



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 54.912 - WNB/2022
RECLAMAÇÃO 55.742 SÃO PAULO
RELATOR :MIN. DIAS TOFFOLI
RECLTE.(S) :JHEYMISON ROGÉRIO RODRIGUES
ADV.(A/S) :ANDRE LUIZ PLACCO
RECLDO.(A/S) :JUIZ DE DIREITO DA VARA DO PLANTÃO
JUDICIAL DA COMARCA DE ANDRADINA
ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
BENEF.(A/S) :MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECLAMAÇÃO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. ADPF Nº 347-MC E RCL 29.303. NÃO REALIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INFORMAÇÃO ACERCA DO CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO DO RELATOR, PARA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM 24 HS A PARTIR DA COMUNICAÇÃO. PARECER PELA PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.

Cuida-se de Reclamação Constitucional, com pedido de liminar, ajuizada por JHEYMISON ROGÉRIO RODRIGUES contra ato do Juiz de Direito da Vara do Plantão Judicial da Comarca de Andradina/SP, que teria afrontado a autoridade dessa Suprema Corte, no que decidido na ADPF nº 347-MC e na Reclamação nº 29.303.

Alega a defesa que o reclamante foi preso sem a realização da audiência de custódia, o que configuraria afronta ao paradigma invocado.

O ilustre Relator concedeu a liminar, nestes termos:

“Inicialmente, mostra-se plausível o requerimento de correção na autuação do processo, necessária, portanto, a retificação para constar como reclamante “JHEYMISON ROGERIO RODRIGUES”.

No mais, o cabimento da reclamação, instituto jurídico de natureza constitucional, deve ser aferido nos estritos limites das normas de regência, que somente a concebem para preservação da competência do Tribunal e para garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, I, CF), bem como contra atos que contrariem ou indevidamente apliquem Súmula Vinculante – alegação dos autos, cujo dispositivo constitucional está assim vazado:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial

que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando a precedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Ainda pertinente a redação do art. 988, III e § 4º, do Código de Processo Civil de 2015:

“Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...)

III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.”

Ademais, tem-se como requisito indispensável para o cabimento de reclamação a relação de pertinência estrita entre o ato reclamado e o parâmetro de controle, não sendo possível a sua utilização como sucedâneo recursal. Nesse sentido: Rcl 7.082 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 11/12/2014; Rcl 11.463 AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe de 13/02/2015; Rcl 15.956 ED, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 05/03/2015; Rcl 12.851AgRsegundo, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 26/03/2015, entre outros.

Analiso o caso concreto à vista dessas premissas teóricas e dos parâmetros

constitucionais invocados. Vejamos.

O parâmetro de controle invocado pelo reclamante é a ADPF 347-MC e a RCL 29.303, afirmando-se inobservada a realização da audiência de custódia após a prisão preventiva, ocorrida em 10 de setembro de 2022.

O segundo paradigma dito violado é a extensão da medida cautelar

na Rcl 29.303, Rel. Min. Edson Fachin. No caso, o relator apontou alteração fática e legislativa quanto ao tema da realização de audiências de custódia, após o julgamento da ADPF 347-MC, mormente com o advento da Lei 13.964/2019, que tornou obrigatória a realização do procedimento em qualquer modalidade de prisão. Confira-se o trecho do ato reclamado:

“3. Feitas essas considerações iniciais e não obstante o reconhecimento anterior de que não haveria estrita aderência entre o ato reclamado e o comando decisório emanado deste Tribunal Pleno no julgamento da ADPF 347-MC, em consonância com diversos precedentes desta Corte Suprema, tenho que o julgamento desta reclamação está a merecer outro direcionamento, tendo em vista a existência de recente implementação legislativa sobre matéria que repercute diretamente na resolução desta causa.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, diante de situação análoga, consubstanciada em modificações fáticas e legislativas supervenientes ao julgamento paradigma, entendeu possível o excepcional conhecimento

da ação reclusória pelo E. Plenário para dar maior alcance ao conteúdo da decisão anteriormente proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade (Rcl 4.374, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/04/2013).

