



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 740.516 - SP (2022/0134334-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **FABIO GONCALVES SILVA (PRESO)**
ADVOGADOS : **JOÃO CARLOS CAMPANINI E OUTRO - SP258168**
 LUCAS ALEXANDRE CARDOSO SILVESTRE - SP405472
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. PARCIAL CONHECIMENTO. EXCESSO DE PRAZO. INOVAÇÃO RECURSAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME MILITAR. CONCUSSÃO. POLICIAL MILITAR. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. POSTERIOR DECISÃO COM MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IRREGULARIDADE SANADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. *MODUS OPERANDI*. GRAVIDADE CONCRETA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES. INADEQUAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A defesa se insurge contra a decisão monocrática desta relatoria que não conheceu do *habeas corpus* mas, analisando o mérito de ofício, afastou a existência de constrangimento ilegal.
2. Parcial conhecimento. Excesso de prazo na prisão. Inovação recursal. Matéria não enfrentada na decisão agravada.
3. Prisão preventiva. Manifestação posterior do Ministério Público. Irregularidade sanada. Embora a prisão em flagrante do paciente tenha sido convertida em preventiva sem o requerimento do *Parquet*, houve posterior manifestação do órgão acusatório acerca da necessidade de manutenção da prisão preventiva, e novas decisões foram proferidas, o que convalida o procedimento. Nesse momento, o requerimento da acusação está formalizado e a prisão cautelar legitimada; o ato atingiu o seu fim, respeitando-se o sistema acusatório então vigente.
4. Acerca da regra inserta no artigo 310 e os demais dispositivos do Código de Processo Penal, a jurisprudência desta Corte está no sentido de que "não obstante a ausência de manifestação do órgão ministerial antes da conversão da prisão em flagrante em preventiva, é dada a oportunidade de manifestação posterior, por meio de requerimento ou emissão de parecer, o que afasta a ilegalidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conversão da prisão de ofício" (AgRg no RHC 144.647/BA, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 17/8/2021, DJe 25/8/2021).

5. As decisões que decretaram/mantiveram a prisão preventiva do agravante estão fundamentadas na necessidade da prisão preventiva na garantia da ordem pública, na manutenção da hierarquia e disciplina que regem o serviço militar, além da segurança da aplicação da lei penal militar. Destacou-se o *modus operandi* do delito: o paciente e outrem teriam exigido vantagem indevida de um civil, recebida pelo agravante por meio de PIX (encaminhado, inicialmente, a um amigo seu, e depois transferido para a conta bancária do agente), em função de abordagem de rotina, realizada em veículo que estava com a documentação irregular (houve imediato pagamento, via sistema eletrônico, do imposto devido). Ressaltou-se, ainda, que a disciplina e a hierarquia que regem o serviço militar foram desrespeitadas, e tal conduta, que causa repulsa e descrédito à corporação, precisa ser reprimida de forma eficiente, a fim de evitar reiteração delitiva e manter a ordem nos quartéis, e a segurança pública. Adequação aos requisitos legais.

6. Se o acusado exerce função de policial, a sua conduta, por si só no exercício da função, é altamente reprovável pois reveste-se de especial gravidade, uma vez que representa desvirtuamento da atividade de agente de segurança pública.

7. Condições subjetivas favoráveis não são impeditivas à decretação da prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. Precedentes.

8. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada na gravidade concreta do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.

9. Agravo regimental parcialmente conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Visto, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do agravo regimental e, nessa parte, negar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2022(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 740.516 - SP (2022/0134334-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **FABIO GONCALVES SILVA (PRESO)**
ADVOGADOS : **JOÃO CARLOS CAMPANINI E OUTRO - SP258168**
: **LUCAS ALEXANDRE CARDOSO SILVESTRE - SP405472**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por FABIO GONCALVES SILVA contra decisão deste Relator que não conheceu do *habeas corpus* mas, analisando o mérito de ofício, afastou a existência de constrangimento ilegal (e-STJ fls. 578/596).

Inconformado, o agravante sustenta a ilegalidade da decisão proferida uma vez que considera existir constrangimento ilegal na sua prisão preventiva, decretada sem manifestação do Ministério Público. Ressalta que ao *Parquet* não é legítimo mudar de posicionamento no decorrer da ação penal, e a referida ilegalidade é insanável. Destaca que a posterior manifestação do Ministério Público não convalida o vício.

Ressalta que "demonstrou-se o cabal esvaziamento dos fundamentos da prisão preventiva, o que foi acatado pelo e. Juiz Enio Luiz Rosseto, vencido no julgamento do habeas corpus junto ao TJM/SP" (e-STJ fl. 602).

