



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO

LUIZ EDSON FACHIN

ILUSTRE RELATOR DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL N. 29.303/RJ

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), *AMICUS CURIAE* habilitado na presente Reclamação, vem perante V. Exa., por meio de seus procuradores signatários, apresentar seu **Parecer**, com o objetivo de fornecer subsídios a esta Suprema Corte para o aprimoramento da prestação jurisdicional no âmbito da Reclamação n. 29.303/RJ com Agravo Regimental, afetada ao Plenário.

I. RESUMO NECESSÁRIO

Trata-se de Reclamação aforada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro contra a Resolução n. 29/2015, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o qual regulamenta, no âmbito da Justiça Estadual fluminense, a realização das audiências de custódia.

Sustenta-se que aquela Corte Estadual restringiu irregularmente o cabimento das audiências de custódia apenas aos casos de flagrante delito, contrariando a Medida Cautelar na ADPF 347, concedida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que trata do tema e não impôs aludida limitação, de modo que, independentemente

do título prisional, o preso deve ser apresentado, no prazo de 24 horas, à autoridade judicial.

O eminente Ministro Relator, Doutor Luiz Edson Fachin, negou seguimento à reclamação, sob o argumento de que:

A diretriz normativa vinculante concerne à prisão em flagrante, tanto que denomina-se também o ato em tela de audiência de apresentação do detido à autoridade judiciária.

A situação presente bem desborda do quadro fático-normativo no qual pretende se amparar. Com o julgamento da ADPF 347 o entendimento se consolidou no STF, arrimo no qual se funda a presente decisão.

A previsão de realização de audiência de custódia aos casos de prisão cautelar ou definitiva consta tão-somente da Resolução n. 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, cuja eventual não observância, como é cediço, deve ser remediada pelas vias próprias, já que não se encontra em quaisquer das hipóteses constitucionais de cabimento da reclamação no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, não configurada a imprescindível aderência estrita entre a situação fática reclamada e o precedente vinculante exarado no julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347, a irresignação deve ser aviada pelas vias próprias, a tempo e modo, descabendo conferir à reclamação contornos de sucedâneo recursal (peça 14).

A Defensoria Pública Estadual interpôs agravo regimental contra aludida decisão (peça 16), sendo certo que o recurso foi levado a julgamento perante a Segunda Turma, quando, *“[a]pós o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que negava provimento ao agravo regimental, no que foi acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia, e depois do voto divergente do Ministro Gilmar Mendes, que dava provimento ao agravo, por proposição do Ministro Edson Fachin o julgamento foi suspenso e afetado ao Plenário”*.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) pleiteou seu ingresso no feito como *amicus curiae* em 22 de abril de 2019 (peça 32) e assim foi habilitado em 26 de novembro de 2019.

Conforme calendário de julgamento definido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal – Ministro José Dias Toffoli – e disponível no sítio eletrônico da Corte, o recurso está pautado para ser julgado pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal em 5 de dezembro de 2019.

Eis a síntese fática do caso.

II. CONTROVÉRSIA EM DISCUSSÃO

Ao afetar o julgamento do feito ao Plenário, o Supremo Tribunal Federal reconhece a relevância da matéria posta em debate, qual seja, **avaliar se houve violação à autoridade decisória do STF e se a audiência de custódia é imperativa em toda e qualquer modalidade de prisão (flagrante, temporária, preventiva, definitiva, etc.).**

Com a finalidade resolutiva, para fins de instrução do presente **Parecer**, a delimitação da controvérsia da Reclamação se reduz às seguintes questões jurídicas, a saber:

a) primeiro, se a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em seu artigo 7.5, delimita ou não o cabimento da audiência de custódia a determinadas modalidades de prisão, levando-se em conta a interpretação conferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos;

b) segundo (e como consequência do primeiro ponto), se o julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347 impôs ou não a garantia da audiência de custódia a todas as modalidades prisionais, ou apenas às situações de flagrante delito, e em que medida essa decisão se compatibiliza com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil;

III. A GARANTIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso LXII, prevê que *“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”*, não se exigindo, contudo, que após tal *“comunicação se siga uma audiência de convalidação da prisão ou, como se vem denominando, um audiência de custódia”*¹.

Entretanto, fato é que a disciplina sobre o assunto no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil é diversa. Nesse sentido, exige o artigo 9.3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto n. 592/92), que *“Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais”*, enquanto o artigo 7.5, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Decreto n. 678/92), estabelece que *“Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”*.

