

**PARECER À COMISSÃO DE DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL DA
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL MATO GROSSO.**

CONSIDERANDO a recomendação constante do Ofício Circular n.º 0212/2011-CGJ/DJA da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso;

O disposto no artigo 1º da Resolução n.º 66 de 27 de janeiro de 2009 do C.N.J.;

Os constantes descumprimentos judiciais de determinações legais;

As constantes violações de Direitos Individuais Fundamentais;

O crescimento significativo de presos provisórios, conforme dados estatísticos do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, entre os anos de 2005 e 2008;

A preocupação da Ordem dos Advogados do Brasil com as situações de excessos nas prisões cautelares;

A preocupação da magistratura com as situações de prisão provisória com excesso de prazo ou a manutenção da privação da liberdade após o cumprimento da sua finalidade;

A importância da preservação da independência do magistrado, no reexame periódico da situação jurídica de presos provisórios, como forma de evitar situações de excesso injustificado de privação da liberdade;

O compromisso do CNJ em zelar pelo cumprimento dos princípios constitucionais da duração razoável do processo e da legalidade estrita da

prisão;

As alterações trazidas pela Lei 12.403 de 0.05.2011.

RESOLVE:

- I) elaborar o presente parecer para então:
1. Recomendar a revogação do art. 1º da Resolução 66 do CNJ¹;
 2. Recomendar a revogação do Ofício Circular n.º 0212/2011-CGJ/DJA² da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso, dentre outras condutas, todas expostas ao final.

I) DOS ARGUMENTOS PERTINENTES AO OFÍCIO-CIRCULAR:

O ofício circular em questão, traz a seguinte redação:

Vistos etc.

Em consonância como o que prevê a Resolução 66 do CNJ (artigo 1o). e considerando que os autos onde é registrada e processada a prisão em flagrante geralmente não são instruídos com documentos e informações suficientes para assegurar uma decisão de ofício, seria salutar a oitiva prévia do Ministério Público, embora não seja ato previsto em lei.

Desta forma, acolho a sugestão feita pelo Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, Procurador Mauro Viveiros, para recomendar aos magistrados que atuam na área criminal que, ao receber o auto de prisão em flagrante, previamente a qualquer das decisões de que trata o artigo 310 do CPP, sejam os autos remetidos ao Ministério Público, no prazo de 24 horas, para análise e manifestação.

Expeça-se ofício circular.

Cumpra-se.

Cuiabá. 01 de agosto de 2011

Tendo em vista o desejo do Ministério Público em

1 Em anexo.

2 Em anexo.

manifestar-se a todo momento sobre tudo, cumprindo assim suas funções institucionais, foi apresentada à Corregedoria Geral de Justiça o Ofício n.º 160/2011 – CGMP/MT³, de lavra do Ilustre Procurador de Justiça do Estado de Mato Grosso Mauro Viveiros.

Referido documento pleiteava a recomendação aos magistrados do Estado de Mato Grosso, de oitiva prévia do Órgão do Ministério Público no prazo de 24 horas, com base no *caput* do art. 1º da Resolução n.º 66 de 27 de janeiro de 2009 do C.N.J.

O nobre Corregedor à época, Des. Márcio Vidal, decidiu recomendar que,

ao receber o auto de prisão em flagrante, previamente a qualquer das decisões de que trata o artigo 310 do CPP, sejam os autos remetidos ao Ministério Público, no prazo de 24 horas, para análise e manifestação.

Ocorre que tal recomendação é absolutamente contrária às determinações Constitucionais, legais e entendimentos jurisprudenciais já pacificados acerca do assunto, sem mencionar que excede a competência constitucionalmente limitada do C.N.J,

Quanto ao Ofício Circular, primeiramente, em análise à legislação pertinente, temos o disposto no inciso LXII do art. 5º da C.R.F.B.:

*LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados **imediatamente** ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; (grifei)*

Ademais, surge o *caput* do art. 306 do C.P.P. Com a nova redação dada pela Lei 12.403, de 2011).

