



Número: **0000985-32.2019.2.00.0000**

Classe: **ACOMPANHAMENTO DE CUMPRIMENTO DE DECISÃO**

Órgão julgador colegiado: **Plenário**

Órgão julgador: **Presidência**

Última distribuição : **12/02/2019**

Valor da causa: **R\$ 0,00**

Assuntos: **Acompanhamento de Cumprimento de Decisão**

Objeto do processo: **TJRS - Ofício nº 0611960 - DMF - Decisão em plantão judiciário - Ocorrência nº 278/152907/2019 - Não designação de audiência de custódia - Resolução nº 213/CNJ - ADPF 347.**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (REQUERENTE)			
THIAGO DIAS DA CUNHA (REQUERIDO)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
35787 24	09/04/2019 11:16	<a href="#">Decisão</a>	Decisão



## Conselho Nacional de Justiça

Autos: ACOMPANHAMENTO DE CUMPRIMENTO DE DECISÃO -  
0000985-32.2019.2.00.0000

Requerente: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Requerido: THIAGO DIAS DA CUNHA

### DECISÃO

Trata-se de procedimento instaurado pela Presidência do Conselho Nacional de Justiça em razão de comunicação feita pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF-CNJ), noticiando o descumprimento, por parte do Juiz de Direito Thiago Dias da Cunha, da Vara Criminal de São Luiz Gonzaga/RS, da decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF, bem como da Resolução CNJ nº 213/2015.

Segundo os documentos que instruem o comunicado em questão, o magistrado recusou-se a realizar a audiência de custódia ao fundamento “*da inconstitucionalidade da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*”, por ele incidentalmente declarada.

Foram requisitadas informações ao Juiz de Direito Thiago Dias da Cunha e ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que foram regularmente prestadas.

O magistrado sustenta tratar-se de “*decisão de cunho estritamente jurisdicional, aplicada a caso concreto e com efeitos apenas entre as partes. Foi oportunizado o contraditório e a ampla defesa*”. Sustenta que, “*na mesma decisão, foi garantida a realização da audiência de custódia caso qualquer das partes ou a OAB indicassem o interesse. No caso apontado (Themis 034/2.19.0000161-0 - CNJ 0000300-34.2019.8.21.0034 – Réu Andre Luis Colbek Piecho), não houve pedido específico ou impugnação de qualquer das partes, nem mesmo foi manejado qualquer tipo de recurso, ao menos até a presente data. Atualmente, os autos estão em carga com a Defesa para resposta à acusação*”.



Ao ver do magistrado, “no plano jurisdicional, a questão foi solvida com a decisão proferida na Rcl 33185 (interposta pelo Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública/RS, sediada em Porto Alegre, e da relatoria do Ministro Gilmar Mendes), que foi devidamente cumprida pelo Juízo Criminal de São Luiz Gonzaga/RS”.

Aduz ainda que a Superintendência de Serviços Penitenciários asseverou não ter condições de conduzir todos os presos às audiências de custódia, de modo que “a única forma de dar adequada tutela aos direitos fundamentais dos segregados [seria] a realização da audiência de custódia nos casos específicos em que houvesse indício ou notícia de abuso”.

Por fim, ao fundamento de “não ter cometido falta funcional ou descuidado com os direitos fundamentais de qualquer jurisdicionado”, requer o arquivamento do procedimento.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul informa que o magistrado “noticiou a adoção do entendimento de inconstitucionalidade da Resolução nº 213/2015-CNJ ‘**em cerca de 15 expedientes**’, sendo que, em nenhum dos casos anteriores à Reclamação 3385, houve pleito das partes para a realização da audiência de custódia”. Esclarece o Tribunal que, por intermédio da Resolução nº 1229/2018-COMAG, as audiências de custódia foram estendidas para todas as comarcas do Estado, e que foi instaurado expediente para “acompanhar e avaliar o cumprimento da Resolução do CNJ” (id 357213) – grifo nosso.

**É o relatório.**

**DECIDO.**

Como exposto, após fundamentar, por despacho nos respectivos autos, sua recusa em realizar a audiência de custódia na suposta inconstitucionalidade da Resolução nº 213/15 do CNJ, o magistrado, em suas informações, inovou e passou amparar-se na suposta deficiência do aparelho estatal em promover a apresentação do preso à audiência.

A nova versão apresentada, a par de não elidir as consequências de sua resistência em realizar a audiência de custódia ao fundamento de sua inconstitucionalidade, também não o escusa.