No caso em análise, assim como no precedente mencionado, verifico que a temática acerca da audiência de custódia sofreu notória modificação fática e legislativa desde o julgamento proferido na ADPF 347-MC, tal como a regulamentação do tema pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 213 de 15/12/2015) e, principalmente, o recente tratamento legal da matéria na legislação processual penal (Lei 13.964/2019 de 24/12/2019).

Cabe destacar, nesse sentido, que o legislador brasileiro, finalmente, por meio da Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, positivou a obrigatoriedade da audiência de apresentação no plano legal, assim como estabeleceu o procedimento a ser adotado e as sanções decorrentes da não realização do ato processual (art. 310, caput e §§ 3º e 4º do CPP).

A novel legislação, além de estabelecer a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia nos casos decorrentes de prisão em flagrante, também incluiu no Título IX do Código de Processo Penal, que dispõe sobre medidas cautelares, a necessidade de apresentação do preso ao magistrado, na hipótese em que a custódia cautelar decorrer

do cumprimento de mandado de prisão.

Confira-se, por oportuno, o disposto no art. 287 do Código de Processo Penal:

Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia. (grifei)

Nessa perspectiva, tem-se, agora, por força de lei, a obrigatoriedade da realização de audiência de apresentação, também nas prisões decorrentes de cumprimento de mandado expedido pela autoridade judiciária. Destaca-se, nessa linha, a lição de Renato Brasileiro de Lima (Manual de Processo Penal: Volume Único, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p.1.018):

Com a nova redação do art. 310, caput, do CPP, fica a impressão, à primeira vista, que o legislador teria deliberado por restringir a sua realização apenas aos casos de anterior prisão em flagrante. A uma porque o art. 310 do CPP, dispositivo legal que passou a cuidar da audiência de custódia com o advento do Pacote Anticrime, está inserido no capítulo que versa sobre a prisão em flagrante. A duas porque o caput do art. 310 do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19, é categórico ao afirmar que o juiz deverá promover audiência de custódia após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão.

Todavia, não se pode perder de vista o quanto

disposto na parte final do art. 287 do CPP, também com redação determinada pela Lei n. 13.964/19, segundo o qual se a infração for inafiançável ou afiançável, segundo adoutrina, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia. Ou seja, enquanto o art. 310 versa sobre a audiência de custódia do preso em flagrante, o art. 287 prevê nos casos de prisão decorrente de mandado referente à infração penal, ou seja, quando se tratar de prisão temporária ou preventiva. (Grifei)

Não há, nesse contexto, dúvidas da imprescindibilidade da audiência de custódia, quer em razão de prisão em flagrante (como determinado expressamente no julgamento da ADPF347), quer também nas demais modalidades de prisão por conta de previsão expressa na legislação processual penal (art. 287 do CPP).

Tal implementação legislativa vem ao encontro do cerne da manifestação do Plenário na ADPF 347, que reside na sistemática e persistente implementação de garantias e direitos essenciais da população carcerária.

Essa realidade da audiência de custódia, como se vê, não se cinge à ambiência das pessoas presas em razão de flagrância, alcançando, como agora disposto no Código de Processo Penal, também os presos em decorrência de mandados de prisão temporária e preventiva.

Aliás, as próprias normas internacionais que asseguram a realização de audiência de apresentação, a propósito, não fazem distinção a partir da modalidade prisional, considerando o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigo 7.5) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Artigo 9.3). Tais normas se agasalham na cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Nesse sentido, destaca-se a orientação perfilhada por ANDREY BORGES DE MENDONÇA (Prisão Preventiva na Lei 12.403/2011, Salvador: Editora Jussivo, 2016, p. 159/163):

O art. 7.5 da CADH assegura o direito de ser levado perante um magistrado (...). Na mesma linha dispõe o art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, o art. 5.3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e os Princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão.

A garantia existe mesmo que haja um mandado de prisão previamente expedido.

