
A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA DE OFÍCIO EM FACE DA LEI Nº 13.964/2019

*Carlos Minoru Yamaguchi Junior**
*Vinícius Bonalumi Canesin***

RESUMO

O presente artigo pretende, de forma sucinta, apresentar a Conversão da Prisão em Flagrante em Preventiva de Ofício em Face da Lei nº 13.964/2019. Faz uma abordagem conceitual da prisão em flagrante e preventiva e suas respectivas positivamente no Código de Processo Penal. Analisa o controle jurisdicional da prisão em seus aspectos formais e materiais e suas possíveis consequências. Diante disso, passa a analisar a temática desse estudo a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, iniciando-se pela doutrina e posteriormente pelas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: flagrante; ofício; preventiva.

ABSTRACT

This article intends, in a succinct way, to present the Conversion of Prison into Flagrant into Preventive of official in face of Law No. 13.964 / 2019. It makes a conceptual approach to the arrest in flagrante delicto and preventive and its respective positivities in the Code of Penal procedure. It analyzes the jurisdictional control of the prison in its formal and material aspects and its possible consequences. Therefore, it begins to analyze the theme of this study from the entry into force of Law No. 13.964 / 2019, starting with the doctrine and later with the decisions handed down by the Superior Courts.

Keywords: flagrant; official; preventive.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 DA PRISÃO EM FLAGRANTE. 3 DA PRISÃO PREVENTIVA. 4 CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. 4.1 CONTROLE JURISDICIONAL. 4.2 CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DE OFÍCIO. 4.3 VEDAÇÃO DA CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DE OFÍCIO. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6 REFERÊNCIAS.

* Advogado. Pós – graduado em Direito e Processo Penal. E-mail: carlosyamaguchiadv@gmail.com

** Advogado. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Filadélfia - UniFil. Orientador do artigo. E-mail: vinicius.canesin@unifil.br



1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício em face da Lei nº 13.964/2019. A partir desse estudo objetiva-se aferir a legalidade das decisões tomadas pelos magistrados no momento em que operam a conversão prisão em flagrante em preventiva a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, se esta decisão está em consonância com a legislação processual e com a jurisprudência.

O artigo se inicia abordando questões conceituais atinentes a prisão em flagrante e preventiva e suas respectivas positivações no Estatuto Processual vigente, perpassando pela análise do controle jurisdicional da prisão em flagrante enfatizando seu controle formal e material.

Dando sequência, o estudo adentra em sua temática central, onde, a partir da entrada em vigor do intitulado “Pacote Anticrime”, passou-se a discutir a validade da conversão da prisão em flagrante de ofício pelo magistrado.

Por fim, a parte final desse estudo, enfatiza as decisões tomadas pelos Tribunais Superiores acerca do tema e seus respectivos fundamentos.

132

2 DA PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante consiste na restrição da liberdade do indivíduo, sem a necessidade de prévia ordem judicial, bastando apenas que a pessoa encontre-se cometendo o delito, que tenha acabado de cometê-lo, ou se encontre em perseguição ou que possa presumir ser o autor do cometimento do ilícito. (OLIVEIRA, 2017)

Em outras palavras, Lopes (2018, p. 602) ensina que o instituto da prisão em flagrante também pode ser definido:

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelares, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.

Desse modo, a prisão em flagrante é prevista na própria lei para durar um curto espaço de tempo e tem por essência ser um ato prisional efêmero que se desfaz no tempo de maneira



breve, justamente pelo fato de que não possui como antecedente uma decisão judicial.

Logo, o flagrante pode ser compreendido como uma medida de segurança, uma vez que não necessita de prévia autorização judicial, bastando apenas que o delito seja constatado visualmente. Assim, qualquer do povo poderá prender em flagrante, pois estará agindo em exercício regular de direito, podendo conduzir o infrator até a autoridade policial para se lavrar o auto de prisão em flagrante e dar procedência aos trâmites legais. (LIMA, 2020)

Nesse diapasão, a prisão em flagrante representa a retirada do agente que praticou o ato delituoso à sociedade e seu encaminhamento à delegacia de polícia para aferição de um juízo de suposto comportamento delitivo em regra realizado pela autoridade policial.

