da nova redação do art. 311 do CPP, impondo-se, assim, a colocação do paciente em liberdade. 2. Ordem concedida.”

(HC nº 0509305-16.2020.8.13.0000, Rel. Des. DIRCEU WALACE BARONI, TJMG – grifei)

“‘HABEAS CORPUS’. TENTATIVA DE FURTO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. Conforme previu a Lei 13.964/2019, em nova redação ao art. 311, configura flagrante constrangimento ilegal a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva do paciente, de ofício. O chamado ‘Pacote Anticrime’, ao afirmar a ‘estrutura acusatória’ do processo penal e criar o Juiz de Garantias (CPP, arts. 3º-A a 3º-F), deixou claro que o magistrado deve exercer o papel de garantidor das Liberdades e dos Direitos Fundamentais, não podendo, por isso, determinar prisão preventiva ‘ex officio’. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA, CONFIRMANDO-SE A LIMINAR.”

(HC nº 5191582-80.2020.8.09.0000, Rel. Des. CARMECY ROSA MARIA ALVES DE OLIVEIRA, TJGO – grifei)

Ressalte-se, por oportuno, que eminentes doutrinadores, mesmo sob a égide da Lei nº 12.403/2011, já sustentavam a absoluta impossibilidade de

HC 188888 / MG

conversão da prisão em flagrante em preventiva sem anterior requerimento do Ministério Público ou sem prévia representação da autoridade policial (ANDRÉ NICOLITT, “Manual de Processo Penal”, p. 783, 6ª ed., 2016, RT; AURY LOPES JR., “Direito Processual Penal”, p. 635, item n. 4.7, 13ª ed., 2016, Saraiva; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Código de Processo Penal Comentado”, vol. 1/914, 14ª ed., 2012, Saraiva; RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 866/867, item n. 3.3, 2ª ed., 2017, JusPODIVM; SILVIO MACIEL, “Prisão e Medidas Cautelares – Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011”, coordenado por Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques, p. 145, 3ª ed., 2012, RT, v.g.), como se vê, p. ex., do precioso trabalho de ANDREY BORGES DE MENDONÇA (“Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011 – Análise de Acordo com Modelos Estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos”, p. 404/405, item n. 3.3, 2016, JusPODIVM):

*“(…) o Juiz não pode converter a prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício. Não se trata de mera ‘manutenção’ da prisão em flagrante, mas sim da conversão – o próprio legislador utiliza esta expressão –, que significa literalmente mudar, transformar, transmutar, comutar, substituir. Assim, há a mudança do título prisional, ou seja, da prisão em flagrante – que já esvaiu sua função – para a prisão preventiva, que possui requisitos e condições de admissibilidade próprios, além de finalidade distinta. Na verdade são medidas completamente díspares, tanto ontológica quanto funcionalmente. Sem requerimento do MP haveria, portanto, iniciativa e atuação proativa do magistrado. Tanto existe esta iniciativa que há uma nova decisão, prolatada pelo magistrado. O que o juiz pode fazer sem provocação é o controle da legalidade, que é automático e deflui de sua função constitucional. Porém, caso não haja pedido do MP, o juiz deve liberar em seguida, sendo inadmissível a decretação da prisão preventiva sem requerimento, pois, do contrário, estaria dando causa a uma nova medida, sem autorização constitucional e legal para*

HC 188888 / MG

*tanto. Não bastasse, a conversão de ofício traz maiores riscos de violação inútil da liberdade do detido, uma vez que o magistrado poderia converter em prisão preventiva em situações nas quais o MP entende que não há elementos para imputar ou em que a qualificação do fato não admite a decretação da prisão preventiva, à luz do art. 313. Além de trazer riscos para a imparcialidade do juiz, sem qualquer razão relevante que justifique a exceção ao princípio do sistema acusatório na fase de investigação, pode prejudicar a estratégia da investigação. (...).” (grifei)*