A referida garantia tem duplo propósito: garantir a revisão judicial do ato prisional, controlando sua legalidade, e preservar o direito à liberdade, integridade e a própria vida do preso. (...).

Interessante anotar que o texto da Convenção Americana não se refere apenas à pessoa detida, mas também à pessoa retida. Isto está a indicar que qualquer forma de restrição da

liberdade individual, mesmo que temporária ou de curto tempo, deve ser submetida ao controle judicial imediato. Ademais, não apenas a pessoa detida em flagrante deve ter referido direito, mas também a presa preventivamente. Além de a Convenção Americana não fazer distinção, isso é expresso no art. 5.3da congênere europeia. (Grifei)

Outra, a propósito, não foi a conclusão do Conselho Nacional de Justiça que, considerando o julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF 347-MC, editou a Resolução nº 213/2015, estabelecendo a necessidade de audiência de apresentação também às pessoas presas em decorrência de mandados de prisão cautelar ou definitiva:

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.

Cabe destacar, que eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, mais recentemente,

tem garantido o direito de realização da audiência de custódia também em situação de prisão decorrente de cumprimento de mandado de prisão preventiva (Rcl 34835/RJ, Rel. Min. RICARDOLEWANDOWSKI, julgado em 22/05/2019; Rcl 35148/CE, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 11.06.2019), cabendo destacar o seguinte trecho de decisão proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, ao deferir medida liminar, em ação reclamatória de sua relatoria:

7. A realização de audiência de custódia constitui direito subjetivo do preso e tem como objetivo verificara sua condição física, de modo a coibir eventual violência praticada contra ele. Além disso, o escopo da medida é igualmente verificar a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção.

8. No presente caso, e do que se colhe dos autos, a audiência de custódia do reclamante não foi realizada, tendo em vista que o juízo reclamado indeferiu o pedido de realização do ato (eventos 9 e 14). Essa situação viola direito subjetivo do preso expressamente consignado na ADPF 347. É irrelevante a que título se deu a prisão.

Desse modo, impõe-se a determinação à autoridade reclamada para que realize a audiência de custódia. (Rcl33014-MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 15.02.2019, grifei)

Impende salientar, por relevante, que a finalidade da realização da audiência de apresentação, independentemente, da espécie

de prisão, não configura simples formalidade burocrática. Ao revés, trata-se de relevante ato processual instrumental à tutela de direitos fundamentais.

É importante ressaltar, nesse ponto, a valiosa contribuição do eminente Ministro Ricardo Lewandowski que, como Presidente deste Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, foi incansável para implementação e concretização das audiências de custódia em todo país, valendo destacar, por oportuno, a seguinte lição de Sua Excelência:

Audiências de custódia servem para evitar o encarceramento desnecessário de pessoas que, ainda que tenham cometido delitos, não devam permanecer presas durante o processo. Além do mais, já sinalizam ser notórios mecanismos a resguardarem a integridade física e moral dos presos, coibindo práticas de tortura, e que consolidam o direito ao acesso à justiça, ao devido processo e à ampla defesa, desde o momento inicial da persecução penal.

(Audiências de Custódia do Conselho Nacional de Justiça Da política à prática, in Conjur, edição de 11 de novembro de 2015, grifei)

A audiência de custódia, portanto, propicia, desde logo, que o Juiz responsável pela ordem prisional avalie a persistência dos fundamentos que motivaram a sempre excepcional restrição ao direito de locomoção, bem assim a ocorrência de eventual tratamento desumano ou degradante, inclusive, em relação aos possíveis excessos na exposição da imagem

do custodiado (perp walk) durante o cumprimento da ordem prisional.

Não bastasse, a audiência de apresentação ou de custódia, seja qual for a modalidade de prisão, configura instrumento relevante para a pronta aferição de circunstâncias pessoais do preso, as quais podem desbordar do fato tido como ilícito e produzir repercussão na imposição ou no modo de implementação da medida menos gravosa.

