

**AO DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO XXXXXXXXXXXX**

URGENTE!

Habeas Corpus

AUTOS Nº **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**

PACIENTE: **FULANA DE TAL**

IMPETRANTE: **DEFENSORIA PÚBLICA DO XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**

IMPETRADO: **JUÍZO DE DIREITO DO NÚCLEO DE AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIAS**

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, por seu órgão

executor, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, com fundamento no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal e artigo 647 e seguintes, do Código de Processo Penal, vem impetrar a presente ordem de

***HABEAS CORPUS* com PEDIDO LIMINAR**

em favor da paciente **FULANA DE TAL**, o qual está sofrendo constrangimento ilegal em virtude de ato praticado pelo **JUÍZO DE DIREITO DO NÚCLEO DE AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIAS**, pelas razões de fato e de direito a seguir delineados.

I. DA BREVE SÍNTESE DOS FATOS

1. A paciente foi presa em flagrante no dia 04/12/2022, sob a acusação da prática, em tese, do delito tipificado no art. 129, §13, do Código Penal, por duas vezes, no contexto do art. 5º da Lei n. 11.340/2006.

2. Realizada a audiência de custódia, a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva, com fundamento nos artigos 310, II, 312 e 313, todos do Código de Processo Penal, mesmo o representante do Ministério Público pugnando pela liberdade provisória, por considerá-la cabível à hipótese.

3. O juízo impetrado fundamentou sua decisão de prisão com base no **risco à ordem pública**, conforme se verifica do extrato da decisão, *in verbis*:

“2. Análise sobre a necessidade de conversão do flagrante em prisão preventiva.

A redação do artigo 310 do CPP, ao tratar da conversão da prisão preventiva, exige que os requisitos do artigo 312 do referido diploma legal sejam satisfeitos e, que as medidas cautelares diversas da prisão se revelem inadequadas e insuficientes ao caso. Por meio da análise das peças que instruem a comunicação da prisão em flagrante, constata-se a materialidade do delito, bem como a existência de indícios de que a autuada seja, em tese, a autora das condutas. No caso em tela o Ministério Público não formulou pedido de prisão preventiva e não há representação da Autoridade Policial. Para situações como esta, é certo que o art. 311 do CPP estipula que o cabimento da prisão preventiva ocorre apenas quando há pedido neste sentido. A interpretação restritiva do referido dispositivo é a compreensão que vem sendo adotada pela jurisprudência do Eg.TJDFT, de forma predominante pelas 1ª e 2ª Turmas Criminais além de STJ e STF, a este respeito: (Acórdão 1322817, 07046158820218070000, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 4/3/2021, publicado no DJE: 22/3/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.). Por outro lado, entendo que cabe a prisão preventiva mesmo que de ofício pelo juízo no caso de análise de flagrante em audiências de custódia, com fundamento na literalidade do artigo 310, inciso II do Código de Processo Penal. Não pode ocorrer, por exemplo, prisão de ofício para casos de inquéritos policiais inaugurados por portaria. No caso, trata-se de situação envolvendo violência doméstica, que tem regramento próprio. O artigo 20 da Lei nº 11.340/2006, norma especial, permite a decretação da prisão preventiva do ofensor pelo magistrado, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal. Nesse sentido é o entendimento recente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios: “HABEAS CORPUS - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LESÃO CORPORAL, ESTUPRO, AMEAÇA E DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA ANTERIOR - PRISÃO EM FLAGRANTE - REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE APLICAÇÃO

