

RECLAMAÇÃO 55.628 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
RECLTE.(S) : YURI RODRIGO NUNES DE SOUZA
RECLTE.(S) : ALECSANDRO BORGES FORTUNATO
RECLTE.(S) : KAUAN MAICON DOS SANTOS VALANDRO
RECLTE.(S) : ROGER NUNES VELOSO
RECLTE.(S) : PETERSON YURI VASQUES DA SILVA
RECLTE.(S) : RICARDO DOS SANTOS DA SILVA
ADV.(A/S) : VLADIMIR DE AMORIM SILVEIRA
RECLDO.(A/S) : JUÍZA DE DIREITO DO PRIMEIRA VARA CRIMINAL
DA COMARCA DE GRAVATAÍ
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
BENEF.(A/S) : NÃO INDICADO

DECISÃO

RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL.
DIREITO SUBJETIVO À AUDIÊNCIA DE
CUSTÓDIA. OBRIGATORIEDADE.
RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

Relatório

1. Reclamação, com requerimento de medida liminar, ajuizada em 4.9.2022 por Yuri Rodrigo Nunes de Souza, Alecsandro Borges Fortunato, Kauan Maicon dos Santos Valandro, Roger Nunes Veloso, Peterson Yuri Vasques da Silva e Ricardo dos Santos da Silva contra ato do juízo da Primeira Vara Criminal da comarca de Gravataí/RS, pelo qual teria sido contrariada a decisão deste Supremo Tribunal proferida no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamento n. 347.

2. Os reclamantes alegam terem sido “presos em 18 de maio de 2021 em face da decisão da nobre magistrada da Primeira Vara Criminal de Gravataí-RS que decretou a prisão preventiva dos Reclamantes.

(...) Todavia, os Reclamantes permanecem presos preventivamente há quase

RCL 55628 / RS

1 (um) ano e 4 (quatro) meses, sendo que não foi oportunizado a todos audiência de custódia.

(...) Neste giro, muito embora os Reclamantes tivessem o direito à audiência de custódia, mormente ao que preconiza a Lei do pacote anticrime, a juíza de piso não lhes garantiu”.

Estes os pedidos e requerimentos:

“a) liminarmente, seja aplicado à reclamação o entendimento expandido pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Edson Fachin na reclamação 29303, e assim declarar nula as prisões dos Reclamantes uma vez que inexistiu a audiência de custódia;

b) no mérito, requer seja julgada procedente a Reclamação Constitucional, na medida em que a permanência dos Reclamantes no regime fechado, malferia a Lei do pacote anticrime, bem como a reclamação 29.303”.

3. Em 9.9.2022, determinei fosse oficiado ao juízo da Primeira Vara Criminal da comarca de Gravataí/RS, para prestar informações pormenorizadas sobre o alegado na presente reclamação, esclarecendo especialmente a situação prisional dos reclamantes e se foi realizada a audiência de custódia relativa à prisão decretada no Processo n. 5005305-38.2021.8.21.0015.

4. As informações requisitadas foram prestadas e os autos vieram-me conclusos.

Examinada a matéria posta à apreciação, **DECIDO**.

5. A reclamação é instrumento constitucional processual posto no sistema como dupla garantia formal da jurisdição: primeiro, para o jurisdicionado que tenha recebido resposta a pleito judicial formulado e veja a decisão proferida afrontada, fragilizada e despojada de plena eficácia; segundo, para o Supremo Tribunal Federal (al. I do inc. I do art. 102 da Constituição da República) ou para o Superior Tribunal de Justiça

(al. f do inc. I do art. 105 da Constituição), que podem ter as respectivas competências enfrentadas e descumpridas por outros órgãos do Poder Judiciário e a autoridade das decisões proferidas mitigada diante de atos reclamados.

Busca-se pela reclamação fazer com que a prestação jurisdicional mantenha-se dotada de vigor jurídico próprio ou que o órgão judicial de instância superior tenha a competência resguardada.

6. A presente reclamação foi ajuizada contra ato do juízo da Primeira Vara Criminal da comarca de Gravataí/RS, que teria descumprido a decisão deste Supremo Tribunal proferida no julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF, ao não realizar a audiência de custódia após levada a efeito a prisão preventiva dos reclamantes.

7. Ao prestar as informações requisitadas, o juízo da Primeira Vara Criminal da comarca de Gravataí/RS confirmou não ter sido realizada a audiência de custódia dos reclamantes após serem cumpridos os mandados de prisão preventiva:

“Referente à Reclamação Constitucional n.º 55.628, em que são reclamantes YURI RODRIGO NUNES DE SOUZA, ALECSANDRO BORGES FORTUNATO, KAUAN MAICON DOS SANTOS VALANDRO, ROGER NUNES VELOSO, PETERSON YURI VASQUES DA SILVA e RICARDO DOS SANTOS DA SILVA, informo-lhe o que segue.