Enfatize-se, nesse contexto, que diversas condições pessoais, como gravidez, doenças graves, idade avançada, imprescindibilidade aos cuidados de terceiros, entre outros, constituem aspectos que devem ser prontamente examinados, na medida em que podem interferir, ou não, na manutenção da medida prisional (art. 318, CPP). E esses aspectos, aliás, podem influenciar, a depender de cada caso, até mesmo as prisões de natureza penal (art. 117, LEP).

Perante esse quadro atual, tenho por inadequado o ato apontado como reclamado, principalmente diante da recente regulamentação do tema na legislação processual penal, devendo a autoridade reclamada garantir a realização de audiência de custódia ou apresentação em todas as espécies de prisão.

4. Sendo assim, diante da plausibilidade jurídica do pedido nesta reclamação e da possibilidade de lesão irreparável a direito fundamental das pessoas levadas ao cárcere, reconsidero a decisão agravada e defiro

medida liminar, ad referendum do E. Plenário, para determinar que a autoridade reclamada realize, no prazo de 24 horas, audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas.”

Com visto, a autoridade reclamada descumpriu determinação expressa emanada desta Corte para a realização da audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, de modo que estão presentes motivos suficientes para o acolhimento parcial do pedido liminar.

Isso porque a omissão alegada não conduz por si só à revogação da prisão cautelar.

Destaco que o art. 310, § 4º, do CPP, na redação introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva”), teve sua eficácia suspensa por decisão monocrática proferida na ADI 6299 (Rel. Min. Luiz Fux).

Com efeito, mantida a custódia provisória, deve a autoridade reclamada realizar a audiência de custódia.

Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido liminar, para que seja realizada a audiência de custódia do autor, em até 24 (vinte e quatro) horas após a publicação desta decisão.

Providenciem a retificação da autuação.

Solicitem-se informações à autoridade reclamada para que esclareça à Corte o quanto se alega na inicial.

Pois bem. Citada decisão foi proferida em 27.09.2022 e a comunicação à autoridade reclamada se deu em 30 de setembro de 2022.

Em 03 de outubro de 2022 aportaram aos autos as informações da autoridade impetrada, dando conta de que foi homologada a *“prisão do paciente, com consequente envio do custodiado a entidade prisional de regime fechado para o cumprimento de pena, por se tratar de prisão em decorrência de prisão cautelar, sendo analisada tão somente a prisão sob o aspecto da legalidade, avaliando-se eventuais ocorrências de tortura ou maus tratos, entre outras irregularidades previstas no artigo 8º da Resolução nº 213 de 15/12/2015 do Conselho Nacional de Justiça. No caso do expediente em epígrafe, não havia nos autos quaisquer elementos que aponte para atos de violência, abuso e/ou tortura no cumprimento do mandado, segundo manifestação médica, não sendo realizada audiência de custódia.”*

Não há nos autos qualquer informação a respeito do cumprimento do que determinado na liminar.

É o relatório.

A *reclamação* é ação autônoma de impugnação dotada de perfil *constitucional*, disposta no texto original da Carta Política de 1988 para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. É cabível nos

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

casos de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, desobediência a súmula vinculante ou de descumprimento de autoridade de decisão proferida por esta Corte, desde que com efeito vinculante ou proferida em processo de índole subjetiva do qual o Reclamante tenha figurado como parte (102, I, I, e 103-A, § 3º, da CF, c/c art. 988, II a IV, e § 5º, II, do CPC/2015). A aferição da presença dos pressupostos que autorizam seu manejo deve ser feita com devido rigor técnico (Rcl 6.735-AgR/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 10.9.2010).

No caso concreto, estão presentes os pressupostos de admissibilidade da Reclamação Constitucional, como bem registrado na decisão que concedeu a medida liminar.

No mérito, temos que seja o caso de se julgar procedente a presente Reclamação.

