



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA**

---

PARECER Nº 1776/2020-LCFF

RECURSO ESPECIAL 1886757/MT (2020/0190784-2) - 6ª Turma

RECORRENTE MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

RECORRIDO: CLEITON COSTA DA GAMA

RELATOR(A): MINISTRA LAURITA VAZ

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CONVERSÃO DE OFÍCIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. DETERMINAÇÃO LEGAL EXPRESSA. REQUERIMENTO PRÉVIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE. LEI 13.964/2019 (Art. 311, CPP). SISTEMA ACUSATÓRIO (ART. 3º-A, DO CPP). VIOLAÇÃO. PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. A reforma promovida pela Lei 13.964/2019 (“Lei Anticrime”), trouxe textualmente ao arcabouço normativo processual em matéria penal, o que já existia na Constituição Federal de 1988, assim, resta claro na forma do artigo 3º-A que *“O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”*

2. A partir da Lei 13964/2019, a interpretação do do art. 310, II, do CPP passa a ser, obrigatoriamente, realizada em conformidade aos artigos 282, § 2º, e 311, também do Código de Processo Penal, de modo que se tornou inviabilizada a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em prisão preventiva, sendo imprescindível o prévio requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, com oitiva do Ministério Público, ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente da acusação.

3. O Ministério Público Federal requer o desprovimento do recurso especial.

**Exma. Sra. Ministra e demais integrantes da Turma,**

## **I - RELATÓRIO**

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra o acórdão da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso nos autos do HC nº 1007864-94.2020.8.11.0000.

### **Dos Fatos**

Consta dos autos que policiais militares chegaram até a pessoa de CLEITON COSTA DA GAMA, após receberem “denúncias anônimas” de que ele estaria realizando o comércio de entorpecente no município de Barra do Bugres/MT, mediante autorização de um membro da facção criminosa “Comando Vermelho”.

Durante perseguição em via pública, os policiais visualizaram o paciente, que se desfez de uma porção de 80g de maconha, sendo preso em flagrante em seguida, juntamente a outros três indiciados, em tese, pelo crime do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

A audiência de custódia não foi realizada e a prisão em flagrante convertida em preventiva em 18/03/2020 (fls. 89/91).

Irresignada com a decretação da prisão preventiva, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal, que, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem para determinar a soltura do paciente, nos termos do acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO PREVENTIVA ASSENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – REITERAÇÃO DELITIVA – IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA – FALTA DE REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – PRESCINDIBILIDADE – SOLENIDADE QUE NÃO COMPROMETE A PRISÃO CAUTELAR – CONVERSÃO DO FLAGRANTE SEM REQUERIMENTO EXPRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – IMPOSSIBILIDADE – SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO ASSEGURADO NA CF/88 – PACIENTE QUE OSTENTA CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO PELA PRÁTICA DE CRIME IDÊNTICO – POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR POR CAUTELARES DIVERSAS – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, EM DISSONÂNCIA COM O

## PARECER MINISTERIAL.

A falta da audiência de custódia – por se tratar de mera irregularidade –, não contamina a ordem de prisão preventiva, máxime quando justificada a excepcionalidade de sua realização pela autoridade judicial.

Com o advento da Lei n. 13.964/2019, a prisão preventiva, assim como as demais medidas cautelares, somente poderão ser decretadas pelo juiz quando houver expresse requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, não podendo o magistrado agir de ofício em nenhuma hipótese, nem mesmo para converter a prisão em flagrante em preventiva sem prévia manifestação ministerial nesse sentido, sob pena de violação ao sistema acusatório.

Daí a interposição do presente recurso especial pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, em que aduz que o acórdão recorrido *"negou vigência ao disposto no artigo 310, inciso II, do Código Processual Penal, ao entender pela ilegalidade da conversão, “de ofício”, da prisão em flagrante em preventiva, conforme realizado pelo Magistrado singular. [...]"*

Segundo o requerente, *"não há que se falar em ilegalidade, pois a possibilidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva pelo juiz, independente de requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, continua sendo válida."* (fl. 225)

O recurso foi admitido pela Presidência do TJ/MT (e-STJ fls. 234/236).