Em 12/03/2020, a autoridade policial instaurou o inquérito de n. 261/2020/100441-A, para apurar o delito de tentativa de latrocínio. Na mesma data, representou pela prisão temporária de Emerson e Lucca, bem como por mandado de busca e apreensão.

Em 03/05/2021, aportou aos autos o inquérito policial de n. 1232/2020/100441/A.

Com o deferimento de medidas de infiltração policial, ação controlada e captação de sinais, a equipe de investigações da Delegacia de Policia realizou diversas diligências, que resultaram na

identificação de um grupo que estaria envolvido com a venda de drogas na cidade de Gravataí/RS.

De acordo com o que foi apurado, diversos indivíduos organizavam-se em funções específicas para o comércio de substâncias ilícitas.

Em 03/05/2021, a autoridade policial representou pela decretação da prisão preventiva dos pacientes e dos demais investigados.

Em 14/05/2021, o Ministério Público opinou pelo deferimento do pedido.

Em 18/05/2021, então, a magistrada titular da 1ª Vara Criminal de Gravataí decretou a prisão preventiva dos reclamantes, porém os réus já estavam recolhidos ao sistema prisional, pois consta ingresso anterior no sítio 'Consultas Integradas'.

Em 23/08/2021, nos termos do que preceitua o artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019 – Pacote Anticrime, foi mantido o decreto prisional.

Destaco que no momento em que ordenada a prisão o país passava por período crítico da pandemia de Covid-19, sendo necessária a imposição de medidas de preservação da saúde de todos, inclusive com distanciamento social. Diante deste quadro, a magistrada titular da 1ª Vara Criminal de Gravataí amparou-se na RESOLUÇÃO n. 001/2021-P e no ATO n. 023/2021-CGJ do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e entendeu que as fotografias juntadas ao feito, bem como o laudo de lesões dos presos eram suficientes a comprovar a justa causa para a ausência da solenidade nos processos que tramitavam na Vara Criminal”.

8. A matéria referente à necessidade da realização da audiência de custódia fora das situações de flagrante está pendente de análise definitiva pelo Plenário deste Supremo Tribunal, na Reclamação n. 29.303.

Naquele processo submetido ao Plenário, na sessão da Segunda Turma de 12.2.2019, o Ministro Edson Fachin apresentou voto negando provimento ao agravo regimental. O Ministro Gilmar Mendes votou em sentido contrário, dando provimento ao agravo regimental. Após o voto

divergente, a Turma acolheu proposição do Ministro Edson Fachin de afetar o julgamento ao Plenário deste Supremo Tribunal.

Em 10.12.2020, o Ministro Edson Fachin reconsiderou a decisão agravada e deferiu a medida liminar, *ad referendum* do Plenário deste Supremo Tribunal, acolhendo o pedido de extensão, “*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*”.

9. O tema ainda não teve conclusão deste Supremo Tribunal. Há decisões monocráticas no sentido de que não se determinou, no julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, a realização de audiência de custódia de réu preso preventivamente, mas apenas em flagrante delito.

Também nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados: Rcl n. 34.986, Relator o Ministro Edson Fachin, DJe 19.6.2019; Rcl n. 33.920, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 12.6.2019; Rcl n. 34.844, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe 30.5.2019; Rcl n. 33.007, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 15.2.2019; e Rcl n. 30.510, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 28.5.2018.

10. A despeito de ter decidido antes do direcionamento de processo ao Plenário deste Supremo Tribunal para definição da interpretação a prevalecer, como nos julgados mencionados, não considerando haver estrita pertinência entre o caso e os que foram julgados sobre a obrigatoriedade de se realizar a audiência de custódia nas hipóteses de flagrância, é inegável que as normas constitucionais e legais sobre os direitos dos custodiados não distinguem entre as prisões preventivas e flagrantes ou por determinação judicial direta, devendo ser examinados

os casos pelos juízos competentes.

Neste Supremo Tribunal, há também decisões monocráticas pelas quais se tem determinado a realização de audiência de custódia de presos preventivamente, com fundamento na medida liminar deferida por este Supremo Tribunal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. São exemplos: Rcl n. 36.809, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, DJe 20.9.2019; Rcl n. 35.889, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 4.9.2019; Rcl n. 34.989, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, DJe 13.6.2019; Rcl n. 34.835, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 24.5.2019; e Rcl n. 28.079-MC, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe 1º.9.2017.

No mesmo sentido da necessidade de audiência também nesses casos, o Conselho Nacional de Justiça concluiu que, ao disciplinar-se a realização da audiência de custódia pela Resolução n. 213/2015, determinou-se a realização de audiência de custódia nos casos de prisão cautelar e de execução da pena:

“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”.