Destaca haver excesso de prazo na prisão, "ante a inidoneidade comprovada das declarações da suposta vítima, que redundam num cálculo de cumprimento de sanção restritiva de liberdade de quase um sexto de uma pena de 3 anos" (e-STJ fl. 602).

Ao final, pugna o agravante pelo exercício do Juízo de retratação ou, subsidiariamente, a submissão do recurso à 5ª Turma desta Corte Superior, a fim de que a presente ordem seja concedida, com a revogação da sua prisão cautelar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 740.516 - SP (2022/0134334-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
(Relator):

Ab initio, o tópico vinculado ao excesso de prazo não será conhecido porque esta matéria não foi abordada na decisão agravada, tampouco pelo Tribunal de Justiça local representado, portanto, inovação recursal.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, **conheço em parte** do recurso.

A questão jurídica limita-se a verificar se a posterior manifestação do Ministério Público preenche o requisito legal do sistema acusatório, para fins de admissibilidade da prisão preventiva. Depois, se a prisão cautelar do agravante está devidamente fundamentada.

A resposta é **sim**, aos dois questionamentos. Explico.

A decisão agravada é do seguinte teor, no que interessa (e-STJ fls. 578 e ss.):

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de FABIO GONCALVES SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo que denegou a ordem no julgamento do HC n. 0900069- 57.2022.9.26.0000, assim ementado:

POLICIAL MILITAR. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. LIMINAR INDEFERIDA. PACIENTE DENUNCIADO PELO CRIME DE CONCUSSÃO, EM COAUTORIA E PRATICADO EM SERVIÇO. MINISTÉRIO PÚBLICO TERIA CONCORDADO COM A SOLTURA DO PACIENTE. COAÇÃO DO JUÍZO, QUE NÃO CONCEDEU A LIBERDADE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À ESTRUTURA ACUSATÓRIA. DECISÃO JUDICIAL AMPLAMENTE FUNDAMENTADA. PRESENTES REQUISITOS DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DA SEGURANÇA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL MILITAR E DA PRESERVAÇÃO DA DISCIPLINA E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HIERARQUIA MILITARES. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA. Gravidade dos fatos atribuídos ao Paciente, que teria praticado o crime de concussão, exigindo de civil abordado vantagem indevida, consistente em transferência de valor via PIX, para que pudesse liberá-lo sem a adoção das medidas administrativas cabíveis em face às irregularidades constatadas na documentação do veículo por ele conduzido. Concordância do Ministério Público com a soltura do Paciente após oitiva da vítima e testemunhas de Acusação. Opinião das Partes que não tem o condão de vincular a decisão do juízo, que entendeu ainda necessária a segregação cautelar. Arts. 254, caput e "a" e "b" e 255, "a", "d" e "e", do Código de Processo Penal Militar. Possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício, não se afigurou patenteada a ilegalidade do ato. Posterior alteração de posicionamento do Parquet, mostrando-se contrário à liberdade provisória. Devidamente fundamentada a prisão preventiva, especialmente para preservação dos princípios de hierarquia e disciplina que sempre devem nortear a tropa, não havendo que se cogitar em mera antecipação de pena. Medidas cautelares diversas da prisão não aplicáveis na Justiça Militar. Ordem denegada.

O paciente, preso em flagrante em 1/12/2021 e convertida a custódia em preventiva, foi denunciado, juntamente com outrem, pela prática do crime de concussão (art. 305 do Código Penal Militar) porque integrava guarnição que teria exigido vantagem, diretamente recebida por meio de um PIX no valor de R\$ 260,00, no exercício de sua função (denúncia às e-STJ fls. 215/219).

A prisão foi convertida em preventiva na Audiência de Custódia, sob os fundamentos dos artigos 254, "a" e "b" e 255, "a", "b", "d" e "e", do CPPM.

Irresignada, a defesa impetrou habeas corpus perante a Corte de origem cuja ordem, como antes relatado, foi denegada. Esta é a decisão impetrada.

A defesa, nesta oportunidade, reafirma as alegações apresentadas na origem, aduzindo, em síntese, que o Conselho de Justiça decidiu pela manutenção da prisão preventiva mesmo após manifestação do Ministério Público, titular da ação penal, pela liberdade do paciente, com violação da estrutura acusatória. Narra que o Parquet, na audiência de instrução, "apresentou manifesto comportamento contraditório, e sem quaisquer fundamentos de novos fatos, requereu manutenção da preventiva, o que o Juízo Coator acatou" (e-STJ fl. 6).