DA MEDIDA DE MONITORAMENTO

ELETRÔNICO - DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA PELO MAGISTRADO DO NÚCLEO DE CUSTÓDIA - ESPECIALIDADE DA LEI - NOVA JURISPRUDÊNCIA DO STJ - POSSIBILIDADE DE O JUIZ ESCOLHER DENTRE AS MEDIDAS CAUTELARES - INEXISTÊNCIA DE ATUAÇÃO DE OFÍCIO - RISCO À INTEGRIDADE FÍSICA DA VÍTIMA. 1) A Lei n. 13.964/2019, ao alterar a redação dos art. 282, § 2º, e art. 311, ambos do CPP, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial. Por outro lado, o art. 20 da Lei nº 11.340/2006 possibilita a prisão preventiva do ofensor de ofício pelo magistrado, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, no contexto de violência doméstica. Em que pesem as divergências jurisprudenciais, não houve revogação expressa do artigo 20 da Lei 11.340/2006, que envolve norma especial. Além disso, o chamado Pacote Anticrime? não alcançou a Lei 11.340/2006, conforme a sua exposição de motivos. 2) A violência doméstica é um fenômeno dinâmico e singular que, por isso mesmo, demanda uma atuação diferenciada do Poder Judiciário, que, a nível preventivo, deve ser mais diligente e proativo, de modo a promover o pronto e efetivo amparo e proteção da vítima de violência doméstica (Nota Técnica 5, Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal). 3) A determinação do Magistrado, em sentido diverso do requerido pelo Ministério Público, pela autoridade policial ou pelo ofendido, não pode ser considerada como atuação ex ofício, uma vez que lhe é permitido atuar conforme os ditames legais, desde que previamente provocado, no exercício de sua jurisdição (STJ, Ministro Rogerio Schietti Cruz, RHC 145225). 4) Ordem denegada.” Quanto à prisão, entendo ser necessária para a manutenção da ordem pública. Consta nos autos que a autuada é usuária de drogas e agrediu as vítimas, sua genitora e seu filho. A genitora da autuada narrou que a filha permaneceu presa por um ano e meio, e está em prisão domiciliar desde 28/10/2022. Narra que foi agredida anteriormente, mas não registrou ocorrência. Na data dos fatos, a autuada teria começado a gritar com o filho, de apenas 3 anos. A avó materna passou a filmar, momento em que a autuada tomou o celular. Após, a autuada ainda deu uma rasteira no filho e o jogou ao chão, que ocasionou uma lesão no joelho. Não contente, a autuada ainda teria empurrado sua genitora. A autuada foi contida pelos vizinhos. Há notícia no sentido de que o menor chorava muito no momento em que foram todos para a rua. O crime cometido foi concretamente grave. Como destaca Guilherme Nucci[1], se o crime “for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao

Judiciário determinar o recolhimento do agente”. No Supremo Tribunal Federal[2], também há precedentes nesse sentido, permitindo a decretação de prisão preventiva “quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o ‘modus operandi’ do suposto crime e a garantia da ordem pública”. Ainda nesse contexto de prisão pela gravidade concreta do fato, bem destacou a eminente desembargadora Nilsoni de Freitas Custódio, em decisão monocrática proferida nos autos do HC de nº 0745582-15.2020.8.07.0000, dizendo que a prisão preventiva não visa exclusivamente a evitar eventual reiteração criminosa por parte do indivíduo, mas também resguardar o seio social: “Não se pode olvidar que a definição de ordem pública alcança a prevenção de reprodução de fatos criminosos e o acautelamento do meio social em face da gravidade do crime, conforme esta colenda Corte também já teve a oportunidade de se posicionar quando pontificou que “A prisão para a garantia da ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social (...)”. (Acórdão 1248231, 07084398920208070000, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma

Criminal, data de julgamento: 7/5/2020, publicado no PJe: 21/5/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada).” A autuada é reincidente. Possui condenação definitiva recente por roubo e está em cumprimento de pena (prisão domiciliar). Foi colocada em liberdade recentemente, em 28/10/2022. A autuada, nessa assentada, afirmou não ter para onde ir, que, se colocada em liberdade não iria cumprir eventuais medidas protetivas fixadas. Disse, de forma categórica, que iria voltar para sua casa, local onde reside com as duas vítimas. Ao ser informada sobre a impossibilidade de retorno ao convívio com as vítimas, passou a gritar. Assim, tenho que a fixação de medidas protetivas não é suficiente para assegurar a integridade física das vítimas. Ressalte-se que consta nos autos que a autuada é pessoa agressiva, o que restou devidamente demonstrado na oitiva realizada nessa audiência. Além disso, as vítimas são a genitora da autuada, que é idosa e está em tratamento de saúde, e o próprio filho, de 3 anos de idade. Pessoas totalmente indefesas perante possível investida da autuada. Se colocada em liberdade, a integridade física das vítimas corre sério risco. Nesse cenário de gravidade em concreto dos fatos em apuração e de reiteração criminosa, com descumprimento de providências cautelares anteriores, a nova concessão de liberdade provisória com medidas diversas da prisão não é recomendável, ante a necessidade de se resguardar a ordem pública da prática de novas infrações penais. Por fim, não foram verificadas nenhuma das hipóteses do artigo 318 do

CPP para fundamentar a prisão domiciliar do autuado (gravidez ou imprescindibilidade aos cuidados de filhos menores), especialmente porque essa conversão exige prova idônea (ausente, ao menos por ora, neste caderno processual).

