

**HABEAS CORPUS 193.053 MINAS GERAIS**

**RELATOR** : MIN. EDSON FACHIN  
**PACTE.(S)** : MARCOS VINÍCIUS DOS SANTOS DE OLIVEIRA  
**IMPTE.(S)** : BRUNO LEONARDO CARDOSO SCHETTINI  
**COATOR(A/S)(ES)** : RELATOR DO HC Nº 620.105 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**DECISÃO:** Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática proferida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu a liminar no HC 620.105/MG, (eDOC 27).

Narra o impetrante que: a) o paciente foi preso em flagrante, em 24.6.2020, pela suposta prática de furto qualificado; b) a prisão em flagrante foi convertida em preventiva sem pedido da autoridade policial ou do Ministério Público, além de não ter sido realizada a audiência de custódia; c) a denúncia foi apresentada em 30.7.2020, dando o investigado como incurso no art. 155, § 4º, c/c o art. 329, na forma do art. 69, todos do CP; d) o paciente é primário, tem residência fixa, o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça e é baixo o valor dos produtos supostamente furtados; e) a partir da Lei 13.964/2019 é ilícita a atuação do juiz *ex officio*, posição chancelada pelo STF no julgamento do HC 188.888/MG; f) o paciente já está preso há mais de 110 (cento e dez) dias sem que tenha sido finalizada audiência de instrução e julgamento.

À vista do exposto, requer o relaxamento da prisão irregular ou sua substituição por medidas cautelares diversas.

É o relatório. **Decido.**

**1. Cabimento do *habeas corpus*:**

**1.1.** Esta Corte tem posição firme pela impossibilidade de admissão de *habeas corpus* impetrado contra decisão proferida por **membro** de Tribunal Superior, visto que, a teor do art. 102, I, “i”, da Constituição da República, sob o prisma da autoridade coatora, a competência originária do Supremo Tribunal Federal somente se perfectibiliza na hipótese em que **Tribunal Superior**, por meio de órgão colegiado, atue nessa

HC 193053 / MG

condição. Nessa linha, cito o seguinte precedente:

“É certo que a previsão constitucional do *habeas corpus* no artigo 5º, LXVIII, tem como escopo a proteção da liberdade. Contudo, não se há de vislumbrar antinomia na Constituição Federal, que **restringiu a competência desta Corte às hipóteses nas quais o ato imputado tenha sido proferido por Tribunal Superior**. Entender de outro modo, para alcançar os atos praticados por membros de Tribunais Superiores, seria atribuir à Corte competência que não lhe foi outorgada pela **Constituição**. Assim, a pretexto de dar efetividade ao que se contém no inciso LXVIII do artigo 5º da mesma Carta, ter-se-ia, ao fim e ao cabo, o descumprimento do que previsto no artigo 102, I, “i”, da **Constituição como regra de competência**, estabelecendo antinomia entre normas constitucionais.

Ademais, com respaldo no disposto no artigo 34, inciso XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, pode o relator negar seguimento a pedido improcedente e incabível, fazendo-o como porta-voz do colegiado. Entretanto, **há de ser observado que a competência do Supremo Tribunal Federal apenas exsurge se coator for o Tribunal Superior (CF, artigo 102, inciso I, alínea “i”), e não a autoridade que subscreveu o ato impugnado. Assim, impunha-se a interposição de agravo regimental.”** (HC 114.557 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12.08.2014, *grifei*).

Nessa perspectiva, tem-se reconhecido o descabimento de *habeas corpus* dirigido ao combate de decisão **monocrática de indeferimento de liminar** proferida no âmbito do STJ. Tal entendimento pode ser extraído a partir da leitura da Súmula 691/STF:

**“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar.”**

1.2. Não bastasse, a exigência de motivação estabelecida pelo art. 93,

**HC 193053 / MG**

IX, CF, deve ser compreendida à luz do cenário processual em que o ato se insere. Vale mencionar, por exemplo, a evidente distinção da motivação exigida entre medidas embrionárias, que se contentam com juízo sumário, e o édito condenatório, que desafia a presença de arcabouço robusto para fins de desconstituição do estado de inocência presumido.

Cumprе assinalar que o deferimento de liminar em *habeas corpus* constitui medida excepcional por sua própria natureza, que somente se justifica quando a situação demonstrada nos autos representar, desde logo, manifesto constrangimento ilegal.