Argumenta que "No CPPM, dado ao resguardo dos bens jurídicos que funcionam em favor da res militaris, o propósito da institucionalidade militar, qual seja a disposição para a guerra e o ambiente de exceção e anomia, não pode ser confundido com cláusula para subverter o caráter constitucionalíssimo da estrutura acusatória no Processo Penal, sobretudo em tempos de paz" (e-STJ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fl. 12).

Sustenta que "Não pode o Parquet, que já vislumbrara razões para restituição do status libertatis do Paciente, deixar de entender dessa maneira, diante de testemunhos e interrogatório que apenas reforçaram a inexistência, no caso concreto, de exceções à regra constitucional de liberdade" (e-STJ fl. 18).

Destaca que "o Paciente possui família que depende de seu labor; endereço fixo, e acima de tudo, 3 filhas, entre 2 e 3 anos de idade, que são dependentes da presença do pai e amargam alienação desarrazoada" (e-STJ fl. 19).

Aduz que não há justa causa para manutenção do encarceramento cautelar com base na garantia da ordem pública, tampouco há previsão legal de que a prisão preventiva se preste à antecipação de cumprimento de pena a bem da hierarquia e disciplina.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante disso, pugna, liminarmente e no mérito, pela revogação do decreto prisional, com aplicação de medidas cautelares diversas, se necessário.

*É o relatório. **Decido.***

[...]

*A defesa pleiteia a **revogação da prisão preventiva do paciente e suscita preliminar de nulidade da prisão** porque, inicialmente, o Ministério Público teria se manifestado favorável à concessão de liberdade e apenas em um segundo momento pleiteou a manutenção da prisão preventiva.*

*Sobre a **nulidade advinda da decretação da prisão preventiva**, de ofício, pelo Juízo processante, de fato, a reforma introduzida pela Lei n. 13.964/2019 (“Lei Anticrime”), preservando e valorizando as características essenciais da estrutura acusatória do Processo Penal brasileiro, modificou a disciplina das medidas de natureza cautelar, especialmente as de caráter processual, estabelecendo um modelo mais coerente. A defesa pleiteia a revogação da prisão preventiva do paciente e suscita preliminar de nulidade da prisão porque, inicialmente, o Ministério Público teria se manifestado favorável à concessão de liberdade e apenas em um segundo momento pleiteou a manutenção da prisão preventiva.*

O STJ, antes e mesmo após a edição do “pacote anticrime”, tinha jurisprudência no sentido de que a prisão preventiva poderia ser decretada, sim, de ofício, quando, dentre outros, resultasse da conversão da prisão em flagrante, tudo com espeque no art. 310, II, do Código de Processo Penal (Tema 10 da Edição 120, “Jurisprudência em Teses”), in verbis:

Tema 10: 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.

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: (Redação dada pela Lei n. 13.964/2019) (Vigência) I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403/2011).

II - 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 (Incluído pela Lei nº 12.403/2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido e a título de ilustração, estavam os julgados:

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.

1.[...] 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 [...] (RHC 120.281/RO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 5/5/2020, DJe 15/5/2020, grifo nosso) [...] V - Quanto à alegação de constrangimento ilegal, em razão da prisão preventiva ter sido decretada de ofício, verifica-se que o MM. Magistrado de primeiro grau determinou a segregação cautelar do ora recorrente em estreita observância ao art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, sendo assim, não há que se falar em constrangimento ilegal diante da decretação da prisão preventiva do recorrente, vez que resultante de expressa determinação legal [...] (RHC 121.791/RS, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 11/2/2020, DJe 28/2/2020, grifo nosso)

A Quinta Turma desta Corte Superior, entretanto, reformulou seu entendimento (HC n. 590.039/GO, julgamento realizado no dia 20/10/2020), acompanhando, inclusive, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para considerar ilegal a conversão da prisão em flagrante do agente, de ofício, em prisão preventiva.

Após a vigência Lei n. 13.964/2019, houve a inserção do art. 3º-A, ao CPP e a supressão do termo "de ofício" que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal. Confira-se, por oportuno:

Art. 3º-A. 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. (Incluído pela Lei nº 13.964/2019) (Vigência) 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requerimento do Ministério Público (Redação dada pela Lei nº 13.964/2019).

[...] § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código (Redação dada pela Lei nº 13.964/2019).

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 (Redação dada pela Lei nº 13.964/ 2019).