*A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados **imediatamente** ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).(grifei)*

No entanto, outra inovação da Lei em comento foi a alteração do §1º do referido artigo:

*Em **até** 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será **encaminhado** ao juiz competente o **auto** de prisão em flagrante e, caso o atuado não informe o nome de seu*

3 Em anexo.

advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (grifei)

Em face destas determinações, cabe-nos concluir duas importantes ordens legais: I) o Juiz será **imediatamente comunicado** da prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre, juntamente será comunicado o M.P. e a família do preso ou pessoa por ele indicada, e II) o Juiz **receberá** em **até** 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o **auto** de prisão em flagrante.

Ou seja, existe a comunicação que é imediata, e também o recebimento em mãos, em até 24 horas do auto de prisão. Dois momentos distintos, duas condutas específicas.

Importante ressaltar que, diferente do que determina o §1º do art. 306 quanto à apresentação do auto, que nos traz o prazo legal (fatal) de 24 horas para **remessa do auto de prisão**, o *caput* do referido artigo – seguindo a determinação do LXII do art. 5º da C.R.F.B. - determina a **imediate comunicação**.

Por uma interpretação lógica, tem-se que a comunicação imediata é mais célere do que as 24 horas para apresentação do auto, tendo em vista que a primeira deve ser feita imediatamente, enquanto que o prazo para envio do auto de prisão poderá se dar em até 24 horas.

Logo, “Imediatamente”, para o Congresso, é mais rápido do que 24 horas.

E isso é importante de se explicitar, pois o inciso LXV do art. 5º da C.F., determina que

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

Imediatamente. Essa é a expressão utilizada pelo Constituinte Originário, demonstrando que, mais do que imediatamente, ou seja, no **primeiro contato** com a prisão ilegal, deverá esta ser relaxada.

E a regulamentação do relaxamento está positivado no inciso I do art. 310 o C.P.P.:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz

deverá fundamentadamente: [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

I - relaxar a prisão ilegal; ou [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

Surge então o ponto nevrálgico ao qual nos apoiamos. **Se** a Corregedoria Geral de Justiça recomenda aos magistrados que ouçam o Ministério Público no prazo de 24 horas (mais tempo do que se o fizessem imediatamente) “previamente a qualquer das decisões de que trata o artigo 310 do CPP”, **como é que o magistrado irá respeitar a determinação Constitucional de relaxar imediatamente a prisão ilegal?**

A resposta é simples: A Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, entende que o direito fundamental individual constitucional pode ser suprimido temporariamente apenas para possibilitar a manifestação do M.P. em um prazo que a Lei não criou. E ainda, que suas recomendações podem, de qualquer maneira, suprimir ou restringir a eficácia de direitos fundamentais previstos (ou não, no caso de direitos materialmente fundamentais) na Lei Maior, que é o fundamento da própria existência daquela Corregedoria.

Mais grave ainda é a prática pelo Magistrado das condutas tipificadas na Lei de Abuso de Autoridade (Lei 4.898 de 9 de dezembro de 1965), caso ouse seguir a recomendação da Corregedoria:

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

a) à liberdade de locomoção;

(...)

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;

Tendo em vista que se trata de condutas cuja consumação ocorre com a ação ou omissão do agente, ou seja, são crimes **formais**, a preocupação é ainda maior.

Pois, uma vez enviado o auto de prisão em flagrante ao Ministério Público sem a análise da possibilidade de concessão de liberdade provisória (apenas a título de exemplo), já estaria em tese consumado do delito, devendo o membro do M.P., ao receber o auto de prisão em flagrante, adotar as medidas cabíveis,

sob pena de responsabilidade administrativa e criminal pela sua omissão.

A gravidade da recomendação contida no ofício e sua referência à Resolução é ainda mais grave, pois submete a aplicação de um direito fundamental individual, cuja aplicação é **imediata**, conforme determina o §1º do art. 5º da C.R.F.B., a uma dilação temporal não autorizada pela própria Constituição.