Seguindo, a prisão em flagrante está prevista no artigo 5º¹, inciso LXI da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Previsão esta que também está encartada no artigo 301² do Código de Processo Penal. (BRASIL, 1941)

Demonstrando desse modo que a prisão em flagrante possui tanto previsão normativa constitucional, quanto legal, evidenciando assim a importância deste instituto para o ordenamento jurídico brasileiro.

A prisão em flagrante pode ser identificada em três momentos distintos: a captura, momento em que a pessoa que se encontra em situação de flagrância é detida; lavratura do auto, apresentado o capturado à autoridade competente e presentes os requisitos legais para a prisão deverá ser lavrado o auto circunstanciado à prisão em flagrante, servindo como ato inicial do inquérito policial, o qual investigará os atos que ensejaram a prisão; e por fim, a custódia, após a lavratura do auto de prisão o conduzido será recolhido ao cárcere. (BONFIM, 2017)

Desse modo, após a realização dessas três fases o indivíduo será recolhido onde aguardará a realização da audiência de custódia no prazo legal.

Dando sequência, o artigo 302 do Código de Processo Penal estabelece as hipóteses em que ocorrerá a prisão em flagrante:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

¹ Art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

² Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.



IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.
(BRASIL, 1941, online)

Desta feita, o CPP é muito claro em prever as hipóteses ensejadoras da prisão em flagrante, ressaltando que se trata de rol exemplificativo.

Continuando, a ocorrência prevista nos incisos I e II é chamada de flagrante próprio, flagrante real ou flagrante propriamente dito. Duas figuras distintas foram equiparadas, sendo a primeira: a pessoa que está cometendo a infração penal e a segunda: a pessoa que acaba de cometê-la. (DEZEM, 2018)

Entende-se pela expressão “acaba de cometê-la”, o sentido de absoluta imediatidade, sem qualquer intervalo de tempo. Sendo o agente localizado imediatamente após o cometimento do ato, sem que tenha conseguido se desvencilhar da vítima e do lugar do crime. (LIMA, 2020)

Em se tratando do inciso III, tem se a figura do chamado flagrante impróprio, imperfeito, irreal ou quase flagrante. Hipótese em que a pessoa é perseguida logo após o cometimento da infração, pela autoridade policial, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da atividade delitativa. (DEZEM, 2018)

134

Assim, sua ocorrência dar-se-á ao passo que o agente é perseguido logo após o cometimento da infração, presumindo ser o autor do ilícito, exigindo-se a conjugação de três fatores: a perseguição, o requisito temporal e o circunstancial.

Por fim, no inciso IV, tem se o chamado flagrante presumido, assimilado ou ficto, neste, a pessoa é encontrada, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ela a autora da infração. Neste caso, o sujeito é encontrado logo depois da prática delitativa com pertences que foram subtraídos da vítima. (DEZEM, 2018)

Nessa hipótese, basta apenas que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do crime com objetos que indiquem fortes indícios da autoria ou participação na atividade criminosa.

3 DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do



processo criminal, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais previstos no artigo 313, do CPP, com ocorrência dos motivos autorizadores previstos no artigo 312³, do CPP, uma vez que se mostrarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão elencados no artigo 319, da legislação processual. (LIMA, 2020)

Destarte, pode-se afirmar que trata-se de uma medida de constrição de liberdade do indiciado, e uma vez operada a prévia manifestação das partes e presentes os requisitos autorizadores da prisão, o magistrado poderá decretar a prisão preventiva tanto na fase pré processual, quanto processual.

