

LIMITE PENAL

Recurso cabível quando o juiz concede liberdade na audiência de custódia

25 de janeiro de 2019, 8h00

Por Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa

Um aluno nos escreveu perguntando: 1) qual o recurso cabível quando o juiz concede liberdade provisória com ou sem cautelares do artigo 319 do CPP; 2) é possível conferir efeito suspensivo?

Respondemos em tese. O sistema recursal do CPP é o que temos, e não o que sonhamos. Por exemplo, ao mesmo tempo em que veda o recurso defensivo no caso de recebimento da denúncia (CPP, artigo 581, I — que não receber a denúncia

ou a queixa), mais adiante, nos embargos infringentes (CPP, artigo 609, parágrafo único), autoriza somente a defesa interpor. O sistema recursal está defasado e mereceria uma reforma adequada, consoante já falamos em nossos livros [\[1\]](#). Mas hoje precisamos seguir o que existe, no mínimo por uma questão de legalidade.

Com o que temos, das decisões proferidas em audiências de custódia (CNJ, Resolução 213) ou análise do flagrante (CPP, artigo 310), por exemplo, tanto a que mantém como a que libera, em ambas cabe recurso em sentido estrito (Rese — artigo 581: V – que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante).

Os recursos terão efeito suspensivo somente nas hipóteses que declara: “Art. 584. Os recursos terão efeito suspensivo nos casos de perda da fiança, de concessão de livramento condicional e dos ns. XV, XVII e XXIV do art. 581”.

Em resumo: todas as decisões proferidas pelo juiz na audiência de custódia ou análise do flagrante *não terão efeito suspensivo*, porque o artigo 584 não prevê a hipótese no inciso V. Aqui vigora a taxatividade recursal: só cabe nas hipóteses e modo previstos em lei.



Muitas vezes o Ministério Público fica insatisfeito com a concessão de liberdade provisória (e cautelares), interpondo corretamente o recurso em sentido estrito (CPP, artigo 581, V) e, paralelamente, impetrava mandado de segurança para conferir efeito suspensivo. Entretanto o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 604: “Mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público.”

A razão forte é a de que *“a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido do descabimento de mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto a decisão que concede liberdade provisória, por ausência de amparo legal e por tal manejo refugir ao escopo precípua da ação mandamental. 3. Assim, o manejo do mandado de segurança como sucedâneo recursal, notadamente com o fito de obter medida não prevista em lei, revela-se de todo inviável, sendo, ademais, impossível falar em direito líquido e certo na ação mandamental quando a pretensão carece de amparo legal. Precedentes”* (HC 368.906/SP).

Logo, não há previsão legal para atribuir efeito suspensivo a recurso que não o tenha em matéria penal. Só cabe nas hipóteses legais. Caso exemplar foi a decisão do STF na hipótese de não aplicação da suspensão dos prazos no período de janeiro, previsto no novo CPC[2].

Mas a sanha autoritária não encontra limites. Valendo-se do que se chamava de “poder geral de cautela”, nem mais previsto no CPC/2015, invocando-se uma analogia inexistente[3], ainda persiste a concessão. No regime do CPC/1973, falava-se em “poder geral de cautela” nos artigos 797 e 798. O novo CPC indica agora tutela de urgência e tutela de evidência (artigo 297: “o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”. E: artigo 300: “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”. Entenda-se de uma vez por todas: não se pode invocar analogia com o CPC se lá não existe mais poder geral de cautela nos moldes anteriores, aliás, categoria inválida no processo penal em que vigora a legalidade expressa para restrição de liberdade. Não se pode inventar recursos ou jeitinhos sem expressa previsão legal, sob o mote de se fazer controle ideológico de magistrados que pensam diferente.

Portanto, é preciso destacar[4]: no processo penal, não existe poder geral de cautela nem medidas cautelares inominadas. 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*^[5], 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.

Portanto, é completamente errado invocar poder geral de cautela — que não existe no processo penal — para atribuir efeito suspensivo a um recurso fora dos casos previstos em lei (violação da reserva legal). No regime do devido processo legal, somente cabe a interposição de recurso e efeito suspensivo nas hipóteses previstas em lei. Ausente lei em sentido estrito, descabe a analogia.

Respondemos ao questionamento: 1) cabe recurso em sentido estrito das decisões proferidas em audiência de custódia e análise de flagrantes (CPP, artigo 581, V); 2) não é possível conferir efeito suspensivo ativo, ou seja, se o juiz soltou não, cabe prender por ausência de previsão legal, na linha da razão forte da Súmula 604 do STJ. Este é o regime legal, mas se inventa muito no cotidiano forense. A lei não serve de barreiras para quem acha que ela é obstáculo. Se conferido efeito suspensivo, cabe a interposição de Habeas Corpus ou reclamação constitucional, a depender da hipótese.

[1] LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018.

[2] STF, Reclamação 0006866-92.2016.2.00.02000 (min. Cármen Lúcia): "O processo penal tem princípios, regras e conteúdos distintos do processo civil, razão pela qual não é possível aplicar indistintamente as normas do segundo sobre o primeiro, sob pena de subverter a lógica processual com base na qual foi construído o processo penal. (...) Além de haver norma específica sobre o tema, a não realização de sessões de julgamento, de audiências e a suspensão dos prazos processuais de 7 a 20 de janeiro representa restrição às garantias do réu, notadamente à duração razoável do processo (artigo 5º, Inciso LXIII, da Constituição da República)".

[3] MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Florianópolis: EMais, 2019 (no prelo): "*Diferentemente do processo civil, onde nem mais existe o denominado 'poder geral de cautela' (substituído por Tutela de Urgência e Evidência, arts. 297 e 300), no processo penal somente é utilizado pela invencionice dos magistrados que não se deram conta do seguinte: a liberdade somente pode ser restringida nas hipóteses legais. A liberdade do sujeito, quer na modalidade de prisão, como na de*

medidas cautelares, demanda expressa previsão legal, bem assim demonstração argumentativa do preenchimento dos requisitos legais. Vigora no Processo Penal a legalidade estrita, dado que a liberdade é a regra e não a exceção. As hipóteses de restrição da liberdade somente podem ser deferidas nos exatos termos em que a Lei processual penal indica (CPP, art. 312 e 319, dentre outras). *Descabe criatividade jurisdicional. Dito de outro modo: a premissa do Processo Penal é a tutela da liberdade e as restrições aos direitos fundamentais devem estar previstas expressamente em lei, descabendo qualquer extensão ou criação jurisdicional.* Logo, não se pode criar, aplicar-se por analogia (11.4.), disposições gerais advindas de regramentos diversos, sob pena de afastar a especificidade e tornar letra morta a regra da legalidade estrita, já que se pode cautelarmente tudo, as disposições legais de nada serviriam. As cautelares devem ser compreendidas como *numerus clausus*. Nem mais, nem menos".

[4] LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**, 16ª edição, p. 612.

[5] 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.

Aury Lopes Jr. é advogado, doutor em Direito Processual Penal e professor titular da PUCRS.

Alexandre Morais da Rosa é juiz em Santa Catarina, doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e professor de Processo Penal na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e na Universidade do Vale do Itajaí (Univali).

Revista **Consultor Jurídico**, 25 de janeiro de 2019, 8h00