Destarte, seja acolhendo o status materialmente constitucional, seja admitindo a inegável hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos

¹ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1050.

humanos², devem eles prevalecer sobre o Código de Processo Penal e demais legislações processuais penais esparsas/especiais.

Isto é, dúvida não há de que a audiência de custódia é medida que se impõe em território nacional, além de caracterizar verdadeiro compromisso internacional de respeito aos direitos humanos, devendo ser garantida e observada por todos os poderes de Estado, inclusive o Judiciário.

Justamente por isso, parece-nos imprescindível compreender o conteúdo do artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos – cuja redação é bastante ampla – e a correspondente interpretação conferida não apenas pela doutrina, mas especialmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito³. Só assim será possível delimitar adequadamente o objeto da Medida Cautelar na ADPF 347, concedida pelo Supremo Tribunal Federal, a qual respalda o cabimento da presente Reclamação.

² A este respeito, elucidam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes que: “todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior. Isso quer dizer que as garantias constitucionais e as da Convenção Americana se integram e se completam; e na hipótese de ser uma mais ampla que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais” (In: As nulidades no processo penal, 11 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 71). Nesse aspecto, merecem ser transcritas as palavras de Flávia Piovesan: “Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional” (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111). Em igual sentido, entre outros: RAMOS, André de Carvalho. Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 319; WEIS, Carlos. Direitos humanos contemporâneos. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 33-42. Contra a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, exceto se observado o procedimento do § 3º do art. 5º da Lei Maior, v.: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, entende pela hierarquia supralegal desses tratados, ressalvada a aprovação pelo rito do § 3º do art. 5º da Constituição.

³ Ressalte-se que o Brasil reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), por meio do Decreto n. 4.463/2002, submetendo-se a suas decisões e aos parâmetros interpretativos por ela estabelecidos.

Então, em quais situações de restrição da liberdade será aplicável o artigo 7.5 da CADH? Ou seja, quais seriam as hipóteses de cabimento da audiência de custódia, à luz do Pacto de São José e de precedentes da Corte IDH?

Consultando a biblioteca do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), considerado um dos maiores acervos da área na América Latina, é fácil perceber a existência de certa unanimidade doutrinária no reconhecimento da imprescindibilidade da audiência de custódia em qualquer modalidade prisional (com ou sem mandado judicial), como condicionante de sua legitimidade. Tal posição vem bem sintetizada pelo Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Dr. Gustavo Badaró:

A própria redação do dispositivo indica que será cabível em qualquer forma de restrição da liberdade de locomoção: 'toda pessoa presa, detida ou retida' deve ser conduzida a presença de um juiz. Procurando fugir de filigranas terminológicas ou especificidades dos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros, a Convenção, valendo-se de três denominações, indica que em qualquer forma de privação de liberdade sua legitimidade está condicionada, entre outros requisitos, a uma audiência com autoridade judiciária.

Assim, por exemplo, qualquer forma de prisão no processo penal deve observar a regra do art. 7.5: prisão cautelar ou prisão como cumprimento de pena privativa de liberdade. Entre as prisões cautelares, tanto a prisão em flagrante, quanto a prisão preventiva ou temporária. Mas o direito também se aplica, por exemplo, à prisão civil por dívida alimentar, ou a apreensão do adolescente, no regime do ECA.⁴

⁴ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1051. No mesmo sentido, a posição do Professor Dr. Aury Lopes Jr.: "a audiência de custódia não se limita aos casos de prisão em flagrante, senão que terá aplicação em toda e qualquer prisão, detenção ou retenção (dicção do art. 7.5 da CADH), sendo portanto exigível na prisão temporária e também na prisão preventiva" (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 637-638). Na mesma linha, Mario Chiavario anota que "a exigência de um contato rápido entre a pessoa detida e a autoridade judicial com o propósito de uma primeira defesa – e com o definitivo propósito de um rápido julgamento, o que é particularmente urgente em casos de detenção – também se aplica nos casos em que a privação da liberdade provenha de um mandado judicial" (CHIAVARIO, Mario. *Os direitos do acusado e da vítima*. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 610).

Verificando justamente a amplitude terminológica da CADH, o Prof. Dr. João Paulo Orsini Martinelli explica que *“Não há um rol taxativo das hipóteses de privação de liberdade que obrigam a apresentação do preso ao juiz. (...) Não há restrição exclusiva à prisão em flagrante. Como já exposto anteriormente, as normas de proteção devem ser interpretadas da maneira a torná-las as mais eficazes possível, especialmente por se tratar da liberdade individual”*⁵.