Logo, o magistrado analisará cada caso considerando seus pormenores e suas peculiaridades e diante disso aplicará a medida que mais se subsumir aos termos previstos na lei. Ressaltando que alguns delitos não comportam a sua aplicação, como, por exemplo nos delitos em que a pena máxima em abstrato é inferior a quatro anos. (SODRÉ, 2019)

Seguindo, para que a prisão preventiva possa ser decretada, é preciso que exista prova da existência do delito e indício suficiente de autoria, ou seja, é preciso demonstrar o *fumus boni iuris* e o *periculum in libertatis*. Em se tratando da prova de existência do crime, deve haver nos autos elementos que demonstrem a materialidade delitiva. Já os indícios suficientes de autoria constituem elementos idôneos, convincentes, capazes de criar no espírito do juiz a convicção provisória de que o imputado é o autor da infração. (BONFIM, 2017)

Desse modo, caso ausentes esses dois requisitos conjuntamente a prisão em flagrante deve ser relaxada não se operando a conversão em prisão preventiva.

Com efeito, a presença do *fumus boni iuris*, não é suficiente para que seja decretada a prisão preventiva do acusado ou indiciado, pois, o próprio artigo 312 do CPP estabelece as situações em que se faz necessário o encarceramento cautelar do imputado, entre eles o *periculum in libertatis*. Assim, a liberdade do indiciado ou acusado pode ser nociva para a instrução processual ou para a sociedade. (BONFIM, 2017)

Portanto, além da prova da existência do delito e do indício suficiente de autoria, a prisão preventiva somente poderá ser decretada pelo juiz com fundamento em uma das hipóteses autorizadas do artigo 312, do Código de Processo Penal.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para

³ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado



assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (BRASIL, 2019⁴)

Sendo assim, uma vez constatado a autoria e materialidade delitiva e a presença um dos requisitos constantes do artigo 312, e por se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão o magistrado decretará a prisão preventiva do investigado.

Avançando, para que se possa decretar a prisão preventiva do investigado, não basta apenas a presença dos pressupostos constantes no artigo 312 do Código de Processo Penal, visto que, nem todos os crimes sujeitam seus executores à prisão preventiva.

O artigo 313, §§1º e 2º, CPP (BRASIL, 2011), elenca as hipóteses em que será admitida a decretação da medida acautelatória. Em todas elas, é requisito necessário de admissibilidade que a conduta imputada ao acusado constitua crime doloso.

Nesse sentido, preenchido esse requisito, a medida será possível nos casos de crimes dolosos em que a pena privativa de liberdade seja superior a 4 (quatro) anos, se o agente tiver sido condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, salvo se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 05 (cinco) anos. (BONFIM, 2017)

Se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso enfermo ou pessoa com deficiência; e como garantia da execução das medidas protetivas de urgência. (BONFIM, 2017)

E conforme ensina os respectivos parágrafos deste artigo, essa prisão também será admitida quando não se tiver certeza sobre a identificação civil do apreendido ou quando os documentos fornecidos não forem suficientes para o seu esclarecimento e devendo o apreendido ser posto em liberdade quando identificado. (BONFIM, 2017)

Por conseguinte, a decretação da prisão preventiva não será admitida com a finalidade de cumprimento antecipado de pena ou em decorrência do inquérito policial ou mesmo amparado no recebimento da exordial acusatória.

Logo, a prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal, visto que trata-se de medida de natureza excepcional, uma vez que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz para sua decretação não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade.

⁴ Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019.



(LIMA, 2020)

Seguindo esse entendimento, a prisão cautelar também não poderá se decretada para a satisfação da sociedade, à opinião pública ou à mídia, como mera consequência da deflagração de investigação policial ou até mesmo para a instauração de processo penal, sob pena de desvirtuar sua natureza instrumental. (LIMA, 2020)

Sendo assim, a prisão preventiva não pode e não deve ser utilizada pelo poder Público como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou o cometimento da prática criminosa, ou seja, significa que a prisão cautelar não pode ser operada com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, visto que, se assim fosse lícito entender, haveria uma subversão da finalidade da prisão preventiva, resultando em grave comprometimento ao princípio da presunção de inocência. (LIMA, 2020)

Nesse sentido, o magistrado analisará cada caso de forma individualizada e observará a necessidade e a adequação da medida, visto que a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar consoante artigo 319, do CPP.