Após distribuídos, os autos vieram para manifestação (e-STJ fl. 245).

Em consulta ao andamento da ação penal na origem, consta a intimação dos acusados para oferecerem a defesa à acusação.

É o relatório do necessário.

## II - MANIFESTAÇÃO

O recurso é tempestivo e recolhe os demais requisitos de admissibilidade.

### **No mérito, não merece provimento.**

O recorrente alega negativa de vigência ao artigo 310, II, do CPP, ao argumento, em síntese, que a Lei 13.964/2019 não impediu ao Juiz a conversão da prisão em flagrante em preventiva, de ofício, isto é, sem a o requerimento do Ministério Público.

Aduz que *"tratando-se de prisão em flagrante, o juiz deverá, ao receber o APFD, designar audiência de custódia (exceto em situações excepcionais, como agora durante a pandemia do coronavirus) com a presença do acusado, da acusação e defesa e*

***adotará uma das providências dispostas nos incisos I, II e III, além do parágrafo único, do art. 310, do CPP, independente de manifestação das partes.*** - grifamos

Colaciona precedentes dessa Corte no mesmo sentido.

Todavia, o acórdão recorrido deve ser mantido.

Não se ignora que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vinha referendado, até a entrada em vigor da lei 13964/2019, o entendimento de que “*não configura nulidade a decretação, de ofício, da preventiva quando fruto da conversão da prisão em flagrante, haja vista o expresse permissivo do inciso II do art. 310 do Código de Processo Penal*” (RHC n. 71.360/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe de 1º/8/2016).

É certo ainda que a reforma trazida pela Lei 12.403/2011, adequou o Código de Processo Penal a uma disciplina mais atualizada e centrada na submissão à Constituição Federal acerca do tratamento das prisões e demais medidas cautelares.

Entretanto, para além de outras discussões que permearam a referida reforma de 2011, a exemplo da nomenclatura "liberdade provisória" (como se a prisão fosse a regra e não o estado de liberdade), a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva sem qualquer requerimento, mesmo na fase investigativa, apontava a uma contradição aos preceitos constitucionais, especialmente ao Sistema Acusatório, que prevê a separação das funções investigativas, acusatórias e judicantes.

Assim, considerando que o sistema acusatório inaugurado pela Constituição Federal conferiu ao Ministério Público a titularidade da ação penal, as críticas doutrinárias permaneceram após a vigência da Lei 12.403/2011 quanto a possibilidade de o juiz decretar a prisão cautelar de ofício.

Sobre o tema, ANDRÉ CLARK NUNES CAVALCANTE, ANTÔNIO EDIBERTO OLIVEIRA LIMA, IGOR PEREIRA PINHEIRO, LUCIANO VACCARO e VLADIMIR ARAS assim lecionam:

"Desta forma, tendo a Constituição Federal inaugurado este sistema de forma clara ao conferir ao Ministério Público a titularidade da ação penal, sendo o ente estatal, com competência privativa para tal providência, mesmo após a Lei 12.406/11 as críticas permaneciam na doutrina, questionando, como antecipado, a possibilidade de o juiz decretar a prisão cautelar de ofício.

Segundo este entendimento, o sistema acusatório impede que a iniciativa investigativa e probatória seja conferida ao Juiz, já que tais funções, ligadas ao sucesso da persecução penal, deveriam ser exclusivas do Ministério Público ou, nas hipóteses legalmente franqueadas, ao querelante. Sendo assim, permitir ao Juiz a decretação, de ofício, de medidas cautelares processuais configuraria verdadeira substituição do "Estado-Acusador" pelo "Estado-Juiz", o que por óbvio não guardaria sustentação no plano

constitucional.