No contexto do *habeas corpus*, a concessão da tutela de urgência é exceção, e, nesse particular, seu indeferimento deve ser motivado de acordo com essa condição.

Sendo assim, o ônus argumentativo (quanto a isso) para afastar o pleito liminar é extremamente reduzido. Calha reiterar que, em tais hipóteses, não há pronunciamento de mérito da autoridade apontada como coatora, de modo que se mostra recomendável aguardar a manifestação conclusiva do Juízo natural.

## **2. Possibilidade de concessão da ordem de ofício:**

Ainda que ausentes hipóteses de conhecimento, a Corte tem admitido, excepcionalmente, a concessão da ordem de ofício.

Calha enfatizar que tal providência tem sido tomada tão somente em casos absolutamente aberrantes e teratológicos, em que “a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar **flagrante** constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja **manifestamente** contrária à jurisprudência do STF” (HC 95.009, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06.11.2008, grifei).

Devido ao caráter excepcional da superação da jurisprudência da Corte, a ilegalidade deve ser cognoscível de plano, sem a necessidade de produção de quaisquer provas ou colheita de informações. Nesse sentido,

HC 193053 / MG

não pode ser atribuída a pecha de flagrante à ilegalidade cujo reconhecimento demande dispendioso cotejamento dos autos ou, pior, que desafie a complementação do caderno processual por meio da coleta de elementos externos.

Como reforço, cumpre assinalar que o Código de Processo Penal, ao permitir que as autoridades judiciárias concedam a ordem de ofício em *habeas corpus*, apenas o fez quanto aos processos que já lhes são submetidos à apreciação:

“Art. 654. (...)

(...)

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, **quando no curso de processo** verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”

De tal modo, ao meu sentir, não se admite que o processo tenha como nascedouro, pura e simplesmente, a alegada pretensão de atuação *ex officio* de Juiz ou Tribunal, mormente quando tal proceder se encontra em desconformidade com as regras de competência delineadas na Constituição da República. Em outras palavras: somente se cogita da expedição da ordem de ofício nas hipóteses em que não se desborda da competência do órgão, de modo que essa não pode ser a finalidade precípua da impetração.

**3. Análise da possibilidade de concessão da ordem de ofício no caso concreto:**

No caso, a apontada ilegalidade **pode** ser aferida de pronto.

**3.1.** Depreende-se dos autos que a Juíza do Plantão Forense Extraordinário de Belo Horizonte/MG converteu a prisão em flagrante do ora paciente em preventiva, nos seguintes termos (eDOC 13, p. 14-16):

HC 193053 / MG

“1. Trata-se da comunicação da prisão em flagrante delito, em 24.06.2020, dos flagranteados MARCOS VINICIUS DOS SANTOS DE OLIVEIRA e LUCIANO PEREIRA DA PAZ, pela prática do delito capitulado pelo artigo artigo 155, §4º, IV, do CP.

Não vislumbrando ilegalidade ou irregularidade formais, presentes os requisitos legais contemplados pelos artigos 304 a 306 do CPP, HOMOLOGO o presente Auto de Prisão em Flagrante.

2. Nos termos do *caput* e respectivos incisos do artigo 310 do CPP, atentando-se ainda ao teor da Recomendação nº 62, do Conselho Nacional de Justiça, de 17 de março de 2020 e à Portaria Conjunta da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais nº. 949/PR/2020, **diante da pandemia mundial do Covid-19**, passo à imediata análise acerca da possibilidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva ou concessão de liberdade provisória aos autuados, com ou sem fiança.

Em análise da prisão em flagrante decretada pela autoridade policial, denota-se que os agentes, em tese, praticaram o crime de furto qualificado pelo concurso de agentes.

A FAC e CAC do autuado Marcos Vinicius dos Santos de Oliveira demonstram que reitera na prática delitiva, tendo sido beneficiado, recentemente, em 26.02.2020, 11.04.2020 e 26.04.2020 (as duas últimas ocasiões perante a CEFLAG, em decorrência de APFDS lavrados) com alvarás de soltura pelas concessões de liberdade provisória, de tal forma que a fixação das medidas diversas da prisão se revelaram absolutamente inócuas, reiterando especificamente na prática de crimes contra o patrimônio. Ademais, contemporaneamente, responde a diversos inquéritos policiais e ação penal em tramitação pela prática anterior de crimes contra o patrimônio.