A subversão da Ordem no Estado Democrático é clara! E sem sombra de dúvidas deve ser combatida, fazendo prevalecer a força da Constituição e seus princípios sobre todas as Leis, devendo estas adequarem-se àquela, e não o contrário.

À respeito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, demonstrando-se que é impossível sua restrição por meio de Lei, sem expressa autorização da própria Lei Maior, passa-se a tratar brevemente sobre o disposto no §1º do art. 5º da C.R.F.B.

I.A) Da Aplicabilidade Imediata dos Direitos e Garantias Fundamentais

Determina o §1º do art. 5º da Carta Republicana:

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

É ordem do Poder Constituinte Originário – expressão maior da vontade do povo – que a todos os direitos e garantia fundamentais, seja dada aplicação **imediata**.

Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, é essência da função do Poder Judiciário a defesa dos direitos fundamentais. A vinculação das cortes aos

direitos fundamentais leva ao entendimento de estas mesmas cortes estão no **dever** de conferir a tais direitos **máxima eficácia possível**.⁴

Essa vinculação a que se submetem as cortes, revela-se também, no dever que se impõe à magistratura de respeitar os preceitos de direitos fundamentais, também conferindo-lhes a máxima eficácia.

A aplicabilidade imediata decorre desta vinculação intrínseca do Judiciário aos Direitos Fundamentais, e sua aplicabilidade imediata é que estrutura e base de nossa República Federativa.

Percebeu-se na história da humanidade os efeitos nocivos e corrosivos da neutralização ou da destruição dos direitos fundamentais postos na Constituição na Alemanha, quando da implantação do **nazismo**.

A noção de que os direitos previstos na Constituição não se aplicavam imediatamente, por serem vistos como dependentes da livre atuação do legislador, e a falta de proteção judicial direta desses direitos propiciaram a erosão do substrato democrático da Constituição de Weimar, cedendo espaço a que se assentasse o regime totalitário.⁵

Com essa e outras lições, aumentou-se o prestígio do axioma de que a **Constituição** – incluindo seus preceitos sobre direitos fundamentais – é obra do poder constituinte originário, **expressão máxima da soberania** de um **povo**, achando-se acima dos poderes constituídos, **não podendo, portanto, ficar sob a dependência absoluta de uma intermediação legislativa para produzir efeitos**.

Segundo a maioria doutrinária, o significado essencial da cláusula em comento (§1º do art. 5º da C.R.F.B.) é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente pragmático. Explicita-se ainda, que **os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei** – com o que se deixa claro que **é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário**.

4 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 5. ed – São Paulo : SARAIVA, 2010, p. 326

5 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 5. ed – São Paulo : SARAIVA, 2010, p. 327

A título de exemplo, temos na doutrina nacional, apoiando nosso entendimento, Eros Roberto Grau, Flávia Piovesan e Luís Roberto Barroso, além de Gilmar Ferreira Mendes e Dirley da Cunha Júnior.

Para Flávia Piovesan, cabem aos órgãos judiciais

*a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima e b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras.*⁶

Ainda, em conformidade com o disposto na Constituição e apoiado pela doutrina especializada, deve-se mencionar em apoio ao “espírito da lei”, a sustentação feita pelo presidente da então **Assembleia Nacional Constituinte**, Deputado Ulysses Guimarães ao explicar o **sentido da emenda que culminou com a redação final do §1º do art. 5º da C.R.F.B.:**

*(...) (ela verdadeiramente) objetiva expungir qualquer dúvida sobre o texto. Não é necessário lei complementar para que a sua aplicabilidade seja garantida. É isso que querem os autores da proposta.*⁷(Grifei)

Tanto era a intenção da Assembleia, que o Deputado Gastone Righi, um dos autores, ratificou a manifestação do Presidente da Assembleia, asseverando que

*Aliás, nem se justificaria que os direitos e garantias desta Constituição tivessem aplicação apenas quando a lei complementar os regulamentasse.*⁸

Essa é a posição atualmente defendida pela maioria, e a única adequada à efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

O que o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, através de sua Corregedoria Geral de Justiça tem feito, é criar um **óbice à aplicabilidade imediata de um direito fundamental**, em clara violação à Constituição da República, e visível incidência - de quem quer que cumpra sua recomendação - nas penas dos crimes previstos na Lei de Abuso de Autoridade (Lei 4.898 de 9 de dezembro de 1965).