Aliás, ratificando a pertinência da linha argumentativa acima transcrita, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que as garantias previstas na CADH devem ser interpretadas de modo a dispensar a mais ampla proteção jurídica à pessoa humana, sendo descabida uma análise restritiva, taxativa ou fechada do artigo 7.5 do Pacto de São José:

Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), **deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos**, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

(STF, Segunda Turma, HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23/9/2008)

⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. Audiência de custódia: uma garantia além da prisão em flagrante. In: AUDIÊNCIA de custódia. Organização de Antonio Eduardo Ramires SANTORO, Carlos Eduardo GONÇALVES. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 328-329.

E esta é também a **orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos**⁶, reiterada em diversos precedentes.

Veja-se que, no *Caso de Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana*, a Corte IDH afirmou que, “À diferença da *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (...), a Convenção Americana não estabelece uma limitação ao exercício da garantia estabelecida no art. 7.5 da Convenção com base nas causas ou circunstâncias pelas quais a pessoa é retida ou detida*” (destacamos)⁷.

Justamente por isso, a Corte IDH reconheceu a violação ao artigo 7.5 da CADH em casos nos quais não se realizou a audiência de custódia, independentemente da modalidade prisional. Citem-se, por exemplo, (i) o *Caso Hermanos Landaeta Mejias e outros vs. Venezuela*⁸, que tratava da apreensão de adolescentes infratores; (ii) o *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, que tratava de prisão decorrente de situação migratória; (iii) o *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, no qual a privação da liberdade se deu por ordem do Ministério Público; e (iv) o *Caso Acosta Calderón vs. Equador*, em que a prisão foi decorrente de prisão em flagrante realizada pela polícia. **Em todos os casos, a Corte entendeu que a falta da realização da audiência de custódia significou violação ao dispositivo legal em análise.**

⁶ Os precedentes da Corte IDH indicados nos próximos parágrafos foram extraídos das seguintes obras: PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Florianópolis: Empório do direito, 2015, p. 84-88; e ALFLEN, Pablo Rodrigo. Resolução 213 do CNJ - artigo 1º. In: AUDIÊNCIA de custódia: comentários à resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Organização de Mauro Fonseca ANDRADE, Pablo Rodrigo ALFLEN. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 15-27.

⁷ Exceções preliminares, fundo, reparações e custas. Sentença de 28/08/2014, § 372.

⁸ “Esta Corte constatou que desde o momento da detenção de Eduardo Landaeta às 17:00 horas do dia 29 de dezembro de 1996, até o segundo traslado onde perdeu sua vida, sendo às 18:00 horas do dia 31 de dezembro, esteve detido por aproximadamente 38 horas sem haver sido apresentado ante um juiz ou autoridade competente de menores de idade, o que, a critério da Corte, excede o padrão de colocação à disposição da autoridade competente ‘sem demora’ aplicável aos menores de idade” (Exceções preliminares, fundo, reparações e custas. Sentença de 27 de agosto de 2014, § 178.

Vale menção, aqui, às obras dos Professores Caio Paiva⁹ e Pablo Rodrigo Alflen¹⁰, que destacam os precedentes da Corte IDH para avaliar se há alguma restrição à audiência de custódia na interpretação do Pacto de São José, sendo certo que igualmente concluem pela necessidade da realização do ato em todas as prisões, sejam processuais (em flagrante, temporárias, preventivas) ou definitivas.

Nessa seara, inclusive, é de se destacar a posição que o Ministro Relator Edson Fachin vem adotando, em sede doutrinária e judicante neste STF e no TSE, pela centralidade e prevalência dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Como órgão de interpretação e aplicação do Direito **cabe ao Poder Judiciário, e sobremaneira ao Supremo Tribunal Federal, interpretar a ordem jurídica pátria à luz da eficácia irradiante dos direitos fundamentais e humanos (§§ 1º e 2º do art. 5º, Constituição)**. Esse mister ganha ainda mais relevância quando se trata de Reclamação que busca tutelar a autoridade decisória do Tribunal tomada justamente com base nos direitos fundamentais previstos na Constituição e nos direitos humanos por nós incorporados através de compromissos internacionais como o Pacto de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nessa atuação jurisdicional, o Poder Judiciário concorre para conferir publicidade, mas também concretizar vivamente os compromissos firmados na ordem jurídica internacional em favor dos direitos humanos. Como asseverou o Ministro Fachin em sede doutrinária, *“há que se insistir na missão institucional dos poderes públicos e, em especial, do Poder Judiciário de ser instrumento concretizador dos*

⁹ PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Florianópolis: Empório do direito, 2015, p. 84-88.