Ressaltando que alguns delitos não comportam a aplicação da prisão preventiva, como, por exemplo nos delitos em que a pena máxima em abstrato é inferior a quatro anos e nos delitos culposos.

137

4 CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA

4.1 CONTROLE JURISDICIONAL

O artigo 310 do Código de Processo Penal versa sobre o controle jurisdicional da prisão em flagrante, ensina que uma vez finalizado o procedimento do flagrante o juiz terá o prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da realização da prisão para realizar a audiência de custódia. Nessa audiência o magistrado irá verificar o controle formal e material da prisão. (FELIX, 2016)

De acordo com a sistemática adotada pela Lei nº 13.964/19⁵, a audiência de custódia ou de apresentação pode ser conceituada como a realização de uma audiência sem demora após a prisão em flagrante do agente, permitindo o contanto imediato do apreendido com magistrado,

⁵ Intitulado “Pacote Anticrime”, aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.



com um defensor, sendo este público, dativo ou constituído e com o membro do órgão ministerial. (LIMA, 2020)

Em sede de audiência, inicialmente, o magistrado analisará o controle formal da prisão que versa a despeito do procedimento do flagrante e as situações de flagrância, ou seja, se o preso se encontrava em alguma situação de flagrância, se foi observado o procedimento adequado, desde as oitivas, garantia ao silêncio, comunicação a família e o direito ao advogado.

Assim, caso, o juiz identifique alguma inobservância de direitos e garantias previstos no Estatuto Processual Penal e na Constituição Federal, deverá reconhecer o ato como ilegal e conseqüentemente deverá relaxar a prisão.

Em contrapartida, uma vez que o magistrado verificar que o flagrante for legal, sendo observado o procedimento e o estado de flagrância, homologará a prisão e passará ao controle material.

Seguindo, o controle material diz respeito a aferição da situação cautelar do preso durante o processo, ou seja, como o flagrante tem sua ocorrência no momento do fato, ainda não existe investigação, nem sequer ação penal. Portanto, o juiz terá que decidir mediante prévio contraditório das partes a despeito da análise cautelar do flagranteado, em outras palavras, como a pessoa que foi presa irá permanecer ao longo do processo, uma vez que se iniciará a investigação policial e a ação penal.

Nesse sentido, Lopez (2016, p. 315), ensina:

Toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada. A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, uma precária detenção, que pode ser feita por qualquer pessoa do povo ou autoridade policial. Neste caso, o controle jurisdicional se dá em momento imediatamente posterior, com o juiz homologando ou relaxando a prisão e, a continuação, decretando a prisão preventiva ou concedendo liberdade provisória. Em qualquer caso, fundamentando sua decisão, nos termos do art. 93, IX, da Constituição e do art. 315 do CPP.

Desse modo, corroborando com o explicitado anteriormente, uma vez que o magistrado opere o controle formal e material da prisão estará se perfazendo o controle jurisdicional da prisão.



4.2 CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DE OFÍCIO

Antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, o artigo 311 do Estatuto processual vigente previa que:

Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (BRASIL, 2011, online)

Destarte, uma vez que presentes os requisitos autorizadores do artigo 312, do Código de Processo Penal, o magistrado poderia decretar a prisão preventiva de ofício sem o prévio requerimento do órgão ministerial ou representação da autoridade policial.