**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* (ANDRÉ NICOLITT, “Manual de Processo Penal”, p. 764/765, item n. 10.2.1.2.2, 6ª ed., 2016, RT; AURY LOPES JR., “Direito Processual Penal”, p. 664/666, item n. 4.5, 17ª ed., 2020, Saraiva; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “Processo Penal”, p. 1.158/1.160, item n. 18.2.2.5, 8ª ed., 2020, RT; GUILHERME MADEIRA DEZEM, “Curso de Processo Penal”, p. 861/862, item n. 13.3.6, 5ª ed., 2019, RT; MARCELLUS POLASTRI, “Curso de Processo Penal”, p. 781/782, 9ª ed., 2016, Gazeta Jurídica; MARCO ANTONIO DE BARROS, “Processo Penal – Da Investigação até a Sentença”, p. 333/334, 2ª ed., 2020, Juruá; RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “Manual de Processo Penal”, p. 1.043/1.044, 8ª ed., 2020, JusPODIVM; RENATO MARCÃO, “Curso de Processo Penal”, p. 766/767, item n. 2.9.1, 6ª ed., 2020, Saraiva, v.g.) –, *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

HC 188888 / MG

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** (ANDREY BORGES DE MENDONÇA, “Prisão Preventiva

HC 188888 / MG

na Lei 12.403/2011 – Análise de Acordo com Modelos Estrangeiros e com a Convenção Americana de Direito Humanos”, p. 336/337, item n. 7, 2016, JusPODIVM; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “O Ônus da Prova no ‘Habeas Corpus: in Dubio pro Libertate’”, “in” “Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988”, coordenado por Geraldo Prado e Diogo Malan, p. 227/250, 2009, Lumen Juris, v.g.) – **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 – hão 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 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 (ALEXANDRE DE MORAIS DA ROSA, “Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos”, p. 392/393 e 420/421, 5ª ed., 2019, EMais Editora; ANDRÉ NICOLITT, “Manual de Processo Penal”,*

HC 188888 / MG

p. 742/743, item n. 10.1.2.2.1, 6ª ed., 2016, RT; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “Presunção de Inocência e Prisão Cautelar”, p. 57, 1991, Saraiva; AURY LOPES JR., “Direito Processual Penal”, p. 635/636, item n. 2.3, 17ª ed., 2020, Saraiva; FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO, “Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar”, p. 26/27, item n. 1.5.3, 2008, Renovar; GUILHERME MADEIRA DEZEM, “Curso de Processo Penal”, p. 790/792, item n. 13.1.1, 5ª ed., 2019, RT; ROGÉRIO LAURIA TUCCI e ROBERTO DELMANTO JUNIOR, “Sistematização das Medidas Cautelares Processuais Penais” “in”, “Revista do Advogado Ano XXIV, nº 78, Homenagem ao Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo”, p. 120, item n. 7, 2004, AASP, v.g.), **que inexist**e, 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**.

**Rememore-se**, a esse propósito, o preciso magistério do ilustre Juiz RODRIGO CAPEZ, acima referido, **sobre a inexistência do poder geral de cautela** em nosso sistema processual penal (“Prisão e Medidas Cautelares Diversas: A Individualização da Medida Cautelar no Processo Penal”, p. 416/424, item n. 6.1.3, 2017, Quartier Latin):

*“No processo civil, em face da impossibilidade de o legislador antever todas as situações de risco, **outorga-se expressamente ao juiz o poder de conceder a tutela de urgência** que reputar mais apropriada ao caso concreto, **ainda que não prevista em lei**.*

***Trata-se do chamado poder geral de cautela**, anteriormente previsto no artigo 798 do revogado Código de Processo Civil, que admitia a concessão de medidas cautelares atípicas ou inominadas,*

HC 188888 / MG

e agora contemplado como poder geral de editar tutelas provisórias, de urgência ou de evidência, no atual Código de Processo Civil (artigo 297).

**Assentada a premissa de que o processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal** (artigo 5º, LIV, CF), exige-se a observância da legalidade estrita e da tipicidade processual para qualquer restrição ao direito de liberdade.