¹⁰ ALFLEN, Pablo Rodrigo. Resolução 213 do CNJ - artigo 1º. In: AUDIÊNCIA de custódia: comentários à resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. Organização de Mauro Fonseca ANDRADE, Pablo Rodrigo ALFLEN. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 15-27.

*direitos humanos, que são, na ambiência constitucional brasileira, normas fundamentais de nossa ordem jurídica (art. 5º, §2º)*¹¹.

Firme e coerente nessa posição, é de se destacar então que as previsões expressas do Pacto de Direitos Civis e Políticos (art. 9.3) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7.5) se aplicam direta e imediatamente a fim de se garantir a audiência de custódia a quem for preso. E ambos os compromissos de direitos humanos não distinguem a espécie da prisão que deve ser submetida à avaliação da autoridade judicial – se flagrante, temporária, preventiva, etc.

Se esses compromissos internacionais de direitos humanos fazem parte do nosso ordenamento jurídico – e eles fazem – **seja com natureza materialmente constitucional, seja com natureza supralegal, não é possível que se restrinja um direito humano que compõe a nossa ordem jurídica sob o argumento de que apenas uma única espécie de prisão (a prisão em flagrante) deve ser submetida à audiência de custódia.**

Pelo exposto até aqui, é possível concluir que a amplitude redacional do artigo 7.5 da CADH (“*toda pessoa presa, detida ou retida*”), somada a sua melhor interpretação (conforme ampla doutrina citada acima) e aos precedentes da Corte IDH, impõem a realização da audiência de custódia em toda e qualquer modalidade prisional.

IV. A MEDIDA CAUTELAR NA ADPF 347

¹¹ FACHIN, Luiz Edson; GODOY, Miguel Gualano de; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. O caráter materialmente constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. In.: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André (Orgs.). *Separação de Poderes: aspectos contemporâneos da relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário*. Salvador: Juspodivm, 2018. Pg. 295.

Relembre-se inicialmente que, ao reconhecer a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Decreto n. 4.463/2002, o Brasil deve curvar-se às balizas interpretativas por ela fixadas, sob pena de não aplicar verdadeiramente o Pacto de São José da Costa Rica, porquanto estará desconsiderando a normatização que dele extraiu o órgão encarregado de concretizá-lo. Trata-se daquilo que André de Carvalho Ramos, de modo muito elucidativo, denomina de *superação dos tratados internacionais nacionais*¹². O mesmo raciocínio foi exposto pelo Juiz *Ad Hoc* Dr. Roberto Caldas, em seu voto concorrente no *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*:

se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil.

Na mesma linha, no *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, a Corte enfatizou que, ao aplicar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Judiciário do Estado-membro “[...] deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo”¹³.

É nesse contexto que se deve analisar a Medida Cautelar concedida na ADPF 347 em 9 de setembro de 2015: na observância dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, de cumprimento do Pacto de São José da Costa Rica, e também na forma como é interpretado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹² RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 353-356.

¹³ *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, Sentença de 26/9/2006.

Não por acaso, é possível perceber que **o Supremo Tribunal Federal em momento algum limitou as audiências de custódia às hipóteses de prisão em flagrante**. É certo que há maiores aprofundamentos a respeito da importância do ato em casos de flagrante, pois se trata do primeiro contato do magistrado com o preso e o objeto da investigação, diferentemente das demais hipóteses prisionais, que geralmente presumem a existência de mandado judicial. De qualquer maneira, importante pontuar que a audiência de custódia é o correto momento para se analisar se houve alguma ilegalidade ou violência no momento da prisão, e não apenas a licitude do próprio mandamento de prisão.

O Acórdão publicado com julgamento dos pedidos de medida cautelar da ADPF 347 evidencia que a prisão em flagrante foi sempre invocada nos votos como **a espécie de prisão que evidencia a necessidade de consequente audiência de custódia, mas não que apenas ela se submete à audiência de custódia**. Vale dizer, se a audiência de custódia é devida para prisão em flagrante, a prisão mais evidente e feita a olhos nus, tanto mais para as outras espécies de prisão decretadas sob medida e apenas diante de critérios específicos e restritos.