No entanto, a Lei nº 13.964/19, trouxe nova redação ao artigo 311⁶, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2019⁷), e pelo entendimento trazido discutiu-se a possibilidade de nulidade na hipótese em que o magistrado, de ofício, sem prévia provocação da autoridade policial ou do órgão ministerial, opere a conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos previstos no artigo 312 da Legislação de Processo Penal.

Assim, com base na nova redação o qual norteou do artigo 311, da respectiva legislação que impede o magistrado, na fase de inquérito policial, de decretar a prisão preventiva de ofício, há doutrina no sentido de que, por consequência, o juiz também não poderia converter a prisão em flagrante em preventiva sem o prévio requerimento do Ministério Público ou sem a representação da autoridade policial nesse sentido. Tal conversão, com efeito, equivaleria a uma indireta decretação de ofício da preventiva. (LIMA, 2020)

Entretanto, pelo fato de a prisão em flagrante possuir regramento próprio e em capítulo distinto do mesmo código e por a lei não dispor acerca da necessidade de qualquer requerimento para que o magistrado delibere a despeito do destino do flagranteado, mas tão somente prévia audiência, no âmbito da audiência de custódia, do Ministério Público e também da Defesa, entendia-se plausível a conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício pela

⁶ 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.

⁷ Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019.



autoridade judiciária, conforme dispõe o artigo 310⁸, II⁹, do código de Processo Penal (BRASIL, 2019¹⁰)

Logo, entendia-se pela legalidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício pelo magistrado, com fulcro no artigo 310, II, uma vez que presentes um dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Esse entendimento veio a ser corroborado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. LEGALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO. (BRASIL, online).

Em seu voto o relator Ministro Ribeiro Dantas ressaltou que o magistrado mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá, uma vez presentes os requisitos constantes no artigo 312, do CPP, converter a prisão em flagrante em preventiva de ofício, em cumprimento ao disposto no artigo 310, II, do mesmo diploma legal, não havendo falar em nulidade.

Por fim, é importante ressaltar que a jurisprudência a época não era uníssona em relação ao tema, e mesmo com fundamento no artigo 310, II, do CPP, muitos magistrados procediam à prévia manifestação do *Parquet* em sede de audiência de custódia antes de converterem a prisão em flagrante em preventiva, conforme determinava a lei.

4.3 VEDAÇÃO DA CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DE OFÍCIO

Em 17 de julho de 2020, o ex ministro Celso de Mello, decano do STF proferiu entendimento acerca da conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício pelo

⁸ 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:

⁹II - 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

¹⁰ Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019.



magistrado no julgamento do *habeas corpus* 186.421 – SC. (BRASIL, 2020)

Em sede de decisão monocrática, o ex ministro, passou a vislumbrar um fim a problemática doutrinária e jurisprudencial, de forma provisória, acerca do entendimento que se deve dar ao artigo 311, do Código de Processo Penal, atinente à conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício pelo magistrado.

Em sua decisão Celso de Mello esclareceu que com o advento da Lei nº 13.964/2019, a interpretação que se deve dar ao artigo 310, II, do CPP, deve ser realizada à luz dos artigos 282¹¹, §2º e artigo 311, (BRASIL, 2019¹²), que dispõem a despeito da manifestação das partes, vendando atos de ofício. (STF, 2020)

Entendendo que se tornou inadmissível diante da superveniência da Lei nº 13.964/2019, que os magistrados continuem a operar a conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício, ficando esta condicionada ao prévio e necessário requerimento do órgão ministerial ou de representação da autoridade policial na fase pré-processual da persecução penal, frisando que não subsiste mais no CPP a possibilidade de atuação *ex officio* pelo magistrado processante. (STF, 2020).

Seguindo esse entendimento, no julgamento do *habeas corpus* 188.888 – MG, (BRASIL, 2020) datado de 06 de outubro de 2020, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime reconheceu a impossibilidade da decretação da prisão preventiva sem prévio requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial.