3. Dispositivo.

*Assim, **CONVERTO EM PREVENTIVA a prisão em flagrante de JANAINA MOREIRA NUNES; DATA DE NASCIMENTO: 31/10/1983; PAI: JOSÉ MANOEL MOREIRA NUNES; MÃE: MARIA DE FATIMA DA SILVA NUNES, com fundamento nos artigos 310, II, 312 e 313, todos do Código de Processo Penal.***

4. A decisão, em clara violação ao sistema acusatório, positivado no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal e no artigo 3º-A do Código de Processo Penal, merece ser reformada, conforme fundamentação a seguir expendida.

5. É o breve relatório.

II. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

a) Da Ilegalidade por Decretação da Prisão de Ofício. Não Houve Requerimento de Prisão por parte do Ministério Público.

6. De início, importa ressaltar que o artigo 3º-A do CPP, embora atualmente suspenso, **cuida-se, em verdade, de uma mera ratificação da estrutura acusatória do nosso processo penal**, em fiel consonância com o disposto no artigo 129, inciso I, da Constituição da República, concluindo-se que é vedada qualquer iniciativa por parte do magistrado da fase da investigação, bem como a impossibilidade de substituir a atuação probatória do representante do Ministério Público¹.

¹ DE LIMA, Renato Brasileiro. **Código de processo penal comentado**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, pág. 40.

7. Ato contínuo, no caso em apreço **HÁ UMA GRAVE ILEGALIDADE** que deve ser corrigida, qual seja, a **decretação da prisão preventiva DE OFÍCIO**, pois o **Ministério Público, em sua manifestação, pleiteou a concessão da liberdade provisória mediante aplicação da cautelar diversa prisão**, conforme se pode ver da ata da audiência.

8. Pois bem, o Brasil demorou muitos anos até finalmente começar a se estruturar para o cumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos- CADH, que em seu art. 7º, item 5 determina que “***toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo***”.

9. Somente em 2015, depois da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 do Supremo Tribunal Federal é que o Conselho Nacional de Justiça-CNJ regulamentou a realização das audiências de custódia, a partir da sua Resolução nº 213.

10. Embora ainda incipiente, pois não atingiu a maior parte do território nacional, é forçoso reconhecer que as audiências de custódia, onde já foram instaladas, trouxeram um novo procedimento para a análise do flagrante e as possibilidades trazidas pelo art. 310 do CPP, pois deixa de ser uma decisão “solitária” do juízo, mas agora é precedida das manifestações do Ministério Público e da Defesa, após a oitiva do flagranteado, conforme preceitua o art. 4º da Res. 213/CNJ:

“Art. 4º A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante”.

11. A alteração trazida pela **Lei nº 13.964 de 2019**, que modificou a redação do artigo 311 do Código de Processo Penal, excluindo do ordenamento

jurídico a possibilidade da prisão preventiva decretada de ofício pelo juízo:

“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.”.

12. Com essa nova roupagem, que dá certo viés de contraditório à decisão, é de se dar integral e plena aplicação ao art. 311 do CPP que, **somente caberá a prisão preventiva por requerimento** do MP/querelante/assistente ou representação da autoridade policial, isto é, **é sempre vedada a prisão preventiva de ofício.**

13. Importante destacar que, recentemente, na apreciação do HC nº 188.88, o Supremo Tribunal Federal **entendeu pela ilegalidade da prisão preventiva de ofício, conforme o seguinte acórdão, à unanimidade, in verbis:**

“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 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 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 tríplice 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 consequente 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 A POSSIBILIDADE DE ORDENAR, “SPONTE SUA”, A IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA – NÃO REALIZAÇÃO, NO CASO, DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) – INADMISSIBILIDADE DE PRESUMIR-SE IMPLÍCITA, NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, A EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE CONVERSÃO EM PRISÃO