Tanto é esse o sentido que basta verificar a ementa da Medida Cautelar na ADPF 347 para se constatar que não há limitação de audiência de custódia apenas para prisão em flagrante:

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

Estão obrigados juízes e tribunais, observados os arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

(STF, ADPF 347 MC, rel. min. Marco Aurélio, j. 9/9/2015, DJE de 19/2/2016)

Afirmar que aludido *decisum* se limitou a impor a observância obrigatória da audiência de custódia apenas a casos de prisão em flagrante seria, com a devida vênia, confessar uma violação frontal à Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme exhaustivamente elucidado no capítulo anterior a respeito do conteúdo de seu artigo 7.5. Porém, não nos parece que o Supremo Tribunal Federal tenha se distanciado, enquanto órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, dos compromissos internacionais assumidos. Pelo contrário: a ementa do acórdão é suficiente para evidenciar que a imposição se dá para toda modalidade de prisão.

Outrossim, os oportunos apontamentos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em seu agravo regimental (peça 16) igualmente evidenciam a aderência estrita entre a medida cautelar concedida na ADPF 347 e a presente reclamação, respaldando seu cabimento. Não subsiste, assim, o argumento de que apenas a prisão em flagrante é que foi abarcada pelo julgamento da medida cautelar da ADPF 347 e que, dessa forma, a presente Reclamação então não teria a aderência estrita exigida.

De todo modo, como consequência de referida medida cautelar, sobreveio a Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para melhor balizar, em território nacional, a audiência de custódia. Dentre os diversos *considerandos* apresentados, cumpre destacar os dois seguintes:

CONSIDERANDO o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica);

CONSIDERANDO a decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente.

Vale dizer, o CNJ tratou do assunto à luz da CADH e justamente da Medida Cautelar na ADPF n. 347, extraindo de tais fontes as premissas necessárias. Com base nisso, previu-se no artigo 13 da Resolução n. 213/2015 do CNJ que

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também **será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva**, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.
Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local.

Quer-se expor, com isso, que a resolução do CNJ, subscrita pelo eminente Ministro Ricardo Lewandowski, é decorrência da cautelar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, tal qual em uma relação de causa e efeito. Isto é, se por um acaso não estava claro o que se quis dizer no acórdão lavrado na ADPF n. 347, veio a Resolução n. 213/2015, do CNJ, para estancar de vez qualquer dúvida. Daí o entendimento pela procedência do presente reclamo.

Os tribunais devem observar essa parametrização, não apenas por força do artigo 7.5 da CADH e dos precedentes da Corte IDH, como também pela Medida Cautelar na ADPF n. 347, com efeitos *erga omnes* e vinculantes, sob pena de violação à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Nesse quadrante, juízes e tribunais encontram-se vinculados ao disposto no artigo 5º, §2º da Constituição da República e a sua interpretação e aplicação conjunta com o artigo 7.5 da CADH e dos precedentes da Corte IDH. Nesse sentido, todos os juízes e tribunais exercem controle de convencionalidade de matriz nacional e

concretizam, assim, os direitos humanos previstos e compromissados na seara internacional, mas com efeitos e eficácia nacionais.

Muito embora não conste nos autos a íntegra do voto divergente apresentado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, quando do início do julgamento da presente Reclamação n. 29.303 perante a Segunda Turma, é possível identificar no Informativo n. 930, deste Supremo Tribunal Federal¹⁴, uma síntese dos argumentos apresentados, os quais apontam para uma solução constitucional e convencionalmente adequada:

(...) Em divergência, o ministro Gilmar Mendes deu provimento ao recurso para julgar procedente a reclamação e determinar que o TJRJ realize a audiência de custódia em todas as hipóteses de prisões cautelares, até mesmo temporárias e preventivas.

Para o ministro Gilmar Mendes, **o acórdão do Plenário não limitou a determinação da audiência de custódia exclusivamente aos casos de prisão em flagrante**, mas indicou, de modo genérico, o comparecimento do preso à autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Frisou que a ADPF 347 e as demais ações conexas envolvem diversos temas complexos relativos ao sistema penitenciário por vezes não decididos ou bem esclarecidos em uma única ação ou decisão. A complexidade e a variedade das questões discutidas e a necessidade de se resolverem essas novas demandas que surgem no transcorrer desses processos são características específicas das ações estruturais e do 'estado de coisas inconstitucional' do sistema penitenciário brasileiro se comparados com o processo tradicional idealizado para resolução de uma disputa entre partes estabelecida em torno de um objeto bem definido. Concluiu que, nesse sentido, o julgamento da reclamação permite ao STF integrar, esclarecer e reafirmar uma das políticas judiciárias estabelecidas na ADPF 347 em coordenação com a regulamentação fixada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para superação desse 'estado de coisas inconstitucional' do sistema penitenciário brasileiro, em vez de delegar essa tarefa a cada um dos tribunais do País.

