

A paradigmática decisão de Celso de Mello no HC 186.421

24/07/2020



A luta pela devida aplicação do devido processo legal

em face do Pacote Anticrime¹ ganhou reforço. Em recente Medida Cautelar no [Habeas Corpus 186.421 SC2](#), o ministro Celso de Mello tratou de três temas da maior importância para o processo penal e que vinham sendo objeto de injustificada resistência por parte de muitos magistrados, que talvez inconscientemente, não se libertam da cultura/mentalidade inquisitória e procuram sabotar³ as reformas. São eles: (i) imprescindibilidade da audiência de custódia; (ii) ilegalidade da conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva; e (iii) inexistência de poder geral de cautela.

Como já afirmou Jacinto Coutinho⁴ em diversas passagens, a estrutura (não apenas jurídico-processual, mas também de pensamento) inquisitória é o maior engenho da humanidade, permanecendo hígida por mais de 700 anos. Portanto, tal libertação não é tarefa simples e ainda encontra no 'movimento da sabotagem inquisitória' mais um fator complicador. Mas a decisão do ministro Celso de Mello é um paradigma na desconstrução dessa mentalidade, por implodir três pontos cruciais da resistência inquisitória:

1º *A realização da audiência de custódia é direito subjetivo da pessoa presa, sendo imprescindível a sua realização sob pena de ilegalidade da prisão.* Trata-se de imposição que decorre do art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos; do art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Resolução 213/2015 do CNJ, e que finalmente vem recepcionada no CPP com o advento da Lei 13.964/2019, não podendo o magistrado deixar de realizá-la, ressalvada excepcionalidade idoneamente motivada (Recomendação CNJ 62/2020), sob pena de incorrer em tríplex responsabilidade. Dessarte, como afirma o Ministro, *"esta Corte, em diversos precedentes sobre questão idêntica à ora em exame, reconheceu a ocorrência de desrespeito à decisão proferida na ADPF 347-MC/DF, cujo julgamento,*

impregnado de eficácia vinculante, proclamou a obrigação da autoridade judiciária competente de promover audiência de custódia, tendo em vista o fato – juridicamente relevante – de que a realização desse ato constitui direito subjetivo da pessoa a quem se impôs prisão cautelar."

Destaca ainda que o direito à audiência de custódia em caso de prisão em flagrante (mas nós sempre sustentamos que cabe AC em qualquer espécie de prisão cautelar) é exigível em qualquer caso, independente da motivação da prisão, da natureza do ato criminoso, mesmo que se trate de crime hediondo. O preso tem o direito de ser conduzido "sem demora" à presença da autoridade judiciária, para ser ouvido sobre as circunstâncias de sua prisão e, ainda, examinar os aspectos de legalidade formal e material do autor de prisão em flagrante, nos termos do art. 310 do CPP. E conclui o Ministro, neste tópico, afirmando *"a essencialidade da audiência de custódia, considerados os fins a que se destina, que a ausência de sua realização provoca, entre outros efeitos, a ilegalidade da própria prisão em flagrante, com o consequente relaxamento da privação cautelar da liberdade da pessoa sob poder do Estado."*

2º O segundo ponto atingido pela decisão é da maior relevância: *a ilegalidade da conversão — de ofício — da prisão em flagrante em prisão preventiva*. Trata-se de prática odiosa e absolutamente incompatível com o sistema acusatório constitucional e convencionalmente consagrado, bem como com o disposto no art. 3º A do CPP (com a redação dada pela Lei 13.964/2019). Há décadas que criticamos tal ilegalidade em nossos livros⁵ e também aqui nesta coluna, como por exemplo no texto "Juiz não pode converter flagrante de ofício na audiência de custódia" ([aqui](#)) onde explicamos que a "conversão" da prisão em flagrante em preventiva não é automática e tampouco despida de fundamentação. E mais, a fundamentação deverá apontar — além do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* — os motivos pelos quais o juiz entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas do art. 319, cuja aplicação poderá ser isolada ou cumulativa. Mas o ponto mais importante é: não pode haver conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva (ou mesmo em prisão temporária). É imprescindível que exista a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público. A "conversão" do flagrante em preventiva equivale à decretação da prisão preventiva. Portanto, à luz das regras constitucionais do sistema acusatório (*ne procedat iudex ex officio*) e da imposição de imparcialidade do juiz (juiz ator = parcial), não lhe incumbe "prender de ofício".

Além de tudo isso, a Lei 13.964/2019 suprimiu a expressão "de ofício" que constava no art. 282, § 2º e do art. 311, que agora determina: *Art. 311. 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*. O MSI vale-se da falácia denominada *cherry picking* (cerejas escolhidas) para escolher o material normativo que é compatível com a narrativa inquisitória, desconsiderando-se a alteração normativa de igual hierarquia e posterior, apegando-se à literalidade de artigos não expressamente revogados, mas incompatíveis com a nova compreensão, justamente para fazer sobreviver a mentalidade inquisitória. Não raro, ainda, manipulando o material probatório⁶ para construção de narrativas convenientes.