Com efeito, preso em flagrante, o réu, que posteriormente teve sua prisão convertida para prisão preventiva, não foi em nenhum momento apresentado à autoridade judiciária em audiência de custódia. A autoridade reclamada confirma a não realização da audiência ao argumento de que tratava-se de prisão em flagrante que foi convertida em preventiva, dando a entender que nessas hipóteses a audiência seria dispensável. Argumentou também que, **dos autos** não vislumbrou ocorrência de tortura ou maus tratos, bem assim, que laudo médico atestou não haver sinais físicos indicadores de ter sofrido o réu tais agressões.

Sem razão a autoridade impetrada. A audiência de custódia é indispensável pois o legislador brasileiro, por meio da Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, *“positivou a obrigatoriedade da audiência de apresentação no plano legal, assim como estabeleceu o procedimento a ser adotado e as sanções decorrentes da não realização do ato processual (art. 310, caput e §§ 3º e 4º do CPP). A novel legislação, além de estabelecer a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia nos casos decorrentes de prisão em flagrante, também incluiu no Título IX do Código de Processo Penal, que dispõe sobre medidas cautelares, a necessidade de apresentação do preso ao magistrado, na hipótese em que a custódia cautelar decorrer do cumprimento de mandado de prisão. (...) Não há, nesse contexto, dúvidas da imprescindibilidade da audiência de custódia, quer em razão de prisão em flagrante (como determinado expressamente no julgamento da ADPF 347), quer também nas demais modalidades de prisão por conta de previsão expressa na legislação processual penal (art. 287 do CPP). Tal implementação legislativa vem ao encontro do cerne da manifestação do Plenário na APDF 347, que reside na sistemática e persistente implementação de garantias e direitos essenciais da população carcerária.”*¹

Vislumbra-se na hipótese, portanto, descumprimento ao que decidido por esta Corte Suprema nas decisões nos autos da **ADPF Nº 347-MC** e da **RCL 29.303**.

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) NÃO REALIZADA – A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) COMO DIREITO SUBJETIVO DA PESSOA SUBMETIDA A

¹ RCL 29.303

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. MIN. 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, SOB 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 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 magistério 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 triplíce 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. Min. 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 conseqüente 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 – 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. – 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. Min. CELSO DE MELLO – HC 173.800/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 186.209- - MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g. (HC 188888, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-292 DIVULG 14-12-2020 PUBLIC 15-12-2020)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. DECISÃO AGRAVADA EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE QUE ORIENTA A MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA RECLAMAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. ILEGALIDADE DA CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA, SEM PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SEM REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 282, § 2º e § 4º, e 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA

PROVIMENTO. I – A decisão ora atacada não merece reforma ou qualquer correção, pois os seus fundamentos harmonizam-se estritamente com a jurisprudência desta Suprema Corte que orienta a matéria. II – Ao julgar o HC 188.888/MG, de relatoria do Ministro Celso de Mello, a Segunda Turma deste Supremo Tribunal entendeu pela ilegalidade da conversão, de ofício, da prisão em flagrante em custódia preventiva, sem que haja prévio requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, conforme dispõem os arts. 282, § 2º e § 4º, e 311 do Código de Processo Penal, com as alterações introduzidas pela Lei 13.964/2019. III – A conversão do flagrante em prisão preventiva não traduz, por si, a superação da audiência de custódia, na medida em que se trata de vício que alcança a formação e legitimação do ato constritivo. Precedentes. IV – Reclamação não conhecida, mas habeas corpus concedido, de ofício, para julgar ilegal a conversão do flagrante em prisão preventiva, com determinação da imediata soltura do reclamante, sem prejuízo de imposição, pelo Magistrado de primeiro grau, de cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. V – Agravo regimental a que se nega provimento.