14

Disponível

em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo930.htm#Audi%C3%Aancia%20de%20cust%C3%B3dia%20e%20esp%C3%A9cies%20de%20pris%C3%A3o>

Em verdade, é possível reforçar a pertinência da questão trazida pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, sobre *“esclarecer e reafirmar uma das políticas judiciárias estabelecidas na ADPF 347 em coordenação com a regulamentação fixada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para superação desse ‘estado de coisas inconstitucional’ do sistema penitenciário brasileiro, em vez de delegar essa tarefa a cada um dos tribunais do País”*.

O IBCCrim buscou levantar os atos normativos editados por cada um dos Tribunais de Justiça, além dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal Militar, com o fim de verificar quantos deles observam (ou não) a necessidade de realização da audiência de custódia em outras hipóteses de prisão, além do flagrante, tal qual estabelecido pelo esse Supremo Tribunal Federal e pelo CNJ.

Da pesquisa, verificou-se que:

(i) Dentre os Tribunais de Justiça, de um total de 27 (vinte e sete) Cortes, **apenas 10 (dez)** preveem a necessidade da audiência de custódia em decorrência de cumprimento de qualquer tipo de mandado de prisão. São eles: TJAM, TJBA, TJMA, TJMT, TJPB, TJPI, TJRR, TJRS, TJSP (informa que tratará da matéria em cronograma próprio), e TJTO;

(ii) Dentre os Tribunais Regionais Federais, de um total de 5 (cinco) Cortes, apenas 3 (três) preveem a necessidade da realização de audiência de custódia decorrentes de cumprimento de mandados de prisão de qualquer tipo. São eles: TRF1, TRF3 e TRF5;

(iii) No âmbito da Justiça Militar da União, o Superior Tribunal Militar (STM) prevê a necessidade da audiência de custódia em decorrência de cumprimento de mandados de prisão, sejam cautelares ou definitivas.

Note-se que a ideia de delegar a tarefa a cada um dos tribunais do País, realmente, não tem sido suficiente. Isso porque, atualmente, a depender do local em que um suposto fato criminoso ocorre ou um mandado de prisão é cumprido, a pessoa terá ou não direito a uma audiência de custódia, **que poderá verificar se houve a ocorrência de qualquer irregularidade, abuso ou violência durante o cumprimento do mandado.**

Trata-se de clara violação ao princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República. Ora, a todas e todos, sem qualquer distinção, há de se assegurar as garantias constitucionais e convencionais. Eis o quão importante é o julgamento da presente reclamação, para fazer valer em território nacional uma garantia inoldidável, capaz de contribuir efetivamente para a redução dos níveis de encarceramento.

Esse modo regional e seletivo de realizar ou não a audiência de custódia para todas as prisões implica violação à Convenção Americana de Direitos Humanos, à Constituição de 1988 e ao decidido na medida cautelar da ADPF 347. Tribunais e juízes que devem dar concretude aos direitos humanos são os que têm postergado sua eficácia, contornando, em evidente *by-pass* institucional, o Supremo Tribunal Federal, e alimentado o reconhecido estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário.

Aliás, nunca é demais lembrar que o sistema carcerário brasileiro encontra-se superlotado. De acordo com pesquisa apresentada pela Folha de São Paulo¹⁵ em 30 de abril de 2018, a partir do cruzamento de dados extraídos do BNMP (Banco Nacional de Mandados de Prisão) com números obtidos nas secretarias que administram os

¹⁵ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/mandados-nao-cumpridos-superam-vagas-de-prisoas-em-18-estados-do-pais.shtml>.

sistemas penitenciários estaduais, “Se todas as pessoas com mandados de prisão pendentes no banco de dados do Conselho Nacional de Justiça fossem detidas, o déficit prisional do país cresceria 164%, e a população carcerária brasileira ultrapassaria 1 milhão de pessoas”.

Nos termos do levantamento realizado, há aproximadamente 448.000 (quatrocentos e quarenta e oito mil) mandados de prisão em aberto, ou seja, pendentes de cumprimento. Imagine-se o impacto positivo nas políticas de desencarceramento se, neste contexto, efetivamente fossem realizadas as audiências de custódia quando do cumprimento de tais mandados, eis que algumas dessas prisões podem ser, à época de seu cumprimento, descabidas ou desnecessárias.