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

DIREITOS HUMANOS. – A reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro. – A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (grifei), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “ex officio” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. – A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE – NATUREZA JURÍDICA – ELEMENTOS QUE O

INTEGRAM – FUNÇÃO PROCESSUAL – O auto de prisão em flagrante, lavrado por agentes do Estado, qualifica-se como ato de formal documentação que consubstancia, considerados os elementos que o compõem, relatório das circunstâncias de fato e de direito aptas a justificar a captura do agente do fato delituoso nas hipóteses previstas em lei (CPP, art. 302), tendo por precípua finalidade evidenciar – como providência necessária e imprescindível que é – a regularidade e a legalidade da privação cautelar da liberdade do autor do evento criminoso, o que impõe ao Estado, em sua elaboração, a observância de estrito respeito às normas previstas na legislação processual penal, sob pena de caracterização de injusto gravame ao “status libertatis” da pessoa posta sob custódia do Poder Público. Doutrina. – Mostra-se inconcebível que um ato de natureza meramente descritiva, como o é o auto de prisão em flagrante, limitado a relatar o contexto fático-jurídico da prisão, permita que dele infira-se, por implicitude, a existência de representação tácita da autoridade policial, objetivando, no âmbito da audiência de custódia, a conversão da prisão em flagrante do paciente em prisão preventiva. – A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, no contexto da audiência de custódia, somente se legitima se e quando houver, por parte do Ministério Público ou da autoridade policial (ou do querelante, quando for o caso), pedido expresso e inequívoco dirigido ao Juízo competente, pois não se presume – independentemente da gravidade em abstrato

do crime - a configuração dos pressupostos e dos fundamentos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, que hão de ser adequada e motivadamente comprovados em cada situação ocorrente. Doutrina. 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 providimentos cautelares inominados ou atípicos. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica das pessoas sob perseguição 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."².

14. No mesmo sentido do precedente apontado acima, é como

entendeu a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO. CONVERSÃO EX OFFICIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE.

NECESSIDADE DE REQUERIMENTO PRÉVIO OU PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, OU PELO QUERELANTE, OU PELO ASSISTENTE, OU, POR FIM, MEDIANTE REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL.

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

2. IMPOSSIBILIDADE, DE OUTRO LADO, DA DECRETAÇÃO "EX OFFICIO" DE PRISÃO PREVENTIVA EM QUALQUER SITUAÇÃO (EM JUÍZO OU NO CURSO DE INVESTIGAÇÃO PENAL) INCLUSIVE NO CONTEXTO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO), SEM QUE SE REGISTRE, MESMO NA HIPÓTESE DA CONVERSÃO A QUE SE REFERE O ART. 310, II, DO CPP, PRÉVIA, NECESSÁRIA E INDISPENSÁVEL PROVOCAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DA AUTORIDADE POLICIAL - RECENTE INOVAÇÃO

² HC 188888, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-292 DIVULG 14-12-2020 PUBLIC 15-12-2020

LEGISLATIVA INTRODUZIDA PELA LEI N. 13.964/2019 ("LEI ANTICRIME"), QUE ALTEROU OS ARTS. 282, §§ 2º e 4º, E 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SUPRIMINDO AO MAGISTRADO A POSSIBILIDADE DE ORDENAR, "SPONTE SUA", A IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - NÃO REALIZAÇÃO, NO CASO, DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE DE PRESUMIR-SE IMPLÍCITA, NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, A EXISTÊNCIA DE PEDIDO DE CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA - CONVERSÃO, DE OFÍCIO, MESMO ASSIM, DA PRISÃO EM FLAGRANTE DO ORA PACIENTE EM PRISÃO PREVENTIVA - IMPOSSIBILIDADE DE TAL ATO, QUER EM FACE DA ILEGALIDADE DESSA