Portanto, os requisitos subjetivos do autuado Marcos Vinicius Santos de Oliveira são extremamente desfavoráveis, sendo inequívoco o fato de que se dedica, com habitualidade, à

**HC 193053 / MG**

prática de crimes contra o patrimônio, não cessando a prática criminosa mesmo depois de ter sido beneficiado com a expedição sucessiva de três alvarás de soltura em curtíssimo espaço de tempo, vulnerabilizando a ordem pública e a sociedade, sobretudo contemporaneamente, em que se denota grande instabilidade social e econômica.

A peculiar pandemia relativa à crise sanitária do Covid-19 não justifica, porém, pandemia de criminalidade, sobretudo diante das peculiaridades do caso em análise, em que o flagranteado Marcos Vinicius dos Santos Oliveira, como já apontado, é contumaz nas práticas de crimes de natureza patrimonial.

[...]

Na ocasião do flagrante, além da mercadoria subtraída e do carrinho de carga, foi apreendida na posse direta do atuado Marcos uma ponteira de metal de cor azul, ferramenta comumente utilizada na prática de furtos, notadamente para arrombamentos de veículos, demonstrando-se claramente os indícios da autoria delitiva.

É cediço que a pena máxima privativa de liberdade cominada pelo artigo 155, §4º, IV do CP é de oito anos de reclusão, fato que autoriza o decreto da prisão preventiva do atuado Marcos, nos estritos termos do artigo 313, I, do CPP pois, conforme já consignado, é medida imprescindível para a garantia da ordem pública, diante de sua evidente reiteração na prática delitiva.”

A defesa ajuizou pedido de relaxamento da prisão preventiva, especialmente em razão da conversão do flagrante sem pedido da autoridade policial ou do Ministério Público, contudo, o pleito foi negado, conforme se extrai do excerto que passo a transcrever (eDOC 6, p. 5):

“O pedido de relaxamento de prisão, também não pode ser acolhido.

Isto porque a douta Juíza do Plantão, ao receber o Auto de

HC 193053 / MG

Prisão em Flagrante Delito, converteu a prisão do requerente em preventiva, como previsto no artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal:

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

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; (...)”

Dessa forma, constatado a presença dos requisitos autorizadores previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, **pode o Juiz converter a prisão em flagrante em preventiva, não devendo tal decisão ser confundida com a decretação da prisão preventiva prevista no artigo 311 do mesmo diploma legal.**

**Trata-se de ato processual distinto da simples decretação da prisão preventiva, uma vez que, no primeiro caso, há uma prisão anterior, o que torna desnecessária a oitiva do Ministério Público, da autoridade policial ou do querelante.**

[...]

**O que é vedado pelo artigo 311 do CPP é a decretação "ex officio" da prisão preventiva no curso do inquérito policial e da ação penal, o que não se confunde com a conversão da prisão em flagrante em preventiva.**

Assim, da leitura sistêmica das duas previsões legislativas concluímos que ao Juiz é vedado, no curso das investigações e da ação penal, decretar, de ofício, a prisão preventiva de indivíduo que se encontra solto. Porém, cuidando-se de agente preso em flagrante, ao receber o respectivo APF, deve o Juiz adotar alguma das medidas listadas pelo artigo 310 do Código

HC 193053 / MG

de Processo Penal, dentre as quais a conversão da prisão em preventiva, lembrando que o legislador não exigiu, de maneira alguma, o prévio requerimento ministerial nesse sentido.” (grifei)

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a custódia cautelar ao diferenciar a homologação da prisão em flagrante com a conversão da prisão preventiva daquela prisão preventiva decretada de ofício (eDOC 28, p. 7):

“Nota-se que, **pela urgência da apreciação do auto de prisão em flagrante, as medidas previstas no art. 310 do Código de Processo Penal deverão ser tomadas independentemente de requerimento prévio.**”

No entanto, de fato o art. 311 do Código de Processo Penal prevê 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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*”.