11. Apesar de não ter cuidado dessa matéria, de maneira expressa e objetiva, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, quanto à realização de audiência de custódia após prisão temporária,

preventiva ou decretada em decorrência da execução da pena, há fundamentos jurídicos válidos no sentido de se assegurar a igualdade dos custodiados ao cuidado adotado no momento da prisão.

Como mencionado, apesar de não ter havido aquela dicção específica, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, tampouco seja prevista, de forma expressa, para além da hipótese aventada no art. 310 no Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 13.964/2019, o direito do preso de ser apresentado sem demora à autoridade judiciária competente está previsto no art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Decreto n. 592/1992) e no art. 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto n. 678/1992):

“ARTIGO 9 (...)

3. 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 e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.

“ARTIGO 7

Direito à Liberdade Pessoal (...)

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, á presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condiciona a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

Essas normas convencionais fundamentaram o acórdão proferido por este Supremo Tribunal na Medida Cautelar na Arguição de

RCL 55628 / RS

Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347.

Com fundamento nessas normas, este Supremo Tribunal determinou aos Juízes e Tribunais a realização de audiência de custódia nos casos de prisão em flagrante delito, mesmo antes das modificações trazidas pela Lei n. 13.964/2019.

Assim, o direito à audiência de custódia previsto naqueles tratados internacionais não parece se restringir aos casos de prisão em flagrante delito, sendo não apenas plausível a argumentação apresentada pelos reclamantes, mas devendo se afirmar ser a interpretação mais consentânea com o conjunto de direitos humanos a serem respeitados e assegurados constitucionalmente.

No art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no art. 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, atribuiu-se o direito de ser conduzida sem demora à autoridade judiciária a pessoa *“presa ou encarcerada em virtude de infração penal”* ou *“detida ou retida”*.

O direito do preso de ser apresentado à autoridade judiciária competente é fundamental e compõe o acervo de garantias fundamentais, dela não se podendo afastar o Estado Juiz.

Não parece possível, portanto, que este Supremo Tribunal possa conferir interpretação restritiva a essas disposições, aplicando-as apenas aos casos de prisão em flagrante delito.

A audiência de custódia não tem apenas a finalidade de permitir a averiguação da legalidade da prisão efetuada e a verificação da necessidade de decretação de prisão preventiva. Tem também o objetivo de proteger o preso de eventuais abusos cometidos no ato da prisão, assegurando sua integridade física e psíquica. Pablo Rodrigo Alflen sustenta ser este o principal fim da audiência de custódia:

“O simples fato de se tratar de instituto processual decorrente de Tratado Internacional Protetivo de Direitos Humanos já permitiria concluir, de imediato, ser objetivo da audiência de custódia proceder ao asseguramento dos direitos humanos da pessoa presa. De modo mais específico, pode-se afirmar (...) ser o principal objetivo da audiência de custódia fazer cessar ou evitar o risco de incidência de um dos principais problemas verificados nessa fase inicial da persecução pena, que é a ocorrência de violações à incolumidade física e/ou psíquica, tais como tortura ou maus-tratos, dos indivíduos que tiverem sua liberdade privada em razão de prisão cautelar ou definitiva” (ALFLEN, Pablo Rodrigo. “Comentário ao art. 1º.” In ANDRADE, Mauro Fonseca (Org.). *Audiência de custódia: comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 19).

Há ainda outras finalidades da audiência de custódia apontadas pela doutrina: a oitiva da pessoa presa, a garantir o contraditório sobre a custódia cautelar, a verificação de sua identidade, o exame de eventual ocorrência de extinção da punibilidade e a análise da necessidade de subsistência da ordem de prisão preventiva, especialmente quando entre sua decretação e efetivação transcorrer longo período de tempo. Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen lecionam:

“No que diz respeito à apresentação dos sujeitos presos cautelarmente, a apresentação deverá ser realizada, segundo a Resolução nº 213, do CNJ, ‘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’ (parágrafo único do artigo 13). Assim o é para que a autoridade judicial emissora da decisão de cunho cautelar possa averiguar a necessidade de manutenção do decreto prisional já emitido, pois, entre a data da decisão e a data de seu efetivo cumprimento, as situações fáticas determinantes do decreto prisional poderão haver mudado. Nada mais seria, portanto, que dar efetividade ao § 5º do artigo 282 do CPP.