Examino, inicialmente, a tese de inconstitucionalidade da Resolução nº 213/2015, assentada pelo magistrado.



O Plenário Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 5.240/SP, Relator o Ministro **Luiz Fux**, apreciou a alegação de inconstitucionalidade do Provimento Conjunto nº 3/2015 da Presidência e da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo, que havia instituído a audiência de custódia e estabelecido prazo de 24 (vinte e quatro) horas após a prisão para a sua realização

Em sessão de 20/8/15, o Plenário da Suprema Corte conheceu em parte dessa ação, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, e, na parte conhecida, julgou-a improcedente (DJe de 29/1/16).

Assentou o voto condutor desse acórdão que o ato normativo impugnado, ao disciplinar a “audiência de custódia”, **não inovou na ordem jurídica nem a contrariou**, limitando-se a regulamentar a apresentação de pessoa detida com fundamento na ordem convencional (*art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos*) e na ordem legal (*arts. 656 e 657 do Código de Processo Penal, que tratam, em habeas corpus, da apresentação do paciente preso ao juiz*). Assinalou o Relator ser “*clara, por conseguinte, a imbricação da audiência de custódia com o remédio constitucional do habeas corpus, uma vez que ambos são instrumentos voltados para a imediatidade no processo penal*”.

Para o Supremo Tribunal Federal, o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a apresentação do preso em flagrante, previsto no provimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, **encontra seu fundamento de validade no art. 660 do Código de Processo Penal**, e pode eventualmente ser ampliado se houver motivação idônea - *no caso, v.g., de o preso ser internado para atendimento médico urgente, ou quando o município não for sede de comarca*.

Por não haver exorbitado do poder regulamentar, cingindo-se a explicitar “*disposições esparsas da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e do Código de Processo Penal, permitindo, assim, a sua compreensão clara e sistemática, indispensável ao seu fiel cumprimento*”, concluiu a Suprema Corte, na ADI nº 5.240/SP, que parte dos dispositivos do provimento conjunto do TJSP não poderia ser objeto de controle de constitucionalidade.

Quanto aos demais dispositivos do ato normativo em questão, em relação aos quais a ação direta de inconstitucionalidade foi conhecida, entendeu o Supremo Tribunal Federal que eles veiculavam “*comandos de mera organização administrativa interna do TJSP, no exercício da prerrogativa que lhe é outorgada pelo artigo 96, inciso I, alínea a, da Constituição Federal*”.

Outrossim, na ADPF nº 347/DF-MC, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJe de 19/2/16, na qual se discutia a configuração do denominado “*Estado de coisas inconstitucional*” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão de 9/9/15, deferiu a



medida cautelar para “**determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão**”.

Nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/99, a decisão proferida em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental “*terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público*”.

**Não há, portanto, o que tergiversar** quanto ao caráter vinculante da determinação da Suprema Corte para a realização de audiências de custódia, **cuja inobservância sugere afronta ao disposto no art. 35, I, da LC nº 35/79**, o qual impõe ao magistrado o dever de “*cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício*”, **máxime diante da notícia de ao menos 15 decisões similares proferidas pelo mesmo magistrado**.

Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça, **com base nos julgamentos da ADI nº 5.240/SP e da ADPF nº 347/DF-MC, invocados expressamente em seus consideranda**, editou a Resolução nº 213, publicada no DJe de 8/1/16, dispondo que “*toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão*”.

Trata-se de ato normativo editado no exercício das prerrogativas institucionais do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, § 4º, I, CF), cuja **legitimidade constitucional** foi expressamente reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADI nº 3.367/DF, Relator o Ministro **Cezar Peluso**, DJ de 17/3/06 e ADC nº 12/DF-MC, Relator o Ministro **Carlos Britto**, DJ de 1º/2/06).

A Resolução nº 213/15, **internacionalmente reconhecida como um dos mais importantes instrumentos de garantia de direitos fundamentais da pessoa presa, limitou-se a densificar** uma decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal, estabelecendo, em face do **vácuo procedimental** então existente, **normas de conduta para orientar, balizar e padronizar a atuação dos juízes** na audiência de custódia.

Nesse contexto, não poderia o juiz de primeiro grau, para se recusar a realizar a audiência de custódia, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da Resolução nº 213/15 do CNJ, tanto mais que derivada de uma decisão de caráter vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal.



É mister ressaltar que não se trata de interferência do Conselho Nacional de Justiça no conteúdo jurisdicional de uma decisão, mas sim de exigir que o magistrado cumpra seus deveres funcionais e observe as determinações da Suprema Corte.