No tocante à alegação defensiva acerca do decreto prisional de ofício, tem-se que, *in casu*, **trata-se de homologação da prisão em flagrante com a conversão em prisão preventiva, hipótese prevista no art. 310, II, do Código de Processo Penal, situação esta que difere de decretação da custódia preventiva de ofício em qualquer fase do processo penal ou da investigação policial e que, nos termos do art. 311 do CPP, dependeria de representação do Ministério Público ou da autoridade policial.**” (grifei)

**3.2.** Sobre o tema das medidas cautelares penais, a Lei n. 13.964/19, intitulada como *Pacote Anticrime*, a reforçar o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal, suprimiu a expressão “de ofício” constante na redação anterior do art. 282, § 2º, do CPP e, assim, vedou a imposição de medidas cautelares pelo magistrado sem representação da autoridade



HC 193053 / MG

policial ou sem requerimento das partes. Eis a redação do mencionado dispositivo:

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

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

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

[...]

§ 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.** (grifei)

Na mesma linha, o § 4º do sobredito art. 282 também dispõe ser descabida a substituição, a cumulação ou a imposição de medidas cautelares pessoais diversas da prisão ou de prisão de ofício pelo magistrado, ainda que em caso de descumprimento de cautelar imposta anteriormente. Confira-se:

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

De igual modo, o art. 311 do CPP, sob a redação dada pela Lei n. 13.964/19, veda, de forma taxativa, a decretação de prisão preventiva pelo magistrado sem que haja prévia representação por parte da autoridade policial ou requerimento das partes. Veja-se:

HC 193053 / MG

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

Portanto, todos esses dispositivos legais, em atenção ao sistema acusatório elegido pela Constituição Federal de 1988, não deixam dúvida quanto à impossibilidade de imposição de medida cautelares pessoais pelo Juiz de ofício seja na fase pré-processual, seja na fase processual.

Argumenta-se, por outro lado, que o art. 310 do CPP autorizaria a imposição de prisão cautelar de ofício pelo magistrado. O artigo, já mencionado no corpo deste voto, está assim redigido:

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

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Primeiramente, cumpre anotar que o próprio art. 310 do CPP, ao disciplinar a audiência de custódia, prevê, de maneira expressa, a participação do membro do Ministério Público e da defesa no referido ato processual. É dizer: a decisão do magistrado sobre as medidas previstas no art. 310 do CPP dá-se a partir do requerimento das partes, e não de ofício, salvo, por certo, quando a medida imposta pelo Juiz não implicar agravamento do *status libertatis* do autuado (art. 5º, LXV, CF e art. 654, § 2º, CPP).

Aliás, a reforçar o caráter acusatório do art. 310 do CPP, vale

HC 193053 / MG

registrar que o sobredito dispositivo derivou da mencionada Resolução n. 213/2015 do CNJ, na qual a natureza acusatória da audiência em tela resta clara. Confira-se:

§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, **permitindo-lhes, em seguida, requerer:**

- I - o relaxamento da prisão em flagrante;
- II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;
- III - a decretação de prisão preventiva;
- IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Também não modifica o entendimento ora adotado o fato de o art. 310 do CPP conter o termo “deverá”. Esse verbo deve ser lido no sentido de ser mandatório ao Poder Judiciário a realização da audiência de custódia, tal como decidido na ADPF 347-MC, e não com o significado de que as providências sejam tomadas de ofício pelo magistrado, em afronta ao sistema acusatório previsto na Constituição Federal. Do contrário, se não fossem para fazer requerimentos a serem deliberados por um terceiro imparcial, não teria razão a lei prever a participação das partes no ato processual.

Ademais, o art. 310 do CPP deve ser lido à luz da Constituição Federal e, em conjunto, com os demais dispositivos que regem a aplicação das medidas cautelares. Nesse sentido, vale registrar que o art. 282, § 2º, do CPP, que veda a aplicação de medidas cautelares de ofício pelo magistrado de maneira expressa, está no capítulo das disposições gerais que regem o título das prisões e medidas cautelares. Ou seja, as disposições do art. 282, § 2º, do CPP irradiam para todo o sistema de imposição de medidas cautelares pessoais diversas ou não de prisão,

HC 193053 / MG

inclusive, para o artigo 310.

De igual modo, o art. 310 do CPP, quando cuida da prisão preventiva, deve ser interpretado de maneira harmônica com os dispositivos processuais penais que regem o tema (art. 311 e seguintes), mesmo porque, seja na hipótese de conversão, seja na hipótese de decretação, ontologicamente e ao fim, o magistrado está a impor ao preso a mesma situação jurídica, a saber, a prisão preventiva.