6 In CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direitos Constitucional. 5. ed. Bahia : JUSPODIVM, p. 641

7 Diário da Assembleia Nacional Constituinte, p.7314

8 Diário da Assembleia Nacional Constituinte, p.7314

Não apenas o relaxamento imediato da prisão ilegal está sendo impedido, mas também o direito de liberdade mediante o instituto da liberdade provisória, previsto no inciso LXVI do art. 5º da C.R.F.B.:

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

Ocorre que a regulamentação da liberdade provisória, inclusive o momento de sua apreciação, está contida primeiramente no art. 310 em seu inciso II e posteriormente no *caput* do art. 312 e no art. 313, todos do C.P.P.

O inciso II do art. 310, nos informa que

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

I - relaxar a prisão ilegal; ou [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

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 [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

Resta evidente que, **assim que receber o auto de prisão em flagrante** (o que ocorre em até 24 horas após a prisão), **o juiz deverá decidir** sobre qualquer uma das possibilidades, dentre elas, a do inciso II que trata especificamente da conversão em prisão preventiva.

A constituição não cria empecilhos à análise da possibilidade de concessão de liberdade provisória, e nem permite a sua criação. Ou seja, se nem mesmo o Congresso teria capacidade para tanto (por se tratar de cláusula pétrea), quiçá a Corregedoria de um Tribunal Estadual.

Não há, quanto às decisões permitidas ao juiz, qualquer prazo estabelecido pela LEI, eis que este deve decidir “ao receber o auto de prisão em flagrante”. Não há sequer menção a horas como faz o §1º do art. 306 do C.P.P.

Ou seja, assim que receber, o juiz decide. Não há prazo pois é imediata a decisão.

No entanto, o Ofício Circular ora combatido, viola o direito

do acusado e o cerceia de ter a legalidade de sua prisão e inclusive a possibilidade de análise pronta e imediata da liberdade provisória, ao criar um prazo que a lei não menciona e nem autoriza criação.

A lei quer que a manifestação no art. 310 e seus incisos ocorra assim que o magistrado receber o auto de prisão em flagrante, e não em 24 horas após o recebimento como quer autorizar arbitrariamente a Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

Nada mais absurdo! A Corregedoria cria um prazo em clara violação ao princípio da separação dos Poderes, saindo de suas funções e tentando legislar **suprimindo, restringindo direitos fundamentais.**

Inadmissível tal interferência, contrária absolutamente ao princípio da estrita legalidade. Se a lei diz que a decisão ocorrerá ao receber o auto de prisão, não cabe ao Tribunal de Justiça decidir que há uma tolerância de 24 horas em uma prisão possivelmente ilegal, apenas para que o membro do M.P. manifeste-se, elevando o status da Resolução 66 do C.N.J. a um patamar superior ao da própria C.R.F.B.

Em face dos argumentos retro apresentados, não restam dúvidas quanto à ilegalidade e inconstitucionalidade do disposto na recomendação da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

Por isso é o parecer desta comissão pela revogação e recolhimento do referido ofício circular.

II) DA RESOLUÇÃO 66 DE 27 DE JANEIRO DE 2009 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTICA.

Em suma, os argumentos tecidos contra o ofício circular criando prazo, são semelhantes. Exceto que aqui, o absurdo serve-se da criação de um ato e não de um prazo.

O ato inconstitucionalmente criado pelo C.N.J. É aquele

referido no *caput* do art. 1º:

Art. 1º Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, imediatamente, ouvido o Ministério Público nas hipóteses legais, fundamentar sobre:

Como se pode facilmente observar, o C.N.J. **manda** que o magistrado ouça o Ministério Público antes de decidir sobre:

I - a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei admitir;

II - a manutenção da prisão, quando presentes os pressupostos da prisão preventiva, sempre por decisão fundamentada e observada a legislação pertinente; ou

III - o relaxamento da prisão ilegal.

