



**Referência:** Debates ocorridos durante a 1ª edição do Café com Justiça, em 28.04.2020, organizado pela Escola Superior do Ministério Público junto às Procuradorias de Justiça com atribuições criminais

**Assunto:** Covid-19. Impossibilidade da realização de audiência de custódia e Conversão da prisão em flagrante em preventiva. (Des)necessidade de manifestação prévia do Ministério Público.

1. Durante debates ocorridos ao longo da 1ª edição do evento “Café com Justiça”, organizado pela Escola Superior do Ministério Público junto às Procuradorias de Justiça com atribuições criminais, em 28.04.2020, tomou-se conhecimento de que estariam sendo notados reiterados *habeas corpus* afetos à conversão da prisão em flagrante em preventiva efetuada de ofício por diversos Juízos no Estado, com mera ciência posterior ao Ministério Público.

A notícia remete à tema que tinha sido noticiado no final de março deste ano por esta Equipe, por ocasião do material “[Perguntas e Respostas – Reflexos na atuação criminal](#)”, que em seu item n. 2 refere à excepcional adoção do fluxo proposto pela Recomendação n. 62/2020-CNJ (art. 8º, §1º) nas hipóteses de não realização de audiências de custódia durante o período da pandemia do Covid-19

A discussão, agora, diz respeito à eventual violação do sistema acusatório preponderante em nosso ordenamento processual penal que, em especial a partir das alterações promovidas pela Lei n. 13.964/19, teria previsto a imprescindibilidade de prévio requerimento do Ministério Público para a decretação da prisão preventiva do flagranteado.

É o breve relato.

2. Inicialmente, importante deixar claro o contexto excepcional que reveste o tema aqui tratado. Afinal, embora no passado tenha sido ele objeto de



amplo debate na doutrina e jurisprudência pátrias, com a implantação definitiva das audiências de custódia, a discussão perdeu razão de ser. A pandemia do Covid-19, porém, fez com que fossem adotadas medidas excepcionais de prevenção que, somadas às alterações promovidas pela Lei n. 13.964/19, resgataram o tema, trazendo a questão de volta à tona.

Nesse sentido, a [Recomendação n. 62/2020](#) do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 8º, estabeleceu que *o contexto local de disseminação da Covid-19 pode ser considerada motivação idônea, na forma prevista pelo art. 310, §§ 3º e 4º, do CPP, para não realização de audiências de custódia*. O parágrafo primeiro do referido artigo, neste sentido, recomendou o procedimento a ser seguido nesses casos, ao encontro do quanto previsto no art. 310 do CPP.

Pois bem, neste cenário, uma primeira corrente parece defender que, na análise do auto de prisão em flagrante, estaria vedado ao magistrado a decretação da prisão preventiva de ofício, isto é, sem que exista prévio requerimento do Ministério Público. Isso por conta do previsto no art. 282, § 2º, do CPP, que já antes da recente modificação vedava a decretação de medidas cautelares de ofício na fase investigatória, em observância ao sistema acusatório.

Nesse sentido, a lição de Renato Brasileiro de Lima:

(...) Portanto, o art. 310, inciso II, do CPP, deve ser interpretado sistematicamente com o art. 306, *caput*, do CPP, que inseriu no CPP a comunicação da prisão em flagrante ao Ministério Público, e com os arts. 282, § 2º, e 311, que preveem que, na fase investigatória, ao juiz só é dado decretar medida cautelar se for provocado nesse sentido. (...) Em síntese, para que seja possível a conversão da prisão em flagrante em preventiva nos termos do art. 310, inciso II, do CPP, que não pode ocorrer de ofício, sob pena de violação ao sistema acusatório, é indispensável prévia representação da autoridade policial, referendada pelo *Parquet*, ou requerimento do Ministério Público.<sup>1</sup>

Tal entendimento, segundo as mesmas premissas, teria sido reforçado pelas alterações promovidas pela Lei n. 13.964/19, sobretudo ao estabelecer expressamente que o processo penal terá uma estrutura acusatória, sendo vedada ao juiz a iniciativa na fase da investigação (art. 3º do CPP), bem como proibir a decretação de medidas cautelares de ofício em qualquer das fases da

<sup>1</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. V. único. 2 ed, Juspodivm: Salvador, 2014. p. 885/886. No mesmo sentido: TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10 ed. Juspodivm: Salvador, 2015. p. 846.



investigação/processo (nova redação do art. 282, § 2º, do CPP).