Assim sendo, o artigo 310 e os demais dispositivos do Código de Processo Penal devem ser interpretados privilegiando o regime do sistema acusatório vigente em nosso país, nos termos da Constituição Federal, que outorgou ao Parquet a relevante função institucional, dentre outras, de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (art. 129, I, CF), ressalvada a hipótese, que é excepcional, prevista no art. 5º, LIX, da Carta Política; e do próprio Código de Processo Penal.

"A Lei n. 13.964/2019, [portanto] 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', 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" (STF, HC 186490, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-255 DIVULG 21/10/2020 PUBLIC 22/10/2020, g.n.)

Ainda nesse sentido:

HABEAS CORPUS” – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) NÃO REALIZADA – A AUDIÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. MINISTRO 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, S OB 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 magi stério 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. Ministro 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 –



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. –



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 provimentos cautelares inominados ou atípicos. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica das pessoas sob persecução criminal. Doutrina. Precedentes: HC 173.791/MG, Rel. Ministro CELSO DE MELLO – HC 173.800/MG, Rel. Ministro CELSO DE MELLO – HC 186.209- -MC/SP, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, v.g.. (HC 187225, Relator(a): Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-255 DIVULG 21/10/2020 PUBLIC 22/10/2020)

Ocorre que se trata de vício sanável. Isso porque o art. 564, IV, do Código de Processo Penal dispõe que "a nulidade ocorrerá nos seguintes casos: IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato", Trata-se, portanto, de nulidade relativa, que pode ser sanada e convalidada com a renovação do ato, desde que cumpridas as formalidades legais. Nesse sentido está o escólio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Guilherme de Souza Nucci (in Manual de Processo Penal e de Execução Penal, 13a ed., Forense, 2016, p. 796):

8.6 Ausência de forma legal dos atos processuais Os atos processuais são realizados conforme a forma prevista em lei. Se algum ato for praticado, desrespeitada a forma legal, desde que se trate de formalidade essencial à sua existência e validade, a nulidade deve ser reconhecida. Entretanto, trata-se de nulidade relativa, que somente se reconhece havendo prejuízo para alguma das partes.

As regras básicas para sanar os defeitos das nulidades relativas, estão dispostas no art. 572 do Código de Processo Penal, dentre elas, está a prática do ato processual de outra forma, com o atendimento da sua finalidade. Confira-se:

Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas:

I - se não forem argüidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;

II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;

III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

No particular, sobre este tópico, o Tribunal de Justiça local assim se manifestou (e-STJ fls. 535/536):

[...]

Justamente por essa razão, verificava-se que o posicionamento favorável do representante ministerial à soltura do Paciente na Audiência de 3/2/2022 não esvaziava, por si só, a necessidade do encarceramento preventivo, pois os fundamentos da constrição, conforme constou, encontravam respaldo em todos os elementos constantes nos autos, onde analisada eventual conduta corrupta do Paciente, elementos esses que serviram à formação da convicção do juízo da Quarta Auditoria, quanto à necessidade de manutenção da prisão. **Ademais, na Audiência seguinte, no dia 17/2/2022, a mesma d. Promotora de Justiça que havia concordado com a liberdade provisória, retomou seu posicionamento, opinando pela manutenção da custódia cautelar.** A alteração de posicionamento em nada invalidou o decreto prisional, com o qual acabou por concordar o Parquet.

[...]

In casu, embora a prisão em flagrante do paciente tenha sido convertida em preventiva, de ofício, sem requerimento do Parquet, houve posterior manifestação do órgão acusatório, acerca da necessidade de manutenção da prisão cautelar, e novas decisões foram proferidas, o que convalida o procedimento. Embora, praticado de outra forma, o requerimento da acusação foi formalizado e a prisão está legitimada; o ato atingiu o seu fim,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

respeitando-se o sistema acusatório então vigente.

Rejeito a nulidade suscitada pela defesa.

Subsistem inabaláveis esses fundamentos, os quais são suficientes para manter a decisão agravada.

Reitero que embora, inicialmente, o Ministério Público tenha se manifestado favorável à concessão de liberdade, em um segundo momento pleiteou a manutenção da prisão preventiva. Diferente do alegado pela defesa, trata-se de um vício sanável. Isso porque o art. 564, IV, do Código de Processo Penal dispõe que "a nulidade ocorrerá nos seguintes casos: IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato", Trata-se, portanto, de nulidade relativa, que pode ser sanada e convalidada com a renovação do ato, desde que cumpridas as formalidades legais.