Cite-se, por exemplo, o caso de Jacqueline Bailon de Oliveira. Ela foi condenada pela prática do crime previsto no artigo 33, §4º, da Lei nº. 11.343/2006, à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, sendo certo que permaneceu presa preventivamente durante mais de 7 (sete) meses durante a instrução processual. Após julgamento de recurso de apelação pelo TJSP (o qual aguardou em liberdade), sua condenação transitou em julgado em 12/9/2012, expedindo-se mandado de prisão em 18/10/2012 para execução da pena. Entretanto, o mandado só veio a ser cumprido em 22/2/2019, quando Jacqueline já era mãe (solteira) de uma menina de 3 anos de idade, alterando as regras aplicáveis em seu favor para progressão de regime (artigo 112, §3º, da Lei de Execuções Penais). Neste contexto, considerando o tempo em que permaneceu presa preventivamente, Jacqueline fazia jus à progressão de regime. Porém, **ela permaneceu presa indevidamente em regime fechado durante 15 (quinze) dias, a despeito das reiteradas petições apresentadas pela defesa técnica que nunca chegaram a ser apreciadas** em primeira instância. A liberdade só veio por meio de liminar em *habeas corpus*, concedida pelo Superior Tribunal de Justiça. **A situação certamente teria sido muito diferente se, dentro de 24 horas, Jacqueline tivesse sido conduzida perante a autoridade judiciária para**

realização da audiência de custódia, como determina o artigo 7.5 da CADH e este eg. Supremo Tribunal Federal, conforme julgamento na Medida Cautelar na ADPF 347.

O acadêmico Raphael Melo, em sua obra, também busca demonstrar a relevância da audiência de custódia mesmo nos casos em que a prisão seja oriunda de mandado judicial. Com efeito, bem se aponta que a eventual ocorrência de tortura ou maus-tratos não fica obstada pelo mero fato de a prisão decorrer de ordem judicial, sendo de todo importante o encaminhamento do preso à autoridade judiciária. Além disso, em audiência de custódia, é possível avaliar em tempo hábil as condições da pessoa presa, sua saúde, sua integridade física e/ou psíquica, para que eventualmente lhe seja imposta a prisão domiciliar ou medidas diversas, evitando-lhe um mal maior. Continua aludido jurista, elucidando que se poderia *“argumentar que a audiência de custódia não é necessária [nos casos de prisão por mandado judicial], já que o juiz, ao impor a medida cautelar analisou seu cabimento. Porém, não houve contraditório, já que a defesa, em geral, não se manifesta previamente sobre a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público e somente após a prisão é que terá a oportunidade de apresentar ao julgador elementos que não foram considerados no momento em que proferiu a decisão”*¹⁶, sendo certo que a audiência de custódia também **prestigia a oralidade**, a qual deve preponderar em um processo penal que se diga democrático, humanizando as prisões.

Além desses fatores, José Henrique Kaster Franco e Caio Paiva, citam alguns outros exemplos de todo oportunos sobre o quanto a audiência de custódia, mesmo nos casos de mandado judicial, se mostra imprescindível, **seja em razão da já mencionada violência policial, seja por mandados de prisão vencidos, ou na eventual ocorrência de prescrição ou, ainda, para verificação de condições para progressão de regime:**

¹⁶ MELO, Raphael. Audiência de custódia no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 203-204.

A apresentação é útil e necessária em todas as fases do processo, mesmo na execução. É bastante comum que mandados de prisão estejam vencidos (e o próprio juízo que o emitiu já determinou seu cancelamento) e, mesmo quando válidos, o juiz pode examinar, na própria audiência, ocorrência da prescrição e outros problemas, como a adequação do regime prisional

A ocorrência de tortura ou maus tratos pode ocorrer em qualquer fase do processo. Por vezes, aliás, a prisão, como no caso das temporárias, destinam-se justamente à investigação. Necessário controle judicial sobre práticas que não são incomuns, como repetidos interrogatórios que podem configurar conduta ilícita.¹⁷

No caso da prisão temporária, o art. 2º, §3º, da Lei 7960/89, já prevê que 'o juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito'. O comando normativo, porém, é insuficiente, já que prevê a prática do ato como uma faculdade e não como uma obrigação do juiz. A realização da audiência de custódia posteriormente à decretação da prisão temporária teria o mérito de fazer com que o juiz ouvisse pessoalmente o cidadão conduzido sobre os argumentos que ensejaram sua prisão, principalmente quando se tratar da permissão contida no art. 1º, II, da referida Lei, que autoriza a prisão temporária 'quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade'.