Trata-se de posição, porém, que longe está de ser a única existente, desde o cenário pretérito. De fato, mesmo antes das recentes alterações, a jurisprudência amplamente majoritária, acompanhada por parte da doutrina, já entendia que a eventual **conversão da prisão em flagrante em preventiva pelo magistrado prescindiria de prévio requerimento**, justamente por conta da redação do art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, que permanece inalterada.<sup>2</sup>

Sobre o tema, Eugênio Pacelli sustenta:

Já no art. 310, II, a lei autoriza – e, mais, exige! - que o juiz delibere desde logo, no prazo de 24 horas, segundo nos parece – acerca do relaxamento, da manutenção da prisão, ou da imposição de quaisquer outras cautelares, podendo, então, *converter* a prisão em flagrante em preventiva. (...) Para nós, a regra do art. 310, II, *excepciona* – em silêncio *eloquente!* - aquela do art. 282, § 2º, todos do CPP, feito o reparo em relação ao fundamento da conveniência da instrução ou da investigação, que constitui matéria fora do alcance do magistrado na fase do inquérito policial.<sup>3</sup>

Veja-se que, neste particular, as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/19 em nada impactam nos argumentos apresentados. Afinal, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o sistema acusatório encontra-se consagrado no processo penal brasileiro, existindo uma vedação geral de atuação de ofício do magistrado na fase investigatória. Toda esta estruturação, porém, jamais impediu a aplicação literal do quanto previsto no art. 310, inciso II, do CPP.<sup>4</sup>

Não bastassem tais argumentos, têm-se sustentado, de igual modo, que, ainda que se pudesse cogitar de uma vedação à atuação de ofício do magistrado, não se estaria diante deste caso, propriamente, no momento da

2 Sobre o tema podemos citar os seguintes julgados: "O Juiz, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderá, quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, converter a prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento ao disposto no art. 310, II, do mesmo Código, não havendo falar em nulidade." (STJ, RHC 115.202/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019); "O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a conversão da prisão em flagrante em custódia preventiva pelo Juízo monocrático, independentemente de representação da autoridade policial ou do Ministério Público, encontra respaldo no art. 310, II, do Código de Processo Penal" (STJ, RHC n. 79.655/MG, relator Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 4/4/2017, DJe 17/4/2017).

3 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 593/594.

4 O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tem mantido seu posicionamento em recentes decisões, mesmo após as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/19. Nesse sentido: TJPR - 4ª C.Criminal - 0014677-19.2020.8.16.0000 - Cascavel - Rel.: Desembargadora Sônia Regina de Castro - J. 20.04.2020; TJPR - 5ª C.Criminal - 0015192-54.2020.8.16.0000 - Ponta Grossa - Rel.: Desembargador Luiz Osório Moraes Panza - J. 18.04.2020.



conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Isso porque, analisando-se detidamente o procedimento legalmente previsto, é possível concluir que, na realidade, o magistrado não estaria agindo de ofício. Ou seja, é possível compreender que há uma efetiva ‘*provocação*’ por parte da autoridade policial, por meio do auto de prisão em flagrante, o qual, automática e formalmente, submete o preso e as circunstâncias de sua prisão à análise do Poder Judiciário, para que este decida sobre a necessidade e adequação da medida a ser adotada, nos termos do art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal.