(Rcl 44024 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 10-05-2021 PUBLIC 11-05-2021)

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) NÃO REALIZADA – A AUDIÊNCIA DE 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. MIN. 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, SOB 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 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 magistério 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 tripla 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. Min. 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 conseqüente 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 – 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”,

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. – 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. Min. CELSO DE MELLO – HC 173.800/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 186.209-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. (HC 186490, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-255 DIVULG 21-10-2020 PUBLIC 22-10-2020)

Importa trazer à baila, excerto decisão monocrática proferida pelo Ministro Edson Fachin nos autos da Rcl 29.303/RJ, no bojo da qual restou determinado a todos os Tribunais e juízos de primeiro grau do país a *realização da audiência de custódia* em quaisquer das modalidades prisionais:

“2. Da análise do requerimento formulado neste pedido de extensão, depreendo a necessidade

de adoção de idêntica solução ao que foi determinado na medida cautelar deferida nesta ação reclamatória, sobretudo em razão da notícia da existência de atos normativos emanados de outros órgãos judiciais que restringem a realização de audiência de custódia para os casos de prisão em flagrante. Desse modo, tenho que, neste pedido da Defensoria Pública da União, além da similitude fática e jurídica, estão presentes os requisitos de plausibilidade e de urgência a ensejar o deferimento do pedido de extensão da medida liminar concedida nesta reclamação, ad referendum, do Plenário desta Corte. Como consignado na decisão em que deferida a medida cautelar, a questão discutida na presente reclamação consiste na definição de relevante tema sobre a extensão da obrigatoriedade de audiência de custódia em relação as demais modalidades de prisão, além da decorrente de situação de flagrância. Além disso, como ressaltado, a indefinição dessa questão na presente causa, a meu ver, com as mais respeitosas vênias, acarreta o prolongamento da não realização de audiência de apresentação em extensão não limitada pelas normas internacionais às quais o Estado brasileiro aderiu e, principalmente, em descumprimento de recente determinação contida na legislação processual penal brasileira, com potencial de acarretar grave e irreversível inobservância de direitos e garantias fundamentais. Cumpre salientar, nesse sentido, que o legislador brasileiro,

finalmente, por meio da Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, positivou a obrigatoriedade da audiência de apresentação no plano legal, assim como estabeleceu o procedimento a ser adotado e as sanções decorrentes da não realização do ato processual (art. 310, caput e §§ 3º e 4º do CPP). A novel legislação, além de estabelecer a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia nos casos decorrentes de prisão em flagrante, também incluiu no Título IX do Código de Processo Penal, que dispõe sobre medidas cautelares, a necessidade de apresentação do preso ao magistrado, na hipótese em que a custódia cautelar decorrer do cumprimento de mandado de prisão. (...) Não há, nesse contexto, dúvidas da imprescindibilidade da audiência de custódia, quer em razão de prisão em flagrante (como determinado expressamente no julgamento da ADPF 347), quer também nas demais modalidades de prisão por conta de previsão expressa na legislação processual penal (art. 287 do CPP). Tal implementação legislativa vem ao encontro do cerne da manifestação do Plenário na APDF 347, que reside na sistemática e persistente implementação de garantias e direitos essenciais da população carcerária. Essa realidade da audiência de custódia, como se vê, não se cinge à ambiência das pessoas presas em razão de flagrância, alcançando, como agora disposto no Código de Processo Penal, também os presos em decorrência de mandados de prisão temporária

e preventiva. Aliás, as próprias normas internacionais que asseguram a realização de audiência de apresentação, a propósito, não fazem distinção a partir da modalidade prisional, considerando o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigo 7.5) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 9.3). Tais normas se agasalham na cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da Constituição Federal. (...) Cabe destacar, que eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, mais recentemente, tem garantido o direito de realização da audiência de custódia também em situação de prisão decorrente de cumprimento de mandado de prisão preventiva (Rcl 34835/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 22/05/2019; Rcl 35148/CE, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 11.06.2019), cabendo destacar o seguinte trecho de decisão proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, ao deferir medida liminar, em ação reclusória de sua relatoria: “7. A realização de audiência de custódia constitui direito subjetivo do preso e tem como objetivo verificar a sua condição física, de modo a coibir eventual violência praticada contra ele. Além disso, o escopo da medida é igualmente verificar a legalidade da prisão e a necessidade de sua manutenção. 8. No presente caso, e do que se colhe dos autos, a audiência de custódia do reclamante não foi realizada, tendo em vista que o juízo reclamado indeferiu o pedido de realização do ato (eventos 9 e 14).