**O princípio da legalidade incide no processo penal**, enquanto 'legalidade da repressão', como exigência de tipicidade ('nulla coactio sine lege') das medidas cautelares, a implicar o **princípio da taxatividade**: medidas cautelares pessoais são apenas aquelas legalmente previstas e nas hipóteses estritas que a lei autoriza.

O juiz, no processo penal, está rigorosamente vinculado às previsões legislativas, razão por que somente pode decretar as medidas coercitivas previstas em lei e nas condições por ela estabelecidas, não se admitindo medidas cautelares atípicas (isto é, não previstas em lei) nem o recurso à analogia com o processo civil.

**No processo penal**, portanto, não existe o poder geral de cautela.

.....  
Em suma, as medidas cautelares limitadoras da liberdade reduzem-se a um número fechado de hipóteses, 'sem espaço para aplicações analógicas ou outras intervenções (mais ou menos criativas)' do juiz, ainda que a pretexto de favorecer o imputado. Trata-se de uma enumeração exaustiva ('numerus clausus'), e não de uma lista aberta, meramente exemplificativa ('numerus apertus').

.....  
Finalmente, o princípio da taxatividade ('numerus clausus') não se resume às espécies de medidas cautelares legalmente previstas. O rol de exigências cautelares também é taxativo, e não se permite ao juiz justificar a aplicação de uma medida cautelar típica com base em requisitos não previstos em lei, como alarma social e clamor público." (grifei)

HC 188888 / MG

Esse, também, é o magistério do eminente Professor GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ (“Processo Penal”, p. 1.137/1.138 e 1.220/1.222, 8ª ed., 2020, RT):

*“O princípio da legalidade também se aplica às medidas cautelares. No processo penal, mormente em tema de prisão processual, não existem medidas cautelares atípicas. Não há, como no processo civil, a previsão de um poder geral de cautela do juiz que o autorize a decretar medidas cautelares não previstas em lei.*

.....  
*As prisões cautelares são apenas aquelas previstas em lei e nas hipóteses estritas que a lei autoriza. Há, pois, um princípio de taxatividade das medidas cautelares pessoais, que implica admitir somente aquelas medidas previstas no ordenamento jurídico. A vedação das medidas cautelares atípicas no processo penal sempre esteve ligada à ideia de legalidade da persecução penal. Ou seja, as medidas cautelares processuais penais são somente aquelas previstas em lei e nas hipóteses estritas que a lei as autoriza. Somente assim será possível evitar a arbitrariedade e o casuísmo, dando-se total transparência às ‘regras do jogo’.*

.....  
***Poder-se-ia objetar que o Código de Processo Penal brasileiro, mesmo diante da recente reforma, não estabeleceu um princípio da legalidade das medidas cautelares. A resposta estaria, para quem lê o Código à luz da Constituição, no próprio direito à liberdade (CF, art. 5º, ‘caput’), garantido pelo devido processo legal, isto é, que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIII). No entanto, ainda que se queira uma norma expressa e explícita, tendo por objeto direto as medidas cautelares, é de considerar que a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em seu art. 7º, ao assegurar o direito à liberdade pessoal, prevê: ‘7.1 Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 7.2 Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas’.***

HC 188888 / MG

Há, pois, também entre nós, a garantia expressa da legalidade quanto às causas e condições em que se admite a privação ou restrição da liberdade. E se, segundo o posicionamento atual do STF, as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos têm 'status' supralegal, logo, o art. 7.2 da CADH deve prevalecer sobre o art. 3º do CPP, que permite a analogia, (...) [e sobre] com o art. 297 do novo CPC, estabelece (...): 'O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória', podendo ser considerado o fundamento para um poder geral de cautela.

Ressalte-se, ainda, que, embora o art. 7.2 se refira à 'privação de liberdade', este dispositivo tem sido interpretado com amplitude pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), de forma a compreender não apenas a privação da liberdade, mas também o caso de restrição da liberdade. No Caso Chapararro Álvarez, a CIDH decidiu que 'este número do artigo 7 reconhece a garantia primária do direito à liberdade física: a reserva de lei, segundo a qual unicamente através de uma lei pode se afetar o direito à liberdade pessoal'. (...)