Nota-se, pois, que nesta linha argumentativa, não se trataria propriamente de *decretação de uma prisão preventiva de ofício pelo juiz*, uma vez que, na verdade, já existiria uma restrição provisória da liberdade com o decreto prisional exarado pela autoridade policial (com fulcro no art. 302 e art. 304, §1º, ambos do CPP), cabendo ao juiz verificar a legalidade daquela prisão e a imprescindibilidade da sua manutenção, se preenchidos os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

A jurisprudência, inclusive, já se manifestou reiteradas vezes nesse sentido, como se pode observar:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS . ROUBO MAJORADO. (I) **PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA (ALEGAÇÃO DE DECRETO DE OFÍCIO). VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO DE PROCESSO E AO PRINCÍPIO DA INÉRCIA (NÃO OCORRÊNCIA).** (II) SEGREGAÇÃO CAUTELAR (FUNDAMENTADA). NECESSIDADE DA PRISÃO PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA (MODUS OPERANDI). CONSTRANGIMENTO ILEGAL (NÃO EVIDENCIADO). RECURSO IMPROVIDO. 1. Comunicado acerca da prisão em flagrante (artigo 306 do Código de Processo Penal), deve o Magistrado decretar a prisão preventiva, caso verifique a legalidade do cárcere e a inviabilidade de substituição por medida diversa, se reconhecer a existência dos requisitos preconizados nos artigos 312 e 313 da mesma norma, inexistindo, nesse ato, qualquer ilegalidade (Precedentes). 2. **Não se trata de decretação da prisão de ofício, em desconformidade com o Sistema Acusatório de Processo ou com o Princípio da Inércia, adotados pela Constituição da República de 1988. Em primeiro lugar, porque o julgador só atuará após ter sido previamente provocado pela autoridade policial (artigo 306 do Código de Processo Penal), não se tratando de postura que coloque em xeque a sua imparcialidade. Em segundo lugar, porque a mesma Lei nº 12.403/2011, que extirpou a possibilidade de o juiz decretar de ofício a prisão provisória ainda durante o inquérito policial, acrescentou o inciso II ao artigo 310 do Código de Processo Penal, que expressamente permite a conversão.**

(STJ, RHC 66.497/MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 29.02.2016) – *sem grifos no original*.<sup>5</sup>

5 No mesmo sentido: STJ, HC 392.294/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017; STJ, RHC 90.262/MG, Rel. Ministro NEFI



HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. **ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU A CUSTÓDIA PREVENTIVA POR TER SIDO ADOTADA DE OFÍCIO. REJEIÇÃO. AUTO FLAGRANCIAL CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. PERMISSIVO LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 310, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.** CARÁTER PRECAUTELAR DA PRISÃO EM FLAGRANTE. JUÍZO DE LEGALIDADE DESTA QUE NÃO SE CONFUNDE COM O JUÍZO DE NECESSIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS E PRESSUPOSTOS LEGAIS DA CAUTELAR. GRAVIDADE DA CONDUITA ALIADA AOS DIVERSOS REGISTROS CRIMINAIS E A CONDIÇÃO DE REINCIDENTE DO PACIENTE QUE IMPLICAM A NECESSIDADE DE RESGUARDAR A ORDEM PÚBLICA. RISCO REAL DE REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULUM LIBERTATIS EVIDENCIADO. INSUFICIÊNCIA DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.I. **Ao contrário do que sustenta o impetrante, não se trata de decretação, de ofício, da prisão preventiva, mas de conversão do auto flagrancial em custódia preventiva, em estrito atendimento ao permissivo legal constante do artigo 310, inciso II, da lei adjetiva penal.**

(TJPR - 4ª C.Criminal - 0027870-38.2019.8.16.0000 - Foz do Iguaçu - Rel.: Desembargador Celso Jair Mainardi - J. 04.07.2019) – *sem grifos no original.*

Verifica-se, portanto, que embora haja relevante discussão sobre o tema, a jurisprudência tem fixado vetores consistentes no sentido de que a ausência de requerimento prévio do Ministério Público não impede a conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Nada obstante, não se pode olvidar a extrema relevância da manifestação prévia do Ministério Público em tais casos. E isto, principalmente, como destinatário final das investigações e titular exclusivo da ação penal pública, de modo que os casos de ausência de manifestação devem ser considerados absolutamente excepcionais.

**Curitiba, 30 de abril de 2020.**

**Equipe do Centro de Apoio das Promotorias  
Criminais, do Júri e de Execuções Penais**