Consoante explanado na decisão agravada, *in casu*, apesar a prisão em flagrante do paciente tenha sido convertida em preventiva sem requerimento do *Parquet*, houve posterior manifestação do órgão acusatório, acerca da necessidade de manutenção da prisão cautelar, e novas decisões foram proferidas, o que convalida o procedimento. Apesar de praticado de outra forma, o requerimento da acusação está formalizado, o que torna a prisão preventiva legitimada; o ato atingiu o seu fim, respeitando-se o sistema acusatório então vigente.

Acerca da regra inserta no artigo 310 e os demais dispositivos do Código de Processo Penal, "não obstante a ausência de manifestação do órgão ministerial antes da conversão da prisão em flagrante em preventiva, é dada a oportunidade de manifestação posterior, por meio de requerimento ou emissão de parecer, o que afasta a ilegalidade da conversão da prisão de ofício" (AgRg no RHC 144.647/BA, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 17/8/2021, DJe 25/8/2021).

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RHC. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. POSTERIOR DECISÃO COM MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IRREGULARIDADE SANADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Acerca da regra inserta no artigo 310 e os demais dispositivos do Código de Processo Penal, "não obstante a ausência de manifestação do órgão ministerial antes da conversão da prisão em flagrante em preventiva, é dada a oportunidade de manifestação posterior, por meio de requerimento ou emissão de parecer, o que afasta a ilegalidade da conversão da prisão de ofício" (AgRg no RHC 144.647/BA, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 17/8/2021, DJe 25/8/2021).

2. No caso, a prisão teria sido decretada sem prévia representação autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. Porém, em consulta ao site do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, observa-se que os réus foram posteriormente denunciados e o Ministério Público se manifestou, por mais de uma vez, acerca da necessidade da prisão preventiva dos réus, sanando a irregularidade.

Ausência de constrangimento ilegal. Precedentes do STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC n. 156.723/ES, minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 15/2/2022.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABERAS CORPUS. HOMICIDIO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO. POSTERIOR MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO ART. 311 DO CPP. NÃO VERIFICADA. EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA. PRISÃO PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **A manifestação posterior do Ministério Público pela segregação cautelar do agravante supre o vício de não observância da formalidade do prévio requerimento, afastando-se a alegação de conversão da prisão de ofício e de violação do art. 311 do CPP.**

2. A fuga do distrito da culpa caracteriza a intenção de frustrar a aplicação da lei penal, fundamento idôneo para decretar a segregação cautelar.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC n. 152.473/BA, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 25/10/2021, g.n.)

Em relação à fundamentação da prisão preventiva, as decisões que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decretaram/mantiveram a prisão preventiva do agravante estão fundamentadas na necessidade da prisão preventiva na garantia da ordem pública, na manutenção da hierarquia e disciplina que regem o serviço militar, além da segurança da aplicação da lei penal militar. Destacou-se o *modus operandi* do delito: o paciente e outrem teriam exigido vantagem indevida de um civil, recebida pelo agravante por meio de PIX (encaminhado, inicialmente, a um amigo seu, e depois transferido para a conta bancária do agente), em função de abordagem de rotina, realizada em veículo que estava com a documentação irregular (irregularidade sanada com o pagamento, via sistemas eletrônicos, do imposto devido). Ressaltou-se, ainda, que a disciplina e a hierarquia que regem o serviço militar foram desrespeitadas, e tal conduta, que causa repulsa e descrédito à corporação, precisa ser reprimida de forma eficiente, a fim de evitar reiteração delitiva e manter a ordem nos quartéis, e a segurança pública. Adequação aos requisitos legais.

Se o acusado exerce função de policial, a sua conduta, por si só no exercício da função, é altamente reprovável pois reveste-se de especial gravidade, uma vez que representa desvirtuamento da atividade de agente de segurança pública.

Inexiste, portanto, ilegalidade que leve à reforma da decisão agravada.

Ante o exposto, **conheço em parte** do agravo regimental e, nessa extensão, **nego-lhe provimento**.

É como voto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0134334-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 740.516 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 08004272520219260040 09000695720229260000 8004272520219260040
9000695720229260000

EM MESA

JULGADO: 16/08/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOAO CARLOS CAMPANINI E OUTRO
ADVOGADOS : JOÃO CARLOS CAMPANINI - SP258168
LUCAS ALEXANDRE CARDOSO SILVESTRE - SP405472
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIO GONCALVES SILVA (PRESO)
CORRÉU : SERGIO TEMOTEO DE JESUS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes Militares

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FABIO GONCALVES SILVA (PRESO)
ADVOGADOS : JOÃO CARLOS CAMPANINI E OUTRO - SP258168
LUCAS ALEXANDRE CARDOSO SILVESTRE - SP405472
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do agravo regimental e, nessa parte, negou-lhe provimento."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF) e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.