.....  
Portanto, a adoção de medidas atípicas, porque não previstas em lei como aptas a privar ou restringir o direito de liberdade em sede de medida cautelar, encontra inafastável barreira no pressuposto formal do princípio da legalidade. Ainda que a medida seja adequada, necessária e proporcional, se a restrição ao direito fundamental não estiver prevista em lei, não será legítima. (...).

.....  
Em suma, em termos de privação ou restrição da liberdade, em sede de persecução penal, a lei é o limite e a garantia. Não é possível aplicar o poder geral de cautela e decretar medidas cautelares atípicas diversas daquelas previstas nos arts. 319 e 320 do CPP, nem as aplicar para

HC 188888 / MG

*finalidades não previstas em lei. Ninguém pode ser privado de sua liberdade senão pelo devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), o que inclui não se impor qualquer privação ou restrição da liberdade, por qualquer medida cautelar, a não ser nas hipóteses previstas na Constituição ou nas leis.” (grifei)*

Não custa lembrar, quanto a esse aspecto, importante decisão emanada da colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 75.662/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, consubstanciada, no ponto ora em análise, em acórdão assim ementado:

*“(…) PROCESSO PENAL – PODER DE CAUTELA GERAL – MEDIDA PREVENTIVA – LIBERDADE – SILÊNCIO DA LEI. No campo do processo penal, descabe cogitar, em detrimento da liberdade, do poder de cautela geral do órgão julgante. As medidas preventivas hão de estar previstas de forma explícita em preceito legal.” (grifei)*

A razão desse entendimento resulta do fato, juridicamente relevante, de que o processo penal figura como exigência constitucional (“*nulla poena sine iudicio*”) destinada a limitar e a impor contenção à vontade do Estado, cuja atuação sofre, necessariamente, os condicionamentos que o ordenamento jurídico impõe aos organismos policiais, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

O processo penal e os Tribunais, nesse contexto, são, por excelência, espaços institucionalizados de defesa e proteção dos réus contra possíveis excessos e o arbítrio do Poder, especialmente em face de eventuais abusos perpetrados por agentes estatais no curso da “*persecutio criminis*”.

É por isso que o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos fundamentais daqueles que sofrem persecução penal por parte do Estado deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo,

HC 188888 / MG

a agenda permanente desta Corte Suprema, **incumbida**, por efeito de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos básicos **que encontram fundamento legitimador no próprio** estatuto constitucional e nas leis da República.

De outro lado, mostra-se relevante ter sempre presente a antiga advertência, que ainda guarda permanente atualidade, de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, **ilustre Professor das Arcadas e eminente Juiz** deste Supremo Tribunal Federal (“**O Processo Criminal Brasileiro**”, vol. I/10-14 e 212-222, 4ª ed., 1959, Freitas Bastos), **no sentido** de que a persecução penal, que se rege por estritos padrões normativos, **traduz** atividade necessariamente subordinada a limitações de ordem jurídica, **tanto de natureza legal quanto de ordem constitucional**, **que restringem** o poder do Estado, **a significar**, desse modo, **tal como enfatiza** aquele Mestre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, **que o processo penal** só pode ser concebido – **e assim deve ser visto** – como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu.

**É por essa razão** que o processo penal condenatório **não** constitui **nem** pode converter-se em instrumento de arbítrio do Estado. Ao contrário, ele representa poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes **de que dispõem** os órgãos incumbidos da persecução penal. **Não exagero** ao ressaltar a decisiva importância do processo penal **no contexto** das liberdades públicas, **pois** – insista-se – o Estado, **ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu**, **faz do processo penal** um instrumento **destinado a inibir** a opressão judicial **e a neutralizar** o abuso de poder **perpetrado** por agentes e autoridades estatais.