Em conclusão, novamente, o ministro relator Celso de Mello asseverou em seu voto que tornou-se inadmissível, em face da superveniência da Lei nº 13.964/2019, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva, uma vez que para a decretação dessa medida cautelar de ordem pessoal, dependerá sempre do prévio e necessário requerimento do órgão ministerial, do seu assistente ou do querelante, ou, ainda, de representação da autoridade policial na fase pré-processual da persecução penal. Sendo certo, por tal razão, que, em tema de privação e ou de restrição cautelar da liberdade, não mais subsiste, no sistema processual penal brasileiro, a possibilidade de atuação *ex officio* do magistrado processante.

Desta feita, ratificou seu entendimento explicitado no *habeas corpus* 186.421 - SC. (BRASIL, 2020)

¹¹ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

¹² Redação dada pela Lei nº 13.964, 2019.



Seguindo, outra decisão importante foi proferida em 22, de outubro de 2020, onde, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *habeas corpus* nº 590.039 - GO, (BRASIL, 2020) alterou seu entendimento em razão da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, reconhecendo a nulidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício pelo magistrado, ou seja, sem o prévio requerimento da parte legitimada.

Em seu voto, o ministro relator Ribeiro Dantas asseverou que a Lei nº 13.964/2019, promoveu diversas alterações processuais no Estatuto Processual vigente, entre as quais a nova redação dada ao artigo 282, §2º, do CPP, o qual definiu que as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz mediante provocação.

Nas palavras do ministro, o dispositivo tornou indispensável, de forma expressa, o prévio requerimento das partes, Ministério Público ou da autoridade policial, a fim de que o magistrado aplique qualquer tipo de medida cautelar. Salientou que a alteração promovida no artigo 311 do CPP, visto que suprimiu a expressão de ofício ao tratar da possibilidade de decretação da prisão pelo juiz corrobora a interpretação de que se faz necessário a representação prévia dos legitimados para que se opere a decretação da prisão cautelar, inclusive para a conversão do flagrante em preventiva. (BRASIL, 2020)

142

Desta feita, ressalta-se que a decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se em perfeita consonância com o posicionamento exarado, pelo ex ministro Celso de Mello no julgamento do *habeas corpus* 186.421 – SC, e pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* 188.888 - MG, revelando assim uma escorreita interpretação dos artigos 310 e 311, do Código de Processo Penal.

Atualmente, os tribunais superiores vêm mantendo esse entendimento, como pode ser observado no julgamento do Agravo Regimental no *habeas corpus* 652886 MT (BRASIL, 2021), em decisão datada de 28 de setembro de 2021, a Terceira Seção do STJ firmou entendimento de que é vedada a conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício pelo juiz, sob a fundamentação de que à luz das inovações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, o magistrado não poderá decretar a custódia cautelar sem que haja prévio requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial.

No mesmo sentido, o Agravo Regimental no *habeas corpus* 191042 MG (BRASIL, 2020), em decisão datada de 21 de dezembro de 2020, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal por unanimidade de votos em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do relator sob fundamentação de que a Lei nº 13.964/19, ao suprimir a expressão de ofício



constante na redação anterior dos artigos 282, §§ 2º e 4º, e 311, ambos do Código de Processo Penal, veda, de forma expressa, a imposição de medidas cautelares restritivas de liberdade pelo magistrado sem que haja anterior representação da autoridade policial ou requerimento das partes.

Sendo assim, o artigo 310 do Código de Processo Penal deve ser interpretado à luz do sistema acusatório e, em conjunto, com os demais dispositivos legais que regem a aplicação das medidas cautelares penais. Desse modo, decorrendo a ilicitude da conversão, de ofício, da prisão em flagrante em prisão preventiva pela autoridade judicial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apresentado no transcorrer desse estudo, observa-se que a Lei nº 13.964/2019, alterou substancialmente alguns dispositivos da legislação processual penal, em especial os artigos do artigo 311, *caput*, e artigo 282, §2º, do CPP, suprimindo a expressão de ofício de suas redações.