Neste sentido, Renato Brasileiro afirma ser 'vedada a decretação de medidas cautelares pelo juiz de ofício, sob pena de evidente violação ao sistema acusatório'. Aliás, segundo o autor, a admissão de providência desta natureza, de ofício, poderia causar prejuízos 'à imparcialidade do magistrado'.

É bem verdade que este entendimento também era questionado, aceitando-se a iniciativa do juiz na decretação de ofício das medidas cautelares. Neste sentido, Eugênio Pacelli reconhecia que não há no direito brasileiro qualquer impedimento para a decretação de medidas cautelares (incluindo a prisão preventiva) por iniciativa do juiz, já que 'nosso modelo acusatório não contempla a inércia do magistrado em relação à adoção de medidas tendentes a proteger a efetividade do processo'.

Aliás, à luz da disciplina do artigo 310, da Lei 12,403/11, este era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça com base no texto legal anterior, para quem o Juiz possuía capacidade para, de ofício, decretar medidas cautelares no processo penal, inclusive a própria prisão do indivíduo." (NUNES CAVALCANTE...et al, ("Lei Anticrime Comentada", 2020, JH Mizuno p. 335)

A reforma promovida pela Lei 13.964/2019 ("Lei Anticrime"), trouxe textualmente ao arcabouço normativo processual em matéria penal, o que já existia na Constituição Federal de 1988, assim, resta claro na forma do artigo 3º-A que "*O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.*"

**Assim, a partir da Lei 13964/2019, a interpretação do do art. 310, II, do CPP passa a ser, obrigatoriamente, realizada em conformidade aos artigos 282, § 2º, e 311, também do Código de Processo Penal, de modo que se tornou inviabilizada a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em prisão preventiva, sendo imprescindível o prévio requerimento do Ministério Público ou representação dada autoridade policial, com oitiva do Ministério Público, ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente da acusação.**

A redação dos dispositivos em referência são literais quanto a essa obrigatoriedade:

"Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

[...]

§ 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.** (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)"

"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.**" - grifamos

A esse respeito, André Clarck *et al* assim concluem:

"Por tais razões, seja pela ausência de previsão legal que autorize a decretação de medidas cautelares *ex officio* pelo juiz, seja pelo reconhecimento expresso do sistema penal acusatório no bojo do processo penal, conforme clara disposição do artigo 3º-A, do CPP, parece-nos absolutamente inaceitável a decretação de medidas cautelares sem prévio requerimento das partes." (NUNES CAVALCANTE...et al, p. 341)

Já em conformidade com a nova sistemática processual penal, cite-se a decisão exarada pelo Ministro Celso de Mello no HC 186.421-MC/SC (ainda pendente de julgamento):

"[...]

Há a considerar, ainda, um outro aspecto impregnado de extremo relevo jurídico.

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

Eis, no ponto, o teor do ato decisório que, proferido pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da comarca de Joinville/SC, decretou, “*ex officio*”, a prisão preventiva do ora paciente:

“Ademais, também devido a referida pandemia e ao fato de o conduzido estar preso desde às 15h50min. do dia 11/05/2020 sem qualquer deliberação judicial, altero o rito da Lei n. 13.964/19, proferindo decisão sem manifestação da defesa e do Ministério Público, a fim de dar celeridade e segurança jurídica ao indiciado.

Tal alteração não trará prejuízo ao conduzido, pois eventuais pedidos da defesa serão posteriormente analisados por este juízo.”

Todos sabemos que a ordem normativa instaurada no Brasil em 1988, formalmente plasmada na vigente Constituição da República, outorgou ao “Parquet”, entre as múltiplas e relevantes funções institucionais que lhe são inerentes, a de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (CF, art. 129, inciso I – grifei), ressalvada a hipótese, que é excepcional, prevista no art. 5º, inciso LIX, da Carta Política.

[...]