Sobre a ausência de distinção entre a prisão preventiva resultante de conversão em flagrante e a prisão preventiva resultante de decretação, colho doutrina de Renato Brasileiro Machado, na qual o autor sustenta a impossibilidade de imposição da prisão preventiva de ofício pelo magistrado, em especial diante das alterações promovidas pela Lei n. 13.964/19:

“Conversão da prisão em flagrante em preventiva (ou temporária) por ocasião de sua convalidação judicial: desde o advento da Lei n. 12.403/11, quando o CPP passou a vedar expressamente a decretação de medidas cautelares de ofício pelo juiz durante a fase investigatória – redação originária dos arts. 282, § 2º e 311 –, a doutrina já questionava a possibilidade de a conversão do flagrante em preventiva (CPP, art. 310, II) ocorrer sem que o magistrado tivesse sido provocado nesse sentido. **Destoa, de fato, das funções do magistrado exercer qualquer atividade de ofício na fase investigatória que possa caracterizar uma colaboração à acusação. O que se reserva ao magistrado, na fase investigatória, é atuar somente quando for provocado, tutelando liberdades fundamentais como a inviolabilidade domiciliar, a vida privada e a intimidade, assim como a liberdade de locomoção.** Portanto, a doutrina sempre entendeu que o art. 310, inciso II, do CPP, deveria ser interpretado sistematicamente com o art. 306, caput, do CPP, que inseriu no CPP a comunicação da prisão em flagrante ao Ministério Público, e com o arts. 282, § 2º, e 311, que já previam que, na fase investigatória, ao juiz só seria dado decretar uma medida cautelar se fosse provocado nesse sentido. Enfim, a

HC 193053 / MG

conclusão a que se chega é a de que o Ministério Público (ou a autoridade policial) deveria se apresentar em juízo para reivindicar a decretação da prisão preventiva (ou temporária), caso entendesse necessária a manutenção da privação da liberdade do acusado, ou, ainda, no sentido da imposição de medida cautelar diversa da prisão. Em sentido diverso, porém, a jurisprudência insistia em reconhecer a legalidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício pelo juiz, mesmo sem prévia provocação da autoridade policial ou do Ministério Público. Com a vigência da Lei n. 13.964/19, pensamos que é hora de os Tribunais Superiores revisarem sua jurisprudência quanto à matéria. Ainda que se queira objetar que, nesse ponto, não houve nenhuma novidade legislativa – a decretação de cautelares ex officio na fase investigatória já era vedada desde a entrada em vigor da Lei n. 12.403/11 – toda a sistemática introduzida no CPP pela Lei n. 13.964/19 visam retirar do magistrado, seja ele o juiz das garantias, seja ele o juiz da instrução e julgamento, qualquer iniciativa capaz de colocar em dúvida sua imparcialidade. **Logo, se ao magistrado não se defere a possibilidade de decretar uma prisão preventiva (ou temporária) de ofício na fase investigatória, não há lógica nenhuma em continuar a se admitir esta iniciativa para fins de conversão (CPP, art. 310, II). Afinal, ontologicamente, não há absolutamente nenhuma diferença entre a preventiva resultante da conversão de anterior prisão em flagrante e a preventiva decretada em relação àquele indivíduo que estava em liberdade;** (LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2020. pp. 270-271) (grifei)

Em sentido semelhante, menciono artigo de Alexandre de Moraes da Rosa e Aury Lopes Júnior:

A “conversão” da prisão em flagrante em preventiva não é automática e tampouco despida de fundamentação. E mais, a fundamentação deverá apontar – além do *fumus commissi*

HC 193053 / MG

delicti e o periculum libertatis – os motivos pelos quais o juiz entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas do art. 319, cuja aplicação poderá ser isolada ou cumulativa.

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

[...]