Registre-se que, em razão do deferimento da medida cautelar na ADPF nº 347/DF, reconhecendo o direito subjetivo do preso à audiência de custódia, cabe reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal para garantir a autoridade dessa decisão (art. 102, I, alínea "I", CF), quando o juiz, ao receber a comunicação da prisão em flagrante, determinar sua imediata conversão em prisão preventiva, sem a realização daquela audiência.

Nessas hipóteses, **a demonstrar a imprescindibilidade da audiência de custódia**, o Supremo Tribunal Federal tem deferido a liminar em reclamação ou, de plano, julgado-a procedente, para determinar ao juízo reclamado que, em 24 horas, realize a audiência em questão.

Nesse sentido, vide Rcl nº 26.055/GO, Relator o Ministro **Edson Fachin**, DJe de 14/2/17; Rcl nº 25.560/PA-MC, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 1º/2/17; Rcl nº 26.053/PI, Relator o Ministro **Edson Fachin**, DJe de 14/2/17; Rcl nº 25.518/PA-MC, Relator o Ministro **Roberto Barroso**, DJe de 1º/2/17; Rcl nº 24.752/DF-MC, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 14/10/16; e Rcl nº 24.536/DF, Relator o Ministro **Edson Fachin**, DJe de 1º/8/16.

Vide ainda Rcl nº 33.185/RS, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, em que figurou como reclamado o magistrado ora representado, por conta de sua recusa em realizar a audiência de custódia, a qual foi  **julgada procedente para determinar que a realizasse no prazo de 24 horas, “em todo e qualquer caso de prisão em flagrante vindouro”** (Dje de 14/2/19).

Outrossim, a sugestão do magistrado de que *“a única forma de dar adequada tutela aos direitos fundamentais dos segregados [seria] a realização da audiência de custódia nos casos específicos em que houvesse indício ou notícia de abuso”* parece ignorar a **própria e ampla finalidade da audiência de custódia, cuja gênese é exatamente a tutela de direitos fundamentais.**

Com efeito, a par da verificação da **legalidade** da situação de flagrância e da **individualização da medida cautelar a ser eventualmente imposta**, o juiz tem o dever, na audiência de custódia, de **indagar o preso sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes de sua apresentação e de questioná-lo sobre a ocorrência de tortura e maus tratos**, para adotar as providências pertinentes, como a realização de exame de corpo de delito, se não tiver sido realizado ou se a alegação de tortura se referir a momento posterior ao exame realizado (art. 8º da Resolução nº 213).



Ora, se o **locus** adequado para o preso noticiar abuso de poder ou tortura, livre de coação de qualquer espécie, é exatamente a audiência de custódia, como se argumentar que essa audiência somente deva se realizar quando houver notícia de fatos dessa natureza?

Quanto à inovadora tese, levantada pelo magistrado em suas informações, da deficiência do aparelho estatal em promover a apresentação do preso à audiência, o próprio magistrado anota que a cadeia ou centro de detenção provisória se situa nas proximidades do fórum, razão por que nada obstará que, na absoluta impossibilidade de apresentação do preso, a audiência fosse designada para o próprio local de sua custódia – *como, aliás, facultado pelo art. 1º, § 4º, da Resolução nº 213/15.*

Dito de outro modo: ou o magistrado adota as providências necessárias para que o preso seja apresentado, ou então se desloca ao estabelecimento prisional em que ele se encontra para realizar a audiência.

Em suma, **determinante é a vontade do magistrado de cumprir ou não uma ordem emanada do Supremo Tribunal Federal.**

**E o que se espera é que a cumpra, sem ancorar-se em subterfúgios.**

Por sua vez, apesar de o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul informar que foi instaurado expediente para “acompanhar e avaliar o cumprimento da Resolução do CNJ”, ignora-se quais teriam sido as providências **efetivamente** adotadas, inclusive com gestões junto ao Poder Executivo, para assegurar a apresentação dos presos naquele Estado às audiências de custódia.

Ante o exposto, **determino** a remessa de cópia deste procedimento:

**a)** à Corregedoria Nacional de Justiça, para a apuração de eventual infração disciplinar por parte do Juiz de Direito Thiago Dias da Cunha;

**b)** ao Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (DMF/CNJ), para que verifique, se necessário mediante inspeção ou visita técnica, o correto cumprimento da Resolução CNJ nº 213/15 no Estado do Rio Grande do Sul.

Após, arquivem-se.

Intime-se. Cumpra-se.

Data registrada no sistema.



Ministro **DIAS TOFFOLI**

Presidente