Exatamente nessa linha vem a decisão do ministro Celso de Mello, que textualmente afirma que a nova redação *"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." E enfatiza o Ministro "a significar que se tornou inviável a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva, sendo necessária, por isso mesmo, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP."

Por isso conclui de forma acertada e precisa que: *"Em suma: tornou-se inadmissível, em face da superveniência da Lei nº 13.964 ("Lei Anticrime"), a conversão, "ex officio", da prisão em flagrante em preventiva, pois a decretação dessa medida cautelar de ordem pessoal dependerá, sempre, do prévio e necessário requerimento do Ministério Público, do seu assistente ou do querelante (se for o caso), ou, ainda, de representação da autoridade policial na fase pré-processual da "persecutio criminis", sendo certo, por tal razão, que, em tema de privação e/ou de restrição cautelar da liberdade, não mais subsiste, em nosso sistema processual penal, a possibilidade de atuação "ex officio" do magistrado processante."*

Portanto, diante de um cenário tão claro de qual é o *standard* de legalidade da prisão cautelar, não é exagero considerar que, em tese, comete o crime de abuso de autoridade previsto no art. 9º da Lei 13.869/2019, o juiz que 'converte' de ofício' uma prisão em flagrante em prisão preventiva, na medida em que preenche os elementos do tipo penal: *Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais*. Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

3º. *Inexistência de poder geral de cautela*: mais um acerto da decisão do Min. Celso de Mello, ao refutar a conversão de ofício, que igualmente recepciona uma antiga crítica nossa: não existe, no processo penal, um tal 'poder geral de cautela'. Como afirma a decisão, *"é preciso ressaltar, na linha de autorizado magistério doutrinário (ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, "Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos", p. 392/393 e 420/421, 5ª ed., 2019, EM/EMais Editora; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, "Presunção de Inocência e Prisão Cautelar", p. 57, 1991, Saraiva; FÁBIO MACHADO DE ALMEIDA DELMANTO, "Medidas Substitutivas e Alternativas à Prisão Cautelar", p. 26/27, item n. 1.5.3, 2008, Renovar; GUILHERME MADEIRA DEZEM, "Curso de Processo Penal", p. 790/792, item n. 13.1.1, 5ª ed., 2019, RT, v.g.), que inexistente, 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, tal como corretamente enfatiza o brilhante magistrado paulista RODRIGO CAPEZ ("Prisão e Medidas Cautelares Diversas: A Individualização da Medida Cautelar no Processo Penal", p. 416/424, item n. 6.1.3, 2017, Quartier Latin)".*

Exatamente.

Como já explicamos em outra oportunidade, *"no processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela*. No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para "poderes gerais", pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador

do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder. A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para compreensão do tema o conceito de *fattispecie giuridica processuale*⁷, isto é, o conceito de *tipicidade processual* e de *tipo processual*, pois *forma é garantia*. Isso mostra, novamente, a insustentabilidade de uma teoria unitária, infelizmente tão arraigada na doutrina e jurisprudência brasileiras, pois não existe conceito similar no processo civil. Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais “poderes gerais de cautela”. Toda e qualquer medida cautelar no processo penal somente pode ser utilizada quando prevista em lei (legalidade estrita) e observados seus requisitos legais no caso concreto. ”⁸

Ao arremate, a decisão do Min. Celso de Mello deve ser aplaudida e incondicionalmente cumprida e observada, não só pela musculatura teórica e legal, mas pelo golpe certo que profere na matriz inquisitória do processo penal brasileiro e na cultura/mentalidade autoritária de muitos atores judiciais, que insistem em não compreender qual é o lugar constitucionalmente demarcado pelo julgador penal: garantidor da legalidade e da máxima eficácia dos direitos e garantias individuais.

1 CAMARGO, Rodrigo de Oliveira; FELIX, Yuri. Pacote Anticrime: reformas processuais. Florianópolis: EMais, 2020.

2 Vale destacar a importância de impetrações bem articuladas. No caso, o advogado subscritor foi Victor Scheuer.

3 LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. A estrutura acusatória atacada pelo MSI – Movimento Sabotagem Inquisitória (CPP, art. 3º-A, Lei 13.964) e a resistência acusatória. In: CAMARGO, Rodrigo de Oliveira; FELIX, Yuri. Pacote Anticrime: reformas processuais. Florianópolis: EMais, 2020, p. 45-60.

4 MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio; PAULA, Leonardo Costa de. Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay: Hacia la Justicia penal acusatoria en Brasil. CURITIBA; Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

5 LOPES Jr. Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª edição. São Paulo, Ed. Saraiva, 2020. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 6ª Edição. EMais Editora & Livraria Jurídica, 2020.

6 MATIDA, Janaína; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos.

https://www.academia.edu/31120187/As_infer%C3%A2ncias_probatorias_compromissos_epistemicos_normativos_e_interpretativos



7 Conceito que foi bem tratado por GIOVANNI CONSO, ao longo da obra *Il Concetto e le Specie D'Invalidità: introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1972.

8 LOPES Jr. Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª edição. São Paulo, Saraiva, 2020, p. 635 e 636.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-jul-24/limite-penal-paradigmatica-decisao-celso-mello-hc-186421/>