Em resumo, ainda que não se compreenda suficientemente o alcance da garantia da imparcialidade e da estrutura acusatória-constitucional, é certo que por força do art. 311 do CPP o juiz não pode “converter” o flagrante em prisão preventiva de ofício, pois isso é, no fundo, o mesmo que ‘decretar’ de ofício, expressamente vedado. Você pode nos indagar que os juízes do Brasil continuam prendendo, convertendo flagrantes sem que haja requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público. De fato, a mentalidade inquisitória, tão bem trabalhada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho [...], ainda prevalece no imaginário da magistratura.” (ROSA, Alexandre de Moraes; LOPES JUNIOR, Aury. In: <https://www.conjur.com.br/2019-out-11/limite-penal-juiz-nao-converter-flagrante-preventiva> – oficio-custodia) (grifei)

A par da ausência de distinção ontológica entre a prisão preventiva resultante de conversão e a resultante de decretação, dizer que o magistrado não precisa observar as disposições dos arts. 311 e seguintes do CPP ao aplicar o art. 310 do mesmo diploma legal é o mesmo que dizer que o juiz não precisa se atentar para o art. 313 e, assim, poderia converter em preventiva a prisão em flagrante de crimes culposos ou

**HC 193053 / MG**

crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima inferior a 4 (quatro) anos, hipóteses vedadas pela lei processual penal.

Noutras palavras, o que se está a afirmar é que o art. 310 do CPP não deve ser interpretado de forma topológica ou isolada, mas sim, a partir do sistema acusatório consagrado pela Constituição Federal e, de forma sistemática, com os demais dispositivos reguladores da prisão preventiva (art. 311 e seguintes). A propósito do tema, sempre é válido citar a lição de Eros Grau:

[...] não se interpreta o **direito em tiras**, aos pedaços. **A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição.** Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado algum. (GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação: Aplicação do Direito. 5 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 44.) (grifei)

Importa ressaltar, ademais, que, embora do mesmo gênero, a prisão em flagrante e a prisão preventiva são de espécies distintas, cada qual com pressupostos e requisitos próprios. É dizer, alguém pode ser preso em flagrante por determinado crime, mas não permanecer preso preventivamente por esse mesmo delito. Dessa forma, faz-se preciso um pedido, formal e expresso, em que a autoridade policial ou o Ministério Público argumentem acerca da presença dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva, para que o magistrado possa deliberar sobre o requerido a partir dos argumentos aduzidos nos autos.

De igual modo, em que pesem argumentos nessa linha, o poder geral de cautela não justifica a conversão da prisão preventiva de ofício pelo Juiz. Diversamente do processo civil em que existem cautelares inominadas, no processo penal, quando em detrimento da liberdade, não se pode impor medidas cautelares sem amparo na lei.

Isso porque a persecução penal não é apenas instrumento para o

HC 193053 / MG

legítimo exercício do poder de punir do Estado, mas é também instrumento limitador do direito de punir estatal que deverá ocorrer, sem arbítrios, estritamente com base na lei e, sobretudo, na Constituição Federal. Noutros termos, **o processo penal é instrumento de legitimação do direito de punir do Estado** e, para que a intervenção estatal opere nas liberdades individuais com legitimidade, é necessário o respeito à legalidade estrita e às garantias fundamentais.

Portanto, à luz do sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, bem como dos dispositivos infralegais contidos no Código de Processo Penal, concluo não ser lícita a conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício pelo magistrado, isto é, sem representação da autoridade policial ou sem requerimento das partes processuais. Nesse sentido, destaco a jurisprudência desta Corte:

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



HC 193053 / MG

FLAGRANTE DO ORA PACIENTE EM PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE DE TAL ATO, QUER EM FACE DA ILEGALIDADE DESSA DECISÃO, QUER, AINDA, EM RAZÃO DE OFENSA A UM DIREITO BÁSICO, QUAL SEJA O DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, QUE TRADUZ PRERROGATIVA INSUPRIMÍVEL ASSEGURADA A QUALQUER PESSOA PELO ORDENAMENTO DOMÉSTICO E POR CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

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

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

– **A interpretação** do art. 310, II, do CPP **deve ser realizada** à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, **a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação** do Ministério Público, da autoridade policial **ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência.**

HC 193053 / MG

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

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

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

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

HC 193053 / MG

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 Juizes, 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 187.225, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 22.10.2020).

4. Destarte, com base no art. 192 do RISTF, não conheço da impetração mas **concedo a ordem, de ofício, a fim de revogar a prisão preventiva do paciente Marcos Vinícius dos Santos de Oliveira**, salvo se preso por outro motivo.

Comunique-se, com urgência e pelo meio mais expedito, ao Juiz da causa, a quem incumbirá o implemento desta decisão. **Comunique-se, outrossim, ao Superior Tribunal de Justiça.**

Publique-se.

Brasília, 29 de outubro de 2020.

Ministro Edson Fachin

Relator

*Documento assinado digitalmente*