Cabe enfatizar, nesse contexto, que a reforma introduzida pela Lei nº

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

É certo que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, promoverá a audiência de custódia (art. 310, “caput”, do CPP, c/c o art. 4º da Resolução nº 213/CNJ), momento no qual deverá, fundamentadamente, como deixei assentado em passagem anterior desta decisão, (a) relaxar a prisão, se constatar a ilegalidade do flagrante (CPP, art. 310, I), (b) conceder liberdade provisória, se estiverem ausentes as situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal ou se incidirem, na espécie, quaisquer das excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal (CPP, art. 310, III), ou, ainda, (c) converter o flagrante em prisão preventiva, se presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal (art. 310, II, do CPP).

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

[...]

Sendo assim, em juízo de estrita delibação e pelas razões expostas, embora não conheça da presente ação de “habeas corpus” pelos fundamentos que preliminarmente expus nesta decisão, concedo, no entanto, “ex officio”, medida liminar, para suspender, cautelarmente, a conversão de ofício da prisão em flagrante do ora paciente em prisão preventiva, determinando, em consequência, a sua imediata soltura, se por al não estiver preso."

- *grifamos*

Também Ministros dessa Corte Especial já reconhecem, ainda que monocraticamente, a necessidade da mudança de eixo paradigmático, dada a expressa previsão na nova ordem processual trazida com a reforma de 2019 quanto à matéria.

Senão veja-se:

**"[...] Destaco ainda que, é bem verdade que, esta Corte em sua jurisprudência em tese (Tema 10 da Edição n. 120: Da Prisão em Flagrante), tem entendimento consolidado no sentido de que "Não há nulidade na hipótese em que o magistrado, de ofício, sem prévia provocação da autoridade policial ou do órgão ministerial, converte a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP". Esse era o entendimento consolidado até o momento, mas parece-me que merece nova ponderação em razão das modificações trazidas pela**

### **Lei 13.964/2019.**

Assim, é forçoso concluir que a pretensão do impetrante reveste-se de fumaça do bom direito com densidade suficiente a autorizar a concessão da liminar postulada, razão pela qual a liberdade provisória, ao menos nesse primeiro momento, é medida que se impõe." (Ministro RIBEIRO DANTAS, 24/08/2020, HC 606719)

"Quanto à alegação de ausência de contemporaneidade entre a representação policial e a necessidade da segregação cautelar, com a decretação da prisão preventiva, de ofício, **sabe-se que, antes da alteração do art. 311 do Código de Processo Penal, pela Lei n. 13.964, publicada em 24 de dezembro de 2019, com *vacatio legis* de 30 dias (art. 20 da Lei n. 13.964/2019), era possível a decretação da prisão preventiva, de ofício, pelo juízo, em qualquer fase do processo.**

No presente caso, tem-se que a prisão foi decretada em 18/03/2019, sendo, portanto, possível a decretação da preventiva, de ofício, tal como realizado. Ademais, o fundamento que justificou a segregação cautelar (já analisado no RHC n. 116.318/PE) foi relativo a intimidação das testemunhas (fl. 36), não havendo a se falar, portanto, ao menos em um juízo perfunctório, em ausência de contemporaneidade.

Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar." (Ministro NEFI CORDEIRO, 25/06/2020, HC 587774)

- *grifamos*

Portanto, a Lei 13.964/2019 ao trazer nova sistemática ao processo penal, consolida o sistema acusatório vigente, de modo a proibir, agora textualmente, a atuação de ofício do Juiz quanto à prisão processual, que depende, portanto, de requerimento prévio do Ministério Público enquanto *dominus litis*, ou do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Assim, no presente caso, o acórdão recorrido encontra-se, quanto ao tópico da prisão preventiva de ofício, em concordância à Lei Processual Penal.

### **III - CONCLUSÃO**

Ante o exposto, o Ministério Público Federal requer o desprovimento do recurso especial.

Brasília, 28 de agosto de 2020.

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN



SUBPROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

/ama