Inicialmente, importante asseverar que tal resolução surgiu em janeiro de 2009, quando a redação do art. 310 do C.P.P. Ainda era:

*Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, **DEPOIS DE OUVIR O MINISTÉRIO PÚBLICO**, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.*

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312). [\(Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977\)](#)(grifei).

Desde o ano de 1977, antes da atual Constituição Republicana, o Ministério Público deveria ser ouvido sobre a concessão de liberdade provisória.

É óbvio (talvez nem tanto) que com a entrada em vigor da Nova Ordem Constitucional, o *caput* do art. 310 (na redação anterior) foi tacitamente revogado, tendo em vista que a determinação constitucional quanto à liberdade provisória e ao relaxamento já era a de que:

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

Desde a entrada em vigor da nova C.R.F.B., o juiz já deveria decidir sobre a liberdade provisória e o relaxamento, e no entanto, o C.P.P. foi, por décadas, interpretado como superior à Constituição.

A mudança trazida pela Lei 12.403/11, alterou profundamente o disposto na Lei, e a Resolução n.º 66 do C.N.J. não acompanhou a vontade do povo, expressa pelo Lei, e não por resoluções.

A Lei 12.403/11, claramente deixou de utilizar a velha e já não recepcionada expressão “*depois de ouvir o Ministério Público*”. E quando o fez, a Resolução n.º 66 do C.N.J. deixou de ter eficácia, tendo em vista que apenas visava efetivar o disposto no C.P.P. com a redação antiga do art. 310.

Hoje, com a expressa remoção da necessidade de oitiva do M.P., o magistrado, conforme determina a Constituição e a Lei, deve decidir sobre o relaxamento, liberdade, conversão ou substituição por cautelar diversa da prisão, **no momento em que receber o auto de prisão, sendo inconstitucional, ilegal, e crime, qualquer omissão nesse sentido, inclusive se ocorrer sob escusas de cumprimento da resolução 66 do CNJ ou ofício circular da CGJ.**

Portanto, em face destes argumentos, é o parecer desta comissão pela revogação do disposto no art. 1º da Resolução 66 do C.N.J.

Sendo estes os principais motivos e teses em que se fundam o parecer, passa-se às conclusões e recomendações finais.

III) CONCLUSÃO E RECOMENDAÇÕES

Tendo em vista os motivos e argumentos já apresentados, o parecer desta Comissão de Direito Penal e Processo Penal da Ordem dos Advogados do Brasil – seccional de Mato Grosso, é:

- pela revogação do Ofício Circular de n.º 0212/2011-CGJ/DJA da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso e seu recolhimento;
- pela revogação do disposto no art. 1º da Resolução n.º 66 de 27 de janeiro de 2009 do C.N.J.;
- pelo não cumprimento das recomendações feitas pela Corregedoria Geral de

Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso pelos Magistrados e Gestores;

- pela comunicação de todos os magistrados do Estado de Mato Grosso sobre a possibilidade de responsabilização administrativa e criminal pela prática das condutas previstas na Lei de Abuso de Autoridade (Lei 4.898 de 9 de dezembro de 1965), ao se seguir a inconstitucional e ilegal recomendação contida no Ofício Circular de n.º 0212/2011-CGJ/DJA da Corregedoria Geral de Justiça do T.J.M.T. e/ou no art. 1º da Resolução n.º 66 de 27 de janeiro de 2009 do C.N.J.
- pela aplicação da Lei em consonância com os princípios constitucionais, repudiando toda e qualquer determinação em contrário;
- pela aplicação imediata de todos os direitos e garantias fundamentais por expressa determinação da Carta da República Federativa do Brasil.

Cuiabá, 22 de maio de 2012.

LEONARDO MORO BASSIL DOWER

OAB/MT 13.914