DECISÃO. [...] - A reforma introduzida pela Lei n. 13.964/2019 ("Lei Anticrime") modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro. - A Lei n. 13.964/2019, ao suprimir a expressão "de ofício" que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio "requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público" (grifo nosso), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação "ex officio" do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. - A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, §§ 2º e 4º, e 311, do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência. [...] - A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, no contexto da audiência de custódia, somente se legitima se e quando houver, por parte do Ministério Público ou da autoridade policial (ou do querelante, quando for o caso), pedido expresso e inequívoco dirigido ao Juízo competente, pois não se presume - independentemente da gravidade em abstrato do crime - a configuração dos pressupostos e dos fundamentos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, que hão de ser adequada e motivadamente comprovados em cada situação ocorrente. Doutrina. PROCESSO PENAL - PODER GERAL DE CAUTELA - INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE ESTRITA E DA TIPICIDADE PROCESSUAL - CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DA ADOÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE MEDIDAS CAUTELARES ATÍPICAS, INESPECÍFICAS OU INOMINADAS EM DETRIMENTO DO "STATUS LIBERTATIS" E DA ESFERA JURÍDICA DO INVESTIGADO, DO ACUSADO OU DO RÉU - O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DA LIBERDADE JURÍDICA DAS PESSOAS SOB PERSECUÇÃO CRIMINAL. - Inexiste, em nosso sistema jurídico, em matéria processual penal, o poder geral de cautela dos Juízes, notadamente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade das pessoas, vedada, em consequência,

em face dos postulados constitucionais da tipicidade processual e da legalidade estrita, a adoção, em detrimento do investigado, do acusado ou do réu, de provimentos cautelares inominados ou atípicos. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica das pessoas sob persecução criminal. Doutrina. Precedentes: HC n. 173.791/MG, Ministro Celso de Mello - HC n. 173.800/MG, Ministro Celso de Mello - HC n. 186.209 - MC/SP, Ministro Celso de Mello, v.g. (HC n. 188.888/MG, Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 6/10/2020).

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

4. Recurso em habeas corpus provido para invalidar, por ilegal, a conversão ex officio da prisão em flagrante do ora recorrente em prisão preventiva. Ordem concedida de ofício, para anular o processo, ab initio, por ilegalidade da prova de que resultou sua prisão, a qual, por conseguinte, deve ser imediatamente relaxada também por essa razão.”³.

15. Portanto, não é possível conciliar a existência do dever de comparecerem Defesa e Ministério Público à audiência de apresentação com a decretação de prisão preventiva ex officio pela autoridade judicial.

16. A prevalecer o entendimento de que a despeito dos pedidos do Ministério Público e da Defesa no sentido da concessão da liberdade provisória ao flagranteado possa o juiz, de ofício, decretar a prisão preventiva é desqualificar a presença das partes ali presentes por determinação legal.

17. Isso porque seriam esses atores do sistema de justiça meros agentes formais, em um teatro, para “parecer” que se está cumprindo a Convenção Americana de Direitos Humanos.

18. Corroborando os argumentos acima e em sentido contrário à possibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, transcrevemos a excelente lição do jurista gaúcho Nereu José Giacomolli, em importante obra sobre a filtragem convencional do Processo Penal brasileiro a partir do Pacto de São José

³ RHC 131.263/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em

24/02/2021, Dje 15/04/2021

da Costa Rica:

*“Da CF emana um modelo de processo penal assentado em garantias, princípios e postulados de um Estado Democrático (art. 1º, caput, da CF). **É o nosso modelo republicano e constitucional**, fundado na dignidade da pessoa (art. 1º, III, CF), no respeito aos direitos e às garantias fundamentais (art. 5º, CF), inclusive convencionais (art. 5º, §§2º e 3º, CF). Nessa senda, **o magistrado é o sujeito que irá julgar, após a iniciativa dos intervenientes, mantendo-se afastado das expectativas e perspectivas das partes ou dos demais sujeitos processuais**. O interesse de acautelar o processo ou de garantir a incidência da potestade punitiva é do Estado-Acusador, daquele que está no polo acusador, e não de quem irá julgar (imparcialidade). Aliado a isso, **o art. 129, I, da CF atribui ao MP a promoção, privativamente, da ação penal pública**. Portanto, no âmbito criminal, a oficialidade estatal se distribui entre os sujeitos (magistrados, promotores e defensores). Ademais, com a afirmação de uma acusação em juízo, desencadeadora do procedimento em contraditório, se verifica a dinamicidade da ação processual penal, em seus vários desdobramentos, inclusive recursal, no interior do processo. **O acautelamento do processo e da incidência da potestade punitiva, ao final, é do Estado-Acusador e não do estado-Juiz e nem do Estado-Defensor (defensoria pública). Por isso, uma leitura constitucional e convencional do processo penal afasta a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva sem requerimento expresse do MP ou do querelante”⁴.***