Da mesma forma, a realização da audiência de custódia nos casos de decretação da prisão preventiva propiciaria ao magistrado ratificar as razões que o levaram a agir daquela maneira. Cite-se, por exemplo, o costume dos juízes de, verificado que o acusado se encontra em lugar incerto e não sabido para ser citado, decidir pela suspensão do processo e do prazo prescricional nos termos do art. 366 do CPP, assim como decretar a prisão preventiva. Neste caso, encontrado o acusado e fornecido por ele o seu endereço atual na audiência de custódia, poderia haver a sua imediata soltura, sem que se perca alguns dias, quiçá semanas, no procedimento cartorial de petição da Defesa, vista dos autos ao Ministério Público e conclusão dos autos para decisão judicial.¹⁸

¹⁷ FRANCO, José Henrique Kaster. **Manual da audiência de custódia**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 121-122.

¹⁸ PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do direito, 2015, p. 85-86.

Diante de todo o exposto no presente capítulo, tem-se que a Medida Cautelar na ADPF 347, cuja análise deve ser conjugada com a Resolução n. 213/2015, do CNJ, **dada a relação de causalidade**, impuseram a observância obrigatória da audiência de custódia para todas as modalidades de prisão, sob pena de confesso desrespeito ao compromisso internacional assumido pelo Brasil ao subscrever o Pacto de São José da Costa Rica e reconhecer a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Mais do que isso, constata-se que a medida não apenas se impõe enquanto garantia da pessoa humana, como também se revela oportuna, na medida em que pode contribuir para a redução das taxas de encarceramento.

VIII. CONCLUSÃO

Tendo em vista o percurso intelectual percorrido, com todas as considerações expostas em mente, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em relação às questões jurídicas identificadas e destinatárias de análise técnica, conclui e manifesta ao Supremo Tribunal Federal sua opinião em relação às questões propostas:

a) A garantia à audiência de custódia em toda e qualquer hipótese de prisão, sem se limitar às situações de flagrante delito, é extraída do artigo 7.5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, conjugado com os artigos 9.3, do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e 5º, inciso LXII, da Constituição da República, e somados a diversos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tal compromisso foi assumido e deve ser observado por todos os poderes de Estado. Outrossim, qualquer flexibilização ou restrição oriundas de lei ou ato normativo (como as resoluções ou provimentos internos dos tribunais) devem ser tida por inconventionais, dado o status supralegal (ou até materialmente constitucional) dos tratados internacionais;

- b) Amparado na premissa acima, tem-se que, quando da concessão de Medida Cautelar na ADPF 347 – cuja análise deve ser conjugada com a Resolução n. 213/2015, do CNJ, dada a relação de causalidade –, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as audiências de custódia devem viabilizar “o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”, independentemente da modalidade prisional (se flagrante, preventiva, temporária, definitiva etc.), sob pena de confesso desrespeito ao compromisso internacional assumido pelo Brasil ao subscrever o Pacto de São José da Costa Rica e reconhecer a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos;
- c) Constata-se, ainda, que a medida não apenas se impõe como garantia da pessoa humana, como também se revela oportuna na tentativa de superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, na medida em que pode contribuir para a redução de prisões abusivas e das taxas de encarceramento;
- d) Por isso, opina-se pelo provimento do agravo regimental interposto pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro para julgar procedente a reclamação e determinar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro realize audiências de custódia em todas as hipóteses de prisões. Sugere-se, ainda, em caráter isonômico, seja determinado aos demais Tribunais deste País que procedam à adequação de seus procedimentos para permitir que sejam realizadas audiências de custódia diante de qualquer modalidade de prisão.

Na esperança de ter contribuído para o debate de maneira significativa e franca, em nome de todos os associados do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e firmes no compromisso com os preceitos democráticos instituídos na Constituição da República de 1988, agradecemos a deferência da permissão para participar no caso na condição de *Amicus Curie*.

É o Parecer,

Requer, por fim, seja juntado o incluso instrumento de substabelecimento.

De São Paulo para Brasília, em 04 de dezembro de 2019,



Prof. Dr. **Mauricio Stegemann Dieter**

OAB/PR nº 40.855

OAB/SP nº 397.309



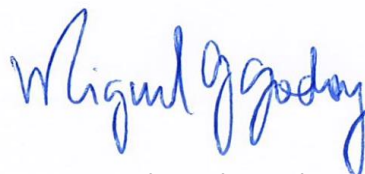
Prof. Msc. **Roberto Portugal de Biazzi**

OAB/SP nº 357.005



Débora Nachmanowicz de Lima

OAB/SP nº 389.553



Prof. Dr. Miguel Gualano de Godoy

OAB/PR 50.932

Impresso por: 393.512.308-64 PCL 29303
Em: 03/07/2020 - 15:54:27