**Daí a corretíssima observação** do eminente e saudoso Professor ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“**Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**”, p. 33/35, item n. 1.4, 2ª ed., 2004, RT), **no sentido** de que o processo penal **há de ser analisado** em sua precípua condição de “instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado

HC 188888 / MG

*em geral*”, tal como entende, *também em autorizado magistério*, o saudoso Professor HÉLIO TORNAGHI (“Instituições de Processo Penal”, vol. 1/75, 2ª ed., 1977, Saraiva), cuja lição *bem destaca a função tutelar do processo penal*:

*“A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.” (grifei)*

Essa mesma percepção a propósito da *vocação protetiva do processo penal*, considerado o regime constitucional das liberdades fundamentais *que vigora em nosso País*, é também perfilhada por *autorizadíssimo (e contemporâneo)* magistério doutrinário, que ressalta a significativa importância do processo judicial *como “garantia dos acusados”* (VICENTE GRECO FILHO, “Manual de Processo Penal”, p. 61/63, item n. 8.3, 11ª ed., 2015, Saraiva; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “Processo Penal”, p. 37/94, 4ª ed., 2016, RT; JAQUES DE CAMARGO PENTEADO, “Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal – Garantismo e Efetividade”, p. 17/21, 2006, RT; ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, “Garantias Processuais nos Recursos Criminais”, 2ª ed., 2013, Atlas; GERALDO PRADO, “Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais”, p. 41/51 e 241/243, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; ANDRÉ NICOLITT, “Manual de Processo Penal”, p. 111/173, 6ª ed., 2016, RT; AURY LOPES JR., “Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional”, p. 171/255, 9ª ed., 2012, Saraiva, v.g.).

Essa é a razão básica que me permite insistir na afirmação de que a persecução penal – cuja instauração é justificada pela prática de ato *supostamente* criminoso – não se projeta nem se exterioriza como manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a “*persecutio criminis*” sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade, nesse contexto, representa insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado,

HC 188888 / MG

mesmo porque – ninguém o ignora – o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais daquele que é submetido, por iniciativa do Estado, a atos de persecução penal, cuja prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e predeterminado pelas restrições fixadas pela própria Constituição da República, tal como tem entendido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

**“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS**

– A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do ‘jus libertatis’ titularizado pelo réu.

A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.

O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula ‘nulla poena

HC 188888 / MG

*sine iudicio' exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual."*

(HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

**Assinale-se, finalmente, em conclusão, que a audiência de custódia (CPP, art. 310, "caput", na redação dada pela Lei nº 13.964/2019, c/c o art. 4º da Resolução CNJ nº 213/2015) deverá ser realizada, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas após a prisão em flagrante, com a presença do membro do Ministério Público e do Advogado daquele que foi preso em flagrante (ou do Defensor Público, se e quando for o caso), oportunidade na qual o "Parquet", no plano da defesa social, poderá, caso entenda necessário, formular requerimento pela conversão do flagrante em prisão preventiva, tornando efetiva, desse modo, a proteção à integridade da ordem pública.**

*Em suma: tornou-se inadmissível, em face da superveniência da Lei nº 13.964/2019 ("Lei Anticrime"), a conversão, "ex officio", da prisão em flagrante em preventiva, pois a decretação dessa medida cautelar de ordem pessoal dependerá, sempre, do prévio e necessário requerimento do Ministério Público, do seu assistente ou do querelante (se for o caso), ou, ainda, de representação da autoridade policial na fase pré-processual da "persecutio criminis", sendo certo, por tal razão, que, em tema de privação e/ou de restrição cautelar da liberdade, não mais subsiste, em nosso sistema processual penal, a possibilidade de atuação "ex officio" do magistrado processante.*

**Sendo assim, e em face das razões expostas, não conheço da presente impetração, mas concedo, de ofício, ordem de "habeas corpus", para invalidar, por ilegal, a conversão "ex officio" da prisão em flagrante do ora paciente em prisão preventiva, confirmando, em consequência, o provimento cautelar que anteriormente deferi.**

**É o meu voto.**