19. Num tom ainda mais crítico, temos as linhas do professor Aury Lopes Jr., sempre antenado à filtragem constitucional da nossa legislação processual penal:

*“Talvez **o maior problema do ativismo judicial é a violação da imparcialidade**, uma garantia que corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de terzietà, um estar alheio aos interesses das partes na causa, ou, na síntese de JACINTO COUTINHO, não significa que ele está acima das partes, mas que está para além dos interesses delas.*

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando - de ofício - a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia.

⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido processo Penal - Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 441.

Assim, ao decretar uma prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade.

Infelizmente, com a histórica convivência dos tribunais brasileiros, insiste o legislador em permitir a prisão preventiva decretada de ofício”⁵.

20. Assim, a nosso ver, a conversão/decretação do acautelamento provisório daquele preso em flagrante, tal como previsto no artigo 310, II, do Código de Processo Penal, só tem lugar se algum dos legitimados previstos no artigo 311 do mesmo diploma pugnam por ela, tendo em vista que a reforma trazida pela Lei nº 12.403/11, em um primeiro momento, e posteriormente pela Lei nº 13.964 de 2019 veio, em boa hora, enrijecer as regras para a decretação da prisão preventiva, não cabendo aos magistrados se arvorarem na condição de órgãos acusadores.

21. A interpretação adotada pelo Juízo da Custódia em se aplicar o art. 28 do CPP diverge da interpretação adotada pela STF e pelo STJ, conforme colacionado acima. A Lei nº 12.403/11, reafirmada pelo pacote anticrime (Lei nº 13.964 de 2019), alterou toda a sistemática processual penal, tratando-se de norma posterior, não havendo que se falar em poder geral de cautela com base no art. 28 do CPP, dispositivo este que, em tese, fora revogado pelo Congresso Nacional.

22. Verifica-se que essa discussão não é nova. Desde 2011 se estabeleceu essa resistência em aplicar a norma legal, vindo a culminar na edição da nova Lei nº 13.964/2019.

23. Destarte, tendo em vista a ilegalidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva *ex officio*, tendo em vista a manifestação ministerial, pugna a defesa pelo **imediato relaxamento da prisão da paciente**.

b) Da Concessão de Liberdade Provisória.

24. Em que pese o respeito pela magistrada, não há substrato para denegar a liberdade provisória dos autuados, senão vejamos.

⁵ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 886.

25. Antes de uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado **A REGRA É A LIBERDADE**, em virtude da previsão constitucional do princípio da presunção da inocência.

26. Note-se que esta garantia, insculpida no art. 5º, inciso LVII, da CF⁶, conhecida como **princípio da presunção de inocência ou situação jurídica de inocência**, não é mera divagação doutrinária, ao contrário, tem natureza de norma constitucional autoaplicável e que não pode ser simplesmente ignorada e suprimida pelo douto magistrado.

27. Em decorrência deste princípio, há uma REGRA DE TRATAMENTO por força da qual **o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado.**

28. Portanto, por força do dever de tratamento, qualquer que seja a modalidade de prisão cautelar, não se pode admitir que a medida seja utilizada como meio de inconstitucional antecipação executória da própria sanção penal.

29. Nesse sentido, preleciona o ilustre processualista Aury Lopes

Jr.:

“A complexidade do conceito de presunção de inocência faz com que dito princípio atue em diferentes dimensões no processo penal. Contudo, a essência da presunção de inocência pode ser sintetizada na seguinte expressão: dever de tratamento.

*Esse dever de tratamento atua em duas dimensões, interna e externa ao processo. **Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador,***

*que deverão efetivamente tratar o réu como inocente, não (ab)usando das medidas cautelares e, **principalmente, não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova integralmente ao acusador** (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). Na dimensão externa ao processo,*

a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente).

A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – *nemo tenetur se detegere*). (...).”