Essa situação viola direito subjetivo do preso expressamente consignado na ADPF 347. É irrelevante a que título se deu a prisão. Desse modo, impõe-se a determinação à autoridade reclamada para que realize a audiência de custódia.” (Rcl 33014-MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 15.02.2019, grifei) Impende salientar, por relevante, que a finalidade da realização da audiência de apresentação, independentemente, da espécie de prisão, não configura simples formalidade burocrática. Ao revés, trata-se de relevante ato processual instrumental à tutela de direitos fundamentais. (...) A audiência de custódia, portanto, propicia, desde logo, que o Juiz responsável pela ordem prisional avalie a persistência dos fundamentos que motivaram a sempre excepcional restrição ao direito de locomoção, bem assim a ocorrência de eventual tratamento desumano ou degradante, inclusive, em relação aos possíveis excessos na exposição da imagem do custodiado (pero walk) durante o cumprimento da ordem prisional. Não bastasse, a audiência de apresentação ou de custódia, seja qual for a modalidade de prisão, configura instrumento relevante para a pronta aferição de circunstâncias pessoais do preso, as quais podem desbordar do fato tido como ilícito e produzir repercussão na imposição ou no modo de implementação da medida menos gravosa. Enfatize-se, nesse contexto, que diversas condições pessoais, como gravidez, doenças graves, idade avançada, imprescindibilidade

aos cuidados de terceiros, entre outros, constituem aspectos que devem ser prontamente examinados, na medida em que podem interferir, ou não, na manutenção da medida prisional (art. 318, CPP). E esses aspectos, aliás, podem influenciar, a depender de cada caso, até mesmo as prisões de natureza penal (art. 117, LEP). Perante esse quadro atual, tenho por inadequado atos normativos emanados de Tribunais que restringem a realização de audiência de custódia apenas às hipóteses de prisão em flagrante, principalmente, diante da recente regulamentação do tema na legislação processual penal, devendo tal audiência ser garantida em todas as espécies de prisão. (...) Portanto, é imprescindível que, no caso de mandado de prisão, a pessoa a ser submetida ao cárcere deve ser imediatamente levada a presença da autoridade judicial, no prazo de 24 horas do cumprimento do respectivo mandado, seja para a prisão cautelar, seja, ainda, para o início da execução da pena. 3. Sendo assim, diante da plausibilidade jurídica do pedido e da possibilidade de lesão irreparável a direito fundamental das pessoas levadas ao cárcere, defiro o presente pedido de extensão, ad referendum do E. Plenário, para determinar ao Superior Tribunal de Justiça, aos Tribunais de Justiça, aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais integrantes da Justiça eleitoral, militar e trabalhista, bem assim a todos os juízos a eles vinculados que realizem, no prazo de 24 horas, audiência de custódia em todas as

modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas.” (Rcl 29.303-AgR-Extn- Terceira/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, decisão monocrática, DJe 17.12.2020)

Com efeito, preso em flagrante o réu, que posteriormente teve sua prisão convertida para prisão preventiva, não foi apresentado à autoridade judiciária em audiência de custódia.

A finalidade da realização da audiência de apresentação, **independentemente, da espécie de prisão**, não configura simples formalidade burocrática. Ao revés, trata-se de relevante ato processual instrumental à tutela de direitos fundamentais e deve ser realizada na forma da lei. A existência de um laudo médico, por óbvio, não supre a necessidade da audiência.

Essas as circunstâncias, é o caso de se julgar procedente a presente Reclamação com a confirmação da liminar.

Com estas considerações, opina a Procuradoria-Geral da República pela procedência da Reclamação.

Brasília, *data da assinatura digital*.

Wagner Natal Batista

Subprocurador-Geral da República

cra