Dessa maneira, tornando-se obrigatório ao magistrado a prévia oitiva das partes antes de operar a conversão da prisão em flagrante em preventiva ou conceder medidas cautelares diversas da prisão.

No entanto, a lei não surtiu o efeito esperado, pois mesmo diante da inovação legislativa muitos magistrados ainda continuaram a realizar essa prática com respaldo no artigo 310, II, do CPP.

Todavia, em julho de 2020, essa problemática passou a apresentar ares de unicidade após o julgamento do HC 186.421 - Santa Catarina, onde o ex ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, proferiu entendimento a despeito do artigo 310, II do CPP.

Em sua decisão o ministro exarou que com a superveniência da Lei nº 13.964.2019, o entendimento que se deve dar ao artigo 310, II, do CPP, deve ser o mesmo que se dá aos artigos 311, *caput*, e 282, §2º, não mais se admitindo a conversão da prisão em flagrante em preventiva *ex officio* na legislação processual brasileira.

Por conseguinte, a decisão proferida pelo ex ministro foi acompanhado nos julgamentos do *habeas corpus* 188.888 – Minas Gerais, em 06 de outubro de 2020 e *habeas corpus* 590.039 – Goiás, em 20 de outubro de 2020, julgados pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal e pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça respectivamente.



Desta feita, firmou-se entendimento de que não mais se admite a conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício no Brasil, objetivando dar unicidade às decisões judiciais, estabelecendo assim, um viés de modernidade através das inovações trazidas pelo “Pacote Anticrime”, com intuito de preservar de forma mais expressiva as características essenciais da estrutura acusatória prevista na Constituição Federal de 1988. Promovendo dessa forma um alinhamento entre o Código de Processo Penal e a Constituição.

Por fim, é importante destacar que mesmo após os julgamentos do *habeas corpus* 186.421 – SC, *habeas corpus* 188.888 – MG, *habeas corpus* 590.039 – GO, que os tribunais superiores vêm mantendo o entendimento a despeito do tema, vedando a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício, conforme demonstrado.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF, Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 25 jan. 2020

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal. Brasília, DF, Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 25 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no habeas corpus 191042 Minas Gerais**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Joplin Barbosa da Silva. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 21 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1170684832/agreg-no-habeas-corpus-hc-191042-mg-0102423-5120201000000/inteiro-teor-1170684841>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 407.087 – Ba (2017/0164118-7)**. Recorrente: Gabriel Arruda Ramos. Recorrido: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Melo, 06 de outubro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC188888acordao.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar no habeas corpus 186.421 Santa Catarina**. Recorrente: Tiago dos Santos. Recorrido: Presidente do Superior Tribunal de



Justiça. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 17 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-celso-prisao-oficio.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no habeas corpus 652886 Mato Grosso**. Agravante: Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Agravado: Robiti Wilha Alves Lara. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 28 de setembro de 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1290592904/agravo-regimental-no-habeas-corpor-agrg-no-hc-652886-mt-2021-0079797-0>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 590039 - GO 2020/0146013-9**. Recorrente: Daiane de Freitas Santos Chagas. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, 23 de junho de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/869775269/habeas-corpor-hc-590039-go-2020-0146013-9>. Acesso em: 12 mar. 2021.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Mastersaf, 2018.

FELIX, Leonardo Martins. A audiência de custódia como controle jurisdicional da prisão em flagrante. **Revista eletrônica de direito**. Londrina, n. 01, p. 16-32. [S.m]. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. 5. ed. Salvador: Juspodivn, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivn, 2020.

LOPES, Aury Jr. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Ylca Gabriela Simão de. **Audiência de custódia**. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2017.

SODRÉ, Layenne Escaleira. **A audiência de custódia como instrumento de garantias: uma contraposição entre a teoria e a prática**. 2019. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

145