30. Necessário consignar que **inexiste, *in casu*, qualquer impedimento legal à concessão de liberdade provisória.** Cediço também reconhecer que a Lei nº 12.403/11 reforçou que a decretação da prisão preventiva deve obedecer ao binômio da **necessidade e adequação**, devendo a privação da liberdade ser relegada para último plano, para os casos de extrema gravidade e imprescindibilidade, em homenagem às **outras medidas não privativas que, na hipótese, revelam-se mais indicadas.**

31. Em que pese o notório conhecimento jurídico do magistrado, este recorreu à malfadada “garantia da ordem pública” para justificar a conversão, termo que tantas vezes é utilizado como um “cheque em branco” para toda sorte de prisões arbitrárias e ilegais, dada a falta de clareza semântica que carrega consigo. Nesse sentido, lapidar lição do eminente processualista Aury Lopes Júnior:

“Nesse momento, evidencia-se que as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais.

Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medidas de segurança pública.

A prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos.

Grave problema encerra ainda a prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso,

indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão

“bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes”⁷.

32. A ordem pública restará sempre perturbada quando da ocorrência de todo e qualquer delito, por menor que seja sua gravidade, todavia, *in casu*, **a gravidade em concreto apontada não exige acautelamento provisório.**

33. Sobre o tema da proporcionalidade/homogeneidade entre as medidas cautelares pessoais aplicadas no curso do processo penal e o resultado final do processo, trazemos à baila a lição do insigne processualista paulista Gustavo Henrique Badaró:

*“Há, pois, **um princípio de proporcionalidade que governa as medidas cautelares** e, em especial, a prisão cautelar.*

Consequência disso é que o juiz não deve se limitar a analisar “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” para a decretação da prisão preventiva (CPP, art. 312). Esses critérios são indicadores do denominado fumus commissi delicti, isto é, da probabilidade, baseada em uma cognição sumária, de que o acusado seja o autor de um delito. São elementos necessários, mas não suficientes para a prisão cautelar.

*A análise do “direito hipotético” não deve se limitar à “probabilidade de uma condenação”. Há mais a ser considerado nesse juízo prognóstico. O juiz deverá também **considerar a probabilidade de que seja imposta uma pena privativa de liberdade a ser executada em regime prisional**. Somente no caso em que se anteveja, com base nos elementos concretos existentes nos autos, que o acusado terá que se submeter a uma pena privativa de liberdade, a prisão cautelar será proporcional ao provimento definitivo que ela visa assegurar.*

*Caso o prognóstico judicial seja de que a pena a ser imposta será somente de multa, ou uma pena privativa de liberdade que será substituída por pena restritiva de direito, ou, ainda, uma pena privativa de liberdade que será condicionalmente suspensa (sursis), ou, finalmente, uma pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime aberto, **será ilegal a decretação da prisão preventiva, posto que desproporcional ao resultado final do processo cuja utilidade se quer assegurar.***

*Sob a ótica da tutela cautelar, é correto asseverar que, **se a medida cautelar for mais gravosa que a pena a ser ao final imposta, não***

será dotada dos caracteres de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que irá substituí-la e a qual ela

⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 900.

deve preservar. Ou seja, não se pode impor a prisão preventiva se a pena previsível a ser aplicada ao final do processo não for privativa de liberdade, a ser cumprida em regime de encarceramento”⁸.

34. Sendo assim, requer-se a concessão da liberdade provisória com fixação de medidas cautelares diversas da prisão, na forma do art. 310 e 319, todos do CPP.

II. DA CONCESSÃO DA LIMINAR

35. Considerando a plausibilidade do pedido, demonstrado o *fumus boni iuris*, sendo visível e inegável o *periculum in mora* em manter-se a prisão da paciente, justifica-se a concessão de medida liminar, sob pena de se perpetuar o constrangimento ilegal representado pelo prolongamento injustificável de uma prisão descabida.

III. DOS PEDIDOS

36. Diante das razões fundamentadas acima, a **Defensoria Pública do Distrito Federal** pugna para que seja a ordem concedida *liminarmente*, com a declaração da ilegalidade da conversão da prisão de ofício.

37. Caso assim não entenda, requer de forma subsidiária a concessão de **liberdade provisória**, tornando-a definitiva após regular processamento, expedindo-se o competente **alvará de soltura**, inclusive com a determinação de medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP.

Pede deferimento.

Fulano de tal

Defensor Público

**assinado e datado digitalmente*

⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 1006-1007.