*Além disso, também se poderá averiguar: a) a ocorrência de algum tipo de violência por ventura praticada contra o sujeito apresentado durante a efetivação de sua prisão cautelar por parte das autoridades públicas encarregadas do ato; b) a correta identidade do sujeito apresentado, de modo a confirmar que ele é realmente a pessoa contra quem foi expedida a ordem de prisão; e c) se não se encontra extinta a punibilidade daquele sujeito” (ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Paulo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 62-63).*

Na mesma linha, Andrey Borges de Mendonça anota:

*“(...) não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na imposição da audiência de custódia em caso de prisão preventiva ou temporária. Embora nesse caso a prisão tenha ocorrido em razão de uma ordem judicial anterior, a audiência de custódia não deixa de ser necessária, segundo as decisões da Corte Interamericana e Europeia. O standard internacional é claro: também nesse caso de prisão cautelar, o preso deve ter contato imediato com o juiz. Nesse caso, a maior finalidade da audiência é assegurar o contraditório argumentativo, a permitir que a defesa – seja pelo próprio preso, em seu interrogatório de garantia, ou seu defensor – indique a desnecessidade da prisão cautelar. A audiência de custódia nesse caso visa dar concretude ao direito ao contraditório em relação à prisão cautelar, previsto no art. 282, § 3º do CPP, mas raramente exercitado no cotidiano forense. (...) Em relação à audiência de custódia em caso de prisão definitiva, a jurisprudência da Corte Europeia e a ONU entendem que deve ocorrer também nesse caos. As finalidades de garantia seriam verificar a identidade do agente, orientar o preso sobre as condições para progressão, apurar a legalidade da prisão, ao verificar como foi tratado no momento da execução do mandado, e, ainda, averiguar a incidência da prescrição da pena, em situação em que houve longo lapso após a condenação” (MENDONÇA, Andrey Borges. *Prisão preventiva na Lei 12.403/2011*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 438-439).*

Assim, tenho o convencimento de ser obrigatória a observância ao disposto no art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no art. 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, para a audiência de custódia a ser realizada em todos os casos de prisão previstos no ordenamento jurídico brasileiro, decorrente de flagrante delito, de ordem judicial cautelar (temporária ou preventiva) ou de execução definitiva da pena.

Ela pode salvar o preso, por exemplo, em caso de erro de identidade, que pode levar – e tem levado em casos gravíssimos – inocentes a serem encarcerados, com insuperáveis consequências para sua vida e as de seus familiares, além de configurar inegável falha do Estado.

Nessa linha de entendimento, Gustavo Badaró defende a realização da audiência de custódia inclusive nos casos de prisão civil por dívida alimentar ou de apreensão de menor por ato infracional:

*“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 à 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 delito, 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” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019).*

12. Na espécie vertente, ao proferir o ato reclamado, o juízo da Primeira Vara Criminal da comarca de Gravataí/RS assentou não terem sido realizadas as audiências de custódia dos reclamantes após terem sido cumpridos os mandados de prisão preventiva. Ressaltou que “no momento em que ordenada a prisão o país passava por período crítico da pandemia de Covid-19, sendo necessária a imposição de medidas de preservação da saúde de todos, inclusive com distanciamento social”, e decidiu “que as fotografias juntadas ao feito, bem como o laudo de lesões dos presos eram suficientes a comprovar a justa causa para a ausência da solenidade nos processos que tramitavam na Vara Criminal”.

Parece-me, pois, ser caso de superar o conjunto de decisões que afastavam a possibilidade de análise da situação descrita em reclamação constitucional, para a proteção magna de direito fundamental do preso.

13. Quanto ao pedido dos reclamantes para “declarar nula as prisões (...) uma vez que inexistiu a audiência de custódia”, é de se anotar que a avaliação sobre a necessidade de manutenção ou não da prisão preventiva caberá ao juízo da Primeira Vara Criminal da comarca de Gravataí/RS, ao realizar a audiência de custódia, não sendo possível fazer essa análise *per saltum* na presente reclamação.

14. Pelo exposto, **julgo procedente a presente reclamação** (§ 1º do art. 21 e parágrafo único do art. 161 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) **apenas para determinar ao juízo da Primeira Vara Criminal da comarca de Gravataí/RS realize, de imediato, com observância dos cuidados indispensáveis e empregando os esforços para disponibilização dos recursos tecnológicos necessários, audiência de custódia, física ou virtual, com a presença dos reclamantes, da defesa técnica e do órgão do Ministério Público e decida como de direito sobre a manutenção ou não da prisão cautelar.**

Oficie-se, com urgência, ao juízo da Primeira Vara Criminal da comarca de Gravataí/RS, para ciência e imediato cumprimento desta

RCL 55628 / RS

decisão, enviando, por meio eletrônico, cópia desta decisão.

Oficie-se, com urgência, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e ao Desembargador Corregedor daquele Tribunal, para ciência e adoção de providências para garantir a integral e pronta execução desta decisão, remetendo-se a ambos cópias da inicial da reclamação e desta decisão.

Oficie-se, com urgência, à Corregedora Nacional do Conselho Nacional de Justiça, enviando-lhe cópia da presente decisão e das informações prestadas pelo Juiz reclamado, para as devidas providências.

Publique-se.

Brasília, 16 de setembro de 2022.

Ministra CÁRMEN LÚCIA
Relatora